

DE GRUYTER

VVDStRL 77

*Veröffentlichungen der Vereinigung
der Deutschen Staatsrechtslehrer*

FRAGMENTIERUNGEN

Indra Spiecker gen. Döhmann, Stefan Magen

**KONTEXTE DER DEMOKRATIE:
PARTEIEN - MEDIEN - SOZIALSTRUKTUREN**

Andreas Kley, Stephan Kirste

**KONTEXTE DER DEMOKRATIE:
HERRSCHAFTSAUSÜBUNG IN ARBEITSTEILUNG**

Stefan Griller, Uwe Kischel

**DISKURSVergLEICH IM INTERNATIONALEN UND
NATIONALEN RECHT**

Olivier Jouanjan, Franz Reimer

**DISKURSVergLEICH IM VERFASSUNGS- UND
VERWALTUNGSRECHT**

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**

Band 77

FRAGMENTIERUNGEN

I. Kontexte der Demokratie

Indra Spiecker gen. Döhmann, Stefan Magen

Parteien – Medien – Sozialstrukturen

Andreas Kley, Stephan Kirste

Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung

II. Fragmentierungen im Öffentlichen Recht

Stefan Griller, Uwe Kischel

**Diskursvergleich im internationalen
und nationalen Recht**

Olivier Jouanjan, Franz Reimer

**Diskursvergleich im Verfassungs-
und Verwaltungsrecht**

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Saarbrücken vom 4.–7. Oktober 2017

De Gruyter

Redaktion: Matthias Jestaedt (Freiburg i.Br.)

ISBN 978-3-11-057957-4
e-ISBN (PDF) 978-3-11-058086-0
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-057983-3

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2018 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Satz: Satzstudio Borngräber, Dessau-Roßlau
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Inhalt

| | |
|-------------------------|---|
| Jahrestagung 2017 | 5 |
|-------------------------|---|

Fragmentierungen

I. Kontexte der Demokratie

Erster Beratungsgegenstand

Parteien – Medien – Sozialstrukturen

| | |
|---|-----|
| 1. Referat von Indra Spiecker genannt Döhmann | 9 |
| Leitsätze der Referentin | 60 |
| 2. Referat von Stefan Magen | 67 |
| Leitsätze des Referenten | 100 |
| 3. Aussprache und Schlussworte | 105 |

Zweiter Beratungsgegenstand

Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. Referat von Andreas Kley | 125 |
| Leitsätze des Referenten | 155 |
| 2. Referat von Stephan Kirste | 161 |
| Leitsätze des Referenten | 205 |
| 3. Aussprache und Schlussworte | 211 |

II. Fragmentierungen im Öffentlichen Recht

Dritter Beratungsgegenstand

Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 1. Referat von Stefan Griller | 237 |
| Leitsätze des Referenten | 280 |
| 2. Referat von Uwe Kischel | 285 |
| Leitsätze des Referenten | 322 |
| 3. Aussprache und Schlussworte | 327 |

Vierter Beratungsgegenstand

Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

| | |
|--|-----|
| 1. Referat von Olivier Jouanjan | 351 |
| Leitsätze des Referenten | 406 |
| 2. Referat von Franz Reimer | 413 |
| Leitsätze des Referenten | 462 |
| 3. Aussprache und Schlussworte | 465 |
| | |
| Verzeichnis der Rednerinnen und Redner | 487 |
| | |
| Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V. | 489 |
| | |
| Satzung der Vereinigung | 575 |

Jahrestagung 2017

Vom 4. bis zum 7. Oktober 2017 hat die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ihre 77. Tagung in der saarländischen Landeshauptstadt Saarbrücken abgehalten. Die Universität des Saarlandes war bereits 1963 einmal Gastgeber der deutschen, österreichischen und deutschsprachigen Schweizer Staatsrechtslehrer gewesen.

An der Tagung haben 289 Mitglieder teilgenommen, daneben Begleitpersonen und als weitere Gäste mehr als ein Dutzend Wissenschaftler aus dem Ausland, überwiegend aus Fernost, weiterhin Vertreter der Fachverlage und der Fachpresse. Bereits am Vorabend waren in einer eigenen Veranstaltung die im Laufe des vorangegangenen Jahres neu aufgenommenen Mitglieder und ihre akademischen Mentorinnen und Mentoren begrüßt worden. Die neuen Mitglieder machten hiervon ganz überwiegend Gebrauch.

Auf der Mitgliederversammlung am 4. Oktober wurde der im abgelaufenen Jahr verstorbenen Mitglieder gedacht. Diese waren: *Roman Herzog*, *Karl Korinek* und *Werner Heun*. Die Mitglieder der Vereinigung werden sie in ehrender Erinnerung behalten. Zur Zeit der Tagung zählte die Vereinigung 775 Mitglieder, darunter waren 17 Neuaufnahmen. Als neuer Vorsitzender wurde *Karl-Peter Sommermann* gewählt, als Beisitzer im Vorstand *Christian Waldhoff* und *Ute Sacksofsky*. Die nächste Jahrestagung wird 2018 in Bonn stattfinden.

Bereits am Vormittag des ersten Tagungstages haben sich, wie es der Tradition entspricht, die drei Gesprächskreise versammelt. Beim Europäischen Verfassungsrecht ging es um das Thema „Auf der Suche nach dem Europäischen Weg: Überlegungen zu den fünf Szenarien des Weisbuchs zur Zukunft der Europäischen Union“. Hierzu referierten *Martin Sedlmayr*, der Kabinettschef des Präsidenten der Europäischen Kommission, und der Göttinger Kollege *Frank Schorkopf*. Bei den „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“ wandte sich *Alexander Somek* dem „Wissen des Rechts“ zu, was von *Andreas Funke* und *Thomas Vesting* kommentiert wurde. Im Gesprächskreis „Verwaltung“ referierten *Anna Leisner-Egensperger*, *Gerhard Baumgarten* und *Peter Hänni* zum „Recht des öffentlichen Dienstes“, zu Grundlagen und neueren Entwicklungen in rechtsvergleichender Perspektive.

Das wissenschaftliche Hauptprogramm stand unter dem Rahmenthema „Fragmentierungen“, das in den Abteilungen vom „Kontexte der Demokratie“ und „Fragmentierungen im öffentlichen Recht“, wie in diesem Band dokumentiert, behandelt wurde. Die dazu stattgefundenen Diskussion stand unter der Leitung der Vorstandsmitglieder *Franz Merli* und *Matthias Jestaedt*.

Der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz und die Oberbürgermeisterin der Landeshauptstadt Saarbrücken gaben am ersten Abend einen Empfang. Der Bundesminister wurde vertreten von Frau Staatssekretärin *Christiane Wirtz*, die Oberbürgermeisterin durch den Dezernenten für Rechts- und Ordnungsangelegenheiten und Datenschutz *Jürgen Wohlfarth*. Am 5. Oktober wurden die Tagungsteilnehmer in dem Industriedenkmal und Weltkulturerbe Völklinger Hütte zu einem Empfang der Ministerpräsidentin des Saarlandes, Frau *Annegret Kramp-Karrenbauer*, der Ministerin für die Großregion des Großherzogtums Luxemburgs, Frau *Corinne Cahen*, und des Universitätspräsidenten, Herr *Manfred J. Schmidt*, geladen. Die Einladenden sprachen Begrüßungsworte. Der Freitag fand seinen Ausklang in einem festlichen Abend im Saarbrücker Schloss.

Neben dem wissenschaftlichen Programm gab es für die begleitenden Gäste ein anregendes Begleitprogramm. Für alle Teilnehmer der Tagung gab es die Gelegenheit, am Samstag einen Ausflug nach Metz zu unternehmen. Dieser war durch den französischen Kollegen *Philippe Cossalter* in sehr persönlicher Weise beeindruckend gestaltet worden, er ließ die Teilnehmer teilhaben an seinem Vergnügen an seiner Stadt Metz.

Die Durchführung einer solchen Tagung ist mit erheblicher Vorbereitungs- und Leitungsarbeit verbunden. Die Saarbrücker Kollegen des öffentlichen Rechts *Mark Bungenberg*, *Philippe Cossalter*, *Thomas Giegerich*, *Christoph Gröpl* und *Annette Guckelberger* haben an der Organisation der Veranstaltung sich beteiligt. Die Hauptlast und die koordinierende Verantwortung trugen *Jan Hendrik Klement*, der als Vorstandsmitglied kooptiert worden war, und sein Team. Sie alle und ihre Mitarbeiter verdienen herzlichen Dank für die reibungslose Tagung.

Martin Morlok

Fragmentierungen

I. Kontexte der Demokratie

Erster Beratungsgegenstand:

Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen

1. Referat von *Indra Spiecker genannt Döhmann*, Frankfurt a.M.

Inhalt

| | Seite |
|--|-------|
| I. Einleitung | 10 |
| II. Fragmentierungen: Begriff und analytische Kategorie | 13 |
| 1. Ursachen, Konsequenzen und Begrifflichkeiten | 13 |
| 2. Fragmentierungen als analytisches Konzept | 16 |
| III. Fragmentierungen und Veränderungsoffenheit als Merkmal der Demokratie des Grundgesetzes und ihrer Kontexte | 17 |
| 1. Demokratie | 18 |
| a) Zeitlich begrenzte Legitimation | 18 |
| b) Rationalisierungsfunktion | 19 |
| c) Auswahl des Entscheidungspersonals | 20 |
| d) Mehrheitsprinzip | 21 |
| e) Inhaltliche Offenheit der Demokratie | 22 |
| f) Nähe zu den Informations- und Meinungsgrundrechten .. | 23 |
| g) Folge: Robustheit der Demokratie zur Begleitung von Wandel | 24 |
| 2. Parteien | 25 |
| a) Funktion und Bedeutung | 25 |
| b) Fragmentierung und Veränderung | 26 |
| 3. Medien | 27 |
| a) Funktion und Bedeutung | 27 |
| b) Fragmentierung und Veränderung | 29 |
| 4. Sozialstrukturen | 30 |
| a) Verständnis und Begriff | 31 |
| b) Fragmentierung und Veränderung | 32 |
| 5. Zwischenfazit | 33 |
| IV. Begleitung von Fragmentierungen durch Recht am Beispiel der Digitalisierung | 33 |

| | |
|---|----|
| 1. Anpassungsreaktionen: Gestaltung von Treffräumen | 34 |
| 2. Digitalisierung als Ursache von Fragmentierungen | 35 |
| a) Digitalisierung und Personalisierung | 36 |
| b) Parteien | 38 |
| c) Medien. | 41 |
| d) Sozialstrukturen. | 43 |
| e) Zwischenfazit | 46 |
| 3. Rechtliche Gestaltung von Fragmentierungen | 46 |
| a) Parteien | 47 |
| b) Medien. | 50 |
| c) Sozialstrukturen. | 54 |
| V. Fazit und Ausblick | 58 |

Vielfalt, die sich nicht zur Einheit ordnet, ist Verwirrung. Einheit, die sich nicht zur Vielfalt gliedert, ist Tyrannei.
(Blaise Pascal)

I. Einleitung¹

Das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile. Wenn Parteien, Medien und Sozialstrukturen auseinanderstreben, und wenn sie Staat und Gesellschaft auseinandertreiben, gerät das Ganze in Gefahr. Dieses Ganze ist das demokratische Gemeinwesen. Weil unsere Welt immer mehr Fragmentierungen aufweist, befindet sich unsere Demokratie in der Krise. So könnte man die implizite These unseres Themas auffassen.

In der Tat ist dieser Befund regelrecht en vogue.² Erstarben neuer (Protest-)Parteien, ein verzerrter Meinungswettbewerb mit Hate und False

¹ Viele Kolleginnen und Kollegen haben mich mit ihren Anregungen und ihrer Kritik unterstützt, dafür bin ich sehr dankbar. Besonderer Dank für Überlegungen zu einem früheren Entwurf geht an *Oliver Dörr, Wolfgang Durner, Christoph Engel, Kathrin Loer, Jens-Peter Schneider, Emanuel Towfigh* und *Astrid Wallrabenstein* sowie an meine Mitarbeiter *Malte Feldmann, Alexander Benecke, Sebastian Bretthauer* und *Jubin Dejam*. Bedanken möchte ich mich zudem für Recherche und Korrektur sehr herzlich bei *Bianca Grujic, Victor Limberger, Isabella Mehl* und *Mona Winau*.

Internetverweise wurden zuletzt aufgerufen am 5.11.2017.

² Z.B. *Peter M. Huber* Gastbeitrag Verfassungsrecht: In der Sinnkrise, FAZ v. 1.10.2015; Frühjahrstagung der Österreichischen Juristenkommission 2017 zum Thema „Krise der liberalen Demokratie?“, *Jasper Fincke* Krisen und die Dynamik des Rechts, unveröff. Habilitationsschrift 2015. In der politikwissenschaftlichen Demokratietheorie

Speech oder religiös motivierte Segregation mögen symptomatisch zur Illustration dienen.³ Dies geht soweit, dass unter dem Schlagwort der „Post-Democracy“ das Funktionieren demokratischer Strukturen zur Machtbeschränkung selbst in Frage gestellt wird.⁴ Danach stehen sich verschiedene

wird die Krise der Demokratie eindrücklich beschrieben von *Michael Th. Greven* War die Demokratie jemals „modern“? Oder: Des Kaisers neue Kleider, vorgänge 3/2012, 92 (99): Demokratie als „Relikt[...] der Vormoderne, [das] noch eine Weile – mehr im Bewusstsein und normativen Selbstverständnis als im praktischen Funktionieren – im Prozess der Modernisierung mitgeschleppt worden [ist], nun aber auch in ihrer normativen Stahlkraft zunehmend verblass[t].“; aufgrund der Wissenschaftsgesellschaft und der Globalisierung wird teilweise auch eine derzeitige „Adoleszenzkrise“ der Demokratie ausgemacht, vgl. *Helmut Willke* Dezentrierte Demokratie, 2016, 11; aus der rechtswissenschaftlichen Literatur *Pascale Cancik* Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013), 268 (270 ff.), mit dem berechtigten Hinweis darauf, dass die Krisenphänomene durchaus ein beträchtliches Alter erreicht haben (273). Deutlich weniger dramatisch aus politikwissenschaftlicher Sicht *Wolfgang Merkel* Is there a crisis in democracy?, Democratic Theory 1 (2014), 11, oder *Gary S. Schaal*, der die Krise der Demokratie zu konstatieren als thematischen Kernbestand der Politikwissenschaft identifiziert, *ders.* Der aktuelle Diskurs über die Krise der Demokratie, ZfVP 10 (2016), 371 (372), und aus historischer Sicht den Krisendiagnosen widersprechend und auf das „Spiel mit dem Feuer“ einer jeden Krisendiagnose der Demokratie hinweisend *Paul Nolte* Was ist Demokratie? Geschichte und Gegenwart, 2012, 283.

³ Kritisch zur Überlebensfähigkeit der Demokratie im Internetzeitalter *Nathaniel Persily* Can Democracy Survive the Internet?, Journal of Democracy 63 (2017), 63 (74 f.). Siehe auch Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf des am 1.10.2017 in Kraft getretenen Netzwerkdurchsetzungsgesetzes v. 1.9.2017, BGBl I, 3352.

⁴ *Colin Crouch* Postdemokratie, 2008, 10 als Protagonisten der sog. „Post-Democracy-Bewegung“. Postdemokratische Gegenwartsbeschreibungen sind auch zu finden bei *Chantal Mouffe* „Postdemokratie“ und die zunehmende Entpolitisierung, APuZ 1–2 (2011), 3; *Dirk Jörke* Bürgerbeteiligung in der Postdemokratie, APuZ 1–2 (2011), 13. Die (postdemokratische) Diagnose der demokratischen Handlungsunfähigkeit findet im Kontext der Eurokrise Widerhall, z.B. bei *Paul Krugman* Crisis of the Eurocrats, New York Times v. 24.5.2014, 7; *Fritz W. Scharpf* Die Euro-Rettung als Demokratieproblem, Der moderne Staat 6 (2013), 279. Diese Entwicklungen zusammenfassend ergibt sich die Diagnose einer „Entdemokratisierung des Kapitalismus vermittels einer Entökonomisierung der Demokratie“, *Wolfgang Streeck* Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus, 2013, 28, oder einer „unpolitischen Demokratie“, *Danny Michelsen/Franz Walter* Unpolitische Demokratie. Zur Krise der Repräsentation, 2013. Insbesondere hinsichtlich des Parlaments handelt es sich hierbei um Phänomene, die schon seit längerer Zeit thematisiert werden, etwa unter dem Schlagwort des Postparlamentarismus, z.B. *Arthur Benz* Postparlamentarische Demokratie? Demokratische Legitimation im kooperativen Staat, in: Michael Th. Greven (Hrsg.) Demokratie – Kultur des Westens?, 1998, 201, oder unter der Entparlamentarisierung, vgl. etwa *Thomas Puhl* Entparlamentarisierung und Auslagerung staatlicher Entscheidungsverantwortung, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 48. Auf die Kontinuität der Krisenphänomene hinweisend *Cancik* Wahlrecht (Fn. 2), 268 (273 f.).

Teile der Gesellschaft und auch des Staates unvereinbar gegenüber in einer nur noch vermeintlich funktionierenden Scheindemokratie^{5,6}

Aber ist diese These vom Auseinanderfallen der Demokratie im Zusammenhang mit Fragmentierungen eigentlich richtig? Dieser Frage möchte ich in meinem Bericht nachgehen. Sind Fragmentierungen nicht womöglich Ausdruck und Treiber von Veränderung? Veränderung beginnt stets damit, dass sie Bestehendes in Frage stellt. Der Impuls für Wandel kommt meist von den Rändern eines Systems. Sie lösen sich heraus, sie *fragmentieren* sich. Wenn das System bestehen will, muss es auf diese Herausforderungen reagieren, sie vielleicht sogar antizipieren. Die Institutionen der Demokratie, die nicht auf inhaltliche Vereinheitlichung, sondern auf immer wieder neue Verständigung ausgerichtet sind, stellen dafür einen Mechanismus zur Bewältigung bereit. Dieser Mechanismus ist es, der die Demokratie robust macht.

Ich möchte mich daher den Fragmentierungen und ihrer Bedeutung für die Demokratie und ihren Kontexten offen nähern. Damit können Herausforderungen präzisiert werden, wo das Recht gefordert ist, um die Verän-

⁵ Vgl. nur *Crouch* Postdemokratie (Fn. 4), 70 zum als problematisch empfundenen Einfluss weniger auf die politische Entscheidung.

⁶ Vielleicht liegt hierin ein gewisser politischer Zynismus: Ausgerechnet in gefestigten demokratischen Systemen kann eine mediale Darstellung der Politik als interesse-, strategie- und machtgeleitet zu mehr Politikverdrossenheit führen als in Ländern ohne diese Voraussetzungen – vielleicht auch deshalb, weil unsere Erwartungen höher sind, vgl. *Andreas Schuck/Georgios Xezonakis/Matthijs Elenbaas/Susan Banducci/Claes de Vreese* Party contestation and Europe on the news agenda: The 2009 European Parliamentary Elections, *Electoral Studies* 30 (2011), 41.

Verständlich ist der Wunsch nach Beständigkeit und Auflösung von Fragmentierungen allemal als Wunsch nach Kontrolle über Veränderungen (verhaltenswissenschaftlich belegt als „Controllability Bias“, wobei die Terminologie nicht eindeutig ist. Siehe zum Bias selbst etwa *Ellen J. Langer* The Illusion of Control, *Journal of Personality and Social Psychology* 32 [1975], 311 ff.; *Frank P. McKenna* It won't happen to me: Unrealistic optimism or illusion of control?, *British Journal of Psychology* 84 [1993], 39 ff.; *Lauren Leotti/Sheena Iyengar/Kevin Ochsner* Born to choose: the origins and value of the need for control, *Trends in Cognitive Sciences* 14 [2010], 457 [462]; *Jerry M. Burger/Harris M. Cooper* The Desirability of Control, *Motivation and Emotion* [1979], 381 ff.), nach Vereinfachung in einer komplexen Welt (zur begrenzten Steuerungsfähigkeit des Rechts siehe etwa die Beiträge in *Dieter Grimm* [Hrsg.] Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990; *François Ost/Michel van de Kerchove* Constructing the Complexity of the Law: Towards a Dialectic Theory, in: Luc J. Wintgens [Hrsg.] The Law in Philosophical Perspectives, 1999, 147 ff.; *Peter H. Schuck* Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures, *Duke Law Journal* 42 [1992], 1 [9 ff.]) oder nach Erhalt des Bestehenden (verhaltenswissenschaftlich belegt als „Status Quo Bias“, siehe *Andreas Geipel* Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl. 2017, § 36 Rn. 87 ff. mit Verweis auf *Hans-Rüdiger Pfister/Helmut Jungermann/Karin Fischer* Die Psychologie der Entscheidung: Eine Einführung, 4. Aufl. 2017, 271 ff.).

derungsoffenheit und Anpassungsfähigkeit von Demokratie zu begleiten. Diese Lesart der Fragmentierungen als analytische Kategorie lässt sich mit einem Blick in das Verständnis von diesem Begriff in den Nachbarwissenschaften fruchtbar machen (II.). Dies ermöglicht, Demokratie und ihre Kontexte, wie sie das Grundgesetz vorsieht, als Staats- und Herrschaftsform zu begreifen, die in besonderer Weise für Veränderung und Fragmentierungen offen ist, weil Demokratie *prozedural* vereinheitlicht (III.). Am Beispiel der Digitalisierung werde ich dann aufzeigen, wie mehrdeutig Fragmentierungen beurteilt werden können und wie rechtliche Reaktionen darauf ausfallen könnten, die Demokratie anpassungsfähig und veränderungsoffen zu halten (IV).

II. Fragmentierungen: Begriff und analytische Kategorie

*Der Begriff der Fragmentierungen ist erstaunlich unscharf.*⁷

1. Ursachen, Konsequenzen und Begrifflichkeiten

Die Medienwissenschaften beschreiben Fragmentierungen ausgehend von einem ursprünglich einheitlichen⁸ Nutzer- und Nutzungsbild von Massenmedien als nunmehr voneinander getrennte und quasi verbindungslose Nachfrage nach verschiedenen Medien. Ursache dafür soll das Internet sein,⁹ in dem eine große Anzahl zersplitterter, durch Spezialinteressen

⁷ Dies erstaunt, da er gerne als Schlagwort im populärwissenschaftlichen Bereich verwendet wird. Die journalistische Verwendungsbandbreite der Fragmentierung erstreckt sich etwa von Lebensbereichen der Arbeitswelt (*Anne-Ev Ustorf* Scheitern? Gehört halt dazu, SZ v. 17.9.2011), der Entwicklungshilfe (*Fabian Urech* Humanitäre Hilfe. Die Krise der Krisenhelfer, NZZ v. 16.6.2017), der Struktur des Internets (*Stefan Betschon* Die Einheit des Internets ist bedroht, NZZ v. 2.8.2017), der Märkte (*Lukas Bay* Milliarden mit Omas Auto, Handelsblatt v. 19.5.2017) bis hin zur Beschreibung der Bekleidungsstile der Jugend in den 1990ern (*Sabine Spieler* Turnschuhe für alle, FAS v. 8.4.2016). Durch das Verbinden der Fragmentierung mit Schlagworten wie Scheitern, Krise, Bedrohung oder Verschwendung zeigt sich die grundsätzlich negative Konnotation, die dem Begriff der Fragmentierung augenscheinlich – zumindest im journalistischen Bereich – innewohnt.

⁸ Schon diese Vorstellung kann durchaus kritisch betrachtet werden; siehe zum Befund z.B. *Bernad Holzner* Erosion demokratischer Öffentlichkeit, VVDStRL 68 (2009), 381 (400 f.); *Friedrich Schoch* Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), 158 (177 f.); *Dieter Grimm* Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581 (587).

⁹ Schon früher so *W. Russell Neuman* The Paradox of Mass Politics: Knowledge and Opinion in the American Electorate, 1986.

zusammengehaltener Gruppen¹⁰ voneinander unbeeinflusst bestehen können. Ein „auf gleiche Fragestellungen zentriertes Massenpublikum“¹¹ entfällt.¹² Dass diese Desintegration einer ursprünglich einheitlichen Öffentlichkeit und die Herausbildung von disparaten Kommunikationseinheiten Auswirkungen auf Meinungsbildung und politische Teilhabe in der repräsentativen Demokratie haben können,¹³ liegt auf der Hand und war bereits Thema dieser Vereinigung¹⁴.

Ähnlich negativ formulieren Teile der Soziologie und Politikwissenschaft, dass „Parallelgesellschaften“ oder die Vereinzelung des Menschen (Individualisierung) zur Fragmentierung der Gesellschaft führe.¹⁵

¹⁰ Jürgen Habermas Ach, Europa, 2008, 161 f.; Christina Holtz-Bacha Fragmentierung der Gesellschaft durch das Internet?, in: Winand Gellner/Fritz von Korf (Hrsg.) Demokratie und Internet, 1998, 219 (222).

¹¹ Habermas Europa (Fn. 10), 161 f.; Holtz-Bacha Fragmentierung (Fn. 10), 219 (222 f.).

¹² Vgl. Ulrike Handel Fragmentierung des Medienpublikums: Bestandsaufnahme und empirische Untersuchung eines Phänomens der Mediennutzung und seiner Determinanten, 2000, 22; Holtz-Bacha Fragmentierung (Fn. 10), 219; Andreas Vlasic Die Integrationsfunktion der Massenmedien: Begriffsgeschichte, Modelle, Operationalisierung, 2004, 225; Lutz Goertz Wie die Medien die Fragmentierung des Publikums verhindern, in: Christina Holtz-Bacha/Gunter Reus/Lee B. Becker (Hrsg.) Wissenschaft mit Wirkung. Beiträge zu Journalismus- und Medienforschung, 2009, 65; Ralph Weiß Segmentierung politischer Kommunikation in Milieus, in: Kurt Imhof/Roger Blum/Heinz Bonfadelli/Otfried Jarren (Hrsg.) Stratifizierte und segmentierte Öffentlichkeit, 2013, 205; R. Lance Holbert/R. Kelly Garrett/Laurel S. Gleason A New Era of Minimal Effects? A Response to Bennett and Iyengar, Journal of Communication 60 (2010), 15. Eher offen Felix Schrape Social Media, Massenmedien und gesellschaftliche Wirklichkeitskonstruktion, Berliner Journal für Soziologie 21 (2011), 407.

¹³ Siehe unter besonderer Betonung der gemeinsamen Sprache Grimm Europa (Fn. 8), 581 (588); Gertrude Lübke-Wolff Homogenes Volk – Über Homogenitätsprobleme und Integration, ZAR 2007, 121 (124 ff.) unter Bezugnahme auf Hans Kelsen; ferner z.B. Holznagel Erosion (Fn. 8), 381 (400 ff.); Thomas Vesting Die Medien des Rechts, Bd. 4: Computernetzwerke, 2015, 193 f. Empirisch dazu Markus Prior Media and Political Polarization, Annual Review of Political Science 16 (2013), 101.

¹⁴ Der Begriff der „Filterblase“ war noch nicht bekannt. Vgl. zum Zerfall einer integrierenden Öffentlichkeit durch die neuen Medien etwa Schoch Informationsordnung (Fn. 8), 158 (177) mit Verweis auf Alexander Roßnagel/Peter Weddel/Volker Hammer/Ulrich Pordesch Die Verletzlichkeit der „Informationsgesellschaft“, 2. Aufl. 1990, 25. Später auch Holznagel Erosion (Fn. 8), 381, sogar unter Verwendung des Begriffs der Fragmentierung, 400 ff.

¹⁵ Siehe etwa Samuel Huntington Kampf der Kulturen, 5. Aufl. 1998, z.B. 522; Thomas Meyer Parallelgesellschaften und Demokratie, in: ders./Reinhard Weil (Hrsg.) Die Bürgergesellschaft. Perspektiven für Bürgerbeteiligung und Bürgerkommunikation, 2002, 343; Weiß Segmentierung (Fn. 12), 205, sowie die weiteren Beiträge ebendort; Doyle Paul Johnson Contemporary Sociological Theory, 2008, 543. Schon hier zeigen sich die mögliche Ambivalenz der Bewertung wie auch die unscharf verwendeten Kategorien von Analyse und Bewertung, wie etwa Francoise Navez-Bouchanine La Fragmentation en Question:

Fragmentierungen dienen dann zur Beschreibung einer Dekomposition bestehender oder jedenfalls wahrgenommener Vereinheitlichung.¹⁶ Speziell in der Parteienforschung findet sich Fragmentierung als Umschreibung für die Abschottung der Parteien, besonders am Beispiel der Weimarer Republik,¹⁷ mit der Folge der Koalitions-, Kooperations- und Kompromissunfähigkeit.¹⁸

Ein negatives Begriffsverständnis ist aber keineswegs zwingend: Die Informationstechnik beschreibt die verstreute Speicherung von logisch zusammengehörigen Datenblöcken eines Dateisystems auf einem Datenträger als Fragmentierung.¹⁹ Sie blickt also auf die Aufspaltung einer Einheit, auf deren getrennte Weiterverarbeitung und auf die Zusammenführbarkeit und damit auf erreichbare Problembewältigungsstrategien. Auf einer ähnlich neutralen Vorstellung basiert auch das arbeitswissenschaftliche

Des viles entre fragmentation spatiale et fragmentation sociale?, 2002, 45, illustriert. Längst nicht so negativ bspw. auch *Nina Degele/Christian Dries* Modernisierungstheorie. Eine Einführung, 2005, 204.

¹⁶ Auch hier wird eine durch Neue Medien erfolgte Fragmentierung der „eine[n] gemeinsame[n] Öffentlichkeit“ unterstellt, vgl. etwa nur *Elke Wagner* Nischen, Fragmente, Kulturen. Zum Beitrag der Medientheorie und der Cultural Studies für die Öffentlichkeitssoziologie, in: Kurt Imhof/Roger Blum/Heinz Bonfadelli/Otfried Jarren (Hrsg.) Stratifizierte und segmentierte Öffentlichkeit, 2013, 47 (54). Diese unterstellte Einheitskonzeption einer jeden Fragmentierungsdiagnose, die disziplinunabhängig ist, betont auch *Christoph Möllers* Fragmentierung als Demokratieproblem, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.) Strukturfragen der Europäischen Union, 2010, 150 (157).

¹⁷ Phänomene, die mit dem Begriff der Fragmentierung erfasst werden, sind also nicht neu, und sie dürften auch lange vor dem 20. Jahrhundert und auch jenseits des politischen, parteilichen oder medialen Systems bereits stattgefunden haben. So auch *Sven W. Arndt/Henryk Kierzkowski* Introduction, in: dies. (Hrsg.) Fragmentation: New Production Patterns in the World Economy, 2001, 1 (2), die aus ökonomischer Sicht vor allem auf die Industrialisierung blicken; einen historischen Überblick unter dem besonderen Gesichtspunkt der verteilten Interessen bei *Seymour M. Lipset/Stein Rokkan* Cleavage Structures, Party Systems, and Voter Alignments: An Introduction, 1967, 11 ff.

Als Randnote sei angemerkt: *Georg Friedrich Wilhelm Hegel* hat gerade der parlamentarischen Demokratie vorgeworfen, sie führe zur Vereinzelung der Menschen und damit zur Fragmentierung der Gesellschaft, siehe dazu *Wolfgang Durner* Antiparlamentarismus in Deutschland, 1997, 23.

¹⁸ *M. Rainer Lepsius* Parteiensystem und Sozialstruktur. Zum Problem der Demokratisierung der deutschen Gesellschaft, in: *ders.* Demokratie in Deutschland. Soziologisch-historische Konstellationsanalysen. Ausgewählte Aufsätze, 1993, 47; siehe auch *Paul Nolte* Krise des Weltvertrauens, Freie Presse v. 17.2.2017.

¹⁹ Vgl. etwa *Klaus Wüst* Mikroprozessstechnik, 4. Aufl. 2011, 173 ff.; *Wolfram Schiffmann/Helmut Bähring/UDO Hönig* Technische Informatik 3, 2011, 65 ff.; *Hans Liebig/Thomas Flik/Peter Rechenberg/Alexander Reinefeld/Hanspeter Mössenböck* Das Ingenieurwissen: Technische Informatik, 2014, 121; *Stefan Dorendorf* Fragmentierung von Datenbankinhalten: Facetten eines scheinbar klaren Begriffs, Datenbank Rundbrief 24 (1999), 23 ff.

Begriffsverständnis, das Arbeitsteilung und Differenzierung als Erscheinung in Organisationen und Gruppen in seinen Folgen untersucht.²⁰

2. *Fragmentierungen als analytisches Konzept*

Eine nähere Betrachtung dieser unterschiedlichen Verständnisse lässt erkennen, dass Beschreibung und Bewertung, Ursache und Wirkung oftmals vermengt werden.²¹

Wendet man sich für die Zwecke dieses Berichts von der einseitigen Lesart der Filterblasen, populistischer Wahlkämpfe in Europa und einer gespaltenen Gesellschaft zwischen Digitalisierungsgewinnern und -verlierern ab und führt man diese verschiedenen Ansätze nun auf der analytischen Ebene zusammen, wird eine andere Dimension sichtbar: Dann dienen Fragmentierungen als Beschreibung und Analyseinstrument für die Wechselbeziehungen zwischen Einzeleinheiten und dem Gesamtsystem, also dafür, dass verschiedene Einheiten oder Untergruppen sich entwickeln und verändern und wie sie die größere Einheit, das Gesamtsystem, dadurch beeinflussen. Eine solche Perspektive lässt erkennen, dass Fragmentierungen gekennzeichnet sind durch ein Spannungsfeld²² zwischen *einerseits* den Einzelkomponenten, deren Individualität und daraus resultierender Separierung und *andererseits* der Zu- und Einordnung in das Gesamtsystem, kurz gesagt zwischen beständiger Abgrenzung und Rückkoppelung, zwischen Einheit und Differenz.²³

²⁰ Siehe z.B. grundlegend *Joanne Martin* Cultures in Organizations: Three Perspectives, 1992; *dies.* Organizational Culture: Mapping the Terrain, 2001; die Beiträge in *Sven W. Arndt/Henryk Kierzkowski* (Hrsg.) Fragmentation: New Production Patterns in the World Economy, 2001; *Olaf Deinert/Markus Helfen* Entgrenzung von Organisation und Arbeit? Interorganisationale Fragmentierung als Herausforderung für Arbeitsrecht, Management und Mitbestimmung, Industrielle Beziehungen – Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management 23 (2016), 85.

²¹ Dies sieht auch *Uwe Volkmann* Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 127 (2002), 575 (596). Zudem wird die Fragmentierungsdiagnose häufig vorschnell getroffen, ohne den durchaus herausfordernden deskriptiven wie normativen Unterbau zu berücksichtigen. Es bedarf einer zugrundeliegenden Einheitskonzeption, die sowohl die Einheit als auch die Abtrennung von dieser Einheit erklären können muss, und sie bedarf eines Bewertungsmaßstabes, wie diese Trennung einzuordnen ist, so auch *Möllers* Fragmentierung (Fn. 16), 150 (157).

²² Friktionen zwischen den Komponenten selbst, aber auch zwischen ihnen und der zugeordneten Einheit und umgekehrt liegen auf der Hand.

²³ So sehen auch die Nachbarwissenschaften Fragmentierungserscheinungen größtenteils mit Gelassenheit, z.B. *Hans Joas* Wertevermittlung in einer fragmentierten Gesellschaft, in: Nelson Kilius/Jürgen Kluge/Linda Reisch (Hrsg.) Die Zukunft der Bildung, 2002, 58 (insb. 64). Sie verweisen auf die Aufteilungsfunktion, die Trennung von Einheit und Mehrheit und deren Wechselbezüglichkeit – nicht mehr und nicht weniger.

Auf dieser Ebene wird dann auch erkennbar, dass Fragmentierungen in ihrer Vielheit, der Abweichung und der parallelisierten Variation wichtige Impulse zur Veränderung der übergeordneten Struktur und auch der anderen Einheiten liefern können. Das Spannungsfeld von Einzelkomponenten und Gesamtheit lässt sich dann *auch* fruchtbar begreifen: Fragmentierungen können das Ganze herausfordern und im System zu Neuerung, Veränderung und Anpassung führen, sie können sogar als Experimentierfeld dienen. Fragmentierungen sind somit ein wichtiger Treiber von Veränderung und Dynamik in der Gesellschaft und im demokratischen System.

III. Fragmentierungen und Veränderungsoffenheit als Merkmal der Demokratie des Grundgesetzes und ihrer Kontexte

Ein solches Verständnis von Fragmentierungen als Instrument zur Analyse von Wechselbeziehungen im Gesamtsystem zeigt für die Demokratie des Grundgesetzes im Sinne von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG²⁴ und ihre Kontexte: Demokratie ist auf die Bewältigung von Fragmentierungen und dadurch entstehenden Wandel nicht nur ausgerichtet, sie setzt ihn sogar voraus. Demokratie ist nie fertig,²⁵ und deshalb hält sie Institutionen auf der prozeduralen Ebene zum Umgang mit Wandel vor.²⁶ Dies gilt auch für ihre Kontexte.

²⁴ Für das hier interessierende Anliegen lässt sich eine Begrenzung des schillernden Begriffs der Demokratie jedenfalls insoweit vornehmen, als die Orientierung zwangsläufig nicht nach Maßgabe einer vielfältigen inhaltlichen und methodischen Argumenten unterliegenden allgemeinen Demokratietheorie zu erfolgen hat, sondern nach Maßgabe und Normativität der geltenden Verfassungsordnung, also nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG; vgl. *Matthias Jestaedt* Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation?, in: Hans M. Heinig/Jörg Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus: Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft, 2013, 3 (6); verfassungstheoretisch begründet in *Matthias Jestaedt* Verfassungstheorie als Disziplin, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.) Verfassungstheorie, 2010, § 1 Rn. 20 ff.; ebenso – trotz der geschichtlichen und ideengeschichtlichen Bedingtheit eines jeden Demokratieverständnisses – auf die Maßgeblichkeit der konkreten verfassungsrechtlichen Ausformung für eine juristischen Betrachtung der Demokratie hinweisend *Konrad Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 127.

²⁵ Explizite Quintessenz der Geschichte der Demokratie aus *Nolte* Demokratie (Fn. 2), 479. Diese Eigenschaft behandelnd als „most useful quality“ *David Runciman* The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present, 2013, 125, und das Problem der Verschiebung daraus ableitend *ders.*, 285.

²⁶ Vgl. auch *Joas* Wertevermittlung (Fn. 23), 58 (75). So auch *Michael Stolleis* Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?, VVDStRL 44 (1986), 7 (16). Siehe auch zur Betonung des Umgangs mit Wandel *Steffen Augsburg*

I. Demokratie

Für die Demokratie des Grundgesetzes folgt dies aus ihren wesentlichen Funktionen²⁷ und Geltungsprinzipien²⁸, die sich aus der normativen Entscheidung für diese Staats-, Herrschafts- und Regierungsform ergeben.²⁹

a) Zeitlich begrenzte Legitimation

Die Demokratie schafft eine zeitlich begrenzte Legitimation für staatliches Handeln, indem sie in Art. 20 Abs. 2, Art. 38 und Art. 39 Abs. 1 GG ausgestaltete, regelmäßig wiederkehrende Mitwirkungsverfahren,³⁰ insbe-

Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie: Die Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie unter Bedingungen komplexer Gesellschaften, in: Hans M. Heinig/Jörg Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus. Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft, 2013, 40. Auf die Kritik fokussiert *Hans Herbert von Arnim* Politische Parteien: Populismus von oben?, DVBl. 2017, 1057.

²⁷ Dass es viele weitere Funktionen, Strukturelemente und Grundvorstellungen geben mag, sei unbestritten, kann hier aber nicht näher betrachtet werden; siehe dazu z.B. *Bernd Grzeszick* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 79. EL, 2016, Art. 20 Rn. 14 ff.; *Armin Hatje* Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2010), 135 (145 ff.). Dazu gehört wesentlich sicherlich die freiheitssichernde Funktion von Demokratie, weil sie die politischen Entscheidungen einer regelmäßigen Kontrolle durch Abwahlmöglichkeit unterwirft und mittels dessen staatliche Machtfülle und Machtkonzentration beschränkt werden, im Wesentlichen durch periodische Erneuerung der demokratischen Legitimation und dem damit verschränkten Grundsatz der Diskontinuität in personeller, institutioneller sowie materieller Hinsicht, *Lars Brocker* in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) BeckOK GG, 34. Edition 2017, Art. 39 Rn. 3 ff.; *Hans H. Klein* in: Maunz/Dürig (ebd.), Art. 39 Rn. 49 sowie Rn. 22; *Winfried Kluth* in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Bernhard Henneke (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 39 Rn. 4 ff.; ferner BVerfGE 44, 125 (139); 77, 1 (40).

²⁸ Die Demokratie ist kein Selbstzweck, sondern „ein Mittel zur Rechtfertigung staatlicher Herrschaft und hat damit funktionalen Charakter“, vgl. *Niels Petersen* Demokratie und Grundgesetz. Veränderungen des Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 GG angesichts der Herausforderungen moderner Staatlichkeit, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart 58 (2010), 137 (141), der dieses Verständnis in BVerfGE 2, 1 (12); 44, 125 (142) ausmacht.

²⁹ Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 9 ff.; *Gerhard Robbers* in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 137. Aktualisierung 2008, Art. 20 Abs. 1 Rn. 406 ff.; *Horst Dreier* in: ders. (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Einführung) Rn. 5 ff.; *Peter Badura* Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl. 2015, 228 ff.; *Stefan Huster/Johannes Rux* in: Epping/Hillgruber (Fn. 27), Art. 12 Rn. 55 ff.

³⁰ So dient Art. 39 Abs. 1 GG neben der Gewährleistung des für die Demokratie konstitutiven Grundsatzes der „Herrschaft auf Zeit“ mittels der Festlegung einer Höchstdauer auch einer ausreichend lang bemessenen Mindestdauer der garantierten Mandatsausübung, wodurch die Arbeitsfähigkeit des Parlaments gesichert werden soll, vgl. *Klein* in: Maunz/

sondere Wahlen, vorsieht. Damit wird das Volk kontinuierlich, wenngleich nicht jederzeit, eingebunden und kann seine Willensbildung immer wieder neu³¹ beschließen.³² Schon daran lässt sich die Veränderungsoffenheit ablesen: Was regelmäßig neu bestimmt wird, entsteht aus den vorangegangenen Fragmentierungen im kontinuierlichen Wandel.

b) *Rationalisierungsfunktion*

Demokratie rationalisiert Entscheidungen in der Repräsentation³³; sie lebt den beständigen Kompromiss³⁴. Sie erzwingt daher begründete und begründbare³⁵, aber nicht richtige Entscheidungen. Dahinter steht ihr dis-

Dürig (Fn. 27), Art. 39 Rn. 24; *Brocker* in: Epping/Hillgruber (Fn. 27), Art. 39 Rn. 2. Vgl. auch BVerfGE 62, 1, 32.

³¹ Daher steht die Legitimation auf Zeit in engem Verhältnis zum Mehrheitsprinzip: Dieses wird erträglich für die Minderheit, weil sie grundsätzlich die Chance auf Machtwechsel behält, vgl. *Grzeszick* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 20 Rn. 52. Zum Mehrheitsprinzip noch gleich unter III. 1. d) m.w.N.

³² Vgl. *Oliver Lepsius* Rechtswissenschaft in der Demokratie, *Der Staat* 52 (2013), 157 (175 f.). Zum prozesshaften und deshalb deliberativen Charakter des politischen Willensbildungsprozesses *Petersen* Demokratie und Grundgesetz (Fn. 28), 137 (142).

³³ Vgl. *Hesse* Grundzüge (Fn. 24), Rn. 138; *Daniel Hildebrand* Rationalisierung durch Kollektivierung, 2009, 383 ff.; *Armin Steinbach* Rationale Gesetzgebung, 2017, z.B. 231 f. Wie *Hans Kelsen* herausgearbeitet hat, bedient sich die Demokratie mit der Repräsentation durch das Parlament hierbei einer Fiktion, *Hans Kelsen* Allgemeine Staatslehre, 1925, 315. Zum ideengeschichtlichen Hintergrund siehe *Beatrice Brunhöber* Die Erfindung „demokratischer Repräsentation“ in den *Federalist Papers*, 2010, 208 ff., und speziell zur Repräsentationsfunktion des Parlaments vgl. *Martin Morlok* in: Dreier (Fn. 29), Art. 38 Rn. 30.

³⁴ Der bekannteste Kompromiss besteht in dem Dilemma zwischen Effektivität bzw. Problemlösungsmöglichkeiten der Demokratie auf der einen und den realen Partizipations- und Einflussmöglichkeiten des Einzelnen auf der anderen Seite, vgl. hierzu die klassische Studie von *Robert Dahl* A Democratic Dilemma: System Effectiveness versus Citizen Participation, in: *Political Science Quarterly* 109 (1994), 23; vgl. auch *Helmuth Schulze-Fielitz* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1998, 432.

³⁵ Siehe zur Notwendigkeit einer Begründung staatlicher Entscheidungen und der Darstellung ihrer Mindestanforderungen *Indra Spiecker gen. Döhmman* Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, i.E. 2018, Teil IV Zweites Kapitel B. III. m.w.N.; *Fritz Ossenbühl* Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, 458; *Martin Führ* Ökonomische Effizienz und juristische Rationalität. Ein Beitrag zu den Grundlagen interdisziplinärer Verständigung, in: Erik Gawel (Hrsg.) Effizienz im Umweltrecht. Grundsatzfragen einer wirtschaftlichen Umweltnutzung aus rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Sicht, 2001, 157 (161); *Eberhard Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 19 Rn. 253; *Uwe Kischel* Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, 39 ff.; vgl. auch BVerfGE 139, 64 (127, Rn. 130): „Der mit der Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung angestrebte Rationalisierungsgewinn“.

kursiver Charakter:³⁶ Verschiedene Positionen können zu wechselnden Entscheidungen in der Zeit führen.³⁷ Im demokratischen Gemeinwesen vorgehaltene Treffräume ermöglichen diese Veränderungen. Entscheidungen sind nicht statisch, sondern *können* – müssen aber nicht – beständig angepasst werden.³⁸

c) *Auswahl des Entscheidungspersonals*

In der repräsentativen Demokratie wählt das Volk zumindest teilweise das Entscheidungs- und Führungspersonal³⁹ durch die Wahl seiner Repräsentanten nach Art. 38 GG aus.⁴⁰ Die damit verbundene Möglichkeit, die

³⁶ Siehe z.B. *Dieter Grimm* Ursprung und Wandel der Verfassung, in: HStR I, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 24; *Jürgen Habermas* Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, 349 ff. und 369; *ders.* Drei normative Modelle der Demokratie, in: *ders.* Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1996; *James S. Fishkin* Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform, 1991; *ders.* Defending deliberation: a comment on Ian Shapiro's The State of Democratic Theory, Critical Review of International Social and Political Philosophy 8 (2003), 71. Vgl. zur Einordnung der Hauptprotagonisten der deliberativen Demokratietheorie *Nolte* Demokratie (Fn. 2), 395 ff.

³⁷ Siehe z.B. *Gunnar Folke Schuppert* Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, AöR 120 (1995), 32 (64) unter Verweis auf BVerfGE 5, 89 (89 ff., 199 f.); *Grimm* Ursprung und Wandel (Fn. 36).

³⁸ Siehe auch *Hans-Detlef Horn* Demokratie, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.) Verfassungstheorie, 2010, 743 (760). Dem entsprechen die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers oder auf der verwaltungsrechtlichen Ebene die Möglichkeiten von Widerruf und Rücknahme von Verwaltungsakten, §§ 48, 49 VwVfG, und die daraus erwachsende Folgenbeseitigungspflicht der Exekutive.

³⁹ Z.B. *Emanuel Towfigh* Das Parteien-Paradox. Ein Beitrag zur Bestimmung des Verhältnisses von Demokratie und Parteien, 2015, 72. Diese Funktion erschöpft sich jedoch nicht in der Auswahl. Insbesondere *Max Weber* hat als zentrale Aufgabe des Parlaments die Auslese verstanden, um geeignetes Personal identifizieren zu können, das in einem Arbeitsparlament eine wirksame politische Kontrolle über den Beamtenapparat ausüben kann, vgl. *Max Weber* Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, in: MWG I/15, 488 f. Dass *Max Weber* den Parlamentarismus primär unter diesem Gesichtspunkt befürwortete, wurde ihm später vorgeworfen, vgl. *Wolfgang Mommsen* Max Weber und die deutsche Politik 1890–1920, 2. Aufl. 1974, insb. 205, 392 ff.

⁴⁰ *Hans Meyer* Demokratische Wahl und Wahlsystem, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 45, Rn. 6, 9; *Klein* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 38 Rn. 72 f.; *Morlok* in: Dreier (Fn. 33), Art. 38 Rn. 53. Siehe auch *Joseph A. Schumpeter* Capitalism, Socialism and Democracy, 1976, 269. Dies wird auch daran deutlich, an wessen Bestimmung die gewählten Repräsentanten ihrerseits mitwirken, z.B. Bundespräsident nach Art. 54 GG, Bundeskanzler nach Art. 63 GG, Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 94 GG, Wehrbeauftragte nach § 13 WBeauftrG, Bundesbeauftragter für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik nach § 35 Abs. 2 StUG, Präsident und Vizepräsident des Bundesrechnungshofes nach § 5 Abs. 1 BRHG, Mitglieder des parlamentarischen Kontrollgremiums nach § 2 Abs. 1 PKGrG.

verantwortlichen Personen regelmäßig auszutauschen, geht einher mit der Notwendigkeit der Offenheit⁴¹ für inhaltliche Veränderungen.

d) *Mehrheitsprinzip*

Auch das Mehrheitsprinzip⁴² als demokratische Entscheidungsregel setzt beständig wiederkehrende Fragmentierungen zwischen Minderheiten und Mehrheiten,⁴³ zwischen Regierung und Opposition⁴⁴ voraus und überführt diese in Veränderungspotentiale. Darin liegt gleichzeitig das der Demokratie eigene Versprechen eines immer wieder möglichen gewaltlosen Machtwechsels.⁴⁵ Dieser führt seinerseits wieder in Fragmentierungen, weil er andere Minderheiten und Mehrheiten produziert.

⁴¹ Denn der Abgeordnete ist nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG seinem Gewissen unterworfen und nicht an Aufträge und Weisungen – auch nicht des Souveräns – gebunden; da zudem für die Zukunft gewählt wird und der Abgeordnete auf zukünftige Entwicklungen reagieren können muss, liegt auch darin eine Offenheit für Entwicklung. Zur Stellung des Abgeordneten siehe etwa *Klein* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 38 Rn. 195 ff.; *ders.* Status des Abgeordneten, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 51 Rn. 1 ff.; *Klaus Stern* in: *ders.* (Hrsg.) Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 24 I 2 (826 ff.); *Kluth* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 27), Art. 38 Rn. 71 ff.

⁴² Siehe etwa BVerfGE 29, 154 (165); ferner grundlegend *Werner Heun* Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983; *Ernst Benda* Konsens und Mehrheitsprinzip im Grundgesetz und in der Rechtsprechung des BVerfGs, in: Hans Hattenhauer/Werner Kaltefleiter (Hrsg.) Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung, 1986, 61; begründet mit Fairness und Selbstbestimmungsgründen etwa *Christian Hillgruber* Die Herrschaft der Mehrheit – Grundlagen und Grenzen des demokratischen Majoritätsprinzips, AöR 127 (2002), 460 (462); *Böckenförde* Demokratie (Fn. 29), Rn. 52–56; *Christoph Möllers* Gewaltengliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005, 53; *Reinhold Zippelius* Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, APuZ 42 (1987), 3 (6); *Hans Kelsen* Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, 9. Aus Gründen einer höheren Rationalitätserwartung z.B. *Adam Przeworski* Minimalist conception of democracy: a defense, in: Ian Shapiro/Casiano Hacker-Cordón (Hrsg.) Democracy's Value, 1999, 23 (26 ff.). Dieser Gedanke geht ideengeschichtlich zurück auf *Nicolas de Condorcet* Essai sur l'application de l'analyse de la probabilité des décisions rendues a la pluralité des voix, 1785. Kritisch insgesamt *Petersen* Demokratie und Grundgesetz (Fn. 28), 137 (143, 145 ff.).

⁴³ So auch *Lepsius* Rechtswissenschaft (Fn. 32), 157 (169).

⁴⁴ Dies betonend als Merkmal der heutigen Parteiendemokratie *Markus Kotzur* Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2010), 173 (211 f.).

⁴⁵ Dahinter steht die Überzeugung, dass Chancengleichheit besteht, selbst zur Mehrheit werden zu können, und dazu alle Bürger gleich gedacht werden; vgl. *Hesse* Grundzüge (Fn. 24), Rn. 135; *Uwe Volkmann* Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, 242; *Lepsius* Rechtswissenschaft (Fn. 32), 157 (169). Vgl. auch *Augsberg* Wandel (Fn. 26), 27. Zum gewaltlosen Regierungswechsel als Gelingensvoraussetzung einer jeden Demokratie, vgl. *Karl Popper* Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, 6. Aufl. 1986, 174 f. Legitimatorisch wichtig ist das Majoritätsprinzip aber ebenso

e) *Inhaltliche Offenheit der Demokratie*

Das Mehrheitsprinzip befördert die – im Rahmen der Verfassung geltende⁴⁶ – inhaltliche Offenheit der Demokratie: Demokratie kennt keinen absoluten Wahrheitsanspruch,⁴⁷ und sie ist offen für Irrtum⁴⁸ und für neue Erkenntnisse⁴⁹, also auch für eine daraus resultierende Veränderung. Daher

als „relativ größte Annäherung an die Idee der Freiheit“, da „möglichst wenig Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten“, *Kelsen Wesen und Wert* (Fn. 42), 9 f.

⁴⁶ So etwa BVerfGE 74, 244 (252), das mit *Axel von Campenhausen* Staatskirchenrechtliche Rückwirkungen der Reform der gymnasialen Oberstufe, DVBl 1976, 609 (611) davon ausgeht, dass „der [...] Inhalt der Verfassung ‚in die Zeit hinein offen bleiben‘ muß, um die Lösung von zeitbezogenen und damit wandelbaren Problemen zu gewährleisten“; vgl. ferner BVerfGE 5, 85 (200), 65, 182 (193).

⁴⁷ *Hesse Grundzüge* (Fn. 24), Rn. 159; *Marie-Christine Kajewski* Wahrheit und Demokratie. Eine Zeitdiagnose der Postdemokratie, 2014, 13 f. (näher zur liberalen Demokratie 98 ff.). Hierin gründet sich auch *Hans Kelsens* Diktum, dass der demokratische Gedanke als Weltanschauung den Relativismus voraussetze, *ders. Wesen und Wert* (Fn. 42), 101. Dieser Relativismus ist jedoch kein Zeichen der Schwäche, sondern im Hinblick auf die Nichtbeweisbarkeit von Werten ein Zeichen der Stärke, *Horst Dreier* Joh 18, Wertrelativismus und Demokratietheorie, in: Robert Walter/Klaus Zeleny (Hrsg.) Reflexionen über Demokratie und Recht, FS Clemens Jabloner, 2009, 13 (21); *ders. Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme*, in: Robert Walter/Clemens Jabloner (Hrsg.) *Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung*, 1997, 79 (96 ff.).

⁴⁸ Das ergibt sich schon aus Art. 1 Abs. 1 GG: Die Würde des Menschen gebietet Achtung auch vor dem Irrtum und dem Irrenden.

Zum „Menschenrecht auf Irrtum“ *Horst Sendler* Über Rechtsstaat, Unrechtsstaat und anderes, NJ 1991, 379 (382); *ders. Der Maria-Theresien-Taler (MTT) als Hilfe zur Rechtsfindung – Ein Beitrag zur Austrifizierung der Welt auf dem Gebiet der Rechtspflege*, DÖV 1991, 521 (529) mit Verweis auf *Bernd Guggenberger* Das Menschenrecht auf Irrtum: Anleitung zur Unvollkommenheit, 1987, 14; *Wolfgang Durner* Horst Sendler als Rechtspolitiker, GS Horst Sendler, 2011, 93 (103). Siehe auch zum „Menschenrecht auf Irrtum“ als wesentlichen Aspekt der durch Gewissens-, Meinungs- und Informationsfreiheit geschützten „Gedankenfreiheit“ *Paul Tiedemann* Religionsfreiheit – Menschenrecht oder Toleranzgebot?, 2012, 39; zum Irrtum als Ordnungsprinzip eines liberalen Freiheitsentwurfs und der „Wahrheit“ als dessen (kirchlichen) Gegenentwurf *Josef Isensee* Keine Freiheit für den Irrtum, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung* 73 (1987), 296 (314 f.) sowie zur „menschenrechtlichen“ Tradition der Freiheit auf Irrtum *ders. Der lange Weg zu „Dignitatis humanae“*, in: Christian Hillgruber (Hrsg.) *Das Christentum und der Staat*, 51 (74).

⁴⁹ Dies zeigt die demokratisch aufgeladene datenschutzrechtliche Debatte um die sog. „Schere im Kopf“ ganz deutlich: Die Keimzelle der Demokratie sind „selbstbestimmte Bürger als Politik-Subjekte“, die „selbstbestimmt Überzeugungen bilden und diese in die öffentliche Diskussion einbringen.“, *Barbara Sandfuchs* Privatheit wider Willen?, 2015, 48. Dabei geht es nicht allein um die Bewahrung vor Abschreckung von politischer Partizipation (durch tatsächliche oder empfundene Überwachung), sondern um den Erhalt der Grundbedingungen für neue Erkenntnis, neue Meinungen und originelle Ideen, von denen

gibt es auch kein vordefiniertes Gemeinwohl; dieses wird immer wieder neu bestimmt innerhalb des Rahmens, den die Verfassung, vor allem die Grundrechte und die objektive Werteordnung, setzen.⁵⁰ Dies erfolgt in den demokratischen und gesellschaftlichen Treffräumen. Es gibt zwar keine Dynamik in der Demokratie um der Dynamik willen,⁵¹ aber es gibt auch kein Primat des Bestehenden um des Bestehenden willen – jedenfalls nicht jenseits der Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG⁵².

f) Nähe zu den Informations- und Meinungsgrundrechten

Diese grundsätzliche Absage der Demokratie an das eindeutig Richtige bedingt und fördert Vielfalt der Positionen, Lebensentwürfe und Verhaltensweisen, die unter ihrem Dach nebeneinander, miteinander und durchaus auch gegeneinander existieren. Deshalb ist Demokratie neben der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG eng mit den Informations- und Meinungsgrundrechten insbesondere aus Art. 5 GG verbunden, die sämtlich ein Grundverständnis der Toleranz gegenüber der Abgrenzung und dem Anderen sowie der Auseinandersetzung mit seiner Position teilen,⁵³ und damit die Möglichkeit der Veränderung eröffnen.

die Demokratie lebt, *Sandfuchs* (ebd.), 49 (52); so auch *Yoan Hermstrüwer* Informationelle Selbstgefährdung, 2016, 43.

⁵⁰ Vgl. *Christoph Engel* Offene Gemeinwohldefinitionen, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23; *Udo Di Fabio* Parteien und Gemeinwohl, in: Martin Morlok/Ulf von Alemann/Heike Merthen (Hrsg.) *Gemeinwohl und politische Parteien*, 2008, 38 (44); *Grzeszick* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 20 Rn. 55 ff.; *Thorsten Kingreen* Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, 17.

⁵¹ Wohl aber lässt sich postulieren, dass der Zweifel an der Demokratie regelrecht konstitutiv zu ihr gehört, siehe auch *Christoph Möllers* Aktuelle praktische Fragen der Demokratietheorie, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.) *Demokratie – Zustand und Perspektiven* 44 (2015), 14 (17).

⁵² Zu den absoluten Grenzen der Demokratie *Karl. E. Hain* Die Grundsätze des Grundgesetzes – Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, 1999; *ders.* in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) *Kommentar zum Grundgesetz*, 6. Aufl. 2010, Art. 79 Abs. 3 Rn. 76 ff.; *Dreier* in: *ders.* (Fn. 29), Art. 79 III Rn. 36 ff.; *Stern* in: *ders.* (Hrsg.) *Staatsrecht* (Fn. 41), § 4 II; *Brun-Otto Bryde* in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*, 6. Aufl. 2012, Art. 79 Rn. 40 ff.; *Bodo Pieroth* in: Jarass/Pieroth (Hrsg.) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 14. Aufl. 2016, Art. 79 Rn. 15.

⁵³ Demokratie verlangt Toleranz gegenüber der Meinung anders Denkender im politischen Wettbewerb, selbst wenn diese Meinung fundamental der eigenen zuwiderläuft, vgl. *Schumpeter* *Capitalism* (Fn. 40), 295. Siehe auch zum Wettbewerbsparadigma in der Demokratie *Hatje* Wettbewerbsordnung (Fn. 27), 135; *Kotzur* Wettbewerbsordnung (Fn. 44), 173 (175 ff.); siehe auch schon *Konrad Hesse* Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat, *VVDStRL* 17 (1958), 11 (20).

g) *Folge: Robustheit der Demokratie zur Begleitung von Wandel*

Daher ist Demokratie ein sich beständig wandelndes, adaptives⁵⁴ und selbsterneuerndes⁵⁵ System. Darin sind Veränderung und Beweglichkeit vorgesehen.⁵⁶ Gleichwohl ist die Demokratie in ihrer Betonung des Verfahrens keine Staatsform der Beliebigkeit. Denn wegen der Rückbindung an den Souverän⁵⁷ und der Wahrung der Minderheitenrechte⁵⁸ liegt ihr die beständige Besorgnis zugrunde, die Fragmentierungen aufgreifen und positiv zur Anpassung nutzen zu können.⁵⁹ Dabei geht es um die Rückführbarkeit des Unterschiedlichen – um *prozedurale institutionelle* Begleitung.

Dies macht die Demokratie im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG robust:⁶⁰ Sie vermittelt allenfalls eine weit gefasste inhaltliche Einheitsvorstellung.⁶¹ Sie stellt Institutionen bereit, die Veränderung begleiten und bewäl-

⁵⁴ *Runciman* The Confidence Trap (Fn. 25), 125, nennt das die nützlichste Eigenschaft der Demokratie, auch wenn er auf dieser Adaptionfähigkeit gerade seinen Befund der Krise der Demokratie aufbaut, dass echte Adaption erst stattfinden muss, wenn die Resilienz nicht mehr gewahrt ist und sie dann unterbleibt.

⁵⁵ Diesen Effekt der Demokratie auf die Gesellschaft beschreibt schon *Alexis de Tocqueville* *Democracy in America and Two Essays on America*, 2003, Bd. 1, Part II, Kapitel 6, 286. Er gilt aber umgekehrt ebenso: Die beständige Erneuerung und Veränderung der Gesellschaft führt zu selbigem in der Demokratie als Ausdruck des souveränen Willens.

⁵⁶ Vgl. *Christoph Möllers* *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2. Aufl. 2009, 13 (17). Die konkrete Demokratiekonzeption muss sich an den Funktionen und Zielen der Demokratie entlang ausrichten und unterliegt daher gleichfalls beständigem Wandel, siehe dazu auch *Armin v. Bogdandy* *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme*, *ZaöRV* 63 (2003), 853.

⁵⁷ *Uwe Volkmann* hält das für die entscheidende Rechtfertigung der Demokratie: Sie ist die einzige Organisationsform, die den Menschen als Person wahrnimmt, *ders.* *Demokratie* (Fn. 21), 575 (596).

⁵⁸ Z.B. *Grzeszick* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 27), Art. 20 Rn. 53; *Lepsius* *Rechtswissenschaft* (Fn. 32), 157 (175 f.). Siehe dazu auch *Frank Schorkopf* *Staat und Diversität*, 2017, 28 ff.

⁵⁹ Vgl. *Hesse* *Grundzüge* (Fn. 24), Rn. 70 ff.

⁶⁰ Vgl. auch *Augsberg* *Wandel* (Fn. 26), 27.

⁶¹ Dabei darf aber nicht außer Betracht gelassen werden, dass Systeme durchaus aushalten, dass einzelne Bestandteile nicht systemgerecht funktionieren. So hat von jeher das Recht immer auch mit Parallelererscheinungen umgehen können und haben in gewissem Ausmaß verschiedene Entscheidungsrationaltäten nebeneinander bestehen können, vgl. *Niklas Luhmann* *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, zum Punkt der Variation z.B. 277. Entscheidungen im Wettbewerbsrecht unterliegen anderen Vorstellungen als Entscheidungen im Familienrecht. Verschlechterungen einiger Elemente und Grundbedingungen für die Demokratie können womöglich auch ausgeglichen werden, vgl. *Wolfgang Merkel* *Herausforderungen der Demokratie*, in: *ders.* (Hrsg.) *Demokratie und Krise*, 2014, 7 (23). Dafür spricht, dass die demokratischen Ausprägungen in den sogenannten „reifen Demokratien“ in den USA, Europa und Japan (diese Gruppierung zu finden z.B. in *Crouch* *Postdemokratie* [Fn. 4], 7; *Susan J. Pharr/Robert D. Putnam/Russel J. Dalton* *Introduction: What’s troubling the Trilateral Countries?*, in: *Susan J. Pharr/Robert D. Putnam* [Hrsg.] *Disaffected*

tigen. Diese ermöglichen vereinheitlichende Prozesse der Verständigung. Dadurch ist das Demokratieprinzip elastisch und offen für die Bezüge zur wechselnden Wirklichkeit.⁶² Demokratie ist dynamisch, nicht statisch konstruiert.⁶³ Was auf den ersten Blick verwundern mag, ist soziologisch längst anerkannt: Stabilisierung eines Systems erfolgt auch dadurch, dass es sich einem beständigen Wandel unterwirft.⁶⁴

Dieser Befund gilt auch für die Kontexte von Demokratie.

2. Parteien

Beginnen wir mit den Parteien, denen das Grundgesetz in Art. 21 Abs. 1 GG eine besondere Position in der Demokratie zuschreibt.

a) Funktion und Bedeutung

Parteien wirken im parlamentarischen Parteienstaat⁶⁵ an der politischen Willensbildung des Volkes mit. Damit sind sie „für das Funktionieren einer demokratischen Ordnung des Gemeinwesens [...] unerlässlich und entscheidend“⁶⁶ – und dies, obwohl sie aus Eigeninteresse agieren: Sie wol-

Democracies: What's Troubling the Trilateral Countries? 2000, 3; *Larry Diamond/Richard Gunther* Introduction, in: dies. [Hrsg.], *Political Parties and Democracy*, 2001 [ix] durchaus sehr verschiedenartige Konzepte verfolgen, in denen unterschiedliche Funktionsbedingungen von Demokratie unterschiedlich ausgeprägt sind.

⁶² Vgl. auch *Uwe Volkmann* Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, *Der Staat* 54 (2015), 35 (52), zur verfassungstheoretischen Kategorie der Verfassung als Integration.

⁶³ Vgl., wenn auch nicht mit Akzentuierung, dazu auch *Hesse* Grundzüge (Fn. 24), Rn. 135 und 138; *Peter Häberle* Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, *Rechtstheorie* 14 (1983), 257 (275). Mit Hinweis auf die Flexibilität und die Entscheidungsprozesse zieht *Niels Petersen* dem Legitimationskettenmodell ein deliberatives Demokratiemodell vor, *ders.* Demokratie und Grundgesetz (Fn. 28), 137 (171).

⁶⁴ *Hartmut Rosa* Resonanz – Eine Soziologie der Weltbeziehung, 3. Aufl. 2016, 671 ff.; siehe auch zur Normalität von Unbeständigkeit in komplexen Systemen *Nassib Talem* Antifragile: Things that Gain from Disorder, 2013, 60 f.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 1, 208 (224), anlehnend an *Kelsen* Wesen und Wert (Fn. 42), 20; *Gerhard Leibholz* Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien, Verhandlungen des 38. DJT (1950); *Stolleis* Parteienstaatlichkeit (Fn. 26), 7 (8 f.). Trotz des Begriffes Parteienstaat liegt die Verantwortung für den Zustand des Gemeinwesens nach geltendem Verfassungsrecht dennoch nicht primär bei den Parteien, sondern getreu dem Ideal als „Bürgerstaat“ bei den Bürgern, darauf hinweisend *Philip Kunig* Parteien, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 40 Rn. 128. Zur Einordnung der Parteien in der Dichotomie Staat und Gesellschaft vgl. *Uwe Volkmann* Politische Parteien und öffentliche Leistungen, 1993, 88 ff.

⁶⁶ BVerfGE 20, 56 (114); ähnlich auch noch 85, 264 (284). Vgl. auch *Stolleis* Parteienstaatlichkeit (Fn. 26), 7 (7 f.).

len Wahlen gewinnen, Macht ausüben und ihre Positionen im politischen Prozess durchsetzen.⁶⁷

Die wesentliche Funktion der Parteien in der repräsentativen Demokratie liegt neben ihren originären Beiträgen für den politischen Diskurs in dessen Komplexitätsreduktion⁶⁸ und im Umgang mit Unsicherheit für den Bürger: Sie bündeln Positionen und entlasten Wähler von der schwierigen⁶⁹ Informationsgewinnung und -bewertung. Dies tun sie im beständigen Wettbewerb um die Stimmen der Wähler⁷⁰.

b) *Fragmentierung und Veränderung*

Damit ist auch ihre Position im verfassungsrechtlichen Gefüge auf Fragmentierungen und kontinuierliche Befassung mit Veränderung angelegt.⁷¹ Denn ein Wettbewerb kann nur bestehen, wenn sich Parteien personell und inhaltlich abgrenzen.⁷² Da sie auf Gewinnung von Wählern unter sich stän-

⁶⁷ Siehe *Towfigh* Parteien-Paradox (Fn. 39), z.B. 150 und 165 ff.; *Sophie Schönberger* Vom Suchen und Finden der Macht im Verfassungsrecht – Neujustierungen im Verständnis von Art. 21 GG, JZ 72 (2017), 701 (702, 707); von *Arnim* Populismus (Fn. 26), 1057; *Fritz Ossenbühl* Die Parteien im System des Grundgesetzes, BayVBl. 2000, 161 (168). Kritisch zu der Perspektive auf Parteien aus einer „zweckrationalen Kosten-Nutzen-Perspektive“ *Philipp Erbenraut* Der Staat 56 (2017), 142 (144).

⁶⁸ *Dieter Grimm* Politische Parteien, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 2, 2. Aufl. 1995, § 14 Rn. 12; ferner *Niklas Luhmann*, Soziologie des politischen Systems, in: ders. (Hrsg.) Soziologische Aufklärung, 1970, 164 f. Diese Komplexitätsreduktion tritt zwar besonders zu Zeiten von Wahlen auf, sollte Parteien jedoch nicht als bloße „Wahlvorbereitungsorganisationen“ erscheinen lassen, vgl. hierzu *Kunig* Parteien (Fn. 65), Rn. 76.

⁶⁹ In der Ökonomie ist daher das sog. Wahlparadox formuliert worden: Für das Individuum lohnt es sich wegen der geringen Wahrscheinlichkeit, dass die eigene Stimme ausschlaggebend sein wird, nicht, Informationsgewinnung zu betreiben, *William H. Riker/Peter C. Ordeshook* A Theory of the Calculus of Voting, *American Political Science Review* 62 (1968), 25 ff. Siehe auch *Towfigh* Parteien-Paradox (Fn. 39), 79 ff.

⁷⁰ *Hatje* Wettbewerbsordnung (Fn. 27), 135 (151); *Sebastian Bukow/Uwe Juhn* Parteien unter Wettbewerbsdruck, in: dies. (Hrsg.) Parteien unter Wettbewerbsdruck, 2017, 1 (4); zum Zusammenhang zwischen dem Wettbewerb um Wählerstimmen und der Parteienfinanzierung vgl. *Michael Kloß* Staatliche Parteienfinanzierung und politischer Wettbewerb, 2008, 143 f. Dieser Wettbewerb trägt sich auch ins Parlament fort, sodass die „Konkurrenz der politischen Parteien“ auch dort das „dominierende“ Prinzip darstellt, vgl. hierzu *Josef Isensee* Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: Hans Herbert von Arnim/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, 2004, 95 (111).

⁷¹ So auch *Uwe Jun* Professionalisiert, medialisiert und etatisiert. Zur Lage der deutschen Großparteien am Beginn des 21. Jahrhunderts, *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 33 (2002), 770 (771).

⁷² Den Parteien obliegt durchaus auch eine integrative Funktion: Zur Bildung von Mehrheiten müssen sie identitäre Interessengegensätze auflösen und scheinbar unvereinbare

dig verändernden Rahmenbedingungen abzielen, müssen sie sich selbst fortwährend anpassen.

Die Teilhabe an der demokratischen Willensbildung und der Wille zum Machtgewinn bedingt, dass Parteien nur in der Fragmentierung untereinander existieren, auch wenn sie im Hinblick auf ein gesamtpolitisches Konzept immer wieder zur Loslösung von Einseitigkeiten durch Kompromissbildung und Interessenausgleich aufgefordert sind.⁷³

3. Medien

Blicken wir als nächstes auf Fragmentierungen und Veränderungslosigkeit der Medien, und zwar auch in Bezug auf die „neuen Medien“ des Internets⁷⁴.

a) Funktion und Bedeutung

Am gelegentlich verwendeten Begriff der „Mediendemokratie“⁷⁵ lassen sich bereits die engen Zusammenhänge zwischen Medien und Demokratie erkennen. Medien wird eine „Wächterfunktion“ zur Kontrolle staatli-

Positionen miteinander verbinden, vgl. *Lepsius* Rechtswissenschaft (Fn. 32), 157 (174); *Elmar Wiesendahl* Parteien und Demokratie 1980, 109 ff. Daher müssen sie einseitige Interessen vermeiden und schon intern zu Kompromissen finden, weshalb sie grundsätzlich identitätsstiftend wirken, vgl. *Nancy L. Rosenblum* On the Side of the Angels: An Appreciation of Parties and Partisanship, 2008, 7 f.; *Augsberg* Wandel (Fn. 26), 27 (43 f.); *Seymour Martin Lipset/Stein Rokkan* Cleavage Structures, Party Systems, and Voter Alignment: An Introduction, 1967, 5. Unter Einbeziehung der Forschungen zum sog. „minimal group paradigm“ *Henri Tajfel* Gruppenkonflikt und Vorurteil, 1982; *Michael Billig/Henri Tajfel* Social categorization and similarity in intergroup behavior, *European Journal of Social Psychology* 3 (1973), 27 ff., lässt sich begründet darüber nachdenken, dass Parteien identitäre Interessengegensätze unter bestimmten Bedingungen sogar auflösen können, weil sie andere Identitäten stiften.

⁷³ Vgl. auch *Hatje* Wettbewerbsordnung (Fn. 27), 135 (152).

⁷⁴ Ob damit möglicherweise auch ein gänzlich verändertes rechtliches Konzept der Medien und ihres Schutzes und ihrer Verpflichtungen einhergehen sollte, gerade wegen der Wirkungen der Wissensgesellschaft, die ohne Medien nicht mehr auskommen kann, wird noch zu erörtern sein.

⁷⁵ Etwa *Hans-Jürgen Papier* Die Zukunft der Demokratie, in: Michael Bäuerle/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.) Demokratie-Perspektiven, FS Brun-Otto Bryde, 2013, 261 (264); *Albrecht Müller* Von der Parteiendemokratie zur Mediendemokratie, 1999; *Ulrich Sarcinelli* Von der Parteien- zur Mediendemokratie in: ders./Heribert Schatz (Hrsg.) Mediendemokratie im Medienland, 2002, 9; *Wolfgang Hoffmann-Riem* Mediendemokratie als rechtliche Herausforderung, *Der Staat* 42 (2003), 193; *Peter Badura* Die politischen Parteien in der Mediendemokratie, in: Max-Emanuel Geis/Dieter C. Umbach (Hrsg.) Planung – Steuerung – Kontrolle, FS Richard Bartlspenger, 2006, 1 (3).

cher Macht zugeschrieben.⁷⁶ Sie identifizieren gesellschaftlich relevante Entwicklungen, selektieren diese und bereiten sie auf.⁷⁷ Sie wirken damit auf die öffentliche Meinungsbildung als Grundlage eines gesellschaftlichen Willensbildungsprozesses ein⁷⁸. Medien sind also wichtige Mittler zwischen Staat und Gesellschaft/Bürger.⁷⁹ Sie ermöglichen Treffräume, in denen es zwischen den Repräsentanten und dem Souverän zu Austausch kommt und wechselseitige Beeinflussung auch über Wahlen und Abstimmungen hinaus möglich ist.⁸⁰ In der Folge werden Positionen, Wertvorstellungen und Ansichten wandelbar, von Bürgern und Medien.

Die wesentliche demokratische Bedeutung der Medien wird darüber erreicht, dass sie inhaltlich und infrastrukturell eine breite Öffentlichkeit erreichen,⁸¹ also Skaleneffekte erzeugen und nutzen können. Gleichzeitig

⁷⁶ Zur Aufgabe der Medien als „public watchdog“ siehe EGMR, 25.03.1985 – 8734/79, EuGRZ 1985, 170 Rn. 58 – Barthold; BVerfGE 35, 202 (222); 97, 125 (149); *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 39 ff.; *Kerstin Pomorin* Die Presse als watchdog – eine gefährdete Art?, ZUM 2008, 49 ff.; *Lorenz Steinke* Kommunizieren in der Krise, 2014, 55; *Mathias Donath* Demokratie und Internet, 2001, 114 f.; *Vlasic* Integrationsfunktion (Fn. 12), 170 ff.

⁷⁷ BVerfGE 20, 162 (175); *Michael Kloepfer* Öffentliche Meinung, Massenmedien, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 42 Rn. 38 f.; *Böckenförde* Willensbildung (Fn. 76), Rn. 39.

⁷⁸ Siehe BVerfGE 12, 205 (260); 20, 162 (175); *Kloepfer* Massenmedien (Fn. 77), Rn. 36; *Franz Schneider* Presse- und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz: Beiträge zur Wesensbestimmung dieser Grundrechte, 1962, 76. Zum Zerfall auch schon *Jürgen Habermas* Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 57 (69, 261); *Torsten Liesegang* Öffentlichkeit und öffentliche Meinung, 2004, 12; *Albrecht Müller* Von der Parteiendemokratie zur Mediendemokratie, 1999, 13 ff. und 59 ff.

⁷⁹ Vgl. zur Bedeutung der ständigen kommunikativen Wechselbeziehung zwischen Staat und Volk *Grimm* Europa (Fn. 8), 581 (588); *Habermas* Strukturwandel (Fn. 78), u.a. 33.

⁸⁰ Die rechtliche Positionierung der Medien ist allerdings ebenso vielschichtig, je nachdem, ob man sie eher als Infrastruktur oder vielmehr als Teilhaber an Meinungsbildung und Inhalten begreift. Ihre Funktion als Aufreger und Anreizer der öffentlichen Meinung und als „vierte Gewalt“ ordnet sie eher dem inhaltlichen Bereich zu, weil die Selektions- und Darstellungsfunktion in erheblicher Weise auf den Diskurs einwirkt; ihre Funktion des Sendens und Empfangens von Inhalten verweist eher auf die infrastrukturelle Dimension. Eine strikte Trennung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Art. 10 GG macht dies auch rechtlich deutlich, siehe BVerfGE 113, 349 (364); *Wolfgang Durner* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 2016, Art. 10 Rn. 211; *Böckenförde* Willensbildung (Fn. 76), Rn. 40; *Thomas Vesting* in: Werner Hahn/Thomas Vesting (Hrsg.) Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, Einführung, Rn. 15; *Thomas Schwabenbauer* Kommunikationsschutz durch Art. 10 GG im digitalen Zeitalter, AöR 137 (2012), 1 (8 f.).

⁸¹ Zum Begriff der Massenkommunikation aus sozialwissenschaftlicher Perspektive *Peter Hunziker* Medien, Kommunikation und Gesellschaft, 1996, 5 ff.; *Niklas Luhmann* Die Realität der Massenmedien, 5. Aufl. 2017, 125 ff. Vgl. ferner *Friedrich Kübler* Massenkommunikation und Medienverfassung. Bemerkungen zur „institutionellen“ Deutung der Presse- und Rundfunkfreiheit, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.) Wege und Ver-

erhält die Massenkommunikation aber auch eine qualitative Dimension, weil durch die Medien die Menge möglicher und tatsächlicher Einzelansichten gebündelt, u.U. verallgemeinert und zusammengefasst und dadurch überhaupt als öffentliche Meinung mit einem inhaltlichen Gewicht versehen wird, das den individuellen Positionen ansonsten im politischen Prozess kaum zukäme.⁸²

b) *Fragmentierung und Veränderung*

Damit nehmen die Medien tatsächlich eine integrative Rolle im Hinblick auf die öffentliche Meinung wahr. Aber Medien operieren vor allem in der ständigen Fragmentierung: Denn im Wettbewerb um Leser, Nutzer und Kunden vertreten sie verschiedene Ansichten und vermitteln unterschiedliche Informationen. Meinungs- und Medienrechte sind Ausdruck⁸³

fahren des Verfassungslebens, FS Peter Lerche, 1993, 649 ff.; *Peter Tettinger* Neuartige Massenkommunikationsmittel und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, JZ 1984, 400; zum disziplinbildenden Charakter der Massenkommunikation *Joachim Wolf* Medienfreiheit und Medienunternehmen, 1985, 49 ff.; *Wolfgang Hoffmann-Riem* Kommunikations- und Medienfreiheit. in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 2, 2. Aufl. 1995, 191 (206 ff.); *Friedrich Kübler* Medien, Menschenrechte und Demokratie – Das Recht der Massenkommunikation, 2008, 3. Zu Problemen der Abgrenzung von Individual- und Massenkommunikation *Vesting* in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht (Fn. 80), Einführung, Rn. 18 ff. Zur Herstellung von Öffentlichkeit *Jens Lucht* Der öffentlich-rechtliche Rundfunk: ein Auslaufmodell?, 2006, 91; *Michael Schenk* Mediennutzung und Medienwirkung als sozialer Prozess, in: Ulrich Sarcinelli (Hrsg.) Politikvermittlung und Demokratie in der Mediengesellschaft, 1998, 387 ff.; *Hans-Detlef Horn* Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, VVDStRL 68 (2009), 413 (422).

⁸² Vgl. *Franz Schneider* Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit: Studien zur politischen Geschichte Deutschlands bis 1848, 1966, 12 (52 ff.); *Habermas* Strukturwandel (Fn. 78), 166; *Reinhard Koselleck* Kritik und Krise: Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt, 1973, 96; *Böckenförde* Willensbildung (Fn. 76), Rn. 40; *Vesting* in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht (Fn. 80), Rn. 15. Kritisch etwa zur Rolle der Medien im Rahmen von Stuttgart 21 *Walter Leisner* Stuttgart 21: „Wir sind das Volk!“ – Wer?, NJW 2011, 33 (35).

⁸³ Insbesondere in der US-amerikanischen Literatur tritt dieser Gedanke des „marketplace of ideas“ für die Meinungsfreiheit deutlich zu Tage, vgl. U.S. Supreme Court, *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444. Er dürfte zurückgehen auf die dissenting opinion von *Oliver Wendell Holmes* in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919). Allein 97 U.S. Supreme Court-Entscheidungen zwischen 1919 und 1995 haben sich darauf bezogen, *W. Wat Hopkins* The Supreme Court Defines the Marketplace of Ideas, Journalism and Mass Communications Quarterly 73 (1996), 41; kritisch *Stanley Ingber* The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth, Duke Law Journal Vol. 1 (1984), 1 ff.; vgl. auch *Daniel E. Ho/Frederick Schauer* Testing the Marketplace of Ideas, New York University Law Journal Vol. 90 (2015), 1160 ff. Auch die Ökonomie hat die Analogie bejaht, siehe etwa *Ronald Coase* The Market for Goods and the Market for Ideas, The American Economic Review 64 (1974), 384.

eines Wettbewerbs der Meinungen und Ideen,⁸⁴ Darstellungsformen und -formate. Die trennende andere Überzeugung und die darin liegende Abgrenzung gibt es, darf es geben und soll es geben. Selbst im öffentlich-rechtlichen Rundfunk besteht ein solcher medialer Wettbewerb.⁸⁵ Dies setzt Abgrenzungen und damit Fragmentierungen voraus.

Eine wichtige Rückkoppelung⁸⁶ erfolgt prozedural durch die inhärente Anforderung der Toleranz gegenüber der Ansicht und dem Wirken des Anderen.⁸⁷ Denn hinter den Medien wirken die Meinungs- und Informationsfreiheitsgrundrechte:⁸⁸ Weil die Bürger in der Demokratie frei und gleich gedacht sind, müssen sie dies auch allen anderen zugestehen.⁸⁹

4. Sozialstrukturen

Schwierig erscheint es, eine innewohnende Offenheit für Fragmentierungen und daraus resultierende Veränderung bei den Sozialstrukturen zu observieren.

⁸⁴ Z.B. BVerfGE 7, 198 (208); 24, 256 (268); *Klein* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 21 Rn. 485; *Ernst-Joachim Mestmäcker* Medienkonzentration und Meinungsvielfalt: Eine vergleichende wirtschaftsrechtliche Untersuchung im Auftrage des Bundesministers des Innern, 1978, 31; *Hatje* Wettbewerbsordnung (Fn. 27), 135 (149).

⁸⁵ *Romy Fröhlich* Rundfunk-PR im Kontext: Historische und organisationstheoretische Bedingungen, 1994, 183 f.; *Dietrich Schwarzkopf* Zwischen Anspruch und Akzeptanz – Der öffentliche Rundfunk im Wandel, 2006, 159 ff.; *Christoph Degenhart* Rollenkonfusion, in: Volker Lilienthal (Hrsg.) Professionalisierung der Medienaufsicht: Neue Aufgaben für Rundfunkräte – Die Gremiendebatte in epd medien, 2009, 97 (99); zurückhaltend *Birgit Grundmann* Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Wettbewerb, 1990, 146.

⁸⁶ Die Vorstellung, vor dem Internet habe es eine nahezu vollständig vereinheitlichte öffentliche Meinung gegeben, dürfte der Vielfalt auf dem Medienmarkt vor 1995 nicht gerecht werden.

⁸⁷ *Walter Schmitt Glaeser* Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot, NJW 1996, 873 (876); *Markus Winkler* Toleranz als Verfassungsprinzip?, in: Ingo Erberich/Ansgar Hörster/Michael Hoffmann/Thorsten Kingreen/Herrmann Pünder/Rainer Störmer (Hrsg.) Frieden und Recht, 1998, 53 ff.; kritisch zum „Toleranzvorbehalt“ *Friedhelm Hufen* Kunstfreiheit, in: HGR IV, 2011, § 101 Rn. 95; *Manfred H. Wiegand* Meinungsfreiheit und Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts, KritV 80 (1997), 19 (33).

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 95, 28 (34); 97, 391 (400); *Marian Paschke* Medienrecht, 3. Aufl. 2009, § 4 Rn. 166; *Wolfgang Hoffmann-Riem* AK GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 138; *Christoph Grabenwarter* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 5 Rn. 2 ff. Zum Verhältnis der einzelnen Verbürgungen des Art. 5 GG *Matthias Jestaedt* Meinungsfreiheit, in: HGR IV, 2011, § 102 Rn. 103.

⁸⁹ Vgl. *Volkman* Grundzüge (Fn. 45), 242; *Hesse* Grundzüge (Fn. 24), Rn. 135.

a) *Verständnis und Begriff*

Dazu gilt es zunächst, diesen dem Recht unbekanntem *Begriff* der Sozialstrukturen zu fassen. In der Soziologie werden darunter ohne normative Aufladung Wirksamkeitszusammenhänge in einem Staat oder einer Gesellschaft beschrieben, eben die soziale Struktur, mit unterschiedlichen Konzepten dahingehend, welche Dimensionen jeweils strukturbildend wirken. Darunter lassen sich so verschiedene Phänomene subsumieren wie Demographie, Ausprägung sozialen Engagements, Diversität von Familienmodellen, Mobilität, ethnische Zusammensetzung oder auch Selbstbilder einer Gesellschaft einschließlich der dazu gehörenden Narrative.⁹⁰ Die Nähe zu den Böckenförde'schen Voraussetzungen des freiheitlichen⁹¹ Staates, die dieser selbst nicht garantieren können soll,⁹² liegt dann nahe. Beschränken will ich mich auf ausgewählte Sozialstrukturen, die vom Recht anerkannt, gefördert oder zumindest beeinflusst sind. Sie können dann Einfallstor nachbarwissenschaftlicher Erkenntnisse sein, mittels derer außerrechtliche Einflüsse auf und Funktionsbedingungen von Demokratie zu bestimmen sind. Im Grundgesetz haben eine normative Verankerung gefunden etwa, aber nicht nur,⁹³ Bildung und Schule über Art. 7 GG, die Koalitionsfrei-

⁹⁰ Vgl. zu Begriff, Konzepten und Folgerungen *Stefan Hradil* Sozialstrukturanalyse in einer fortgeschrittenen Gesellschaft: von Klassen und Schichten zu Lagen und Milieus, 1987; *Nicole Burzan/Uwe Schimank* Inklusionsprofile – Überlegungen zu einer differenzierungstheoretischen „Sozialstrukturanalyse“, in: Thomas Schwinn (Hrsg.) Differenzierung und soziale Ungleichheit. Die zwei Soziologien und ihre Verknüpfung, 2004, 209; *Heike Solgal/Justin JW Powell/Peter A. Berger* Soziale Ungleichheit. Klassische Texte zur Sozialstrukturanalyse, 2009. Zur Vielfältigkeit und Vagheit der Begriffsbestimmungen vgl. *Rainer Geißler* Die Sozialstruktur Deutschlands, 7. Aufl. 2014, 1 ff. m.w.N.; *Johannes Huinink/Torsten Schröder* Sozialstruktur Deutschlands, 2008, 12 ff.; *Bernhard Schäfers* Sozialstruktur und sozialer Wandel in Deutschland, 9. Aufl. 2012, 16; *James Samuel Coleman* Social Capital in the Creation of Human Capital, *American Journal of Sociology* 94 (1988), 95 ff.; *Nan Lin* Social Capital – A Theory of social structure and capital, 2001.

⁹¹ Ob diese Aussage auch für den demokratischen Staat gilt – und nicht nur (wörtlich) für den freiheitlichen Staat, sei hier dahingestellt.

⁹² *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Säkularisation und Utopie: Ebracher Studien, FS Ernst Forsthoff, 1967, 75 (93); auch abgedruckt in: *ders.* Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1972, 60, und *ders.* Recht, Staat, Freiheit, 1991, 112.

⁹³ Weitere sind nicht abschließend die Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen über Art. 12 und 14 GG; die Wissenschaft und Forschung, Art. 5 Abs. 3 GG; das Wirtschaftssystem, Eigentum und wirtschaftliche Betätigung über Art. 14 bzw. Art. 12 GG. Dazu gehört auch, gelegentlich unterbewertet, die Ausgestaltung der Konfliktlösung, etwa über Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG. Möglicherweise gehören dazu auch Religion, Art. 4, und auch Ehe und Familie, Art. 6 GG. Zudem sind viele Bereiche von Sozialstrukturen einfachrechtlich überformt und gestaltet. Die Strukturen einer Marktwirtschaftsordnung und eines Wettbewerbssystems, eines Sozialleistungssystems, einer staatlichen Bildungs- und Ausbil-

heit nach Art. 9 Abs. 3 GG, die Existenz sozialer Sicherungssysteme über Art. 20 Abs. 1 GG⁹⁴ oder die örtlichen Gemeinschaften über Art. 28 Abs. 2 GG.

b) Fragmentierung und Veränderung

Schon bei diesen wenigen Sozialstrukturen zeigt sich schnell, dass Fragmentierungen und Veränderungsoffenheit auch hier vorgestellt sind: Die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG schützt am Arbeitsplatz einander gegenüberstehende Positionen bis hin zum Arbeitskampf; Art. 7 Abs. 1 und Abs. 4 GG gehen von einem Nebeneinander verschiedener Schultypen aus; die im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG wurzelnden sozialen Sicherungssysteme kennen private *und* gesetzliche Krankenversicherungen sowie betriebliche *und* staatliche Rentenvorsorge im Systemwettbewerb oder auch im (z.T. rechtlich eingehegten) Konkurrenzverhältnis. Art. 28 Abs. 2 GG schafft nebeneinander stehende kommunale Einheiten mit hoher faktischer und rechtlicher Selbständigkeit.

Die Bewältigung erfolgt auch in den Sozialstrukturen im demokratischen Prozess, also überwiegend prozedural. Exemplarisch sei nur genannt, dass Art. 9 Abs. 3 GG einen fairen Arbeitskampf⁹⁵ schützt, an dessen Ende ein Kompromiss von beiden Seiten Anpassungen verlangt. Einheitliche Prüfungen und vielfache Wechselmöglichkeiten halten das Schulsystem bei

dungsordnung oder des Zugangs und der Verbreitung von Infrastrukturen sind längst in eine rechtlich tief ausdifferenzierte Werteordnung überführt. Gleichwohl lässt sich ebenso konstatieren, dass viele Bereiche der Sozialstrukturen rechtlich nicht bearbeitet sind, vielleicht auch rechtlich kaum bearbeitet werden können. Dazu gehört z.B. die Geschichte der Demokratie des Landes, dazu gehören die Narrative und Bilder, mittels derer sich eine Gesellschaft selbst versteht oder auch die Wahrnehmung der jeweiligen gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Situation des Landes. Diese weichen Faktoren werden durch das Recht kaum erfasst.

⁹⁴ Siehe schon zu den Ursprüngen der Idee des Sozialstaats bei *Lorenz von Stein: Ernst-Wolfgang Böckenförde* Lorenz v. Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, FS Otto Brunner, 1967, 248; früh schon zur Verbindung von Demokratie und Sozialstaat *Hermann Heller* Grundrechte und Grundpflichten, in: *ders.* Gesammelte Schriften: Recht, Staat, Macht, Bd. 2, 1971, 281 (291). Zur Geschichte des Sozialstaates und generell zum Sozialversicherungssystem als die „bedeutendste institutionelle Erfindung des Sozialstaats“, vgl. *Gerhard A. Ritter* Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich, 1991, 62.

⁹⁵ Siehe nur zuletzt mit beständiger Betonung, dass es um die Herstellung von fairen Bedingungen auf der Basis von Art. 9 Abs. 3 GG geht, BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15, Rn. 145 ff. – juris = NJW 2017, 2523 (2526 Rn. 145 ff.); *Scholz* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 27), Art. 9 Rn. 319; *Wolfgang Hromadka/Frank Maschmann* Arbeitsrecht, Bd. 2: Kollektivarbeitsrecht + Arbeitsstreitigkeiten, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 16 ff.; *Sudabeh Kamanabrou* Arbeitsrecht, 2017, § 23 Rn. 2142.

aller vorgesehener Fragmentierung offen.⁹⁶ Aufsicht und Beratung binden die gewünschte kommunale Autonomie wieder zurück an den föderalen Staat.

5. Zwischenfazit

Für Demokratie und ihre Kontexte sind Fragmentierungen und die daraus resultierenden Veränderungen also konstitutiv. Die Demokratie bewältigt die Wechselwirkungen zwischen Einzeleinheiten und Gesamtheit, indem sie Fragmentierungen und die dadurch angetriebene Auseinandersetzung mit Veränderungspotentialen prozedural begleitet. Der Austausch über Ob und Wie der Veränderungen ermöglicht Rückkoppelung.

IV. Begleitung von Fragmentierungen durch Recht am Beispiel der Digitalisierung

Wie nun begleitet das Recht⁹⁷ diese Vorgänge der Fragmentierungen in Demokratie und ihren Kontexten? Welche Instrumente können eingesetzt werden, um die Veränderungsimpulse aufzugreifen? Damit soll keinem übergroßen Steuerungsoptimismus das Wort geredet werden,⁹⁸ und es bleibt auch der politischen Klugheit des demokratischen Gesetzgebers vorbehalten, wann und wie⁹⁹ er Anpassungen vornimmt. Denn nur im Einzelfall

⁹⁶ Zu Schulwählempfehlungen *Guy Beaucamp* Neues zum Rechtsschutz gegen die verbindliche Schulwählempfehlung, NVwZ 2009, 280 ff.; kritisch *Charlotte Röchner* Nach PISA und IGLU: Heterogenität und Leistung, in: Friederike Heinzl/Ute Geiling (Hrsg.) Demokratische Perspektiven in der Pädagogik, 2004, 63.

⁹⁷ Es liegt nahe, dass dies vor allem mit Verfahrensregelungen erfolgt, die dem prozeduralen Charakter der Demokratie besonders nahestehen, vgl. nur *Niklas Luhmann* Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1987; *Habermas* Faktizität (Fn. 36), 404. Daher gilt auch überwiegend eine Input-Legitimation, siehe dazu *Fritz W. Scharpf* Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970; *ders.* Governing in Europe: Effective and Democratic?, 1999, 6 ff.; *Johannes Lameyer* Streitbare Demokratie, 1978, 192 ff.; *Peter A. Kraus* Die Begründung demokratischer Politik in Europa. Zur Unterscheidung von Input- und Output-Legitimation bei Fritz W. Scharpf, Leviathan 32 (2004), 558 ff.; kritisch zu *Scharpfs* „reduzierter“ Konzeption *Martin Nettesheim* Verfassungsrecht und Politik in der Staatsschuldenkrise, NJW 2012, 1409 (1411 f.).

⁹⁸ Rechtliche Gestaltung kann auf Fragmentierungen und Veränderungs Offenheit in der Demokratie und ihren Kontexten zwar einwirken, eine umfassende Steuerung der Gelingenbedingungen von Demokratie wird allerdings nie glücken – eben weil ständige Veränderung der Normalfall ist.

⁹⁹ Ein Ansatz findet sich z.B. in der Luhmannschen Evolutionslogik aus Variation, Selektion und Stabilisierung, *Luhmann* Recht (Fn. 61), 277.

wird eine Verpflichtung bestehen, bei bedrohter Wandlungsfähigkeit und Veränderungsoffenheit einzuschreiten.

Wie mehrdeutig Fragmentierungen beurteilt werden können und wie rechtliche Reaktionen darauf ausfallen können, soll nun beispielhaft entwickelt werden.

1. Anpassungsreaktionen: Gestaltung von Treffräumen

Anpassungsreaktionen des Rechts zur Bewahrung von Veränderungsoffenheit können sehr verschieden ausfallen:¹⁰⁰ Rechtliche Institutionen können etwa die Fragmentierungen und den von ihnen ausgehenden Veränderungsimpetus schlicht ignorieren. Oder das System wird an einzelnen Bruchstellen transformiert,¹⁰¹ wie z.B. bei der Aufgabe des Aktengeheimnisses.¹⁰² Oder es werden methodisch neue Rationalitäten aufgegriffen, z.B. ein angepasstes Familien-, Sorge- und Unterhaltsrecht wegen eines neuen Verständnisses vom Kindeswohl¹⁰³. Institutionen können auch systematisch mit parallelen Rationalitäten ausgestaltet werden, z.B. private und gesetzliche Krankenversicherung im strengen Alternativverhältnis.¹⁰⁴ Oder eingeführte Institutionen übernehmen neue Funktionen.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Die unterschiedlichen Herangehensweisen des Rechts auf Dynamik können hier nicht näher entwickelt werden. Die hier vorgestellten Varianten gehen z.T. auf *Luhmann* Recht (Fn. 61), zurück. Jedenfalls wird man festhalten müssen, dass Veränderungen nicht allein punktuell adressiert werden können und müssen: Die verschiedenen Wechselwirkungen führen auch hier zu systemischen Veränderungen.

¹⁰¹ Vgl. *Luhmann* Recht (Fn. 61), 278.

¹⁰² *Ralf Gröschner/Johannes Masing* Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, VVDStRL 63 (2004), 344 bzw. 377; *Christoph Gusy* Der transparente Staat, DVBl 2013, 941; *Indra Spiecker gen. Döhmann* Schlusswort, in: Thomas Dreier/Veronika Fischer/Anne van Raay/Indra Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.) Informationen der öffentlichen Hand – Zugang und Nutzung, 2016, 594 f.; *Thomas Dreier* Einleitung, ebd., 13 f.; *Friedrich Schoch* Informationsfreiheitsgesetz, 2. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 328 ff.; *Arno Scherzberg* Von den arcana imperii zur freedom of information – Der lange Weg zur Öffentlichkeit der Verwaltung, ThürVBl 2003, 193; *Marion Albers* Grundlagen und Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze, ZJS 2009, 614 (615 f.); *Bernhard W. Wegener* Der geheime Staat, 2006; *Jan Ziekow/Alfred Debus/Elisabeth Musch* Bewahrung und Fortentwicklung des Informationsfreiheitsrechts – Evaluierung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes im Auftrag des Deutschen Bundestages, 2013.

¹⁰³ Siehe nur *Spiros Simitis* Anhang, in: Joseph Goldstein/Anna Freud/Albert J. Solnit (Hrsg.) Diesseits des Kindeswohls, 1982, 169 (180); *Gisela Zenz* Gutachten 54, DJT 1982; die Beiträge in *Thomas Marthaler/Pascal Bastian/Ingo Bodel/Mark Schröder* (Hrsg.) Rationalitäten des Kinderschutzes, 2012; *Anke Steinberg* Der Begriff des Kindeswohls im Wandel unter Berücksichtigung der Einflussnahme der Kindheitsforschung, 2009; *Stefan Heilmann* Kindeswohl und Wechselmodell, NJW 2015, 3346.

¹⁰⁴ Beiden gemein ist allein die Teilhabe am Gesundheitswesen, im Übrigen dominieren die Unterschiede zwischen GKV und PKV, weshalb von einem „systematischen und strukturellen

Die demokratischen Anpassungsleistungen auf Fragmentierungen bedürfen Umstände, die eine Auseinandersetzung mit den Veränderungsimpulsen ermöglichen. Zentrale Voraussetzung für die beständige prozedurale Bearbeitung in der Demokratie¹⁰⁶ sind offene – physische, virtuelle und vor allem diskursive – Treffräume,¹⁰⁷ in denen unterschiedliche Fragmentierungen aufeinandertreffen und Abstimmungs- und Entscheidungsprozesse durchgeführt werden können. Nur dann bleibt die Wechselwirkung zwischen Gesamtsystem und den fragmentierten Einzeleinheiten erhalten. Diese beständige Konfrontation mit der Heterogenität verhindert dann auch sowohl übergroße Polarisierung als auch extreme Entscheidungen, weil Sachargumente ihren Platz finden.¹⁰⁸ Die Rationalisierungsdimension des Demokratieprinzips bleibt gewahrt, und eine öffentliche Meinung kann sich zumindest auch in der Diffusion¹⁰⁹ behaupten.

Gegensatz zwischen beiden Systemen gesprochen werden kann“, *Sonja Mühlenbruch* System „wettbewerb“ zwischen GKV und PKV?, in: Arndt Schmehl/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.) *Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens*, Bd. 1: Wettbewerb, 2005, 38 (41). Ist die GKV ein System sozialer Sicherheit, das wesentlich auf dem Solidargedanken gründet, handelt es sich bei der PKV um eine private Versicherung, mit der das Risiko Krankheit abgedeckt wird. Dieser systemische Unterschied äußert sich u.a. darin, dass sich die GKV durch Beiträge, die PKV durch risikoabhängige Prämien finanziert, siehe z.B. *dies. ebd.*, 38 (42 f., 49).

¹⁰⁵ Ein Beispiel könnte Judicial Lawmaking sein, siehe z.B. *Amnon Lehavi* Judicial Review of Judicial Lawmaking, *Minnesota Law Review* 96 (2012), 520 ff.; *Tom Ginsburg* Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking, *Virginia Journal of International Law* 45 (2004), 632 (635 ff.); *Roger C. Cramton* Judicial Law Making and Administration, *Cornell Law Faculty Publications* 988 (1976), 551 ff.; die Beiträge in *Armin v. Bogdandy/Ingo Venske* (Hrsg.) *International Judicial Lawmaking*, 2012.

¹⁰⁶ Vgl. *Habermas* Strukturwandel (Fn. 78), z.B. 33; wohl auch *Udo Di Fabio* *Das Recht offener Staaten*, 1998, 47.

¹⁰⁷ In diesen hat sich bisher eine Öffentlichkeit herausbilden können, die in die politische Willensbildung mündet, siehe etwa *Uwe Volkmann* *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit*, 2008, 58 ff.; *Hesse* *Grundzüge* (Fn. 24), Rn. 151; *Bernd Holznagel/Hans-Detlef Horn* *Erosion demokratischer Öffentlichkeit*, *VVD-StRL* 68 (2009), 381 bzw. 413. Diese ist allerdings nicht Destillat eines vernünftigen Gemeininteresses, wie dies *Horn* *Erosion* (Fn. 81), 413 (430) überspitzt. Der Begriff des Treffraums findet sich bereits, systemtheoretisch gewendet als Kopplungsmedium, bei *Niklas Luhmann* *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, 397 f. Siehe zu einer spezifischen Auseinandersetzung mit diesem Konzept die Beiträge in *Peter Collin* (Hrsg.) *Treffräume juristischer und ökonomischer Regulierungsrationaltäten*, 2014, insb. *ders.* *Treffräume von Regulierungsrationaltäten: Überlegungen zu Voraussetzungen und Typisierungen juristisch-ökonomischer Kommunikation*, *ebd.*, 1 ff.

¹⁰⁸ Vgl. *Cass R. Sunstein* *The Law of Group Polarization*, *J. Pol. Phil.* 10 (2002), 175 (187); *ders.* *Republic.com*, 2001, 69.

¹⁰⁹ Siehe dazu *Vesting* *Medien* (Fn. 13), 156.

2. Digitalisierung als Ursache von Fragmentierungen

Neben der Globalisierung¹¹⁰ gilt die Digitalisierung als Treiber von Fragmentierungen; auf diese will ich mich heute beschränken.

a) Digitalisierung und Personalisierung

In der Digitalisierung werden Informationen binär codiert.¹¹¹ Deshalb sind Vorhaltung, Transport,¹¹² Verknüpfung und Weiterverarbeitung einfach, schnell und preiswert; deshalb aber auch vergisst das Internet als zentrale Infrastruktur nie. Algorithmen machen Zusammenhänge und Erkenntnisse sichtbar, die in der analogen Welt wegen kognitiver und technischer Grenzen nicht ermittelt werden können.¹¹³

¹¹⁰ Die Fragmentierungen der Globalisierung, allgemein *Ivan Krastev* Europadämmerung, 2017, werden im Völker- und Europarecht behandelt, z.B. *Ulla Hingst* Auswirkungen der Globalisierung auf das Recht der völkerrechtlichen Verträge, 2001; *Mehrdad Payandeh* Internationales Gemeinschaftsrecht: Zur Herausbildung gemeinschaftsrechtlicher Strukturen im Völkerrecht der Globalisierung, 2010; *Andreas L. Paulus* Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht: Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, 2001; *Stefan Kadelbach* Ethik des Völkerrechts unter Bedingungen der Globalisierung, ZaöRV 2004, 1 (8 f.); *Armin von Bogdandy* Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, ZaöRV 2003, 853 ff.; *Ulrich Menzel* Globalisierung versus Fragmentierung, 1998; *Dieter Senghaas* Zwischen Globalisierung und Fragmentierung – Ein Beitrag zur Weltordnungsdebatte, Blätter für deutsche und internationale Politik 38 (1993), 50 ff.

¹¹¹ *August-Wilhelm Scheer* Nutzentreiber der Digitalisierung, Informatik-Spektrum 2016, 275 ff.; *Alexander Roßnagel/Tom Sommerlatte/Udo Winand* Digitale Visionen – Zur Gestaltung allgegenwärtiger Informationstechnologien, 2008; *Sabina Jeschke/Leif Kobbelt/Alicia Dröge* Exploring Virtuality – Virtualität im interdisziplinären Diskurs, 2014; *Susanne Kurz* Digital Humanities – Grundlagen und Technologien für die Praxis, 2015.

¹¹² Die Diskussion um die Netzneutralität basiert auf einer anderen Ausgangsweise; es ist aber durchaus immer noch umstritten, ob die technischen Gegebenheiten tatsächlich zu einer zwangsweisen Beschränkung der Transportkapazitäten führen. Siehe zum Gesamtproblem etwa die Beiträge in *Indra Spiecker gen. Döhmann/Jan Krämer* (Hrsg.) Net Neutrality and Open Access, 2011; *Lennart Ziebarth* Die Netzneutralität des Grundgesetzes, 2016; weiterführend im Blick auf die Architektur des Internets *Barbara van Schewick* Internet Architecture and Innovation, 2012; *Timothy Wu* Network Neutrality, Broadband Discrimination, Journal on Telecommunications and High Technology Law 2 (2005), 141; *Tim Wu/Christopher Yoo* Keeping the Internet Neutral?, Federal Communications Law Journal 59 (2007), 575 ff.; *Ingo Vogelsang* Infrastrukturwettbewerb und Netzneutralität, in: *Arnold Picot/Axel Freyberg* (Hrsg.) Infrastruktur und Services – Das Ende einer Verbindung?, 2007, 219.

¹¹³ *Christian Holthus/Young-kul Park/Ruth Stock-Homburg* People Analytics und Datenschutz – Ein Widerspruch?, DuD 2015, 676 ff.; *Hendrik Skistims/Christian Voigtmann/Klaus David/Alexander Roßnagel* Datenschutzgerechte Gestaltung von kontextvorhersagenden Algorithmen, DuD 2012, 31 ff.; *Roger Barga/Valentine Fontana/Wee Hyong Tok* Predictive Analytics with Microsoft Azure Machine Learning, 2015; *Volker Boehme-Nesler* Das Ende der Anonymität – Wie Big Data das Datenschutzrecht verändert, DuD 2016,

Digitalisierung bietet jedem Einzelnen die Möglichkeit, seine individuellen, durchaus sehr speziellen Interessen zu verfolgen bis hin zur Selbst-Abgrenzung von der restlichen Gesellschaft und deren Vorstellungen.¹¹⁴ Es bilden sich mehr oder weniger abgeschottete Teilöffentlichkeiten heraus.¹¹⁵ Dies kann – wie grundsätzlich jede Gruppenbildung – zu vermehrt extremen Positionen durch Selbstverstärkung führen,¹¹⁶ muss es aber nicht.¹¹⁷

Digitalisierte Personalisierung erlaubt aber nicht nur eine Eigen-Fragmentierung der Nutzer, sondern auch eine Fremd-Fragmentierung durch die Anbieter.¹¹⁸ Der Einzelne wird unter Einsatz mathematischer

419 ff.; *Alexander Roßnagel* Big Data – Small Privacy? Konzeptionelle Herausforderungen für das Datenschutzrecht, ZD 2013, 562.

¹¹⁴ Vgl. *Vesting* Medien (Fn. 13), 154; *Sunstein* Republic (Fn. 108), 89 ff.; ablehnend *Justin G. Holbrook* Book Note: Republic.com, Harvard Law Journal of Law and Technology 14 (2001), 752 (764 f.); *Boris P. Paal/Moritz Hennemann* Meinungsvielfalt im Internet – Regulierungsoptionen in Ansehung von Algorithmen, Fake News und Social Bots, ZRP 2017, 76.

¹¹⁵ *Holtz-Bacha* Fragmentierung (Fn. 10), 219 (224); abgewogen *Wolfgang Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR 142 (2017), 1 (13 f.); *Vesting* in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht (Fn. 80), Rn. 16; *Thilo Harth* Internet und Demokratie – neue Wege politischer Partizipation – Überblick, Potential, Perspektiven, Politische Bildung 32 (1999), 8 ff.

¹¹⁶ Vgl. *Sunstein*, Republic (Fn. 108), 89 ff. Dies gilt erst recht, wenn damit eine gemeinsame Identität und Solidarität einhergeht, *ders.* ebd., 69; *ders.* Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes, Yale Law Journal 110 (2001), 71 ff. Siehe aus der verhaltenswissenschaftlichen Literatur zu „Group Think“, in der die Verzerrungen in politischen Entscheidungsprozessen beleuchtet werden, etwa *Irving L. Janis* Victims of groupthink, 1972; *Sally Riggs Fuller/Ramon J. Aldag* Organizational Groupthink: Lessons from a Quarter Century of the Groupthink Phenomenon, Organizational Behavior and Human Decision Processes 73 (1998), 163 ff.; *Marlene E. Turner/Anthony R. Pratkanis* Twenty-Five Years of Groupthink Theory and Research, Organizational Behavior and Human Decision Processes 73 (1998), 105 ff.; *James K. Esser* Alive and Well after 25 Years: A Review of Groupthink Research, Organizational Behavior and Human Decision Processes 73 (1998), 116 ff.

¹¹⁷ Eine eindrucksvolle, zu Recht preisgekrönte Analyse der Datenströme beim Sozialen Netzwerk Facebook im Zusammenhang mit der Bundestagswahl 2017 liefert ein Artikel der Süddeutschen Zeitung <<http://gfx.sueddeutsche.de/apps/e502288/www/>>. Dieser zeigt auf, wie der politische Raum durch Facebook verändert wird.

¹¹⁸ Die fragmentierenden Wirkungen der Digitalisierung beginnen im Übrigen jenseits der gleich benannten Effekte schon weit vorher, und sie reichen auch weiter, bezieht man die Überlegungen zur sog. „Wissensgesellschaft“ ein, siehe grundlegend *Helmut Wille* Wissensgesellschaft, 1998. Danach sind Daten, genauer: ist Datenverarbeitung, der Produktionsfaktor moderner Gesellschaften. Erlaubten bisher Besitz, Verfügbarkeit und Eigentum gesellschaftliche Fragmentierungen, sind es nun Zugang zu Informationen und technische Verwertbarkeit durch Algorithmen, insbesondere durch Entscheidungsvorhersage und -beeinflussung. Diese Verwertbarkeit hängt an der Verfügbarkeit einer Technik, um die Daten verwerten und rekombinieren zu können. Denn die Wertschöpfung richtet sich zunehmend auf massenhaft verfügbare und verwertete Daten, die mittels Algorithmen sor-

Methoden¹¹⁹ Gruppen zugewiesen und seine Neigungen, Präferenzen, Entscheidungen und sein Verhalten werden analysiert und vorherbestimmt, um ihm individualisierte, benutzerspezifisch aufbereitete Angebote zu machen. Die Menge an Kunden, Nutzern und Betroffenen wird also ebenso fragmentiert wie die ihnen zugänglich gemachten Optionen aller Art. Der Möglichkeitsraum des Einzelnen wird dadurch einseitig und kaum auflösbar vorher- und fremdbestimmt.

Diese auf Personalisierung beruhenden Fragmentierungen wirken sich in den Kontexten der Demokratie durchaus unterschiedlich aus:

b) Parteien

Sowohl die schnelle und einfache Kommunikation als auch die Gruppenbildung und Personalisierung verändern die Einflussmöglichkeiten und damit die Bedeutung der Parteien. Der Einzelne kann nun direkt am

tiert und in Entscheidungen eingespeist werden. Dazu bedarf es einer hochkomplexen, in der Entwicklung und Anwendung teuren und ihrerseits wiederum auf Wissen basierenden Technik. Weil es gar nicht so sehr um die Daten, sondern um die dadurch entstehenden Optionen zur Entscheidungsbeeinflussung geht, ist der Umgang mit der Einordnung der Datenschutzrechte, der Einwilligung und der Herstellung legaler Verarbeitungsformen schwierig: Eigentumsrechtliche Konstruktionen (siehe *Benedikt Buchner* Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006; *Herbert Zech* „Industrie 4.0“ – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, 1151 [1153]; *Karl-Heinz Fezer* Dateneigentum der Bürger, ZD 2017, 99 ff.) passen deshalb ebenso wenig wie die neuerdings propagierte Rekonstruktion über vertragliche Regelungen, dazu z.B. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM (2015) 634; *Louisa Specht* Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763 ff. m.w.N; eine gänzlich neue Kategorisierung hat sich noch nicht wirklich herausgebildet. Wegen der technischen Komponente genügen Transparenz und Zugänglichkeit von Daten für jedermann, wie es etwa die Informationsfreiheitsgesetze und datenschutzrechtliche Transparenzforderungen propagieren, alleine nicht, um Fragmentierungen im Hinblick auf Verwertungsmöglichkeiten und daraus resultierende Machtgefälle zu vermeiden. Dies fordert mindestens auch das Wettbewerbs- und Steuerrecht heraus, die Informationen und Datenverarbeitung neu zu begreifen haben.

¹¹⁹ Dies geschieht mittlerweile auch selbstlernend, in Systeme eingebunden und ihre normativen Grundlagen beständig anpassend, so dass sie zunehmend losgelöst von der Zuschreibung auf menschliche Zwecksetzer agieren können. Die Zweckbindung inhaltlicher wie personeller Art wird damit zunehmend fragil bis dahin, dass Algorithmen kaum mehr steuerbar sind, siehe *Wolfgang Ertel* Grundkurs Künstliche Intelligenz, 4. Aufl. 2016; *Klaus Mainzer* Künstliche Intelligenz – Wann übernehmen die Maschinen?, 2016; *Nilanjan Dey/Aboul Ella Hassanien/Chintan Bhatt/Amira S. Ashour/Suresh Chandra Satapathy* Internet of Things and Big Data Analytics Toward Next-Generation Intelligence, 2018. Siehe zu rechtlichen Konsequenzen z.B. *Indra Spiecker gen. Döhmann* Zur Zukunft systemischer Digitalisierung – Erste Gedanken zur Haftungs- und Verantwortungszuschreibung bei informationstechnischen Systemen, CR 2016, 698.

öffentlichen politischen Diskurs teilhaben.¹²⁰ Unmittelbare und vor allem schnelle Kontaktaufnahme mit Abgeordneten per Facebook, öffentliche Blogs, von vielen geteilte Posts oder die Formierung politischer Subgruppen in Sozialen Netzwerken führen zu einer Entleerung der zentralen Willensbildungsfunktion der Parteien. Der Bürger braucht sie nicht mehr, um sich politisch Gehör und Gewicht zu verschaffen: Likes und Hashtags erledigen dies. Der Gewinn der Selbstermächtigung des Bürgers durch das Internet¹²¹ geht also mit dem Verlust der Fremdermächtigung der Parteien einher.

Was sich zunächst veränderungsoffen darstellt, kann zunehmend in Erstarrung münden. Denn schon zur Rückgewinnung ihrer Position müssen die Parteien sich nun in den neuen Diskursräumen behaupten. Diese sind aber eben in jene kleinen, personalisierten Einheiten fragmentiert. Daher können sich Extrem- und Splitterparteien besonders gut entwickeln: Erfolgt die Selbst-Organisation in den neuen Medien nach abgegrenzten Interessen und individueller Prägung, dann sind diejenigen Parteien besonders erfolgreich, die solche speziellen Interessen bedienen können.¹²² Herkömmliche Parteien, die auf Mehrheiten abzielen und daher unterschiedliche Bedürfnisse zusammenführen, werden jedenfalls nicht wie bisher wahrgenommen. Ihre interne Kompromissfähigkeit zur Erreichung größerer Wählerschichten¹²³ hindert dann gerade, dass sie die in unterschiedlichen Räumen orga-

¹²⁰ Z.B. *Horn* Erosion (Fn. 81), 413 (420).

¹²¹ *Hajo Diekmannshenke* Mitwirkung von allen? Demokratische Kommunikation im Chat, in: Jörg Kilian (Hrsg.) *Sprache und Politik*, 2005, 258 ff.; *Günther Metzges* Politik im Netz der Jedermann-Demokratie, in: Stephan Braun/Alexander Geisler (Hrsg.) *Die verstimzte Demokratie*, 2012, 259 (262 f.); *Christian Körber/Andrea Schaffar* Identitätskonstruktion in der Mediengesellschaft. Theoretische Annäherungen und empirische Befunde, *Medienimpulse* 11 (2002), 80 (85); *Heinz Moser* Die Veränderung der politischen Teilnahme und Partizipation im Zeitalter der digitalen Netze, in: Ralf Biermann/Johannes Fromme/Dan Verständig (Hrsg.) *Partizipative Medienkulturen*, 2014, 25 ff. Siehe auch *Christoph Neuberger* Wandel der aktuellen Öffentlichkeit im Internet, 2004 <http://www.ifkw.uni-muenchen.de/personen/professoren/neuberger_christoph/technikfolgen/index.html>.

Stolleis Parteienstaatlichkeit (Fn. 26), 7 (14), weist darauf hin, dass bereits vor dem Internet eine Vielzahl an „autonomen Zellen politischer Willensbildung“ existierte.

¹²² Vgl. dazu auch *Mancur Olsen* *The Logic of Collective Actions: Public Goods and the Theory of Groups*, 1965, 127 ff., wonach sich kleine Interessen besser organisieren können und sich daher tendenziell besser durchsetzen im politischen Prozess. Deutlich negativer an die fehlende Rationalität des Individuums und damit an seine Beeinflussbarkeit anknüpfend *Schumpeter* *Capitalism* (Fn. 40), 263.

¹²³ Für die parlamentarische Repräsentation bedeutet dies, dass eine fehlende effektive Sperrklausel unter diesem Aspekt fragwürdig sein kann (zu deren engen Voraussetzungen siehe BVerfGE 1, 208 [256 f.]; 6, 84 [94 f.]; 82, 322 [337 ff.]; 95, 335 [366]; 95, 408 [419]). Siehe zu den Sperrklauseln *Cancik* *Wahlrecht* (Fn. 2), 268 (300 ff.) m.w.N.; *Hermann Pünder* *Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie*, *VVDStRL* 72 (2013), 191 (216 f.). Dass ebenso auch ein Zweiparteiensystem problema-

nisierten kleinen Wählergruppen¹²⁴ erreichen können. Die allgemeine Willensbildungsfunktion wird zumindest erschwert.

Allein diese Beschreibung reicht indes für ein abschließendes Urteil nicht aus. Denn Art. 21 Abs. 1 GG enthält ja allenfalls eine Einrichtungs-,¹²⁵ aber keine Funktions- und schon gar keine Ausschließlichkeitsgarantie¹²⁶: Dass *auch* die Parteien weiterhin wesentlich an der Willensbildung mitwirken,¹²⁷ steht außer Frage. Und in abgegrenzte Diskussionsräume können auch Parteien und Abgeordnete ihrerseits durch die leichte, direkte und schnelle Kommunikation einwirken.¹²⁸ Ein Meinungs- und darauf aufbauend Parteienwettbewerb ist auch hier immer noch möglich – nur müssten dafür neue Strategien und Formate entwickelt werden, und dies obliegt zuvörderst den Parteien selbst.¹²⁹

Der Wettbewerbsdruck zwischen den Parteien, nun gesteigert durch den Wettbewerb mit anderen Mittlern der politischen Willensbildung,¹³⁰

tisch sein kann, zeigt das Beispiel der USA, *Detlef Jahn* Einführung in die vergleichende Politikwissenschaft, 2. Aufl. 2013, 104 f.; *Klaus Armingeon* Parteien- und Verbändesystem, in: Manfred G. Schmidt/Frieder Wolf/Stefan Wurster (Hrsg.) Studienbuch Politikwissenschaft, 2013, 289 (302).

¹²⁴ Je pluralistischer eine Gesellschaft ist, desto schwieriger wird die Bildung von Kompromissen, siehe *Danny Michelsen/Franz Walter* Unpolitische Demokratie, 2013, 19.

¹²⁵ So jedenfalls *Morlok* in: Dreier (Fn. 33), Art. 21 Rn. 48 f.; *Klein* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 38 Rn. 127; *Meinhard Schröder* Stellung der Parteien, in: HGR V, 2013, § 119 Rn. 45 ff.; *Peter M. Huber* Parteien in der Demokratie, in: Peter Badura (Hrsg.) FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 609 (621 ff.); *Axel Mauersberger* Die Freiheit der Parteien, 1994, 45 ff. A.A. *Gunther Abel* Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, 1964, 85; wohl auch *Ute Mager* Einrichtungsgarantien, 2003, 382.

¹²⁶ Vgl. *Stolleis* Parteienstaatlichkeit (Fn. 26), 7 (14); *Schröder* Parteien (Fn. 125), § 119 Rn. 45 ff.; a.A. *Morlok* in: Dreier (Fn. 33), Art. 21 Rn. 44; *Gregor Stricker* Der Parteienfinanzierungsstaat, 1998, 121 ff.; ambivalent *Foroud Shirvani* Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem, 2010, 150 ff.

¹²⁷ Das Bild einer nur durch Parteien gewährleisteten politischen Willensbildung würde die vielfältigen Verschränkungen der politischen Kommunikation und Information nur unzureichend abbilden. Kritisch zum „auf den Bereich der organisierten Willensbildung verengten Demokratiebegriff“ schon *Grimm* Europa (Fn. 8), 581 (589). Die Parteien sind einer von vielen in der Gesellschaft wurzelnden Produzenten der politischen Willensbildung, siehe *Indra Spiecker gen. Döhmann* Politische Institutionen als öffentliche Güter am Beispiel der Parteien und ihrer Finanzierung, Preprint Nr. 70 des MPI zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, 2002, 8 unter Verweis auf *Volkman* Parteien (Fn. 65), 103; *Karl-Heinz Seifert* Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, 77 ff.

¹²⁸ Aus Netzwerksicht *Vesting* Medien (Fn. 13), 158.

¹²⁹ Siehe auch *Stolleis* Parteienstaatlichkeit (Fn. 26), 7 (16), der auf die Trennung von Parteien und Staat verweist, weshalb mögliche Fehlentwicklungen der Parteien nicht zwangsläufig in eine Krise der Demokratie münden.

¹³⁰ Kritisch dazu *Vesting* Medien (Fn. 13), 157 f.

legt allerdings gezielte Fragmentierungen durch sie selbst nahe, und zwar durch den Einsatz von Instrumenten zur Entscheidungsbeeinflussung auf der Basis von Personalisierung¹³¹ – wie er in den USA wohl bereits erfolgt ist.¹³² Automatisierte zielgerichtete Kommunikation, z.B. durch Social Bots,¹³³ verfälscht Inhalte und Öffentlichkeit und beeinträchtigt die Gleichheit des Wählers aus Art. 38 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. Es können Wähler gezielt in für sie unauflösbare und unbeeinflussbare Fragmentierungen gedrängt werden, die dann die Veränderungsoffenheit der Demokratie insgesamt beeinträchtigen: Der aus der Variation und der Fragmentierung stammende Veränderungsimpetus kann im demokratischen System nicht mehr wahrgenommen werden; die Grundlage für die Bewältigung von Wandel erodiert.

c) Medien

Digitalisierung und Internet haben auch die Bedeutung der *Medien* als Gatekeeper der öffentlichen Meinung verändert.¹³⁴ Eine direkte, unmittelbare Teilhabe des Bürgers an Treffräumen aller Art ist einfach und schnell möglich geworden. Die Filter- und Distributionsfunktion verflüchtigt sich

¹³¹ So auch *Crouch* Postdemokratie (Fn. 4), 10, allgemeiner für gezieltes Marketing der Parteien.

¹³² *Hannes Grassegger/Mikael Krogerus* The data that turned the world upside down, *Motherboard*, 28. Januar 2017 <https://motherboard.vice.com/en_us/article/mg9vvn/how-our-likes-helped-trump-win>; *Martin Eder* Digitale Evolution: Wie die digitalisierte Ökonomie unser Leben, Arbeiten und Miteinander verändern wird, 2017, 48 ff.; kritisch *Roberto J. González* Hacking the citizenry? Personality profiling, 'big data' and the election of Donald Trump, *Anthropology Today* 33 (2017), 9 ff.; *Jason Bloomberg* Does Trump's Weaponized AI Propaganda Machine' Hold Water?, *Forbes*, 5. März 2017 <<https://www.forbes.com/sites/jasonbloomberg/2017/03/05/does-trumps-weaponized-ai-propaganda-machine-hold-water/#6d26f5d1761c>>; *Patrick Beuth* Die Luftpumpen von Cambridge Analytics, *Zeit Online* v. 7. März 2017 <<http://www.zeit.de/digital/internet/2017-03/us-wahl-cambridge-analytica-donald-trump-widerspruch>>.

¹³³ *Jens Milker* „Social Bots“ im Meinungskampf, *ZUM* 2017, 216; *Armin Steinbach* Social Bots im Wahlkampf, *ZRP* 2017, 101 (102 ff.); *Stephan Dreyer/Kevin Dankert* Social Bots – Grenzenloser Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess?, *K&R* 2017, 73 ff.; *Robert Golz* Social Bots, „Fake News“ und „Hate Speech“ – Eine Gefahr für den Meinungsbildungsprozess in den sozialen Netzwerken?, *K&R Beilage* 2017, 30; *Samuel C. Wooley/Philip N. Howard* Political Communication, Computational Propaganda, and Autonomous Agents, *Intl. Journal of Communication* 10 (2016), 488.

¹³⁴ *Stephanie Jungheim* Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, 2012, 440; *Thilo Harth* Internet und Demokratie – neue Wege politischer Partizipation – Überblick, Potential, Perspektiven, *Politische Bildung* 32 (1999), 8 ff.; *Paal/Hennemann* Meinungsvielfalt (Fn. 114), 76; *Holzner* Erosion (Fn. 8), 381 (391).

ebenso wie die Fähigkeit, die öffentliche Diskussion zu prägen¹³⁵ und damit eine informative und rationalisierende Integrationsleistung zu erbringen. Hochspezialisierte und zum Teil kurzlebige Informationsforen, Influencer oder Blogs in der jeweiligen personalisierten Selektion des Internets¹³⁶ verdrängen¹³⁷ herkömmliche Medien mit ihren verallgemeinerten Themen.¹³⁸ Die Rückführbarkeit der fragmentierten Optionsräume in den einigenden Diskurs ist nicht mehr gewährleistet.

Verstärkt wird dies dadurch, dass in den Medien des Netzes, etwa den Sozialen Netzwerken, auch über die nutzergenerierten Inhalte¹³⁹ Infrastruktur, Format, Plattform und Inhalt verschwimmen.¹⁴⁰ Der ihnen so in die Hände fallenden Konzentration von Daten über die Nutzer bedienen sich

¹³⁵ Vgl. zu dieser Funktion BVerfGE 12, 205 (260) und 113 (125); 20, 162 (175); 35, 221 f.; 90, 60 (87); 101, 389; *Kloepfer* Massenmedien (Fn. 77), Rn. 36, 38 (relativierend in Rn. 37); *Böckenförde* Willensbildung (Fn. 76), Rn. 40.

¹³⁶ Nicht eingegangen werden kann in diesem Rahmen auf die – auch durch die Schnelligkeit der Informationsverbreitung im Internet erfolgende – Machtsteigerung der Meinungsumfrage- und Wahlforschungsinstitutionen. Siehe dazu insbesondere die Beiträge in *Thorsten Faas/Dietmar Moltzhausen/Tobias Mörschel* (Hrsg.) *Demokratie und Demoskopie: Machen Zahlen Politik?*, 2017; *Lawrence R. Jacobs/Robert Y. Shapiro* *Polling Politics, Media, and Election Campaigns*, *Public Opinion Quarterly* 69 (2005), 635 ff. Aus verfassungsrechtlicher Sicht z.B. *Thomas Vesting* *Wahlen als Medienereignis. Zum verfassungsrechtlichen Status der Demoskopie in der Demokratie*, in: ebd., 25.

¹³⁷ Dies ist durchaus auch wirtschaftlich der Fall, wie an der Medienkonzentration zu beobachten ist. Bei den traditionellen Medien führt die darüber bewirkte Konzentration auf einige wenige Medien zu immer weniger diversifizierten Inhalten; ein Übriges tut die Einträglichkeit bestimmter Medienformate, die erheblichen Einfluss auf die Programmgestaltung hat, vgl. *Kloepfer* Massenmedien (Fn. 77), Rn. 40; ambivalent zu veränderten Formaten medialer Politikvermittlung *Holzner* *Erosion* (Fn. 8), 381 (398), eindeutig kritisch dagegen zur Medienmacht, 399 f.

¹³⁸ *Vesting* Medien (Fn. 13), 155; *Steinbach* *Social Bots* (Fn. 133), 101 (105). Während Tageszeitungen in besonderem Maße betroffen sind, gilt dies weniger für andere Medien wie Hörfunk und Fernsehen, *Christoph Neuberger/Christian Nuernbergk/Melanie Rischke* *Crossmedialität oder Ablösung?*, in: dies. (Hrsg.) *Journalismus im Internet: Profession – Partizipation – Technisierung*, 2009, 231 (263 f.); *Wolfgang Seufert/Claudia Wilhelm* *Wie stark verdrängen oder ergänzen sich (neue und alte) Medien?*, *Medien und Kommunikationswissenschaft* 61 (2013), 1 (19).

¹³⁹ Damit verschwimmen auch die rechtlichen Grenzen, Zuschreibungen und Verantwortlichkeiten, siehe z.B. *Christian A. Bauer* *User Generated Content – Urheberrechtliche Zulässigkeit nutzergenerierter Medieninhalte*, 2011; die Beiträge in *Henning Große Ruse-Khan/Nadine Klass/Silke von Lewinski* (Hrsg.) *Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts*, 2010.

¹⁴⁰ In umgekehrter Richtung hat *Lawrence Lessig* darauf bereits früh hingewiesen, *Code and other Laws of Cyberspace*, 1999. Zu den Auflösungen der üblichen Zuschreibungen in den Sozialen Netzwerken siehe auch *Indra Spiecker gen. Döhmann* *Die Durchsetzung datenschutzrechtlicher Mindestanforderungen bei Facebook und anderen sozialen Netzwerken*, *K&R* 2012, 717 (718).

die Medien- und Infrastrukturanbieter, um diese erst recht in die schon beschriebene Gruppeneinteilung zu fragmentieren und ihre medialen Angebote entsprechend zu variieren.

Für die Veränderungsoffenheit, um die es der Demokratie geht, ist nicht nur die Verschiebung der Medienmacht zu den neuen Medien¹⁴¹ problematisch, sondern mehr noch diese mögliche fremdbestimmte Abschottung. Die technisch bedingte Beschränktheit des Zugangs zu einem verallgemeinernden Kommunikationsumfeld ergibt eine Fehlsteuerung der öffentlichen Meinungsbildung, weil es an Referenz- und Reibungspunkten mit anderen Ansichten, Lebensformen und ihren Auswirkungen fehlt.¹⁴²

d) Sozialstrukturen

Fragmentierungen aufgrund der Digitalisierung lassen sich auch für Sozialstrukturen beobachten. Neue Arbeitsformen entstehen,¹⁴³ Begriffe wie „digital native“¹⁴⁴ und die „digital divide“¹⁴⁵ verweisen auf virulente

¹⁴¹ Siehe z.B. *Holznapel* Erosion (Fn. 8), 381 (399 ff.); *Wolfgang Hoffmann-Riem* Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, AöR 137 (2012), 509 (512).

¹⁴² Vgl. *Cass R. Sunstein* #Republic, 2017, 66 (153); siehe auch *Hoffmann-Riem* Verhaltenssteuerung (Fn. 115), 1 (13 f.); *Eli Pariser* The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You, 2011; kritisch zu Filterblasen *Ben Thies* Mythos Filterblase, in: Christoph Kappes/Jan Krone/Leonard Novy (Hrsg.) Medienwandel kompakt 2014–2016, 2017, 101 ff.; dagegen *Ulf J. Froitzheim* Echokammern sind nicht harmlos, in: ebd., 105 ff.

¹⁴³ Die neuen Kommunikationsformen und daraus resultierenden neuen Arbeitsbedingungen können in die Fragmentierung von Selbständigen führen, die z.T. durch crowd funding und Konzepte der Sharing Economy (*Arun Sundararajan* The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism, 2016; *Heidi Dittmann/Björn A. Kuschinke* Ordnungsökonomische Aspekte der Sharing Economy, *Ordo* 66 [2015], 243 ff.; *Christian Solmecke/Bonny Lengersdorf* Rechtliche Probleme bei Sharing Economy, *MMR* 2015, 493 ff.) oder des Cloud Working (*Andreas Boes/Tobias Kämpf/Katrin Güll/Barbara Langes/Thomas Lühr/Kira Marrs/Alexander Ziegler* Digitalisierung und „Wissensarbeit“: Der Informationsraum als Fundament der Arbeitswelt der Zukunft, *APuZ* 18/19 [2016], 32 [37 f.]), möglich werden, z.T. aber auch in eine sog. „Uberization“ führen können (*Peter Fleming* The Human Capital Hoax: Work, Debt and Insecurity in the Era of Uberization, *Organization Studies* 38 [2017], 691 ff.). Zu den tatsächlichen und ökonomischen Hintergründen siehe z.B. die Studie von Deloitte für die Schweiz <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/consumer-business/ch-cb-de-der-arbeitsplatz-der-zukunft.pdf>>.

¹⁴⁴ *Matthias Ulmer* Leseverhalten und Digital Natives, in: Constanze Ulmer-Eilfort/Eva Inés Obergefell (Hrsg.) Verlagsrecht, 2013, Kap. F Rn. 31 ff.; *Christian Hoffmann* Die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität elektronischer Daten- und Dokumentensafes, 2012, 5 f.; *John G. Palfrey* Born Digital: understanding the first generation of digital natives, 2008; *Alexiei Dingli/Dylan Seychell* The New Digital Natives: Cutting the Chord, 2015.

¹⁴⁵ *Nicole Zilien/Maren Haufs-Brusberg* Wissenskluff und Digital Divide, 2014; *Elad Segev* Google and the Digital Divide: the bias of online knowledge, 2010; *Sylvia E. Peacock* Challenges to Modernity: The Digital Divide, 2007; *Rupert M. Scheule* Vernetzt

Abgrenzungserscheinungen. Vor allem durchdringen Fragmentierungen durch Personalisierung alle Sozialstrukturen.

Personalisierung ermöglicht flächendeckend – wie für Parteien und Medien – die einseitige Entscheidungsbeeinflussung des Bürgers. Als Beispiel für diese, die Freiheitlichkeit einschränkenden Vorgehensweisen mögen die Verfahren der dynamisierten und personalisierten Preisfestsetzung¹⁴⁶ – z.B. Flugpreisanpassungen je nach Häufigkeit der Nachfrage – dienen. Der Nutzer hat keine Kenntnis der Beurteilungsgrundlagen und -maßstäbe, kann diese nicht kontrollieren und wird deshalb manipulierbar. Denn Auskunftsrechten über Personalisierung jeglicher Art wird – bisher erfolgreich – der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse entgegengehalten.¹⁴⁷

Mit solchen Einschätzungen auf der Basis von massenhaften Datenauswertungen kann der Zugang zu Leistungen aller Art – sei es staatlichen, sei es privaten – davon abhängig gemacht werden, wie das Individuum typisiert und einsortiert wird. Personalisierte, auf Formeln basierende Aussagen über das zukünftige Verhalten bestimmen bei ungehindertem Einsatz den Freiheitsraum des Einzelnen, auch für sich selbst. Denn der personalisierte Zugang zu seiner Umwelt und die gezielte Manipulation führen in eine weiter gesteigerte Selbstbezüglichkeit.¹⁴⁸ Die Sortierung und konsequente Herausbildung von Parallelwelten wird zum Kernelement einer digitalisierten Gesellschaft; Dezentralisierung und Fragmentierung lösen sich aus dem kontinuierlichen Wechselspiel zur Einheit.

Wer meint, das sei allenfalls weit entfernte Zukunftsmusik: Längst haben Entscheider aller Art einschließlich des Staates diese Möglichkeiten der planvollen, einseitigen Separierung von Bürgern und Kunden erkannt. Ein staatlicher „Citizen Score“ wie in China mag zwar derzeit für

gespalten: Der Digital Divide in ethischer Perspektive, 2004; Massimo Ragnedda/Glenn W. Muschert Max Weber and the Digital Divide Studies, *International Journal of Communication* 9 (2015), 2757 ff.

¹⁴⁶ Siehe Ariel Ezrachi *Virtual Competition. The promise and perils of the Algorithm Driven Economy*, 2016; ders./Maurice E. Stucke *The Rise of Behavioral Discrimination*, *European Competition Law Review* 37 (2016), 484; Yuan Hong *The Effects of Consumers' Price Expectations on Sellers' Dynamic Pricing Strategies*, *Journal of Marketing Research* 48 (2011), 48 ff.

¹⁴⁷ BGHZ 200, 38.

¹⁴⁸ Im Falle eines solchen perfektionierten personalisierten Lebens nähert sich der Nutzer dem kommunikativ isolierten Menschen an; er begegnet über den alles könnenden Apparat nur noch sich selbst. Diese totale Selbstbezüglichkeit würde den völligen Verlust der Teilhabe an einer – wie auch immer – vereinheitlichenden Öffentlichkeit bedeuten, vgl. Gerhard Schulze *Neue Mediengesellschaft: Droht das Kaspar-Hauser-Syndrom?*, *Tendenz* 1995, 42 (43); Wolfgang Bergsdorf *Journalistische Ethik in der Informationsgesellschaft*, in: Andrea Gourd/Thomas Noetzel (Hrsg.) *Zukunft der Demokratie in Deutschland*, 2001, 392 f.; ders. *Herausforderungen der Wissensgesellschaft*, 2006, 62 f. Diese narzisstische Komponente neuer Kommunikationsformen betont Byung-Chul Han *Im Schwarm*, 2013, 65.

uns unvorstellbar sein. Danach entscheidet ein Gesamtwert, in den Werte über soziales Verhalten einschließlich des persönlichen Umfelds einfließen, über Teilhabe und Zugang zu staatlichen und privaten Leistungen.¹⁴⁹ Ähnliche Ausprägungen der Gefahrenabwehr im „predictive policing“¹⁵⁰ werden allerdings auch in den westlichen Demokratien trotz erheblicher rechtsstaatlicher Bedenken¹⁵¹ bereits eingesetzt. Wenn nicht sehr genaue Rahmenbedingungen geschaffen werden, um solche Verfahren einzuhegen, besteht tatsächlich eine ernstzunehmende Möglichkeit, dass Digitalisierung bedacht zur Herstellung von Fragmentierungen genutzt wird, die dann aber nicht mehr in Veränderungspotentiale für die Demokratie transferiert werden können.

Denn beherrschend sind dann die Parallelwelten derjenigen, die über die Daten und die Algorithmen verfügen, nicht die Selbstbestimmtheit des Bürgers. Dies erfasst alle Sozialstrukturen: Fehlende Transparenz und fehlende Kontrolle machten ihn dann wider Art. 1 Abs. 1 GG zum Objekt, nähmen ihm den Wesensgehalt der Freiheitsgrundrechte und bedrohten sein Recht auf (Un-)Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG¹⁵² – von einer freien und gleichen Wahl nach Art. 38 Abs. 1 GG als Voraussetzung von repräsentativer Demokratie¹⁵³ ganz zu schweigen.

¹⁴⁹ Siehe dazu z.B. *Mirjam Meissner* MERCIS China Monitor: Chinas gesellschaftliches Bonitätssystem, abrufbar unter <https://www.merics.org/fileadmin/user_upload/downloads/China-Monitor/merics_ChinaMonitor_39_deutsch_Web.pdf>; <<http://www.faz.net/video/medien/punktrichter-citizen-score-ueberwachung-in-china-13848403.html>>; <<http://www.faz.net/video/medien/punktrichter-citizen-score-ueberwachung-in-china-13848403.html>>; <http://www.deutschlandfunkkultur.de/chinas-sozialkredit-system-auf-dem-weg-in-die-it-diktatur.979.de.html?dram%3Aarticle_id=395126>; siehe auch <<https://netzpolitik.org/2015/dystopia-wird-wirklichkeit-was-ist-dran-an-chinas-social-credit-system/>>.

¹⁵⁰ Vgl. *Timo Rademacher* Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AöR 2017, 366 ff.; *Frank Ebert* Entwicklungen und Tendenzen im Recht der Gefahrenabwehr, LKV 2017, 10 (12); *Aldo Legnaro/Andrea Kretschmann* Das Polizieren der Zukunft, KrimJ 2015, 94 ff.; *Walt L. Perry* Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations, 2013.

¹⁵¹ Sehr kritisch zum Einsatz VG Koblenz DVBl. 2015, 453; dazu *Maximilian J. Alter* Grenzziehung und Grenzüberschreitung: Zu lageabhängigen Personenkontrollen nach § 22 Ia BPolG, NVwZ 2015, 1567 (1568); *Alexander Gluba* Mehr offene Fragen als Antworten. Was für eine Bewertung des Nutzens von Predictive Policing noch zu klären ist, Die Polizei 107 (2016), 53 ff.

¹⁵² Bezeichnend für die Konzentration auf das Gleichheitsgebot des Rechts aus Art. 3 GG, wenn auch unter Betonung der demokratischen Vereinheitlichungen, die daraus erwachsen, *Frank Schorkopf* Staat und Diversität. Agonaler Pluralismus für die liberale Demokratie, 2017, 18 ff.

¹⁵³ Zur Entscheidungsfreiheit als Voraussetzung von Demokratie siehe *Grzeszick* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 20 Rn. 17; zur staatsbürgerlichen Gleichheit z.B. *Böckenförde* Demokratie (Fn. 29), Rn. 41; *Grzeszick* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 20 Rn. 35 ff.

e) *Zwischenfazit*

Ein Zwischenfazit: Digitalisierung ermöglicht Fragmentierungen auf technischer Basis. Diese mögen, wie gesehen, für einzelne Kontexte der Demokratie durchaus ambivalent zu beurteilen sein. Fragmentierungen drohen ihre Wechselbezüglichkeit zur Demokratie zu verlieren, wenn die Möglichkeiten der personalisierten Digitaldienste in erheblichem Umfang eingesetzt werden. Denn dann sind Begegnungs- und Treffräume gefährdet, in denen unterschiedliche Meinungen und Weltansichten aus den Fragmentierungen wahrgenommen und in das System überführt werden können.¹⁵⁴

3. *Rechtliche Gestaltung von Fragmentierungen*

Daher stellt sich abschließend die Frage, wie der rechtliche institutionelle Rahmen der Kontexte von Demokratie Fragmentierungen begleiten und weiterhin Wandel zulassen kann. Welche Instrumente also ermöglichen, dass keine Verkrustungen entstehen, sondern immer wieder die Veränderungspotentiale positiv genutzt werden können? Damit ergibt sich eine weitere Dimension der Analyse rechtlicher Steuerungsmöglichkeiten.¹⁵⁵ Diese will ich noch einmal auf der Basis der Digitalisierung besonders betrachten und verschiedene Umgangsweisen vorstellen.

Hingewiesen sei zunächst noch einmal darauf, dass die Wandlungsfähigkeit der Demokratie ein sie bestimmendes Merkmal ist, das sie aktiv mit Fragmentierungen umgehen lässt. Die beständige Rückkoppelung an das Gesamtsystem setzt eine grundsätzliche Akzeptanz der Vorstellungen des anderen voraus und die Bereitschaft, demokratische Mehrheitsentscheidungen jedenfalls auf Zeit hinzunehmen. Dazu bedarf es gesellschaftlicher und kommunikativer Treffräume.

¹⁵⁴ Weiterhin bedrohlich ist zudem ein anderer, bisher weitgehend unterschätzter Aspekt der digitalisierten Kommunikation: ihre Schnelligkeit. Denn Demokratie ist auf Rationalisierungsprozesse ausgerichtet, d.h. das Abwägen verschiedener Meinungen. Dies aber bedarf Zeit. Die schnelle Internetkommunikation mit ständig wechselnden Themen etc. mag dem entgegenstehen, vgl. auch *Martin Thormann* Der Bürgerhaushalt und die digitale Demokratie, DÖV 2013, 325 (333 f.); *Elias Sievernich* Demokratie im Internetzeitalter: Das Beispiel der externen Onlinekommunikation der Bundestagsparteien, 2013, 5.

¹⁵⁵ Diese Dimension ist in der steuerungsrechtswissenschaftlichen Dimension bisher kaum thematisiert worden; zum Steuerungsansatz überhaupt siehe z.B. wegweisend *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert* (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 2 ff.; siehe zum Überblick statt vieler auch *Andreas Voßkuhle* § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/ders.* (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 2 ff.

a) Parteien

Auf die Effekte der Personalisierung durch Digitalisierung auf den demokratischen Wettbewerb der Parteien in der politischen Willensbildung kann das Recht reagieren, und durchaus verschieden. Problematisch erscheint vor allem die Manipulationsgefahr, sowohl durch die Parteien selbst als durch einen veränderten öffentlichen Meinungsbildungsprozess im Umfeld von Parteien und Medien.¹⁵⁶

Die Digitalisierung bietet einfache, schnelle und neue Kommunikationsmöglichkeiten, die von den Parteien bisher kaum genutzt worden sind. Der – nicht von den Parteien entwickelte – Wahl-o-mat ist ein Beispiel für ein erfolgreiches Instrument einer partizipativen Information, das den politischen Diskurs in neuen virtuellen Treffräumen fördert und sogar versachlicht,¹⁵⁷ auch die Erweiterung des Wahlmodus auf Online-Wahlen – eine Format-, aber nicht Inhaltsänderung der Partizipation¹⁵⁸ – ist in gewissem Umfang durchaus erwägenswert.¹⁵⁹ Dagegen ist eine Absage

¹⁵⁶ Die enge Verbindung von Parteien, Medien und politischer Willensbildung zur Beeinflussung politischer Entscheidungen durch den Souverän auch außerhalb der Wahlen wird allgemein akzeptiert, vgl. etwa *Karl-Heinz Ladeur* Verfassungsrechtliche Fragen regierungsamtlicher Öffentlichkeitsarbeit, DÖV 2002, 1 (3); *Thomas Vesting* Zur Entwicklung einer „Informationsordnung“, in: Peter Badura (Hrsg.) FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 219 (229) als Stufenmodell beschrieben; jeweils m.w.N. auch zur Rechtsprechung.

¹⁵⁷ Siehe zur wissenschaftlichen Begleitforschung <<http://www.wahl-o-mat.uni-duesseldorf.de/>>; zum internationalen Vergleich siehe die Beiträge in *Lorella Cedroni/Diego Garzia* (Hrsg.) Voting Advice Applications in Europe, 2010. Für weitergehende Vorschläge siehe z.B. die „Democracy Machine“, *John Gastil* <http://ash.harvard.edu/files/ash/files/democracy_machine.pdf>.

¹⁵⁸ Der eigentliche Wahlvorgang und der eigentliche Wahlmodus werden nicht verändert; der elektronische Stimmzettel wäre nicht verändert, wohl allerdings das technische Format der Abgabe der Stimme.

¹⁵⁹ Wenn die IT-Sicherheit ausreichend gewahrt ist, können digitalisierte Abstimmungsverfahren („Online-Wahlen“) sowohl in den Auswahlprozess der Parteien als auch zur Bestimmung der Repräsentanten integriert werden, siehe hierzu *Nils Bremke* Internetwahlen – Eine Analyse einer Wahlverfahrensänderung für das 21. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung rechtlicher Anforderungen, LKV 2004, 102 (103 f.); *Martin Will* Internetwahlen – Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, 2002, 154 ff.; *Phillip Richter* Wahlen im Internet rechtsgemäß gestalten, 2012, 360 ff.; *Stephanie Schiedermaier* Gefährden Wahlcomputer die Demokratie?, JZ 2007, 162 ff.; die Beiträge in *Norbert Kersting* (Hrsg.) Electronic democracy, 2012; in Grundzügen dazu auch BVerfGE 123, 39. Kritisch zum E-Voting z.B. *Hubertus Buchstein* Online Democracy. Is it Viable, is it Desirable? Internet Voting and Normative Democratic Theory, in: Norbert Kersting/Harald Baldersheim (Hrsg.) Electronic Voting and Democracy. A Comparative Analysis, 2004, 39 ff.). Siehe ansatzweise und mit ersten Überlegungen auf der Basis von Art. 38 GG dazu auch BVerfGE 123, 39.

zu erteilen Vorschlägen zum Umbau staatlicher und parteilicher Entscheidungen, die unter dem Buzzword der „liquid democracy“¹⁶⁰ Mechanismen verstehen, eine digitale Direktdemokratie voranzubringen. Abgesehen von den Schwierigkeiten der Vereinbarkeit mit dem Repräsentanzmodell¹⁶¹ und der Freiheit des Abgeordneten nach Art. 38 Abs. 1 GG, strebt Demokratie zwar nicht die rationale, aber doch die rationalisierte Entscheidung an.¹⁶² Spontane¹⁶³ und binäre Meinungsäußerungen haben daher ihren Platz, dürfen aber die Letztentscheidungen auf der Basis wohl erwogener Argumente nicht bestimmen.¹⁶⁴ Hier würde gerade das Prozedurale der Bewältigung von Veränderungen in der Demokratie unterlaufen. Deshalb taugen diese

¹⁶⁰ *Daniel Reichert/Eva Panek* Alles ist im Fluss – die fließenden Ebenen einer Liquid Democracy, in: Kathrin Voss (Hrsg.) *Internet und Partizipation*, 2014, 299 (301); *Sebastian Buck* Liquid Democracy – eine Realisierung deliberativer Hoffnungen? Zum Selbstverständnis der Piratenpartei, *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 2012, 626 (630 f.); *Wätzold Plaum* Die Wiki-Revolution, 2012, 148 ff.

¹⁶¹ Unvereinbarkeit von Liquid Democracy (verstanden als flexible Wahl zwischen dem Selbstausübungsrecht der Stimme und ihrer Delegation an Abgeordnete) mit bestehenden Strukturen repräsentativer Demokratie integrierender Formen konstatiert *Margit Seckelmann* Wohin schwimmt die Demokratie?, *DÖV* 2014, 1 (7), die Hybridformen des imperativen Mandats mit unauflösbaren Friktionen in Hinblick auf die Entscheidungszurechnung, das Verbot des Stimmenkaufs, die Freiheit des Mandats nach Art. 38 Abs. 1 GG und die nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG allein den Abgeordneten vorbehaltene parlamentarische Debatte und Entscheidung kritisiert. Offen lassend *Canik* Wahlrecht (Fn. 2), 268 (321 f.).

Jens Kersten Schwarmdemokratie, *JuS* 2014, 673 (679) weist jedoch zurecht darauf hin, dass unterhalb der Schwelle formaler Pflichten zur Umsetzung mittels Liquid Democracy gefundener Entscheidungen schon heute die Grenzen zwischen Freiwilligkeit und Zwang im Verhältnis von Abgeordneten und Sozialen Medien ebenso fließend seien wie im Verhältnis von Abgeordneten und Parteien.

¹⁶² Siehe dazu bereits oben III. 1. b).

¹⁶³ *Herfried Münkler* Regierungsversagen, Staatsversagen und die Krise der Demokratie, *Berliner Republik*, 2010, 48 (51), nennt dies die Moratoriumsfähigkeit der Demokratie.

¹⁶⁴ Nicht von ungefähr benötigen Gesetze eine bestimmte Zeit, bis sie verabschiedet werden: So sieht Art. 76 Abs. 2 Satz 1 GG beispielsweise vor, dass der Bundesrat grundsätzlich sechs Wochen Zeit hat, zu einer Gesetzesvorlage der Bundesregierung Stellung zu nehmen – dies bedeutet im Umkehrschluss, wie auch aus der Eilklausel des Satzes 3 hervorgeht, dass der Bundestag vor Ablauf dieser Frist nicht über das Gesetz entscheidet, somit also zwischen Gesetzesentwurf und Verabschiedung in aller Regel mindestens sechs Wochen aus verfassungsrechtlichen Gründen liegen. Die Geschäftsordnung des Bundestags sieht darüber hinaus mehrere Lesungen vor, vgl. § 78 I 1 GO-BT; auch darüber ist ein bestimmter Zeitablauf vorgegeben. Und auch andere Rechtsakte sehen grundsätzlich Zeit für Bedenken vor: Bebauungspläne und Planfeststellungsverfahren setzen z.B. Öffentlichkeitsbeteiligung voraus, § 25 Abs. 3 VwVfG, § 3 Abs. 1 S. 1 BauGB, § 10 Abs. 3 BImSchG, § 2 Abs. 1 UVwG.

Formen als *bestimmendes* Verfahren zur politischen Willensbildung der Parteien unter den Bedingungen der Digitalisierung¹⁶⁵ nicht.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Zur Einbeziehung digitaler Verfahren gibt es andere – hier nicht näher zu thematisierende – Möglichkeiten.

¹⁶⁶ Anders dagegen sieht es mit einem Weg aus, der an die Athener Demokratie anknüpft, auch wenn er einer Verfassungsänderung bedürfte: Per Zufallsentscheid könnte für einen begrenzten *mittelfristigen*, nicht mit der Wahlperiode parallelierten Zeitraum z.B. zwischen einem und drei Jahren (insofern unterscheidet das Verfahren sich ganz erheblich von den Vorstellungen der Bürgergutachten, vgl. dazu aber *Peter Dienel* Planungszelle. Der Bürger als Chance, 5. Aufl. 2002. Kritisch hierzu z.B. *Bernhard Losch/Jörg Gottmann* Bürgerbeteiligung nach Schöffensmodell – Die Wuppertaler Planungszelle, DÖV 2000, 372 [375 ff.]) eine Anzahl an Bürgern bestimmt werden, die konsequent und nicht nur für Einzelentscheidungen in demokratischen Entscheidungsgremien mitwirkt – möglicherweise beratend, möglicherweise auch mitentscheidend. Weitergehend für eigene Kammern mit gelosten Volksvertretern *David Van Reybrouck* Gegen Wahlen: Warum Abstimmen nicht demokratisch ist, 3. Aufl. 2017; überblicksartig *Towfigh* Parteien-Paradox (Fn. 39), 217 ff.; früher schon *Hubertus Buchstein* Bausteine für eine aleatorische Demokratietheorie, *Leviathan* 37 (2009), 327; *ders./Michael Hein* Zufall mit Absicht. Das Losverfahren als Instrument einer reformierten Europäischen Union, in: Hauke Brunkhorst (Hrsg.) Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009, 351 ff. Ein solches zusätzliches Verfahren zur Einbringung von Sachargumenten und Steigerung von Pluralität und Heterogenität ist zumindest im Bereich kommunaler Entscheidungen gut vorstellbar; erste Erfahrungen haben Anhaltspunkte geliefert, dass die Anerkennung des politischen Prozesses und der Bedeutung der Parteien in ihrer klassischen Willensbildungsfunktion zugenommen hat, womöglich auch, weil dadurch neue Treffräume zwischen Partei und Bürger geschaffen werden, siehe hierzu *Anja Röcke* Forms of Democratic Innovations in European Participatory Budgeting, in: Brigitte Geißel/Marko Joas (Hrsg.) Participatory Democratic Innovations in Europe, 2013, 33 ff., zum Bürgerhaushalt in Porto Alegre als Referenzpunkt und weiteren Modellprojekten in Poitou-Charentes (budget participatif des lycées) und Berlin-Lichtenberg (Bürgerkommune); zur Bürgerbeteiligung bei der Wuppertaler Seilbahn siehe: <<https://www.wuppertal.de/microsite/buergerbeteiligung/verfahren/content/seilbahn.php>>; zu weiteren Projekten der Bürgerbeteiligung in Emsdetten, Hilden, Finnland und den Niederlanden siehe: *Yves Sintomer/Carsten Herzberg/Anja Röcke* Der Bürgerhaushalt in Europa – eine realistische Utopie?, 2010, 120 ff.; zur British Columbia Citizens' Assembly siehe nur *Mark E. Warren/Hilary Pearse* Designing Deliberative Democracy, 2008.

Dies greift auf, dass die Digitalisierung nun andere Selbst-Organisation und Selbst-Ermächtigung der Bürger erlaubt und sich damit die Wettbewerbsbedingungen der Parteien verändern. Unterschiedlichkeiten können besser hervortreten und wahrnehmbar gemacht werden. Was die Parteien allerdings weiterhin ermöglichen können, ist eine hohe Kompetenz im politischen Prozess und in der Kompromissbildung, nicht zuletzt auch der (Vor-)Auswahl kompetenten Personals, sowie der Bearbeitung der für den Wähler rationalen Nicht-Informiertheit. Insofern macht es Sinn, nicht etwa die bestehenden Institutionen zur politischen Willensbildung, die in die Mitwirkung des Volkes münden, also Wahlen und Abstimmungen in Frage zu stellen, sondern einmal über Art. 20 Abs. 2 GG hinaus über andere Formen der Mitwirkung nachzudenken, um die Treffräume zwischen Parteien und Bürger zu erhalten, siehe zur direkten Demokratie etwa *Margarethe Schuler-Harms* Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72 (2013), 417 sowie *Markus Möstl* Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72

Der Problembereich der Manipulationsgefahr auf der Basis von Personalisierung kann mit den Mitteln des ordnenden Wettbewerbsrechts adressiert werden. Damit würden die diesbezüglichen Fragmentierungen zurückgefahren. Der Einsatz solcher technischer Einflussnahme kann den Parteien untersagt und entsprechend sanktioniert werden,¹⁶⁷ wenn effektive Selbstverpflichtungen nicht erfolgen.¹⁶⁸ Politische Willensbildung muss alle ähnlich erreichen können; sie darf manipulative Grenzen nicht überschreiten, und sie darf den politischen Diskurs nicht verfälschen. Social Bots etwa sind dann ebenso unzulässig wie die gezielte automatisierte Ansprache einzelner Bürger auf der Basis personalisierter Datenauswertung.

b) Medien

Die neuen Medien stehen im Wettbewerb zu den traditionellen Medien. Die Digitalisierung erlaubt eine andere Mediennutzung. Wie gezeigt, sind dadurch andere Gruppenbildungen, andere Meinungen und andere Wege der Vermittlung von Informationen und Meinungen möglich geworden. Teilweise jedenfalls wird die Öffentlichkeit dadurch verändert. Algorithmbasierte Einflussnahme und konsequente Nutzer- und Anbieterfragmentierung lässt sich beobachten.¹⁶⁹

(2013), 355. Diese können möglicherweise das Mit- und Nebeneinander besser abbilden und damit die Fragmentierungen in die Veränderungsoffenheit durch Pluralität überführen.

Ein solches begleitendes Losverfahren könnte dazu führen, dass die Selbstermächtigung der Bürger in der politischen Meinungsäußerung und Informationsgewinnung sich auch in der Beteiligung der demokratischen Entscheidung wiederfindet, und zwar in konstruktiver Weise. Was zunächst wie eine weitere Entfremdung von der Parteienstaatlichkeit wirken mag, stärkt diese dagegen: Vertrauen in ihre besonderen Kompetenzen wird wieder hergestellt; sie können ihre Fähigkeiten in der Entscheidung betonen und über neutrale Instanzen in die Gesellschaft hineintragen, ohne auf binäre Entscheidungsbeteiligung reduziert zu sein.

¹⁶⁷ Hier wäre an Sanktionen im Bereich der Parteienfinanzierung/Wahlkampfkostenersatzung zu denken. Im Vorfeld müssten möglicherweise Transparenz- und Rechnungslegungspflichten ergänzt werden. Zudem können technische Instrumente gezielt eingesetzt werden, die die Verwendung solcher Bots identifizieren und ihren Gebrauch verhindern.

¹⁶⁸ Dies war im Bundestagswahlkampf 2016/2017 der Fall: Die AfD weigerte sich zunächst, eine entsprechende Selbstverpflichtung einzugehen.

¹⁶⁹ Siehe nur die Oxforder Studie des Computational Propoganda Research Projects zur Einwirkung von Sozialen Netzwerken auf die Weitergabe von Informationen und die Meinungsbildung im Internet, Kurzbeschreibung bei <<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/studie-untersucht-manipulation-in-sozialen-medien-15071024.html>>; Wissenschaftliche Zusammenfassung unter <<http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/89/2017/06/Casestudies-ExecutiveSummary.pdf>>.

Wie schnell und effektiv der politische Diskurs und wichtige politische Entscheidungen beeinflusst werden können, indem automatisierte Meinungen eingebracht werden, zeigt die US-amerikanische Debatte um die Netz-Neutralität. Es konnte gezeigt werden, dass automatisierte Meinungen in millionenfacher Stärke in die Konsultation der Öffentlichkeit ein-

Da das Internet das Rückgrat der Digitalisierung ist und die Teilhabe an den dortigen Angeboten zunehmend alternativlos wird, ist die Personalisierung des Zugangs und der Nutzung problematisch auch für das Funktionieren der Demokratie: Die Treffräume werden reduziert; die konstitutive Veränderungsoffenheit wird bedroht, weil die Wahrnehmung des Anderen und der Optionen gehindert ist.

Hier lohnt es sich, mittels Erweiterung der Mediengrundrechte den Veränderungsimpuls der Fragmentierungen zu integrieren. Die großen Informationsintermediäre, Blogger, Bilder und Posts erreichen heute weite Teile der Bürger¹⁷⁰ – und dies mehr als es das lokale Radio jemals vermocht hat. Plattformen, Netzwerke und Suchmaschinen sind schon lange nicht mehr Unbeteiligte an den auf ihnen und mittels ihrer Formate verbreiteten Inhalten.¹⁷¹ Das Format prägt auch die Art der Kommunikation und ihre Inhalte. Mithin lässt sich jedenfalls bei den Informationsintermediären eine Wirkkraft¹⁷² konstatieren, die dem bisherigen Rundfunk vergleichbar ist.¹⁷³

gebracht wurden und somit das Stimmungsbild erheblich zugunsten der Einschränkung der Netz-Neutralität verändert wurde. Diese wurde letztlich dann beschlossen. Siehe dazu <<https://hackernoon.com/more-than-a-million-pro-repeal-net-neutrality-comments-were-likely-faked-e9f0e3ed36a6>>.

¹⁷⁰ Vgl. auch *Holznel* Erosion (Fn. 8), 381 (402).

¹⁷¹ Bisher haben diese selbst sich zwar ihrerseits gelegentlich auf das Presse-, Rundfunk- und Meinungsfreiheitsprivileg berufen, besonders deutlich im Verfahren Google Spain vor dem EuGH, Urt. v. 13.5.2014, Google Spain, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 = EuZW 2014, 541, wo ein Suchmaschinenbetreiber für sich die Meinungsfreiheit in Anspruch nehmen wollte. Allerdings haben sie angesichts damit auch einhergehender Verpflichtungen zumeist davon in letzter Konsequenz Abstand genommen; die Gerichte haben sich zudem nicht durchringen können, der veränderten Rolle Rechnung zu tragen, siehe z.B. nur EuGH, Urt. v. 13.5.2014, Google Spain, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 = EuZW 2014, 541.

¹⁷² Siehe zur Massenkommunikation, die auf diesem Charakteristikum fußt, etwa BVerfGE 90, 60 (87); 97, 228 (256); so auch *Christian Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 52), Art. 5 Rn. 115; *Hans D. Jarass* in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.) GG Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 5 Rn. 34; *Hoffmann-Riem* in: AK-GG (Fn. 88), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 141; *Frank Fechner* in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.) Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 5 Rn. 57; *Sophie-Charlotte Lenski* Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, 2007, 72 ff.

¹⁷³ Über eine die traditionellen Medien ergänzende Infrastruktur gehen diese Angebote des Internets ohnehin schon lange hinaus, zumal die Rolle der verbreitenden Infrastruktur zur Gewährleistung der Medieninhalte seit jeher gesehen wurde. Siehe dazu z.B. die Presse-Grosso-Entscheidung, BVerfGE 77, 346 (355); *Wolfgang Schulz* Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Intermediäre? – Überlegungen zur Entwicklung der Gewährleistungsgehalte von Art. 5 Abs. 1 GG am Beispiel von Suchmaschinen, CR 2008, 470 (471); ohne Erwähnung bei *Boris Paal/Moritz Hennemann* Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, JZ 2017, 641 oder *Dieter Dörr/Alexander Natt* Suchmaschinen und Meinungsvielfalt, ZUM 2014, 829.

Daher ist mit Blick auf Art. 11 Abs. 2 GR-Charta und Art. 10 Abs. 2 EMRK¹⁷⁴ auch im nationalen Recht der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auf die Informationsintermediäre des Internets auszudehnen.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Für diese wird bereits jetzt ein weiter Medienbegriff vertreten. Zu Art. 11 EU-Grundrechte-Charta: *Norbert Bernsdorff* in: Jürgen Meyer (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2017, Art. 11 Rn. 17; *Hans D. Jarass* in: ders. (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 11 Rn. 17; *Steffen Augsberg* in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 11 GRC Rn. 8; sowie zuvor schon *Matthias Knecht* in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.) EU Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 11 GRC Rn. 8. In Hinblick auf Art. 10 EMRK muss von einem einheitlichen Kommunikationsmenschenrecht gesprochen werden, das Medien in ihrer ganzen Breite (einschließlich neuer Medien) erfasst, aber – anders als Art. 11 Abs. 2 GR-Charta – kein eigenständiges Mediengrundrecht statuiert, siehe *Stephanie Jungheim* Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung, 2012, 171; *Matthias Cornils* in: Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal (Hrsg.) BeckOK InfoMedienR, 17. Edition 2017, EMRK Art. 10 Rn. 22; unklar *Birgit Daiber* in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2017, Art. 10 Rn. 7; zurückhaltend *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 23 Rn. 10.

¹⁷⁵ Die faktische Annäherung der Übermittlungsformate lenkt den Blick immer stärker auf die unglückliche klassische (verfassungs-)rechtliche Dichotomie zwischen der objektiv-rechtlichen Pflichtenstellung des Rundfunks als positiver und der eher subjektiv-rechtlichen Stellung der Presse als negativer Freiheit, die zunehmend widersprüchlich wirkt und auf Auflösung drängt, z.B. *Claudio Franzius* Das Internet und die Grundrechte, JZ 2016, 650 (651). Überhaupt wird die Trennung zwischen Rundfunk (privat und öffentlich), Film und Presse angesichts der Medienkonvergenz zunehmend obsolet und eher hinderlich, dem Schutz von Meinungsfreiheit und Meinungsverbreitung sowie den diversen Funktionen von Presse und Rundfunk gerecht zu werden.

Zum Teil wird nach neuen Abgrenzungskriterien innerhalb eines übergreifenden Medienbegriffs gesucht (z.B. *Hoffmann-Riem* in: AK-GG [Fn. 88], Art. 5 Rn. 138 ff.; *Kühling* in: Gersdorf/Paal [Fn. 174], Art. 5 GG Rn. 98; *Fechner* in: Stern/Becker [Fn. 172], Art. 5 Rn. 122; *Stefan Mückl* Die Konvergenz der Medien im Lichte des neuen Telemediengesetzes, JZ 2007, 1077 [1078 ff., 1083]).

Zum Teil wird – innerhalb der bestehenden Schutzkonzepte – das Internet beim Rundfunk verortet (so etwa *Rudolf Wendt* in: Münch/Kunig [Fn. 52], Art. 5 Rn. 58; *Christoph Kannengießer* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Fn. 27], Art. 5 Rn. 17; unklar *Starck* in: v. Mangold/Klein/Starck [Fn. 172], Art. 5 Rn. 100; schwankend zwischen Presse- und Rundfunkfreiheit *Hans D. Jarass* in: ders./Pieroth (Fn. 52), Art. 5 Rn. 111; jedenfalls für eine Kategorisierung innerhalb der Begriffe von Presse und Rundfunk, wenn auch gegen eine pauschale Kategorisierung neuer Dienste sind *Franz Schemmer* in: Epping/Hillgruber [Hrsg.] BeckOK GG, 34. Edition 2017, Art. 5 Rn. 67 und *Herbert Bethge* in: Michael Sachs [Hrsg.] Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 90b).

Anders der Vorschlag eines Medienkollisionsrechts, *Karl-Heinz Ladewig/Tobias Gostomzyk* Medienkollisionsrecht: Der Rundfunk im Netzwerk der Netzwerke, CR 2014, 28; *Thomas Vesting* Die Tagesschau-App und die Notwendigkeit der Schaffung eines Medienkollisionsrechts, 2013.

In der Folge könnte auch die strikte Trennung von Presse- und Rundfunkfreiheit aufgegeben werden¹⁷⁶ und die Medien- und Meinungsfreiheit für die Informationsintermediäre vereinheitlicht werden. Diese Rechtsstellung formuliert dann auch Verpflichtungen an Diversität, die für die Sicherung von Meinungsvielfalt und -pluralität als konstitutivem Bestandteil der Demokratie¹⁷⁷ anerkannt und aus genannten Gründen notwendig sind,¹⁷⁸ ermöglicht aber gleichzeitig auch den Fortbestand etablierter Massenkommunikationsformate¹⁷⁹. Diese Verpflichtungen sollten in neuartigen Governance-Strukturen umgesetzt werden, die sich durchaus von herkömmlichen Mustern lösen. So könnten die Informationsintermediäre, durchaus differenzierend und die Möglichkeiten der Digitalisierung aufgreifend,¹⁸⁰ verpflichtet werden, für geeignete Strukturen und Formate einer ausgewo-

¹⁷⁶ Die Positionen sind hierzu durchaus differenziert. In diese Richtung bspw. schon *Hoffmann-Riem* in: AK-GG (Fn. 88), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 138 ff.; *Lenski* Massenkommunikation (Fn. 172), 71 ff.; *Ansgar Koreng* Zensur im Internet, 2010, 83 ff.; *Bernd Holznagel* Internetdienstefreiheit und Netzneutralität, AfP 2011, 532 (534 f.); siehe zu diesem Problemfeld auch *Wolfgang Schulz* in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht (Fn. 80), § 2, Rn. 13, wonach der Rundfunkbegriff rein funktional und technologieneutral verstanden werden könne. Differenzierend *Schoch* Informationsordnung (Fn. 8), 160 (197, Fn. 189), sowie – anders – *Karl E. Hain* Ist die Etablierung einer Internetdienstefreiheit sinnvoll?, K&R 2012, 98 (101 ff.); wohl auch *Paal/Hennemann* Meinungsbildung (Fn. 173), 641 (648). Für eine unklar bleibende „Wirkungsorientierung“ ohne Aufgabe der Differenzierungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG *Hanno Kube* Neue Medien – Internet, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 91 Rn. 23. Dagegen *Stefan Korte* Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit, AöR 139 (2014), 384 (388) und, mit Blick auf die Informationsintermediäre, *Wolfgang Schulz/Kevin Dankert* Die Macht der Informationsintermediäre, 2016, 63; wiederum anders, und zwar für die Ergänzung des Art. 5 Abs. 1 GG um die Internetfreiheit als sechste Kommunikationsfreiheit *Wilhelm Mecklenburg* Internetfreiheit, ZUM 1997, 525, für eine Ergänzung um eine Online-Medienfreiheit *Max Wellenreuther* Presseähnliche Telemedien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2011, 54 ff.

¹⁷⁷ Vgl. BVerfGE 107, 299 (332); 20, 162 (174); 35, 202 (221 f.); 101, 361 (389); *Dieter Dörr* § 69 Rundfunk, in: Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler (Hrsg.) Leitgedanken des Rechts, FS Paul Kirchhof, 2013, 741 (748). Siehe auch *Frank Schorkopf* Staat und Diversität, 2017.

¹⁷⁸ Siehe nur BVerfGE 57, 295 (320); BVerfGE 74, 297 (342, 347), aus neuerer Zeit: BVerfGE 121, 30 (64); BVerfGE 117, 244 (258 f.). Ein solches einheitliches Grundrecht würde auch für die etablierte Presse eine stärker dienende Freiheit bedeuten, als dies bisher im Vergleich zur Rundfunkfreiheit angenommen wird, siehe zu dieser Position etwa *Kühling* (Fn. 175), Art. 5 GG Rn. 55.

¹⁷⁹ Der Streit um die Aktivität des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet wäre dann gleichfalls beendet, siehe dazu diese Dimension nicht würdigend BGHZ 205, 195; im Übrigen siehe etwa *Vesting* Tagesschau-App (Fn. 175).

¹⁸⁰ In diese Richtung wohl auch *Friedrich Schoch*, der an den jeweiligen Sachbereich anknüpfen will, so dass verschiedene Intermediäre unterschiedlichen Verpflichtungen unterliegen können sollen, *ders.* Informationsordnung (Fn. 8), 160 (197, Fn. 189).

genen Meinungsbildung und -präsentation zu sorgen.¹⁸¹ Diese Strukturen könnten institutionell greifen, etwa durch offene Beiräte. Sie könnten auch technische Vorkehrungen treffen, wie eine automatisierte Verlinkung auf Pluralität wahrende andere Inhalte. Auch eine Ausdehnung der Anforderungen des § 54 Abs. 2 S. 2 RStV für Telemedienanbieter mit journalistisch-redaktionellem Angebot, Nachrichten vor der Verbreitung auf Inhalt, Herkunft und Wahrheit zu prüfen, wäre dann möglich.¹⁸² Technisch vorgehen ließe sich auch gegen automatisierte Verfälschungen des Diskurses durch Social Bots. Je nach Marktanteil und Bedeutung könnten einzelnen Informationsintermediären oder der gesamtheitlichen Struktur aller Informationsintermediäre Verpflichtungen auferlegt werden.¹⁸³ Dies könnte auch die Angleichung der unterschiedlichen Pflichtenstellungen erleichtern, die derzeit bei Konvergenz der Medien zu Friktionen führen. Die demokratische Fundierung der Mediengrundrechte würde so neu belebt und auf die bestehenden Fragmentierungen angepasst.

c) Sozialstrukturen

Schließlich fragt sich, ob und wie rechtlich auf Sozialstrukturen eingewirkt werden kann, um die Veränderungsoffenheit der Demokratie für ihre kontinuierliche Existenz und Weiterentwicklung zu sichern. Denn die Möglichkeiten des Rechts sind beschränkt, darauf Einfluss zu nehmen – selbst wenn man dem Böckenförde'schen Diktum nicht folgen mag. Sie sollen dem direkten Zugriff auch entzogen sein, denn Verfassungsleben ist in einer Demokratie nicht heteronom zu gewährleisten.¹⁸⁴ Recht *kann* andererseits dazu beitragen, die sozialen und gesellschaftlichen Begegnungs- und Treff-

¹⁸¹ Wie problematisch die gegenwärtige Sicherung von Pluralität ausgestaltet ist, zeigte sich etwa bei der Absetzung eines Chefredakteurs im öffentlich-rechtlichen Fernsehen, siehe dazu etwa *Christian Kirchberg* Der Fall Brender und die Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 2012; *Thomas Heinicke* „Mainz bleibt Mainz“? Das ZDF und die causa Brender, *KritJ* 43 (2010), 458. Kritisch früh auch schon *Stolleis* Parteienstaatlichkeit (Fn. 26), 7 (23 f.).

¹⁸² Suchmaschinen und soziale Netzwerke trifft diese Pflicht mangels journalistisch-redaktionellem Angebot tatbestandlich derzeit nicht, siehe *Paal/Hennemann* Meinungsvielfalt (Fn. 114), 76 (77); die Verpflichtung zu Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, zu Meinungsvielfalt und Ausgewogenheit der Angebote wäre dann jedenfalls teilweise enthalten.

¹⁸³ Schon jetzt trennt das Rundfunkrecht zwischen einer gesamtheitlichen Verpflichtung des privaten und einer individuellen Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks; siehe zur unterschiedlichen Eingriffsintensität von Binnen- und Außenpluralismus nur *Kühling* (Fn. 175), Art. 5 GG Rn. 82. Dies kann und muss weitergedacht werden.

¹⁸⁴ Vgl. *Rudolf Smend* Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders. (Hrsg.) Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, 119 (195); *Grimm* Ursprung und Wandel (Fn. 36); vgl. auch *BVerfGE* 44, 125 (142).

räume zu öffnen und offen zu halten, um Fragmentierungen und demokratische Veränderungsimpulse zu bewahren.

Konkret anregen möchte ich hier zwei Veränderungen, eine grundrechtsdogmatische, die eine Veränderung der rechtlichen Rationalität bedeutete, und eine für den Bereich der schulischen Bildung, Art. 7 GG, mittels dessen Variation als Instrument zur Bewältigung von Fragmentierungen eingesetzt wird.

aa) Demokratiestärkende Grundrechtsdimension

Grundrechte fundieren seit jeher die Demokratie.¹⁸⁵ Schon das frühe Verfassungsrecht hat die Bedrohung der demokratischen Grundlagen durch die automatisierte Datenverarbeitung als wesentliche Motivation für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung identifiziert.¹⁸⁶ Hier ist weiterzudenken: Grundrechte müssen wir insgesamt demokratisch begreifen.¹⁸⁷ Die Grundrechte sind verstärkt im Sinne von Demokratie, politischer Teilhabe, Entfaltung von Autonomie und eben der Bewahrung der Treffräume zu gewichten. Dies erstreckt sich einerseits auf eine demokratiefördernde objektiv-rechtliche Konturierung, die bis zur Schutzpflicht erstarken kann, andererseits auf die Ausgestaltung von praktischer Konkordanz und Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG, damit die Veränderungs-offenheit der Demokratie und deren prozedurale Bewältigung von Fragmentierungen und Wandel ermöglicht bleibt. Gerade die Grundrechte, die Sozialstrukturen rechtlich überformen, sind davon besonders erfasst, aber auch die eben angesprochene Erweiterung der Medienrechte zur Sicherung von Pluralität, Treffräumen und Manipulationsfreiheit ist dafür beispielhaft.

Dies führt auch zu einem Schutz vor fortschreitender Personalisierung bis hin zum staatlichen Citizen Score:¹⁸⁸ Demokratie konstituierende Freiheitsrechte wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Meinungs-, Presse-, Rundfunk-, Telekommunikations- und Informationsfreiheit¹⁸⁹ müssen den Einzelnen vor den Wirkungen von Personalisierung

¹⁸⁵ Hesse Grundzüge (Fn. 24), Rn. 161.

¹⁸⁶ Vgl. nur BVerfGE 65, 1 (43) für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung.

¹⁸⁷ In diese Richtung, allerdings eng unter Betonung des Minderheitenschutzes und weniger der Veränderungs-offenheit *Lepsius* Rechtswissenschaft (Fn. 32), 157 (183 ff.); für die Meinungsfreiheiten *Horn* Erosion (Fn. 81), 413 (416). Siehe auch *Horst Dreier* Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, 1993, 54.

¹⁸⁸ Siehe oben IV. 2. d).

¹⁸⁹ Speziell die konstituierende Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie hervorhebend BVerfGE 7, 198 (208); 62, 230 (247); 76, 196 (208); vgl. auch *Dreier* Dimensionen (Fn. 187), 38; *Grzeszick* in: Maunz/Dürig (Fn. 27), Art. 20 Rn. 17; *Kotzur* Wettbewerbsordnung (Fn. 44), 173 (202).

bis hin zu den „chilling effects“¹⁹⁰ einer umfassenden Überwachung und Einordnung¹⁹¹ wirkungsvoll schützen. Algorithmendominanz, fehlender Nachvollziehbarkeit der damit geschaffenen Aussagen und informationellen Machtungleichgewichten ist entgegenzuwirken. Damit wird das Individuum in demokratischen Strukturen geschützt. Die vom Bundesverfassungsgericht schon vielfach angemahnte, allerdings bisher noch nicht ernsthaft überprüfte Verhinderung einer umfassenden Ausforschung der Bürger¹⁹² könnte dazu beitragen. Angst begegnet man durch Offenheit, nicht durch Kontrolle. Der EuGH hat sich hierzu bereits mehrfach in diese Richtung positioniert.¹⁹³ Darüber hinaus kann eine effektive Zugangs-, Verfahrens- und Ergebniskontrolle von Datenauswertungen und -verwendungen ein Übriges tun. In der Konsequenz mag das dazu führen, dass z.B. die Freiheitlichkeit aus Art. 12 GG zur Verwendung von Big Data eingeschränkt werden muss, weil ansonsten die demokratische Fundierung des demokratischen Gemeinwesens gefährdet wäre.

bb) Schule und Bildung

Die Wechselbezüglichkeit von Fragmentierungen und Wandel in der Demokratie kann schließlich durch die rechtliche Ausgestaltung der Begegnungs- und Treffräume speziell in der Schule¹⁹⁴ gewahrt werden.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Diese Überlegung findet sich schon in BVerfGE 65, 1 (43).

Gerade in Bezug auf den Einsatz von Instrumenten der Digitalisierung etwa *Simon Assion* Überwachung und Chilling Effects, in: Telemedicus e.V. (Hrsg.) Überwachung und Recht. Tagungsband zur Telemedicus Sommerkonferenz 2014, 2015, 31 ff. Diverse Studien zur Wirkung der digitalen Überwachung und chilling effects finden sich etwa bei <<https://www.freitag.de/autoren/netzpiloten/massenueberwachung-zeigt-soziale-folgen>>. Aus der umfangreichen datenschutzrechtlichen Literatur siehe *Sandfuchs* Privatheit (Fn. 49), 30 ff., 63; *Martin Diesterhöft* Das Recht auf digitalen Neubeginn, 2014, 117 ff.; *Markus Oermann/Julian Staben* Mittelbare Grundrechtseingriffe durch Abschreckung?, *Der Staat* 2013, 630 (644); kritisch *Yoan Hermstrüwer* Informationelle Selbstgefährdung, 2016, 45 ff.; *Christian Rath* Karlsruhe und der Einschüchterungseffekt – Praxis und Nutzen einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts, *KJ* 2009, Beiheft 1, 65, 70, der gar feststellt, dem Argument fehle „jede Empirie“; siehe insgesamt zum Phänomen des Abschreckungseffekts *Julian Staben* Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, 2016.

¹⁹¹ Diese sind nachweisbar und dem Individuum zumeist auch bewusst, weil es ja um die Gruppenbildung weiß – anders die oben geschilderten verborgenen Wirkungen von Gruppenbildung und Personalisierung. Insofern sind chilling effects noch die rechtsstaatlich einhegbaren, weil erkennbaren Eingriffe.

¹⁹² Zu diesem Kriterium siehe etwa BVerfGE 141, 220 (280); 130, 1 (24); 109, 279 (323).

¹⁹³ Siehe nur EuGH, ECLI:EU:C:2014:317 – Google Spain; EuGH, ECLI:EU:C:2015:650 – Safe Harbor; EuGH, ECLI:EU:C:2014:238 – Vorratsdatenspeicherung.

¹⁹⁴ Die Aufrechterhaltung sozialer Treffräume kann sich schließlich aber auch in andere Bereiche erstrecken. Die verbindende Wirkung von Sport, von breitenwirksam oder sozial

Schule ist *der* zentrale Treffraum, in dem die demokratische Veränderungsoffenheit erlernbar ist. Das Bildungsumfeld, das Schule erschließt, ist daher gezielt offen und variabel zu halten; Verfestigungen von Fragmentierungen – wohlgerne nicht die Variabilität als solche – dürfen nicht unter staatlicher Aufsicht verstärkt werden.¹⁹⁶

Auch hier wirkt sich die eben herausgearbeitete demokratische Dimension der Grundrechte aus: Das Ergebnis des Bildungsprozesses darf keine Defizite erwarten lassen, auch nicht in Hinblick auf die Erfahrungswirklichkeit sozialer Treffräume.¹⁹⁷ Daher dürfen Fragmentierungen des Schulsystems insbesondere durch private Schulen, die das Grundgesetz richtigerweise zunächst zulässt,¹⁹⁸ diese Treffräume nicht verengen. Dazu kann etwa beitragen, dass innerhalb der fragmentierten Bereiche Pluralität gelebt werden muss. Zugangsdifferenzierungen und Auswahlkriterien müssen sich daran orientieren, dass Separierung durch Schulwahl eng begrenzt bleibt. Dies hat das Bundesverfassungsgericht schon lange für wirtschaft-

tätigen Vereinen ist längst anerkannt, hierzu etwa *Nancy Fusan* Die Einbindung Jugendlicher in Peer-Netzwerke: Welche Integrationsvorteile erbringt die Mitgliedschaft in Sportvereinen?, *Zeitschrift für Soziologie der Erziehung und Sozialisation*, 2006, 383 ff. Dies kann durch den gesamten Handlungskanon des Rechts einschließlich vermehrter steuerlicher Begünstigung derjenigen, die sich hier engagieren, geschehen – bis hin dazu, dass solche sozialen Treffräume vom Staat gezielt in ihrem Erhalt und ihrer Zugänglichkeit zu schützen sind. Vgl. dazu auch die Überlegung, dass die Demokratie zwar einerseits komplizierter als jede andere Staats- und Herrschaftsform ist, aber nur bestehen kann, wenn ihre Grundsätze und Mechanismen den geistigen Horizont des Durchschnittsbürgers nicht übersteigen. Wenn aber die Demokratie als sehr einfach hingestellt wird, schadet diese Übervereinfachung ihr mehr als ihr zu nützen, vgl. *Giovanni Sartori* Demokratietheorie, 1992, 23. Diese Überlegung wird daher als „Sartori-Kriterium“ oder „Sartori-Paradox“ bezeichnet, vgl. *Manfred Schmidt* Demokratietheorien. Eine Einführung, 5. Aufl. 2010, 500.

¹⁹⁵ Dazu zählt auch, explizites und implizites Wissen in der Gesellschaft zu strukturieren und zugänglich zu machen und somit zu der sachlichen Fundierung des Diskurses Instrumente der Bewältigung bereit zu stellen, vgl. *Karl-Heinz Ladewig* Soziale Epistemologie der Demokratie, 2009, 247.

¹⁹⁶ Hierzu gehört auch der Bereich des sog. Homeschooling, der den Anforderungen an ein Offenhalten von Treffräumen nicht genügen kann. Hier überlagert dann die Demokratiefestigkeit das elterliche Erziehungsrecht. Siehe zum Homeschooling und seinen rechtlichen Problemlagen etwa die Beiträge in *Franz Reimer* (Hrsg.) Homeschooling. Bedrohung oder Bewährung des freiheitlichen Rechtsstaats?, 2012; *Frauke Brosius-Gersdorf* Religionsweltanschauliches Elternrecht versus staatliches Schul- und Wächteramt, *ZevKR* 61 (2016), 141; kritisch unter dem Blickwinkel der Ausprägung von Segregation *Thomas Langet* Parallelgesellschaften: Allgemeine Schulpflicht als Heilmittel?, *KritV* 2007, 277 ff.

¹⁹⁷ Zu diesem Kriterium BVerwGE 90, 1 (10 f.); 112, 263.

¹⁹⁸ Das Grundgesetz unterscheidet zwischen öffentlichen und privaten Schulen (Abs. 3–5), zwischen Volksschulen und unbenannten anderen Schulen (Abs. 5) sowie zwischen Gemeinschafts-, Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen (und unbenannten anderen Schulen [Abs. 5]).

liche Kriterien verlangt: Nach dem Sonderungsverbot, Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG, dürfen die Besitzverhältnisse der Eltern nicht zum Abgrenzungskriterium herangezogen werden.¹⁹⁹ Was für die privaten Schulen unmittelbar aus dem Kriterium der Gleichwertigkeit aus Art. 7 Abs. 4 GG folgt,²⁰⁰ führt dann auch für die öffentlichen Schulen zu einer aufgewerteten demokratieorientierten Schutzpflicht des Staates zusätzlich zu den Anforderungen aus Art. 7 Abs. 1 GG²⁰¹ und Abs. 4 Satz 2 GG: Dem Auftrag zur Erfahrbarkeit von Treffräumen, zum Aushalten von Fragmentierungen und von deren prozeduraler Bewältigung können öffentliche Schulen nur gerecht werden, wenn sie finanziell, personell und sachlich vergleichbar ausgestattet sind und echte Gleichwertigkeit zu privaten Einrichtungen besteht. Eine adverse Selektion im öffentlichen Bildungswesen ist strikt zu vermeiden. Bildungsziel ist auch die Demokratiefähigkeit²⁰² – für alle Schüler aller Schultypen.

V. Fazit und Ausblick

Wir haben gesehen: Fragmentierungen sind im demokratischen Staat nichts Neues, und sie sind für ihn nichts Bedrohliches: Wer sich Fragmen-

¹⁹⁹ BVerfGE 75, 40 (64); 90, 107 (115, 119).

²⁰⁰ BVerfGE 90, 107 (122); BVerwGE 90, 1 (5); *Matthias Jestaedt* Schule und außerschulische Erziehung, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 56; *Markus Thiel* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 68.

²⁰¹ Man mag zwar in Abs. 1 lediglich eine organisationsrechtliche Regelung sehen, jedenfalls Abs. 4 Satz 2 enthält aber das Gleichstellungsgebot. Dieses sollte ursprünglich schlecht ausgestattete Privatschulen verhindern, ist aber allgemein zu verstehen, dass staatliche und private Schulen vergleichbar ausgestattet sein müssen. Zudem trifft den Staat die Pflicht, die Schulen ordnungsgemäß auszustatten, wenn er von der Schulaufsicht und dem damit nach h.M. korrespondierenden Erziehungsauftrag (der dem elterlichen Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG „gleichgeordnet“ ist, vgl. BVerfGE 34, 165 [182 f.]; 47, 46 [71]; 52, 223 [235 f.]; *Hans Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Fn. 27], Art. 7 Rn. 16; siehe auch *Arnd Uhle* in: Epping/Hillgruber [Hrsg.] BeckOK GG, 34. Edition 2017, Art. 7 Rn. 21; mit besonderer Betonung auf der „Integrationsfunktion in der politischen Gemeinschaft“ und der Erziehung zum „mündigen Bürger in der Demokratie“ *Markus Kotzur* in: Stern/Becker [Fn. 172], Art. 7 Rn. 25; *Hans-Ulrich Evers* Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, 1979, 54 ff.; als „Konsequenz seiner elementaren Aufgabe, die Gesellschaft zur politischen Einheit zu integrieren“ *Wolfgang Loschelder* Schulische Grundrechte und Privatschulfreiheit, in: HGR IV, 2011, § 110 Rn. 34) Gebrauch machen.

²⁰² Dies wird in den Bundesländern auch durchaus anerkannt, siehe z.B. Art. 11 LVerf NRW, wonach Staatsbürgerkunde und staatsbürgerliche Erziehung verpflichtende Aufgabe der Schulen ist; ähnlich auch z.B. Art. 131 LVerf Bayern, wonach „im Geiste der Demokratie“ zu erziehen ist.

tierungen und dem ihnen innewohnenden Veränderungspotential nur als Problem nähert, droht zu versteinern.

Die Demokratie des Grundgesetzes setzt Fragmentierungen für ihr Funktionieren voraus, und dies gilt auch für ihre Kontexte. Damit sind sie offen für beständigen Wandel, Anpassung und für die Nutzung der positiven Effekte von Fragmentierungen. Eine Vielzahl von Instrumenten zum Umgang damit steht zur Verfügung. Aus dieser Wechselbezüglichkeit von Vielfalt und System schöpft die demokratische Gesellschaft ihre Kraft und ihre Stabilität im beständigen Wandel. Daher ist Machtungleichgewichten, Ausforschung, flächendeckender Überwachung und beständiger Personalisierung der Leistungen und Angebote im freiheitlichen Staat entschieden entgegen zu treten. Im Interesse der Veränderungsoffenheit und der Nutzbarmachung der positiven Kräfte von Fragmentierungen müssen die physischen, virtuellen und kommunikativen Begegnungs- und Treffräume nachdrücklich und frühzeitig offen gehalten werden.

Dies ist keine leichte Aufgabe, und es ist nicht *allein* eine Aufgabe des Rechts und des Staatsrechts. Aber es ist eine besonders wichtige Aufgabe des demokratischen Staates und seiner Kontexte.

Leitsätze der 1. Referentin über:

Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen

I. Einleitung

II. Fragmentierungen: Begriff und analytische Kategorie

(1) Der Begriff der Fragmentierungen ist erstaunlich unscharf. Vor allem in den Medienwissenschaften, der Soziologie und der Parteienforschung ist er negativ konnotiert.

(2) Führt man die verschiedenen Ansätze auf der analytischen Ebene zusammen, dienen Fragmentierungen als Beschreibung und Analyseinstrument für die Wechselbeziehungen zwischen Einzeleinheiten und dem Gesamtsystem.

(3) Das Spannungsfeld von Einzelkomponenten und Gesamtheit lässt sich dann fruchtbar begreifen als Impulsgeber für die Befassung mit Veränderungen. Fragmentierungen sind ein wichtiger Treiber von Veränderung und Dynamik in der Gesellschaft und im demokratischen System.

III. Fragmentierungen und Veränderungsoffenheit als Merkmal der Demokratie des Grundgesetzes

(4) Ein solches Verständnis von Fragmentierungen zeigt für die Demokratie des Grundgesetzes und ihre Kontexte: Demokratie ist auf die Bewältigung von Fragmentierungen und dadurch entstehenden Wandel nicht nur ausgerichtet, sie setzt ihn voraus. Sie hält Institutionen auf der prozeduralen Ebene zum Umgang mit Wandel vor. Dies gilt auch für ihre Kontexte.

1. Demokratie

(5) Die Demokratie schafft zeitlich begrenzte Legitimation für staatliches Handeln. Was regelmäßig neu bestimmt wird, entsteht aus den vorangegangenen Fragmentierungen im kontinuierlichen Wandel.

(6) *Demokratie rationalisiert Entscheidungen. Dahinter steht ihr diskursiver Charakter: Verschiedene Positionen können zu wechselnden Entscheidungen führen; im demokratischen Gemeinwesen vorgehaltene Treffräume ermöglichen dies.*

(7) *Demokratie ermöglicht dem Souverän eine zumindest teilweise Auswahlentscheidung des Entscheidungs- und Führungspersonals nach Art. 38 GG. Dies geht einher mit der Durchsetzung inhaltlicher Veränderungen.*

(8) *Das Mehrheitsprinzip als demokratische Entscheidungsregel setzt beständig wiederkehrende Fragmentierungen voraus und überführt diese in Veränderungspotentiale.*

(9) *Das Mehrheitsprinzip befördert die – im Rahmen der Verfassung geltende – inhaltliche Offenheit der Demokratie. Demokratie kennt keinen absoluten Wahrheitsanspruch, und sie ist offen für Irrtum und für neue Erkenntnisse, also auch für eine daraus resultierende Veränderung.*

(10) *Die Demokratie des Grundgesetzes ist neben der Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG eng mit den Informations- und Meinungsgrundrechten (insb. Art. 5 GG) verbunden, die sämtlich die Möglichkeit der Veränderung aus sich gegenüberstehenden Meinungen eröffnen.*

(11) *Daher ist Demokratie ein sich beständig wandelndes, adaptives und selbsterneuerndes System. Wegen der Rückbindung an den Souverän und der Wahrung der Minderheitenrechte liegt ihr die beständige Besorgnis zugrunde, die Fragmentierungen aufzugreifen und positiv nutzen zu können. Dabei geht es um prozedurale institutionelle Begleitung.*

(12) *Demokratie stellt Institutionen bereit, die Veränderung begleiten und bewältigen. Stabilisierung eines Systems erfolgt auch dadurch, dass es sich einem beständigen Wandel unterwirft.*

2. Parteien

(13) *Parteien sind „für das Funktionieren einer demokratischen Ordnung des Gemeinwesens unerlässlich“ – und dies, obwohl sie aus Eigeninteresse agieren. Ihre Funktion liegt neben ihren Beiträgen für den politischen Diskurs in dessen Komplexitätsreduktion und im Umgang mit Unsicherheit für den Bürger im beständigen Wettbewerb um die Stimmen der Wähler.*

(14) *Im Wettbewerb grenzen sich Parteien personell und inhaltlich voneinander ab. Da sie auf Gewinnung von Wählern unter sich ständig verändernden Rahmenbedingungen abzielen, müssen sie sich selbst beständig anpassen.*

3. Medien

(15) Medien ermöglichen Treffräume, in denen wechselseitige Beeinflussung und damit Wandel erfahrbar und möglich ist. Medien operieren aber auch in der ständigen Fragmentierung im Wettbewerb der Meinungen und Ideen, Darstellungsformen und -formate. Rückkoppelung erfolgt prozedural durch die inhärente Anforderung der Toleranz: Weil Bürger in der Demokratie frei und gleich gedacht sind, müssen sie dies auch allen anderen zugestehen.

4. Sozialstrukturen

(16) In der Soziologie werden unter dem Begriff der Sozialstrukturen vielfältige Wirksamkeitszusammenhänge beschrieben. Der Bericht beschränkt sich auf Sozialstrukturen, die vom Recht anerkannt, gefördert oder zumindest beeinflusst sind. Im Grundgesetz haben eine normative Verankerung gefunden etwa Bildung und Schule (Art. 7 GG), die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), die Existenz sozialer Sicherungssysteme (Art. 20 Abs. 1 GG) oder die örtlichen Gemeinschaften (Art. 28 Abs. 2 GG).

(17) Auch hier zeigt sich, dass Fragmentierungen und Veränderungs-offenheit vorgestellt sind. Die Bewältigung erfolgt auch in den Sozialstrukturen im demokratischen Prozess, also überwiegend prozedural, nicht inhaltlich.

IV. Begleitung von Fragmentierungen durch Recht am Beispiel der Digitalisierung

I. Anpassungsreaktionen: Gestaltung von Treffräumen

(18) Anpassungsreaktionen des Rechts zur Bewahrung von Veränderungsoffenheit können sehr verschieden ausfallen, z.B. Ignoranz, Transformation an einzelnen Bruchstellen, Einführung neuer/Aufrechterhaltung paralleler Rationalitäten, neue Funktionen bestehender Institutionen.

(19) Demokratische Anpassungsleistungen auf Fragmentierungen bedürfen Umstände, die eine Auseinandersetzung mit den Veränderungsimpulsen ermöglichen. Zentrale Voraussetzung für die beständige prozedurale Bearbeitung in der Demokratie sind offene – physische, virtuelle und vor allem diskursive – Räume, um die Wechselwirkung zwischen Gesamtsystem und den Einzeleinheiten zu erhalten.

2. Digitalisierung als Ursache von Fragmentierungen

a) Digitalisierung und Personalisierung

(20) In der Digitalisierung werden Informationen binär codiert. Deshalb sind Vorhaltung, Transport, Verknüpfung und Weiterverarbeitung einfach, schnell und preiswert. Algorithmen machen Zusammenhänge und Erkenntnisse sichtbar, die in der analogen Welt wegen kognitiver und technischer Grenzen nicht ermittelt werden können.

(21) Digitalisierte Personalisierung erlaubt nicht nur eine Eigen-Fragmentierung der Nutzer, sondern auch eine Fremd-Fragmentierung durch die Anbieter im Hinblick auf die dem Nutzer zugänglich gemachten Optionen. Der Möglichkeitsraum des Einzelnen wird dadurch vorher- und fremdbestimmt.

b) Parteien

(22) Die digitalisierte Kommunikation und die Personalisierung führen zu einer Entleerung der Willensbildungsfunktion der Parteien. Der Gewinn der Selbstermächtigung des Bürgers geht mit dem Verlust der Fremdermächtigung der Parteien einher.

(23) Daher können sich Extrem- und Splitterparteien besonders gut entwickeln. Ein Meinungs- und darauf aufbauend Parteienwettbewerb ist aber auch hier immer noch möglich – die Reaktion auf Digitalisierungseffekte obliegt den Parteien.

(24) Allerdings liegt der Einsatz von Instrumenten zur Entscheidungsbeeinflussung auf der Basis von Personalisierung durch die Parteien selbst nahe und entspricht der Realität. Automatisierte und personalisierte Kommunikation kann Wähler gezielt in Fragmentierungen drängen. Der Veränderungsimpetus kann im demokratischen System nicht mehr wahrgenommen werden.

c) Medien

(25) Die Filter- und Distributionsfunktion der Medien verflüchtigt sich ebenso wie die Fähigkeit, die öffentliche Diskussion zu prägen. Infrastruktur, Format, Plattform und Inhalt verschwimmen; Nutzer erhalten fragmentierende Optionsräume. Die technisch bedingte Beschränktheit ergibt eine Fehlsteuerung der öffentlichen Meinungsbildung, in der es an Referenz- und Reibungspunkten mit anderen Ansichten, Lebensformen und ihren Auswirkungen fehlt.

d) *Sozialstrukturen*

(26) *Personalisierung ermöglicht einseitige Entscheidungsbeeinflussung des Bürgers. Die Sortierung und konsequente Herausbildung von Parallelwelten wird zum Kernelement einer digitalisierten Gesellschaft.*

(27) *Entscheider aller Art einschließlich des Staates haben die Möglichkeiten der planvollen, einseitigen Separierung von Bürgern und Kunden erkannt. Formen von Predictive Policing und konkrete Wahlbeeinflussung zeigen, dass Digitalisierung bedacht zur Herstellung von Fragmentierungen genutzt wird, die aber nicht mehr in Veränderungspotentiale transferiert werden können.*

3. *Rechtliche Gestaltung von Fragmentierungen*

a) *Parteien*

(28) *Digitalisierung bietet einfache, schnelle und neue Kommunikationsmöglichkeiten, die von den Parteien bisher kaum genutzt worden sind. Spontane und binäre Meinungsäußerungen dürfen die Letztentscheidungen auf der Basis wohl erwogener Argumente nicht bestimmen.*

(29) *Der Problembereich der Manipulationsgefahr auf der Basis von Personalisierung kann mit den Mitteln des ordnenden Wettbewerbsrechts adressiert werden. Politische Willensbildung muss alle ähnlich erreichen können; sie darf den politischen Diskurs nicht verfälschen. Social Bots etwa sind ebenso unzulässig wie die konsequente automatisierte Ansprache einzelner Bürger auf der Basis personalisierter Datenauswertung.*

b) *Medien*

(30) *Da die Teilhabe an den Angeboten des Internets zunehmend alternativlos wird, ist die Personalisierung des Zugangs und der Nutzung problematisch auch für das Funktionieren der Demokratie.*

(31) *Mittels Erweiterung der Mediengrundrechte kann der Veränderungsimpuls der Fragmentierungen integriert werden. Mit Blick auf Art. 11 Abs. 2 GR-Charta und Art. 10 Abs. 2 EMRK ist der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auf die Informationsintermediäre des Internets auszudehnen und auch die Trennung von Presse- und Rundfunkfreiheit aufzugeben. Allerdings entstehen daraus Verpflichtungen an Diversität, die in neuartigen Governance-Strukturen umgesetzt werden können. Die demokratische Fundierung der Mediengrundrechte würde so neu belebt.*

c) *Sozialstrukturen*

(32) *Recht kann dazu beitragen, die sozialen und gesellschaftlichen Begegnungs- und Treffräume zu öffnen und offen zu halten, um demokratische Fragmentierungen und Veränderungsimpulse zu bewahren.*

aa) *Demokratiestärkende Grundrechtsdimension*

(33) *Die Grundrechte sind verstärkt im Sinne von Demokratie, politischer Teilhabe, Entfaltung von Autonomie und eben der Bewahrung notwendiger gesellschaftlicher Treffräume zu gewichten. Dies erstreckt sich einerseits auf eine demokratiefördernde objektiv-rechtliche Konturierung, die bis zur Schutzpflicht erstarken kann, andererseits auf die Ausgestaltung von praktischer Konkordanz und Wesengehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG.*

(34) *Freiheitsrechte müssen den Einzelnen vor den Wirkungen von Personalisierung bis hin zu „chilling effects“ wirkungsvoll schützen. Algorithmendominanz, fehlender Nachvollziehbarkeit der damit geschaffenen Aussagen und informationellen Machtungleichgewichten ist entgegenzuwirken. Darüber hinaus kann eine effektive Zugangs-, Verfahrens- und Ergebniskontrolle von Datenauswertungen und -verwendungen ein Übriges tun.*

bb) *Schule und Bildung*

(35) *Schule ist der zentrale Treffraum. Zugangsdifferenzierungen und Auswahlkriterien müssen sich daran orientieren, dass Separierung durch Schulwahl eng begrenzt bleibt. Für die öffentlichen Schulen führt eine aufgewertete demokratie-orientierte Schutzpflicht des Staates zu einem Anspruch auf finanziell, personell und sachlich vergleichbare Ausstattung. Eine adverse Selektion im öffentlichen Bildungswesen ist zu vermeiden.*

V. *Fazit*

Erster Beratungsgegenstand:

**Kontexte der Demokratie:
Parteien – Medien – Sozialstrukturen**

2. Referat von *Stefan Magen*, Bochum

Inhalt

| | Seite |
|--|-------|
| I. Populismus als Symptom der strukturellen Veränderungen im institutionellen und sozialen Kontext demokratischer Wahlen | 70 |
| 1. Der Populismus und seine verfassungsrechtlichen Implikationen | 70 |
| 2. Verschiebungen im institutionellen und sozialen Kontext der Demokratie | 72 |
| II. Gruppendenken, Gruppenkonflikte und destruktive diskursive Dynamiken | 75 |
| 1. Das intuitive Gruppendenken als Quelle von Kooperation und Konflikt | 75 |
| a) Gruppendenken und Menschenwürde | 75 |
| b) Das Gruppendenken als Ermöglichung von Kooperation | 76 |
| c) Das Gruppendenken als Konfliktursache | 79 |
| d) Eskalationsstufen und ethnisch-religiöse Konflikte | 80 |
| 2. Identitäten und Konflikte im demokratischen Diskurs | 82 |
| a) Konflikte als Debatten über politische Identitäten | 82 |
| b) Diskurs: Gegenmittel gegen Hassreden oder Forum sozialer Nichtanerkennung? | 83 |
| c) Folgen der Konfliktintensität für die Funktionsfähigkeit des Diskurses | 85 |
| III. Verfassungsrechtliche Verankerung des Schutzes vor gruppenbezogener Herabwürdigung | 87 |
| 1. Soziales Klima, individuelle Betroffenheit und rechtliche Interventionschwellen | 87 |
| 2. Grundrechtlicher Anspruch auf Schutz vor gruppenbezogener Herabwürdigung | 88 |

| | |
|--|----|
| 3. Objektiv-rechtliche Verpflichtung zur Vorsorge gegen eine Eskalation und Verfestigung von ethnisch-religiösen Konflikten. | 91 |
| IV. Gruppenbezogene Herabwürdigungen als Grenze von Meinungsfreiheit und Parteienfreiheit | 92 |
| 1. Ergänzende Fundierung und Neujustierung der Grenzen der Meinungsfreiheit. | 92 |
| a) Rechtsgüterschutz, kein Befindlichkeitsschutz. | 92 |
| b) Ehrverletzungs- und Volksverhetzungsdelikte | 92 |
| c) Netzwerkdurchsetzungsgesetz | 94 |
| d) Ergänzung: Rundfunkfreiheit | 95 |
| 2. Ergänzende Fundierung und Neujustierung der Grenzen der Parteienfreiheit | 96 |
| a) Parteiverbot | 96 |
| b) Recht des unlauteren politischen Wettbewerbs. | 97 |
| V. Risikovorsorge im riskanten Verfassungsstaat | 99 |

Im Mittelpunkt meiner Überlegungen steht der Prozess der öffentlichen Meinungsbildung.¹ Ich frage mich, wie wir damit umgehen sollen, dass der demokratische Diskurs als Kernelement einer lebendigen Demokratie durch Fragmentierungsprozesse im Bereich der Parteien, Medien und Sozialstrukturen zu einem Ort geworden ist, an dem gesellschaftliche Gruppen öffentlich und systematisch herabgewürdigt werden. Damit deutlich wird, worüber wir reden, erlauben Sie mir zwei Beispiele aus Facebook, wobei ich einen in diesem Forum unsagbaren Satz bereits gestrichen habe. Ein Nutzer aus Sachsen teilte ein Video, welches südländisch aussehende Personen zeigt, mit folgendem Kommentar: „Schön auf’s Maul gehauen. [...]. Fuck Islam. Eine Parasiten Ideologie, die einzig und allein aussterben muss.“² Ein türkischstämmiger Nutzer dagegen bezeichnete die Deutschen nach der Armenienresolution des Bundestages – übersetzt – als „Köterrasse“ und erklärte: „Sie haben nur Schweinereien im Sinn. Möge Gott

¹ Dessen Erosion war bereits 2008 Thema der Erlanger Tagung, auf der allerdings die hier thematisierten Entwicklungen noch nicht sichtbar waren; siehe *Bernd Holznagel/Hans-Detlef Horn* Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, *VVDStRL* 68 (2009), 381 ff., 413 ff.

² Perlen aus Freital <<https://perlen-aus-freital.tumblr.com/post/139966237815/sch%C3%B6n-auf-s-maul-gehauen-diese-schei%C3%9F-eselficker>> (Stand 31.10.2017). Eine Deutung der dahinterliegenden politischen Strömungen unternimmt *Volker Weiß* Die autoritäre Revolte, 2017.

ihren Lebensraum zerstören.“³ Vorsichtiger Formulierungen mit inhaltlich ähnlichen Tendenzen finden sich bei Vertretern einer erstmals im Bundestag vertretenen Partei. Ich meine, Hassreden wie diese sind nicht bloß Ausdruck eines aufgeheizten politischen Klimas, sondern dokumentieren ein grundsätzlicheres und neues Fragmentierungsphänomen im politischen Diskurs. Diese neue Fragmentierung besteht in der Wiederbelebung von politischen Konfliktlinien entlang kultureller und insbesondere ethnischer und religiöser Identitäten.⁴ Ihr augenfälligster Ausdruck ist der Rechtspopulismus, der sich in den westlichen Demokratien etabliert hat.⁵

Um ein besseres Verständnis des angesprochenen Fragmentierungsphänomens zu bekommen, werde ich mich im ersten Teil des Vortrags zunächst mit dem Verhältnis des Populismus zur Verfassungsordnung befassen und zudem die Strukturveränderungen im Bereich der Parteien, Medien und Sozialstrukturen betrachten, die zu dessen Aufstieg beigetragen haben. Um dann weiterhin besser einschätzen zu können, welche Risiken von epidemischen gruppenbezogenen Herabwürdigungen und Hassreden im demokratischen Diskurs ausgehen, wird der zweite Teil sozialwissenschaftliche Befunde zu Gruppenkonflikten, deren psychologischen Grundlagen und deren Auswirkungen für den demokratischen Diskurs und das Verhältnis der gesellschaftlichen Gruppen behandeln. Gegenstand des dritten Teils sind schließlich rechtliche Folgerungen, die vor allem die Meinungsfreiheit und die Parteienfreiheit betreffen.

³ Der Nutzer hat sich nach Bekanntwerden des Posts entschuldigt, ein Ermittlungsverfahren wurde mangels Strafbarkeit von bloßen Kollektivbeleidigungen eingestellt, Legal Tribune Online, Pressebericht vom 28.02.2017 <https://www.lto.de/persistent/a_id/22225/> (Stand 31.10.2017). Zur Fremdenfeindlichkeit von Christen und Muslimen *Ruud Koopmans* Assimilation oder Multikulturalismus?, Bedingungen gelungener Integration, 2017, 151–193, insb. 180 ff.

⁴ Grundlegend zur Bedeutung von Identitäten in der Demokratie *Amy Gutmann* Identity in Democracy, 2003; die Sozialphilosophie sozialer Identitäten analysiert *Carolin Emcke* Kollektive Identitäten, 2. Aufl. 2010; zur Rolle von Gruppenidentitäten im politischen Prozess *Leonie Huddy* From Group Identity to Political Cohesion and Commitment, in: dies./David O. Sears/Jack S. Levy (Hrsg.) The Oxford Handbook of Political Psychology, 2. Aufl. 2013, 737 ff.; zum Einfluss von Identitäten im ökonomischen Kontext *George A. Akerlof/Rachel E. Kranton* Identity Economics, 2010. Einen Überblick über das sozialwissenschaftliche Konzept der Identität bietet *Anthony Elliott* Editor's Introduction, in: ders. (Hrsg.) Routledge Handbook of Identity Studies, 2014, xii ff.; zur Bedeutung von Identitäten für Wahlentscheidungen: *Libby Jenke/Scott A. Huettel* Issues or Identity? Cognitive Foundations of Voter Choice, Trends in Cognitive Sciences 20 (2016), 794 ff.; für die Bedeutung von Identitäten für die Idee des Politischen etwa *Rogers M. Smith* Political Peoplehood, 2015; zur politischen Zugehörigkeit von Migranten *Daniel Thym* Migrationsfolgenrecht, VVDStRL 76 (2017), 169 (185 ff.).

⁵ In diese Richtung auch *Thym* Migrationsfolgenrecht (Fn. 4), 201.

I. Populismus als Symptom der strukturellen Veränderungen im institutionellen und sozialen Kontext demokratischer Wahlen

1. Der Populismus und seine verfassungsrechtlichen Implikationen

Zuerst also zum Populismus. Wenn man auf dessen politische Inhalte sieht, erweist es sich als ein durchgehendes Merkmal, dass populistische Akteure politische Probleme tendenziell als moralisierte Konflikte zwischen ethnisch-religiösen Gruppen oder Nationen begreifen oder darstellen.⁶ Was den Populismus dabei in ein Spannungsverhältnis zur Verfassungsordnung bringt, ist sein anti-liberales und anti-pluralistisches Konzept demokratischer Repräsentation.

Dieses Repräsentationsverständnis ist anti-liberal, weil der populistische Akteur beansprucht, unabhängig vom Ausgang von Wahlen die wahren Interessen des eigentlichen Volkes zu vertreten, um dann in dessen Namen rechtliche Kompetenzen, Verfahren und Garantien in Frage zu stellen oder anzugreifen.⁷ Oft wird diese Kritik als Kritik an den herrschenden Eliten

⁶ Eine weit akzeptierte Analyse zum politikwissenschaftlichen Konzept des gegenwärtigen Populismus liefert *Jan-Werner Müller* Was ist Populismus?, 4. Aufl. 2016; auf den US-amerikanischen Kontext zugeschnitten *ders.* What Is Populism?, 2016; ähnlich *Klaus von Beyme* Populismus und Rechtsextremismus in postmodernen Parteiensystemen, in: David Gehne (Hrsg.) Krise und Wandel der Parteiendemokratie?, FS Ulrich von Alemann, 2010, 177 (180 f.); *Cas Mudde/Cristóbal Rovira Kaltwasser* Populism, 2017; zu historischen Formen in den Vereinigten Staaten siehe *John B. Judis* The Populist Explosion, 2016. Eine gegen den neo-liberalen Kapitalismus gerichtete Form des Linkspopulismus befürwortet *Ernesto Laclau* On Populist Reason, 2007 und *Chantal Mouffe* Über das Politische, 2007; *dies.* Agonistics, 2013.

Unter dem Titel „The Specter Haunting Europe“ hat das Journal of Democracy dem Populismus in Europa ein eigenes Sonderheft gewidmet; siehe *Editorial* The Specter Haunting Europe, Journal of Democracy 27 (2016), Heft 4, 20 f.; *Takis S. Pappas* Distinguishing Liberal Democracy’s Challengers, Journal of Democracy 27 (2016), Heft 4, 22 ff.; *Timo Lochocki* Will the German Center Hold?, Journal of Democracy 27 (2016), Heft 4, 37 ff.; *Dominique Reynié* “Heritage Populism” and France’s National Front, Journal of Democracy 27 (2016), Heft 4, 47 ff.; *Joanna Fomina/Jacek Kucharczyk* Populism and Protest in Poland, Journal of Democracy 27 (2016), Heft 4, 58 ff.; *Sheri Berman* The Lost Left, Journal of Democracy 27 (2016), Heft 4, 69 ff.; *Jacques Rupnik* Surging Illiberalism in the East, Journal of Democracy 27 (2016), Heft 4, 77 ff.; *Ivan Krastev* The Unraveling of the Post-1989 Order, Journal of Democracy 27 (2016), Heft 4, 88 ff.; *Clive H. Church/Adrian Vatter* Shadows in the Swiss Paradise, Journal of Democracy 27 (2016), Heft 3, 166 ff.

Zum Populismus in den europäischen Nachbarländern auch *Stijn van Kessel* Like a Hurricane? The ‘Winds of Populism’ in Contemporary Europe, in: Martin Morlok/Thomas Poguntke/Gregor Zons (Hrsg.) Etablierungschancen neuer Parteien, 2016, 145 ff.

⁷ *Müller* Populismus (Fn. 6); *Mattias Kumm* Demokratie als verfassungsfeindlicher Topos, Verfassungsblog vom 06.09.2017 <<http://verfassungsblog.de/demokratie-als-verfassungsfeindlicher-topos/>> (Stand 31.10.2017); siehe auch *Christoph Möllers* Demokratie, 3. Aufl. 2012, 33 ff.

formuliert. Enttäuschte Erwartungen gehören allerdings zum demokratischen Normalzustand.⁸ Sie sind angesichts der Komplexität der Sachprobleme, der Notwendigkeit zum Ausgleich diverser Interessen, der Einbindung nationaler Demokratien in supranationale Strukturen, der relativen Eigenständigkeit gesellschaftlicher Funktionssysteme, der Eigendynamiken des politischen Wettbewerbs und der nie vollständig eliminierbaren Eigeninteressen politischer Akteure und Institutionen schlicht unvermeidbar.⁹ Die ständig mitlaufende Kritik an den Leistungen und Motiven der politischen Akteure ist deshalb auch ein notwendiges Kontrollmittel und Korrektiv.¹⁰ Verfassungsrechtlich problematisch wird der Populismus erst, wenn er die rechtlichen und institutionellen Grundlagen des Verfassungsstaates selbst angreift. Gegenüber den verfassungsstaatlichen Institutionen – Parlament,

⁸ Entsprechende Verfallsgeschichten sind mittlerweile zu einer eigenen Literaturgattung geworden, siehe etwa *Colin Crouch* Postdemokratie, 12. Aufl. 2015; *Giorgio Agamben et al.* Demokratie?, 2. Aufl. 2012; *Ingolfur Blühdorn* Simulative Demokratie, 2013; *Danny Michelsen/Franz Walter* Unpolitische Demokratie, 2013; *Thomas Meyer* Mediokratie, 6. Aufl. 2015; *Andreas Dörner* Politainment, 2001; *Heinrich Geiselberger* (Hrsg.) Die große Regression, 2. Aufl. 2017. Bei etwas nüchternerer empirisch-politikwissenschaftlicher Betrachtung handelt es sich eher um Erosionserscheinungen denn um systembedrohende Krisen; siehe *Wolfgang Merkel* (Hrsg.) Demokratie und Krise, 2015. Eine tiefergreifende Dekonsolidierung der Demokratie diagnostizieren dagegen *Roberto Stefan Foal Yascha Mounk* The Signs of Deconsolidation, *Journal of Democracy* 28 (2017), Heft 1, 5 ff.; siehe auch *dies.* The Democratic Disconnect, *Journal of Democracy* 27 (2016), Heft 3, 5 ff.; dazu *Ronald F. Inglehart* How Much Should We Worry?, *Journal of Democracy* 27 (2016), Heft 3, 18 ff.

⁹ Die strukturell bedingte Unvermeidbarkeit solcher Enttäuschungen hat einerseits eine normative Ursache darin, dass Demokratie eine soziale Praxis ist, die versucht, antinomische Werte zu institutionalisieren (*Oliver Hidalgo* Die Antinomien der Demokratie, 2014), und sie hat andererseits eine faktische Ursache darin, dass ihre Institutionen und Politiken mit endemischen, in der empirischen Realität wurzelnden Zielkonflikten konfrontiert sind. Eine hilfreiche Typologie der strukturellen Defizite der Demokratie in Bezug auf acht Funktionsdimensionen (Herrschaftsstruktur, Gesellschaftsstruktur, Willensbildung, Normenanwendung, Ressourcenpflege, Normensetzung, Integration und Wertprägung) entwickelt *Martin Sebaldt* Pathologie der Demokratie, 2015.

¹⁰ Aus Anlass dieser Tagung *Hans Herbert von Arnim* Politische Parteien: Populismus von oben?, DVBl. 2017, 1057 ff. Eine grundlegende Aufarbeitung mit Reformvorschlägen gibt *Emanuel V. Towfigh* Das Parteien-Paradox, 2015, 149 ff.; siehe auch *Steffen Augsberg* Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie, in: *Hans Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte* (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 28 (32 ff.); *Foroud Shirvani* Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem, 2010, 136 ff.; *Helmuth Schulze-Fielitz* Die Integrationskraft politischer Parteien im Wandel, in: *Julian Krüper/Heike Merten/Thomas Poguntke* (Hrsg.) Parteienwissenschaften, 2015, 105 ff.; aktuelle politikwissenschaftliche Befunde bei *Sebastian Bukow/Uwe Jun/Oskar Niedermayer* (Hrsg.) Parteien in Staat und Gesellschaft, 2016.

Regierung, Gerichtsbarkeit – sind solche Angriffe aber gegenwärtig nicht zu erkennen, sieht man einmal von der NPD ab.

Anders sieht es aber aus in Bezug auf die in Deutschland lebenden ethnischen, religiösen oder kulturellen Gruppen. Anlass dafür ist das anti-pluralistische Volkskonzept des Rechtspopulismus, das immer nur einen Teil der Bürger im Blick hat. Seine Stoßrichtung ist dabei, die Interessen und die Identität der nationalen Mehrheit zu priorisieren. Allerdings ist es im freiheitlichen Verfassungsstaat eine legitime politische Position, für die Interessen der Mehrheitsbevölkerung und auch für den Schutz ihrer Mehrheitskultur einzutreten,¹¹ auch wenn deren Realisierungsmöglichkeiten durch nationales und übernationales Recht beschränkt sind. Es wirft aber Fragen auf, wenn das Verhalten einer Partei verfassungsrechtlich relevante ausgrenzende Wirkungen hat. Dieses Problem ist offensichtlich, wenn eine Partei wie die NPD ein rassistisches und würdeverletzendes Volkskonzept propagiert.¹² Ein Problem kann aber auch auftreten, wenn ethnische, religiöse und selbst kulturelle Identitätskonzepte im politischen Diskurs zur Herabwürdigung sozialer Gruppen missbraucht werden.

2. *Verschiebungen im institutionellen und sozialen Kontext der Demokratie*

In Bezug auf mögliche rechtliche Reaktionen ist es nun aufschlussreich, bestimmte Verschiebungen im institutionellen und sozialen Kontext der Demokratie in den Blick zu nehmen, nämlich die makro- und meso-soziologischen Faktoren, die zur Verbreitung des Populismus beigetragen haben.

Zunächst gerieten die Unter- und Mittelschichten der wohlhabenden westlichen Staaten durch den Globalisierungsschub nach 1991 und die Finanzkrise ökonomisch unter Druck. Produktivitätssteigerungen kamen vor allem einer globalen Plutokratie und den Unter- und Mittelklassen asiatischer Staaten zugute, während für die Unter- und Mittelschichten der westlichen Staaten die realen Löhne stagnierten und die Beschäftigungs-si-

¹¹ Wie das Konzept einer kulturellen Mehrheit verstanden werden kann und welche rechtlichen Konsequenzen es tragen könnte, erörtert *Liav Orgad* *The Cultural Defense of Nations*, 2017; *ders.* *The Law of Majorities*, Verfassungsblog vom 16.02.2016 <<http://verfassungsblog.de/the-law-of-majorities>> (Stand 31.10.2017); siehe auch die Debattenbeiträge dazu <<http://verfassungsblog.de/category/debates/cultural-majority-rights-debates/>> (Stand 31.10.2017). Ebenso aus Sicht der Integrationsforschung *Koopmans* *Assimilation oder Multikulturalismus?* (Fn. 3), 212 ff. Nicht überzeugend ist dagegen die ethische Position, die Nationalismus und Patriotismus per se für diskriminierend hält und mit Rassismus gleichsetzt; siehe *Paul Gomberg* *Patriotism is Like Racism*, *Ethics* 101 (1990), 144 ff.

¹² BVerfG, NJW 2017, 611 (630 Rn. 635 ff.); *Gideon Botsch* *Wahre Demokratie und Volksgemeinschaft*, 2017, 77 ff.

cherheit sank.¹³ Zudem intensivierten sich Migrationsbewegungen,¹⁴ wobei die kulturelle Integration der Migrierten immer weniger nach dem Modell weitgehender Anpassung verlief.¹⁵ Gesellschaften müssen deshalb nun dauerhaft mit einem kulturellen Pluralismus leben. In der Finanzkrise ist zudem sichtbar geworden, dass das Ausmaß der Solidarität zwischen den europäischen Völkern noch beschränkt ist.¹⁶ All das hat zu einer stärkeren Salienz und Betonung der nationalen Identitäten und Interessen im politischen Diskurs beigetragen.

In der Medienlandschaft haben soziale Medien wie Facebook, YouTube und Twitter zu einer De-Institutionalisierung und Selbstfragmentierung des öffentlichen Diskurses geführt. Printmedien und Rundfunkanstalten, die journalistischen Standards verpflichtet waren, wirkten lange als Filter dafür, was öffentlich thematisiert werden konnte. Mit der rasanten Verbreitung der sozialen Medien fiel diese Filterwirkung weitgehend weg. Über Blogs, Internetforen, Facebook-Gruppen, YouTube-Kanäle und selbst durch das bloße Teilen und Kommentieren von Inhalten entwickelten sich dezen-

¹³ *Branko Milanovic* Global Inequality, 2016, 10–45; siehe auch *ders.* Global Income Inequality by the Numbers: in History and Now, World Bank, Policy Research Working Paper 6259. Dass Finanzkrisen die Fragmentierung der Parteienlandschaft verstärken, zeigen anhand historischer Daten *Manuel Funke/Moritz Schularick/Christoph Trebesch* Going to Extremes, *European Economic Review* 88 (2016), 227 ff. Dass der Populismus eher ein kultureller Backlash gegen Multikulturalismus und Kosmopolitanismus ist, als eine Reaktion auf ökonomische Unsicherheit, argumentieren *Ronald F. Inglehart/Pippa Norris* Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash, HKS-Working Paper RWP16-026, 2016 <<https://ssrn.com/abstract=2818659>> (Stand 31.10.2017). Zum Problem der mangelnden Repräsentation der Unterschichten in und durch die Parteien *Bernhard Weßels* Politische Ungleichheit beim Wählen, in: *Merkel* Demokratie (Fn. 8), 67 ff.; siehe auch *Elmar Wiesendahl* (Hrsg.) Parteien und soziale Ungleichheit, 2017.

¹⁴ Wobei nationales, supranationales und internationales Recht wenig Spielräume für eine Begrenzung lassen, siehe *Kerstin Odendahl* Migrationssteuerung im Mehrebenenrecht, *VVDStRL* 76 (2017), 49 ff. Die Zahl der internationalen Migranten (Personen, die länger als ein Jahr in einem Land leben, in dem sie nicht geboren sind) betrug im Zeitraum von 1990 bis 2015 in Deutschland: 1990: 5.940.000 (oder 8 %); 2000: 8.990.000 (oder 11 %); 2010: 11.610.000 (oder 14 %); 2015: 12.010.000 (oder 15%); siehe *Pew Research Center* International Migrants by Country, 10.11.2016 <<http://www.pewglobal.org/interactives/migration-tables/>> (Stand 31.10.2017); Daten zu aktuellen Entwicklungen zudem in: *Phillip Connor* International Migration: Key Findings from the U.S., Europe and the World, *Pew Research Center, Fact-Tank*, 15.12.2016 <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/12/15/international-migration-key-findings-from-the-u-s-europe-and-the-world/>> (Stand 31.10.2017).

¹⁵ Zur politischen Zugehörigkeit von Migranten *Thym* Migrationsfolgenrecht (Fn. 4), 196 ff., zum Migrationsrecht als Recht der Integration, *ders.* ebd.

¹⁶ Das Fehlen einer europäischen politischen Identität zeigt empirisch *Thomas Risse* A Community of Europeans?, 2010.

trale und fragmentierte Öffentlichkeiten jenseits der Einhegung durch die Traditionsmedien.¹⁷

Das hat nicht nur einer negativen Emotionalisierung und Enttabuisierung der Kommunikation Vorschub geleistet, sondern auch zur Bildung medialer Echokammern und Meinungsblasen geführt. Denn zunehmend werden Nachrichten und andere für die öffentliche Meinungsbildung einflussreiche Inhalte über Facebook bezogen, und Facebook steuert die Anzeige von Inhalten durch personalisierte Algorithmen, die sich nach den Vorlieben und Einstellungen des einzelnen Nutzers und seiner Kontakte richten. Früher verstreute Gleichgesinnte werden so durch Algorithmen zusammengeführt, merken, dass sie nicht alleine sind, und radikalieren sich – ungebremst von lebensweltlicher sozialer Kontrolle – gegenseitig.¹⁸ Was in autoritären Staaten demokratische Bewegungen ermöglichte,¹⁹ beförderte bei uns Gruppenhass und seine Verbreitung.

Schließlich wurden die alten Volksparteien einem drastischen Erosionsprozess ausgesetzt, der unter anderem in der Auflösung stabiler Sozialmilieus und einer gestiegenen Fragmentierung der gesellschaftlichen Werthaltungen²⁰ seine Ursache hatte. Die Folgen für die Parteienlandschaft waren eine stärkere Fragmentierung und höhere Volatilität.²¹ Wo konservative Parteien darauf mit einer Orientierung zur politischen Mitte reagierten,²² stiegen die Chancen für populistisch ausgerichtete Parteien. Über Themen

¹⁷ *Jan-Hinrik Schmidt et al.* Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 40, März 2017, 24 ff. Das Legitimations- und Konfliktpotential der fluiden emergenten Kollektive („Crowds“), die sich in den virtuellen Öffentlichkeiten bilden können, erörtert *Jens Kersten* Schwarmdemokratie, 2017; aus politikwissenschaftlicher Sicht *Gary S. Schaal* E-Democracy, in: Oliver W. Lembcke/Claudia Ritzi/Gary S. Schaal (Hrsg.) Zeitgenössische Demokratietheorie, Bd. 2, 2016, 279 ff.

¹⁸ *Cass R. Sunstein* #Republic, 2017, 59–136; *Sunstein* beschreibt diesen Prozess als Unleashing, siehe *ders.* Unleashed, 2017 <<https://ssrn.com/abstract=3025749>> (Stand 31.10.2017); zu Radikalisierungsprozessen in politischen Gruppen ausführlich *Clark McCauley/Sophia Moskalenko* Friction. How Conflict Radicalizes Them and Us, 2. Aufl. 2017, passim.

¹⁹ *Manuel Castells* Networks of Outrage and Hope, 2. Aufl. 2015; allgemein zum Einfluss der sozialen Medien auf den politischen Diskurs *Bogdan Patrut/Monica Patrut* (Hrsg.) Social Media in Politics, 2014.

²⁰ *Ulrich von Alemann* Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 2010, 117 ff.; *Frank Decker* Parteien und Parteiensysteme in Deutschland, 2011, 39 ff.; *Klaus Detterbeck* Parteien und Parteiensystem, 2011, 39 ff.; *Shirvani* Parteienrecht (Fn. 10), 68 ff.

²¹ *Oskar Niedermayer* Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland, in: *ders.* (Hrsg.) Handbuch Parteienforschung, 2013, 739 (744 ff.); *Klaus von Beyme* Parteien im Wandel, 2000, 158 ff.; *von Alemann* Parteiensystem der BRD (Fn. 20), 84 ff.

²² *Niedermayer* Parteiensystem der BRD (Fn. 21), 755.

wie die Flüchtlingskrise oder den Terror konnten diese sich im Diskurs als Vertreter des eigentlichen Volkes profilieren, welches die Eliten vorgeblich bedrohlichen Fremden schutzlos auslieferten.

II. Gruppendenken, Gruppenkonflikte und destruktive diskursive Dynamiken

Eine wesentliche Ursache dafür, dass aus der geschilderten Konstellation von Parteien, Medien und Sozialstrukturen nun eine Fragmentierung des Diskurses entlang ethnisch-religiöser Konfliktlinien entstanden ist, liegt nach meiner Überzeugung auf der psychologischen Ebene, und zwar in den Mechanismen des sogenannten Gruppendenkens und der mit ihm einhergehenden kognitiven Strukturierung der Gesellschaft in Ingroups und Outgroups. Um die Gefährlichkeit und Persistenz dieser Entwicklung begreiflich zu machen, sollte man das Gruppendenken näher in den Blick nehmen. Dabei wird sich freilich auch zeigen, dass das Gruppendenken nicht nur eine Ursache von Konflikten ist, sondern auch eine unverzichtbare Ressource für Solidarität und Kooperation. Vielleicht wichtiger noch prägen die mentalen Schemata des Gruppendenkens die Art und Weise, wie wir überhaupt politische Fragen wahrnehmen und bewerten, im Positiven wie im Negativen. Politische Diskurse ganz ohne Beteiligung des Gruppendenkens sind deshalb praktisch betrachtet weder möglich noch wünschenswert. Entscheidend ist vielmehr, wie eine Gesellschaft mit ihren psychischen Dispositionen umgeht.

1. *Das intuitive Gruppendenken als Quelle von Kooperation und Konflikt*

a) *Gruppendenken und Menschenwürde*

Für einen solchen Exkurs gibt es auch einen unmittelbar juristischen Anlass. Denn es besteht eine enge historische und inhaltliche Verbindung zwischen dem juristischen Konzept der Menschenwürde und der modernen Sozialpsychologie der Gruppen. Beide entwickelten sich in der Nachkriegszeit auch als Reaktion auf das nationalsozialistische Terrorregime. Dessen Gräueltaten wurden in nicht unerheblichem Ausmaß durch die stark moralisierte und insoweit umso perversere Ausnutzung destruktiver gruppenpsychologischer Dynamiken zwischen ethnischen und religiösen Gruppen ermöglicht.²³ Während die Sozialpsychologie zu erklären versuchte, was

²³ *Claudia Koonz* The Nazi Conscience, 2005; siehe auch *Christopher R. Browning* Ordinary Men: Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland, 1992.

diese unmenschlichen Exzesse möglich machte,²⁴ errichtete das deutsche Verfassungsrecht mit der Garantie der Menschenwürde als oberstem Wert einen Schutzwall gegen eben solche Gräueltaten.²⁵ Auch in unserer juristischen Arbeit scheint dieser Zusammenhang auf, wenn bei der Charakterisierung von Menschenwürdeverletzungen immer wieder auch auf Beschreibungen zurückgegriffen wird, die der Sache nach sozialpsychologische Tatbestände zum Gegenstand haben. So schützt die Menschenwürde etwa vor Erniedrigung, Brandmarkung und Ächtung,²⁶ sie gebietet die Achtung des Wertes jedes Menschen, seines sozialen Wert- und Achtungsanspruchs²⁷ sowie seiner Individualität, Identität und Integrität.²⁸

b) *Das Gruppendenken als Ermöglichung von Kooperation*

Was sind also die einschlägigen gruppenbezogenen psychologischen Prozesse? Sie lassen sich weder auf simple Instinkte oder dumpfe Emotionen reduzieren, noch beruhen sie ausschließlich auf Prozessen bewussten Nachdenkens. Vielmehr fußen sie in weitem Umfang auf sogenannten Intuitionen, das heißt, auf mentalen Prozessen, die zwar teilweise unbe-

²⁴ Jovan Byford/Cristian Tileaga Social Psychology, History, and the Study of the Holocaust: The Perils of Interdisciplinary “Borrowing”, in: Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology, 20 (2014), Heft 4, 1 (“The Holocaust is undoubtedly the historical event which has the single most profound influence on social psychology”); siehe auch *Christopher R. Browning* Introduction, in: Leonard S. Newman/Ralph Erber (Hrsg.) *Understanding Genocide. The Social Psychology of the Holocaust*, 2002, 3 ff.; *John F. Dovidio/Anna-Kaisa Newheiser/Jacques-Philippe Leyens* A History of Intergroup Relations Research, in: Arie W. Kruglanski/Wolfgang Stroebe (Hrsg.) *Handbook of the History of Social Psychology*, 2012, 407 (411); *Lee Ross/Mark Lepper/Andrew Ward* History of Social Psychology, in: Susan T. Fiske/Daniel T. Gilbert/Gardner Lindzey (Hrsg.) *Handbook of Social Psychology*, Bd. I, 5. Aufl. 2010, 3 (6). Zu den klassischen Studien gehören *Theodor W. Adorno et al.* *The Authoritarian Personality*, 1950; *Stanley Milgram* *Behavioral Study of Obedience*, *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 67 (1963), 371 ff.; *Muzafer Sherif et al.* *The Robbers Cave Experiment: Intergroup Conflict and Cooperation*, 1954/1961; *Samuel E. Asch* *Effects of Group Pressure on the Modification and Distortion of Judgements*, in: Guy E. Swanson/Theodore M. Newcomb/Eugene L. Hartley (Hrsg.) *Readings in Social Psychology*, 2. Aufl. 1952, 2 ff.

²⁵ Die Bezugnahmen auf nationalsozialistische Menschenrechtsverletzungen im Parlamentarischen Rat analysiert umfassend *Mathias Hong* *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte*, 2015, 325 ff.

²⁶ BVerfGE 1, 97 (104); 107, 275 (284); 109, 279 (312); 115, 118 (153).

²⁷ BVerfGE 45, 187 (227); 50, 166 (175); 101, 275 (187); 109, 279 (311); 117, 71 (89).

²⁸ BVerfGE 123, 90 (102); BVerfG, NJW 2017, 611 (619 f. Rn. 539); unter Bezugnahme auf *Horst Dreier* in: ders. (Hrsg.) GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 62; *Wolfram Höfling* in: Michael Sachs (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2014, Art. 1 Rn. 19; siehe auch *Mathias Herdegen* in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.) GG, Bd. I, 80. EL Juni 2017, Art. 1 Abs. 1 Rn. 33 ff.

wusst und automatisch ablaufen, aber dennoch komplexe Kognitionen zum Gegenstand haben können. Diese Prozesse, die sogleich erläutert werden, kann man unter dem Begriff des intuitiven Gruppendenkens zusammenfassen. Kognitiv hängt das intuitive Gruppendenken dabei eng mit der Fähigkeit zum Spracherwerb zusammen und ist wie die Fähigkeit zum Spracherwerb kein Resultat kultureller Entwicklungen, sondern umgekehrt eine Bedingung der Möglichkeit zur Ausbildung von Kultur, Sprache und menschlicher Sozialität.²⁹ Viel spricht dafür, dass es sich insoweit um eine menschliche Universalie handelt.³⁰

Die kognitiven und motivationalen Dispositionen, die mit dem intuitiven Gruppendenken einhergehen, haben nun gewissermaßen eine helle und eine dunkle Seite. Primär ist das Gruppendenken ein Komplex von psychologischen Mechanismen zur Ermöglichung von Kooperation in größeren sozialen Einheiten.³¹ Dazu gehören das Ingroup/Outgroup-Schema,³² die Repräsentation von Gruppen als ein nicht mit den Mitgliedern identisches „Wir“ mit eigenen Interessen,³³ und die Bereitschaft, im wahrgenommenen Gemeinschaftsinteresse zu handeln;³⁴ die Erwartung, dass für die Ingroup Normen gelten, und die Motivation, diese zu beachten und deren Nichtbeachtung durch andere Gruppenmitglieder zu sanktionieren;³⁵ die symboli-

²⁹ *Michael Tomasello* Eine Naturgeschichte des menschlichen Denkens, 2014, 123 ff. (siehe *ders.* A Natural History of Human Thinking, 2014, 80 ff.); *ders.* Eine Naturgeschichte der menschlichen Moral, 2016, 134 ff. (siehe *ders.* A Natural History of Human Morality, 2016, 85 ff.).

³⁰ *Edouard Machery* The Evolution of Tribalism, in: Julian Kiverstein (Hrsg.) The Routledge Handbook of Philosophy of the Social Mind, 2017, 88 (96 ff.); *Peter J. Richerson/Robert Boyd* Not by Genes Alone, 2006.

³¹ *Tomasello* Naturgeschichte der Moral (Fn. 29), 134 ff. (siehe *ders.* Natural History of Morality [Fn. 29], 85 ff.); *Toshio Yamagishi/Toko Kiyonari* The Group as the Container of Generalized Reciprocity, *Social Psychology Quarterly* 63 (2000), 116 ff.; *Machery* Evolution of Tribalism (Fn. 30), 93.

³² *Christoph Antweiler* Was ist den Menschen gemeinsam?, 2. Aufl. 2009, 188 f. (als anthropologische Konstante); zur Orientierung der psychologischen Mechanismen an dieser Unterscheidung statt vieler *John F. Dovidio/Samuel L. Gaertner* Intergroup Bias, in: Susan T. Fiske/Daniel T. Gilbert/Gardner Lindzey (Hrsg.) Handbook of Social Psychology, Bd. II, 5. Aufl. 2010, 1084 ff.; zu den Erscheinungsformen und Auswirkungen der Unterscheidung *David Berreby* Us and Them, 2005.

³³ *Tomasello* Naturgeschichte des Denkens (Fn. 29), 123 ff. (siehe *ders.* Natural History of Thinking [Fn. 29], 80 ff.).

³⁴ *Jonathan Haidt/Selin Kesebir* Morality, in: Fiske/Gilbert/Lindzey (Fn. 32), 797 (819); *Jonathan Haidt* The Righteous Mind, 2012, 219 ff.; *Alan Page Fiske* Structures of Social Life, 1991, 258 ff.; *Angela T. Maitner/Eliot R. Smith/Diane M. Mackie* Intergroup Emotions Theory, in: Chris G. Sibley/Fiona Kate Barlow (Hrsg.) The Cambridge Handbook of the Psychology of Prejudice, 2017, 111 (114 f.).

³⁵ *Tomasello* Naturgeschichte der Moral (Fn. 29), 134 ff. (siehe *ders.* Natural History of Morality [Fn. 29], 85 ff.); *Mizuho Shinada/Toshio Yamagishi/Yu Ohmura* False Friends are

sche Abgrenzung der Gruppe durch kontingente Kennzeichen wie zum Beispiel einprägsame Symbole,³⁶ wiederkehrende Rituale, geteilte Narrative über historische oder mythische Ereignisse³⁷ oder eine geteilte Sprache; und nicht zuletzt die Unterstellung, dass Gruppen eine in Regeln oder Normen verankerte „moralische Identität“ oder Essenz haben, die auch von den Mitgliedern geteilt wird und die es zu bewahren gilt.³⁸ Für die hiesige Frage sind diese Mechanismen relevant, weil sie nicht nur auf Kleingruppen oder Stammesstrukturen Anwendung finden, sondern bei der Entstehung und Wahrnehmung aller kollektiven Entitäten involviert sind, von der wissenschaftlichen Vereinigung bis hin zu Nationalstaaten und supranationalen Organisationen. Soziale Kollektive können natürlich nicht auf psychologische Sachverhalte reduziert werden,³⁹ aber sie bauen auf psychologischen Dispositionen auf.⁴⁰ Denn ohne diese Dispositionen ist die Loyalität und

Worse than Bitter Enemies: “Altruistic” Punishment of In-Group Members, *Evolution and Human Behavior* 25 (2004), 379 ff.

³⁶ Für Gruppen allgemein *Richerson/Boyd* *Genes* (Fn. 30), 211 ff., zu Nationalstaaten *David A. Butz* *National Symbols as Agents of Psychological and Social Change*, *Political Psychology* 30 (2009), 779.

³⁷ *János László* *Historical Tales and National Identity*, 2013.

³⁸ Siehe *Vincent Yzerbyt/Stéphanie Demoulin* *Intergroup Relations*, in: *Fiske/Gilbert/Lindzey* (Fn. 32), 1024 (1034 ff.); *Julian De Freitas et al.* *Normative Judgments and Individual Essence*, *Cognitive Science* 41 (2017), 382 ff.; siehe auch *Nina Strohminger/Joshua Knobe/George Newman* *The True Self: A Psychological Concept Distinct From the Self*, *Perspectives on Psychological Science* 12 (2017), 551 ff.

³⁹ Daraus folgt insbesondere auch, dass sozialwissenschaftliche Theorien kollektiver Entitäten nicht ohne weiteres den Kategorien des Gruppendenkens folgen können. Zu Recht hat deshalb *Rogers Brubaker* in seiner einflussreichen Kritik an dem (von ihm so genannten) „Gruppismus“ in den Sozialwissenschaften die Tendenz kritisiert, unterschiedlichste Formen von sozialen Aggregaten und Kollektiven als diskrete, abgegrenzte und handlungsfähige Gruppen zu beschreiben, obwohl ihnen diese Eigenschaften in der sozialen Realität fehlen (*Rogers Brubaker* *Ethnicity Without Groups*, 2004, 7 f. und passim). Die Existenz des intuitiven Gruppendenkens mag zu erklären helfen, wieso es diese Tendenz zum Gruppismus gibt. Für ein sozialwissenschaftlich adäquateres Verständnis der Ontologie von Gruppen siehe *Brian Epstein* *The Ant Trap, Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, 2015, 128 ff.; *Dave Elder-Vass* *The Causal Power of Social Structures*, 2010, 144 ff.; zur ontologischen Handlungsfähigkeit von Gruppen *Christian List/Philip Pettit* *Group Agency*, 2011.

⁴⁰ Nicht zufällig ist in *Benedict Andersons* kanonischer Analyse der Ursprünge des Nationalismus von imaginierten *Gemeinschaften* die Rede (*Benedict Anderson* *Imagined Communities*, 2016, Erstauflage 1983). Der Bezug zum Gruppendenken wird von *Aviel Roshwald* deutlich herausgearbeitet: „Nationalism synthesizes the idea of group solidarity and territoriality with the principle of governmental authority and political sovereignty. It links the intrinsically human connection between collective and individual identity to the conditions and demands of state formation and institutionalized political power. Given humans’ versatility and resourcefulness in the manipulation of symbols and the construction of myths, nationalism can be associated with an endless variety of ethical codes, religious

Solidarität schwer zu gewinnen, ohne die Sozialverbände kaum bestehen können.

c) *Das Gruppendenken als Konfliktsache*

Neben der kooperativen gibt es allerdings auch die dunkle Seite des Gruppendenkens, und sie betrifft vor allem das Verhältnis zu Outgroups. Anders als es die am Freund/Feind-Schema orientierten Denktraditionen meinen,⁴¹ ist das Verhältnis zu Outgroups nicht notwendig ein Verhältnis der Feindschaft, sondern zunächst nur geprägt von der Abwesenheit der für die Ingroup-Beziehungen geltenden Kooperationsvermutung.⁴² Das Verhältnis zu Outgroups wird dagegen wesentlich dadurch bestimmt, ob und wie sehr eine Outgroup als Bedrohung wahrgenommen wird.⁴³ Je größer die Gefahr durch eine Outgroup erscheint, desto stärker wird von den Gruppenmitgliedern Solidarität bis hin zu Opferbereitschaft eingefordert,⁴⁴

beliefs, ideological agendas, and political and territorial frameworks.“ (*Aviel Roshwald The Endurance of Nationalism*, 2006, 13).

Insoweit führt auch die verbreitete Entgegensetzung von Gemeinschaften und Gesellschaften in die Irre, wenn sie unterstellt, man hätte nur die Wahl zwischen dichten Gemeinschaften, in denen die Individuen dem Gemeinwesen untergeordnet sind und Individualität unterdrückt wird, und Gesellschaften, in denen sich isolierte Individuen in ihrer Unterschiedlichkeit freiwillig zusammenschließen. Der Nationalismus wird dann vorschnell als artifizielle Simulierung von Gemeinschaften diskreditiert, die Homogenität erzwingen, wo Pluralismus herrschen sollte (dagegen zutreffend *Bernard Yack Nationalism and the Moral Psychology of Community*, 2012). Tatsächlich ist jede Form politischer Organisation auf die im Gruppendenken wurzelnde Loyalität und Solidarität angewiesen, die aber je nach Sozialstruktur unterschiedliche Intensitäten, Gegenstände und Formen annehmen kann. Dass der Nationalismus gegenüber den älteren Loyalitätsbeziehungen, die er verdrängt, einen neuen Loyalitätsbezug darstellt (*Hans-Ulrich Wehler Nationalismus*, 4. Aufl. 2011, 16 f.), ist deshalb auch kein Einwand, sondern in Übereinstimmung mit dem hiesigen Modell. Gemeinschaft und Gesellschaft dagegen sind theoretische Extreme eines Kontinuums, die als solche in der sozialen Realität kaum anzutreffen sind.

⁴¹ *Carl Schmitt Der Begriff des Politischen* (1931), 1963, 26 ff.; zur Freund/Feind-Dichotomie siehe *Aryeh Botwinick Same/Other versus Friend/Enemy*, in: Jens Meierhenrich/Oliver Simons (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, 2016, 338 (350 ff.).

⁴² *Machery Evolution of Tribalism* (Fn. 30), 93. In der gruppenpsychologischen Literatur wird insoweit oft von einem Ingroup-Bias gesprochen, weil sich die positive Präferenz zur Kooperation mit Ingroup-Mitgliedern in sozialen Interaktionen häufig als Diskriminierung von Outgroup-Mitgliedern auswirkt, siehe *Marilynn B. Brewer Intergroup Discrimination: Ingroup Love or Outgroup Hate?*, in: Sibley/Barlow (Fn. 34), 90 ff.

⁴³ *Walter G. Stephan/Cookie White Stephan Intergroup Threats*, in: Sibley/Barlow (Fn. 34), 131 (137 ff.); *Machery Evolution of Tribalism* (Fn. 30), 93 spekuliert, dass Vorsicht und Misstrauen eine Grundeinstellung gegenüber Outgroups sein könnten.

⁴⁴ *Daniel Bar-Tal/Eran Halperin The Psychology of Intractable Conflicts*, in: Huddy/Sears/Levy (Fn. 4), 923 (931).

werden die Gruppennormen für unverfügbar⁴⁵ bis hin zu sakrosankt gehalten,⁴⁶ desto härter werden Verstöße gegen Gruppennormen intern sanktioniert,⁴⁷ und desto stärker werden den Mitgliedern der Outgroup böse Absichten oder ein schlechter Charakter unterstellt,⁴⁸ werden diese in Stereotypen und nicht als Individuen wahrgenommen,⁴⁹ werden sie psychologisch herabgewürdigt⁵⁰ und dehumanisiert⁵¹ und werden sie am Ende nicht mehr als Menschen wahrgenommen, die Rücksichtnahme oder Respekt beanspruchen können. Die Rigidität einer Gruppe nach innen und ihre Aggressivität nach außen sind mithin Funktionen des kooperativen oder konfrontativen Charakters ihres Verhältnisses zu den relevanten Outgroups. Erst durch Konflikteskalation werden also diejenigen psychologischen Dispositionen ausgelöst, die am Ende zu Taten führen können, gegen die die Menschenwürde als Antidot gedacht ist.

d) Eskalationsstufen und ethnisch-religiöse Konflikte

Konflikte zwischen Gruppen können nun verschiedene Stufen der Eskalation durchlaufen, die auch in Demokratien von Abneigung und Miss-

⁴⁵ *McCauley/Moskalenko* Friction (Fn. 18), 135 f.

⁴⁶ *Hammad Sheikh et al.* Religion, Group Threat and Sacred Values, Judgment and Decision Making 7 (2012), 110 ff.; *Scott Atran/Jeremy Ginges* Religious and Sacred Imperatives in Human Conflict, Science 336 (2012), 855 ff.; *Jeremy Ginges/Scott Atran* Sacred Values and Cultural Conflict, in: Michele J. Gelfand/Chi-yue Chiu/Ying-yi Hong (Hrsg.) *Advances in Culture and Psychology*, Bd. IV, 2013, 273 ff.

⁴⁷ *McCauley/Moskalenko* Friction (Fn. 18), 135 f.

⁴⁸ *Kathleen Kennedy/Emily Pronin* When Disagreement Gets Ugly: Perceptions of Bias and the Escalation of Conflict, Personality and Social Psychology Bulletin 34 (2008), 833 ff.; *Emily Pronin* Perception and Misperception of Bias in Human Judgment, Trends in Cognitive Sciences 11 (2007), 37 ff.; *dies./Thomas Gilovich/Lee Ross* Objectivity in the Eye of the Beholder: Divergent Perceptions of Bias in Self Versus Others, Psychological Review 111 (2004), 781 ff.; *Emily Pronin/Daniel Y. Lin/Lee Ross* The Bias Blind Spot: Perceptions of Bias in Self Versus Others, Personality and Social Psychology Bulletin 28 (2002), 369 ff.; *Emily Pronin/Kathleen Kennedy/Sarah Butsch* Bombing Versus Negotiating: How Preferences for Combating Terrorism Are Affected by Perceived Terrorist Rationality, Basic and Applied Social Psychology 28 (2006), 385 ff.

⁴⁹ *Carsten K. W. De Dreu* Social Conflict, in: Fiske/Gilbert/Lindzey (Fn. 32), 983 (1001); *Brian Lickel* Retribution and Revenge, in: Linda R. Tropp (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Intergroup Conflict*, 2012, 89 (97 ff.); *Donald R. Kinder* Prejudice and Politics, in: Huddy/Sears/Levy (Fn. 4), 812 (821 ff.).

⁵⁰ *Maitner/Smith/Mackie* Intergroup Emotions Theory (Fn. 34), 117 f.

⁵¹ *Nick Haslam/Steve Loughnan* Dehumanization and Infrahumanization, Annual Review of Psychology 65 (2014), 399 (407); *Rezerta Bilali/Michael A. Ross* Remembering Intergroup Conflict, in: Tropp (Fn. 49), 123 (127 f.).

trauen bis zu Pogromen und Bürgerkrieg reichen.⁵² Offene Gewalttätigkeiten zwischen Gruppen tragen insoweit in besonderem Maße zur Eskalation bei. Aber auch rein verbale Aggressionen, Herabwürdigungen und Beleidigungen stellen Faktoren mit erheblichem Eskalationspotential dar,⁵³ denn sie kommunizieren und provozieren Wut, Verachtung, Erniedrigung und am schädlichsten Hass.⁵⁴ Häufig bilden diese negativen Emotionen eine Vorstufe zur Gewalt.⁵⁵ Aber bereits die soziale Etablierung negativ besetzter Gruppenidentitäten kann eine Eskalation von Konflikten vorbereiten, weil dadurch die Bruchlinien vorgezeichnet werden, an denen Konflikte dann leichter ausbrechen.⁵⁶ Besonders prekär stellen sich in dieser Hinsicht sozialstrukturelle Differenzierungen nach ethnischen und religiösen Kriterien dar.⁵⁷ In ungezählten historischen Erfahrungen haben sie sich als gesellschaftliche Sollbruchstellen erwiesen, an denen Konflikte leichter entstehen, schneller eskalieren und sich häufiger dauerhaft verfestigen.⁵⁸ In seiner monumentalen Geschichte über die dunkle Seite der Demokratie nennt der Historiker *Michael Mann* als eine wesentliche Vorstufe für ethnische Säuberungen, dass nicht mehr Klassenzugehörigkeit das dominante

⁵² Eine umfassende Analyse von Radikalisierungsprozessen auf individueller Ebene, auf der Gruppenebene und auf der Ebene massenmedial vermittelter Interaktionen geben *McCauley/Moskalenko* *Friction* (Fn. 18); die Prozesse der Konflikteskalation zwischen Gruppen beschreibt *De Dreu Social Conflict* (Fn. 49), 997 ff. und 1001 f. Eine Typologie von Eskalationsstufen für Konflikte zwischen ethnischen Gruppen findet sich bei *Michael Mann* *Die dunkle Seite der Demokratie*, 2007, 23 ff., insb. 26.

⁵³ *De Dreu Social Conflict* (Fn. 49), 998. Zu Beleidigungen im politischen Kontext *Karina V. Korostelina* *Political Insults*, 2014.

⁵⁴ *Maitner/Smith/Mackie* *Intergroup Emotions Theory* (Fn. 34), 115–118; *Eran Halperin* *Emotions in Conflict*, 2016, passim; *ders.* *Collective Emotions and Emotion Regulation in Intractable Conflicts*, in: Christian von Scheve/Mikko Salmela (Hrsg.) *Collective Emotions*, 2014, 281 (287); zu den Konsequenzen für die seelische und körperliche Gesundheit *Susan T. Fiske* *Social Beings*, 3. Aufl. 2014, 461. Die zentrale Rolle von negativen Emotionen für die Fortsetzung unlösbarer Konflikte betonen *Robin R. Vallacher et al.* *Why Do Conflicts Become Intractable? The Dynamical Perspective on Malignant Social Relations*, in: Tropp (Fn. 49), 13 (15).

⁵⁵ *J. Christopher Cohrs* *Ideological Bases of Violent Conflict*, in: Tropp (Fn. 49), 53 ff.

⁵⁶ Kollektive Identitäten als typische Voraussetzung des Ausbruchs von Gruppenkonflikten beschreiben *Bar-Tal/Halperin* *Psychology of Intractable Conflicts* (Fn. 44), 931 und 936 ff. Wie durch zunehmende Ausgrenzung ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine kollektive negative Identität der Juden entstand, und wie diese den Holocaust erleichterte, beschreibt *Götz Aly* *Europa gegen die Juden, 1880–1945*, 2017.

⁵⁷ Aus der juristischen Praxis *Friedrich Kübler* *Rassenhetze und Meinungsfreiheit*, AöR 125 (2000), 109 (126 f.).

⁵⁸ *Martha Cottam et al.* *Introduction to Political Psychology*, 3. Aufl. 2016, 256 ff.; *De Dreu Social Conflict* (Fn. 49), 1102; *Mann* *Die dunkle Seite der Demokratie* (Fn. 52), passim; *John Schwarzmantel* *Democracy and Political Violence*, 2011, 105–127.

Kriterium der sozialen Schichtung ist, sondern Ethnizität.⁵⁹ Auch die von der Konfliktforschung als unlösbar – ‚intractable‘ – beschriebenen Konflikte verlaufen regelmäßig entlang dieser Linien.⁶⁰

2. *Identitäten und Konflikte im demokratischen Diskurs*

Welche Implikationen haben diese Befunde nun aber für das Verständnis demokratischer Diskurse?

a) *Konflikte als Debatten über politische Identitäten*

Sie können zunächst, so meine ich, verstehen helfen, weshalb Konflikte über Interessen und Werte auch als Diskurse über politische Identitäten ausgetragen werden. Dafür gilt es sich in Erinnerung zu rufen, dass Kollektiven in der Wahrnehmung des intuitiven Gruppendenkens eine moralische Substanz zugeschrieben wird, die in den Normen der Gemeinschaft wurzelt. Dass diese Identitäten mit sozialwissenschaftlichen Mitteln vielleicht nicht verifizierbar sind, ist dabei sekundär, weil es sich um eine intuitive Unterstellung handelt, die primär praktische Funktionen erfüllt. Dass zum Beispiel eine deutsche Kultur jenseits der Sprache empirisch nicht feststellbar sei, wie die Integrationsbeauftragte der Bundesregierung bemerkte,⁶¹ trifft aus dieser Perspektive nicht den Punkt.⁶² Eine viel beachtete Wahlkampfaussage einer populistischen Partei mag illustrieren, dass im Diskurs tatsächlich um solche Identitäten gerungen wird: „Man muss uns diese zwölf Jahre nicht mehr vorhalten. Sie betreffen unsere Identität heute nicht mehr. Deshalb haben wir auch das Recht, uns [...] unsere Vergangenheit zurückzuholen.“⁶³ Das Beispiel eines gegenläufigen Entwurfs könnte etwa ein Verfassungspatriotismus sein, der die moralische Identität der Deut-

⁵⁹ Mann Die dunkle Seite der Demokratie (Fn. 52), 15.

⁶⁰ Bar-Tal/Halperin Psychology of Intractable Conflicts (Fn. 44), 929. Der Beitrag fasst auch die in unlösbaren Konflikten insgesamt wirksamen psychologischen Prozesse zusammen.

⁶¹ Aydan Özoguz Leitkultur verkommt zum Klischee des Deutscheins, Tagesspiegel vom 14.05.2017.

⁶² Begreift man die Frage nach der Identität der Deutschen als eine Frage nach objektiven sozialen oder kulturellen Tatsachen, kann es kaum verwundern, dass die Größen der deutschen Kultur- und Geistesgeschichte auf die Frage, was deutsch sei, keine Antwort gefunden haben, wie Dieter Borchmeyer auf über tausend Seiten nachgezeichnet hat (Dieter Borchmeyer Was ist deutsch?, 2017). Erklärungsbedürftig wäre eher, weshalb die Suche nicht abgebrochen wurde. Auf diese Frage könnte die gruppenpsychologische Unterstellung einer moralischen Identität eine Antwort liefern.

⁶³ Zeit-Online vom 14.09.2017 <<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-09/afd-alexander-gauland-nazi-zeit-neubewertung>> (Stand 31.10.2017).

sehen in dem Umstand findet, dass es uns gelungen ist, nach Auschwitz eine rechtsstaatliche und demokratische Ordnung zu errichten.⁶⁴ Dies wäre jedenfalls nicht das erste nationale Narrativ, in welchem die Überwindung eines historischen Traumas erzählt wird.⁶⁵ Auch wenn man also das Denken in moralischen Identitäten kaum abstellen kann, haben Gesellschaften doch eine Wahl, welche Identitäten sie annehmen wollen.⁶⁶

b) *Diskurs: Gegenmittel gegen Hassreden oder Forum sozialer Nichtanerkennung?*

Ein weiterer Punkt betrifft die Frage, ob die Herabwürdigung von Gruppen in demokratischen Gesellschaften überhaupt ein dringliches Problem darstellt. Dies wird zum Teil mit dem Hinweis angezweifelt, der öffentliche Diskurs selbst stelle ein wirksames Mittel gegen Extremismus und Gruppenhass dar.⁶⁷ Betrachtet man die jüngeren Entwicklungen, sieht man aber,

⁶⁴ Jan-Werner Müller *Verfassungspatriotismus*, 2010, 36 ff.; auch *ders.* *Another Country*, 2000, 90–119; der Begriff wurde eingeführt von *Dolf Sternberger* *Verfassungspatriotismus*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 23.5.1979; in der juristischen Diskussion *Uwe Volkmann* *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013, 56 f.; *Thym* *Migrationsfolgenrecht* (Fn. 4), 202; eine Adaption des Konzepts für die aktuellen Diskussionen zur nationalen Identität bei *Herfried Münkler/Marina Münkler* *Die neuen Deutschen*, 2016, 288 f.

⁶⁵ *László* *Historical Tales* (Fn. 37), 121 ff.; zum Holocaust als nationalem Trauma *Aleida Assmann* *Shadows of Trauma*, 2016, *passim*; wie der Holocaust Teil der deutschen politischen Kultur wurde, erzählt *Jeffrey Herf* *The Emergence and Legacies of Divided Memory: Germany and the Holocaust Since 1945*, in: Jan-Werner Müller (Hrsg.) *Memory and Power in Post-War Europe*, 2002, 184 ff.

⁶⁶ Ohnehin selbstverständlich ist, dass Ethnien und andere Gruppen keine ontologisch unveränderlichen Identitäten haben. Die moralischen Identitäten, von denen hier die Rede ist, sind kulturelle Konstrukte, die aus der Interaktion von psychologischen Dispositionen, sozialen und diskursiven Prozessen hervorgehen und als mehr oder weniger geteilte kollektive Vorstellungen eine Funktion für die Strukturierung politischer Diskurse und Interaktionen haben können. Aber selbst auf der psychologischen Ebene gehört es nicht zum Inhalt der gruppenbezogenen Dispositionen, Gruppen eine unveränderliche Identität zu unterstellen (sog. Essentialisieren). Sie können vielmehr auch auf intuitiver Ebene durchaus als veränderlich und beeinflussbar vorgestellt werden; siehe *Machery* *Evolution of Tribalism* (Fn. 30), 92 f.

⁶⁷ Zur großzügigeren Haltung des amerikanischen Rechts gegenüber Hate Speech siehe *Kübler* *Rassenhetze* (Fn. 57), 124; zu den Unterschieden zum deutschen Recht *Dieter Grimm* *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, NJW 1995, 1697 (1702); zur Rechtsprechung des EGMR *Mathias Hong* *Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluss des BVerfG, ZaöRV 70* (2010), 73 ff. Aus der aktuellen rechtspolitischen Diskussion etwa *Timothy Garton Ash* *Free Speech*, 2016, 214 ff., der statt rechtlicher Verbote eine Kultur der Zivilität fordert; und *Katharine Gelber* *„Speaking Back“: The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia*, in: *Ishani Maitra/Mary Kate McGo-*

dass die mäßigende Wirkung des Diskurses stark vom gesellschaftlichen und institutionellen Umfeld abhängt. Allgemein findet in den Lebenswelten ein intensiver kooperativer Kontakt zwischen Mitgliedern verschiedener ethnisch-religiöser Gruppen viel seltener statt, als innerhalb der Gruppen.⁶⁸ Veränderungen im Bereich der Parteien, Medien und Sozialstrukturen ist dann zu verdanken, dass früher etablierte Korrektive weiter an Wirksamkeit verloren haben. Ökonomische Globalisierungsprozesse haben Unzufriedenheit generiert, die neuen sozialen Medien haben tabufreie Echokammern geschaffen, und die schon angeschlagenen Parteien stehen unter dem Druck der populistischen Konkurrenz.

Unter diesen Bedingungen werden negative soziale Identitäten durch den demokratischen Diskurs nicht abgemildert, sondern verstärkt, verbreitet und verfestigt.⁶⁹ Wahlen fungieren hier wie ein Ritual, in dem unter allseitiger Anteilnahme um die Identität der Gemeinschaft gerungen wird.⁷⁰ Wie ein überdimensionaler Magnet fokussieren sie die Aufmerksamkeit großer Teile der Bevölkerung auf bestimmte Fragen, Themen und Einstel-

wan (Hrsg.) *Speech and Harm*, 2012, 50 ff., die Maßnahmen fordert, welche den Betroffenen ermöglichen, „zurückzusprechen“. Dagegen betont *Jens Kersten* die Rolle der Strafverfolgung zur Entwicklung einer von gegenseitigem Respekt geprägten Netzkultur (*Jens Kersten* Anonymität in der liberalen Demokratie, *JuS* 2017, 193 [202]).

⁶⁸ Lebensweltlichen Kontakt zwischen Gruppen als präventiver Faktor gegen Eskalationen von Gruppenkonflikten beschreiben *Ulrich Wagner/Miles Hewstone* Intergroup Contact, in: *Tropp* (Fn. 49), 193 ff. Fehlenden lebensweltlichen Kontakt als Faktor für die Perpetuierung von Gruppenkonflikten identifizieren: *Vallacher et al.* Why Do Conflicts Become Intractable? (Fn. 54), 15. Dass Fremdenfeindlichkeit mit zwischenmenschlichem Kontakt abnimmt, beschreiben *Dimitar Toshkov/Elitsa Kortenska* Does Immigration Undermine Public Support for Integration in the European Union?, *Journal of Common Market Studies* 53 (2015), 910 ff.; *Ruud Koopmans* Does Assimilation Work?, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 42 (2016), 197 ff.

⁶⁹ In diese Richtung auch *Thym* Migrationsfolgenrecht (Fn. 4), 201.

⁷⁰ Wie Wahlen als Rituale funktionieren beschreibt *Mark W. Brewin* Celebrating Democracy, 2008, 7 ff. und passim; zur rituellen Wirkung von Politikmaßnahmen auf den politischen Diskurs *Murray J. Edelman* Politik als Ritual, 1990 (siehe *ders.* The Symbolic Uses of Politics, 1976); zum rituellen Charakter von Wahlen in der Vormoderne *Barbara Stollberg-Rilinger* Symbolik und Technik des Wählens in der Vormoderne, in: *Hedwig Richter/Hubertus Buchstein* (Hrsg.) Kultur und Praxis der Wahlen, 2017, 31 (36 ff.); den Beitrag von Ritualen zur Generierung von Solidarität und Identifikation mit der eigenen Nation, aber zur Abwertung von Fremden, beschreiben *Sven Ismer/Manuela Beyer/Christian von Scheve* Soziale Konsequenzen kollektiver Emotionen, in: *Jochen Kleres/Yvonne Albrecht* (Hrsg.) Die Ambivalenz der Gefühle, 2015, 83 ff.; die Funktion von Ritualen, einen gemeinsamen Verständnishorizont („common knowledge“) zu erzeugen, zeigt *Michael Suk-Young Chwe* Rational Ritual: Culture, Coordination, and Common Knowledge, 2001; die psychologischen Wirkungen von Ritualen beschreiben *Nicholas M. Hobson et al.* The Psychology of Rituals: An Integrative Review and Process-Based Framework, 2017 <<https://ssrn.com/abstract=2944235>> (Stand 31.10.2017).

lungen und erzeugen so ein kollektiv koordiniertes Bewusstsein. Ausgrenzende und herabwürdigende Positionen erhalten auf diese Weise eine allseitige Verbreitung, und zwar auch dann, wenn über sie überwiegend kritisch gesprochen wird. In einem auf ethnisch-religiöse Differenzen fixierten Diskurs multiplizieren sich so Hassreden, die isoliert vielleicht noch hinnehmbar wären, und generieren als diskursiven Kumulationsschaden negative Gruppenidentitäten, Gruppenhass und Aggression. Der demokratische Diskurs wird auf diese Weise auch zu einem Forum der sozialen Nichtanerkennung und zum Katalysator sozialer Konflikte.

c) *Folgen der Konfliktintensität für die Funktionsfähigkeit des Diskurses*

Intensive Gruppenkonflikte haben weiterhin aber auch Rückwirkungen auf die Funktionsfähigkeit des demokratischen Diskurses selbst. Allein schon die Etablierung negativer Gruppenidentitäten kann die Bedeutung eines neutralen Begriffs wie ‚Flüchtling‘ mit negativen Assoziationen färben⁷¹ und den Diskurs auf ein problematisches Verständnis des politischen Problems fokussieren.⁷² Dann wird es schwierig, überhaupt unbefangenen

⁷¹ Die Sprachwissenschaften sprechen insoweit von konzeptionellen Metaphern. Diese beeinflussen als kognitive Deutungsrahmen unbewusst und automatisch das Sprachverstehen und daran anknüpfende Urteile und Bewertungen. Konzeptionelle Metaphern interpretieren Tatsachen durch die Assoziation mit Empfindungen und Emotionen und blenden dadurch manche Tatsachen aus und heben andere hervor; siehe *George Lakoff/Mark Johnson* *Metaphors We Live By*, 2003; *Mark J. Landau/Michael D. Robinson/Brian P. Meier* *The Power of Metaphor*, 2014; zur Bedeutung im Kontext politischer Diskurse *George Lakoff* *Moral Politics*, 2. Aufl. 2002; *ders./Elisabeth Wehling* *Auf leisen Sohlen ins Gehirn*, 4. Aufl. 2016; *Elisabeth Wehling* *Politisches Framing*, 2016; zum Flüchtlingsbegriff *dies.* Interview, *Die Zeit*, 10/2016, vom 10.3.2016; zur Rolle von Emotionen *Drew Westen* *The Political Brain*, 2008. Von diesem metaphorischen Framing sind die kognitiven Framingeffekte zu unterscheiden, deren Auswirkungen in der verhaltensökonomischen Analyse des Rechts im Vordergrund stehen, siehe *Daniel Kahneman/Amos Tversky* (Hrsg.) *Choices, Values, and Frames*, 2000; *Daniel Kahneman* *Thinking, Fast and Slow*, 2011; *Markus Englerth/Emanuel V. Towfigh* *Verhaltensökonomik*, in: Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen (Hrsg.) *Ökonomische Methoden im Recht*, 2. Aufl. 2017, Rn. 503 ff. Die Implikationen kognitiver Framingeffekte für die Demokratietheorie behandelt *Jamie Terence Kelly* *Framing Democracy*, 2012.

⁷² Die Kommunikations- und Politikwissenschaften sprechen insoweit von politischem Framing; siehe *Urs Dahinden* *Framing*, 2006; *Jörg Matthes* *Framing-Effekte*, 2007; *ders.* *Framing*, 2014. Wie diese psychologischen Effekte durch bestimmte Sprachweisen propagandistisch ausgenutzt werden, beschreibt aus sprachtheoretischer Sicht *Jason Stanley* *How Propaganda Works*, 2017, 125 ff., insb. 135, 139 f., und 158 ff. Propaganda (in diesem Verständnis) benutzt bewusst Begriffe, die implizite negative Bedeutungsgehalte aktivieren. Weil diese Assoziationen aber nicht unmittelbar Gegenstand der Aussage sind (sog. ‚not at-issue content‘) und nach den Gesprächskonventionen deshalb nicht thematisiert, sondern im gemeinsamen Verständnishorizont (sog. ‚common ground‘) implizit mitgeführt werden,

über ein Thema zu sprechen. Mit steigender Konfliktintensität werden zudem Fakten und Gründe sog. motivierten Denkens⁷³ unbewusst so vorsortiert und interpretiert, dass sie vor allem die eigene Position zu belegen scheinen,⁷⁴ und die eigenen Überzeugungen werden immer stärker als für jedermann einsichtige objektive und unverrückbare Wahrheiten empfunden.⁷⁵

Schon ohne dies operieren Prozesse öffentlicher Meinungsbildung immer eine gute Distanz von den Idealbedingungen eines habermasschen Diskurses⁷⁶ entfernt.⁷⁷ Nichtsdestotrotz sind demokratische Diskurse im Kern kooperative Unternehmungen, in denen ungeachtet aller Konflikte über Verteilungen und Werte immer auch um das wahrgenommene Wohl und die moralische Identität der Gemeinschaft gerungen wird. Diese Funktion können sie aber nur erfüllen, wenn ihr kooperativer Charakter erhalten bleibt, und das setzt voraus, dass politische Konflikte durch rechtliche Regeln und eine informale politische Kultur eingehegt werden. Eskalierende Konflikte und Gruppenhass dagegen zersetzen Kooperationsbereitschaft⁷⁸ und die kognitive Offenheit für die Argumente der Gegenseite.⁷⁹

sind die negativen Assoziationen im Diskurs präsent, ohne Gegenstand des Gesprächs zu sein. Man muss dann extra die Gesprächsebene wechseln und die negativen Assoziationen explizit thematisieren, um ihnen entgegenzutreten zu können.

⁷³ Zum motivierten Denken als kognitionspsychologischem Phänomen grundlegend *Ziva Kunda* The Case for Motivated Reasoning, *Psychological Bulletin* 108 (1990), 480 ff.; zum Einfluss motivierten Denkens auf die politische Meinungsbildung siehe *Thomas J. Leeper/Rune Slothuus* Political Parties, Motivated Reasoning, and Public Opinion Formation, *Advances in Political Psychology* 35 (2014), 129 ff.; *Rune Slothuus/Claes H. de Vreese* Political Parties, Motivated Reasoning, and Issue Framing Effects, *Journal of Politics* 72 (2010), 630 ff.; *John T. Jost/Erin P. Hennes/Howard Lavine* "Hot" Political Cognition: Its Self-, Group-, and System-Serving Purposes, in: Donal E. Carlston (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Social Cognition*, 2014, 851 ff.

⁷⁴ *Dan M. Kahan* The Politically Motivated Reasoning Paradigm, Preprint, 2015 <<https://ssrn.com/abstract=2703011>> (Stand 31.10.2017); *ders. et al.* The Polarizing Impact of Science Literacy and Numeracy on Perceived Climate Change Risks, *Nature Climate Change* 2 (2012), 732 ff.; *Jonas T. Kaplan/Sarah I. Gimbell/Sam Harris* Neural Correlates of Maintaining One's Political Beliefs in the Face of Counterevidence, *Scientific Reports* 6, 39589 (2016).

⁷⁵ *Matthew Fisher et al.* The Influence of Social Interaction on Intuitions of Objectivity and Subjectivity, *Cognitive Science* 41 (2017), 1119 ff.

⁷⁶ *Jürgen Habermas* Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, 349 ff.; für eine aktuelle Diskussion über deliberative Demokratietheorien siehe *Claudia Landwehr/Rainer Schmalz-Bruns* (Hrsg.) *Deliberative Demokratie in der Diskussion*, 2014.

⁷⁷ *Kelly* Framing Democracy (Fn. 71).

⁷⁸ Als Extrem stellt sich insoweit das nationalsozialistische Konzept der demokratischen Auseinandersetzung dar, die als Teil eines totalen Kampfes gedacht ist, in dem Propaganda nur eine weitere Waffe zur Vernichtung eines angeblich existenzbedrohenden politischen Gegners ist; siehe *Joseph Goebbels* *Der Angriff*, 2. Aufl. 1935, 62 ff.

III. Verfassungsrechtliche Verankerung des Schutzes vor gruppenbezogener Herabwürdigung

Mit diesem Überblick über das Gruppendenken und seine Auswirkungen haben wir jetzt eine Grundlage, um sich denkbaren rechtlichen Reaktionen zuzuwenden. Insoweit ist es zunächst eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit, dass offene Gewalttätigkeiten zwischen verfeindeten gesellschaftlichen Gruppen, und auch einzelne Rechtsverletzungen gegen Gruppenmitglieder, mit den Mitteln des Polizei- und Strafrechts bekämpft werden. Die für das hiesige Thema zentrale, aber schwierige und heikle Frage ist, unter welchen Bedingungen die bloße Kommunikation gegenüber Gruppen rechtlich sanktioniert werden kann.

1. *Soziales Klima, individuelle Betroffenheit und rechtliche Interventionsschwellen*

Allgemein gesprochen ist eine solche Sanktion umso näherliegend, je mehr sich in der Gesellschaft bereits negative Gruppenidentitäten etabliert haben, herabwürdigende Kommunikationen verbreitet sind, und Gewalttätigkeiten schon begangen wurden. Angesichts des Anstiegs von fremdenfeindlichen Vorurteilen, Hassreden und Straftaten meine ich, dass insoweit die Schwelle überschritten ist, ab der man über rechtliche Reaktionen nachdenken sollte.⁸⁰

Rechtliche Maßnahmen gegen konkrete Kommunikationen sollten dabei umso eher in Betracht kommen, je höher der würdeverletzende – semantische oder emotionale – Gehalt der jeweiligen Aussage ist.⁸¹ Erreicht die soziale Missachtung eine Intensität, die der einer individuellen Persönlichkeitsrechtsverletzung gleichkommt, scheint mir eine legitime Schwelle für eingriffsrechtliche Interventionen überschritten. Missachtungskundgebungen gegen Gruppen, die diese Relevanzschwelle überschreiten, nenne ich gruppenbezogene Herabwürdigungen. Mit ihnen sind nach meiner

⁷⁹ Wie in der Weimarer Republik eine Presse, die durch – im psychologischen Sinn – parteiisch motiviertes Denken weltanschaulich polarisiert war, zur Polarisierung des Diskurses und der Gesellschaft beigetragen hat, schildert *Bernhard Fulda* *Press and Politics in the Weimar Republic*, 2009, 203–221 und passim.

⁸⁰ *Bundesministerium des Innern* Statistiken zur politisch motivierten Kriminalität (PMK), Übersicht: „Hasskriminalität“ – Entwicklung der Fallzahlen 2001–2016, April 2017 <<http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2017/04/vorstellung-pks-pmk.html>> (Stand 31.10.2017); *dass. Verfassungsschutzbericht 2016*, Juli 2017, 154 ff.

⁸¹ Tendenziell wird diese Intensität steigen, je stärker die Outgroup als fundamentale Bedrohung für den Bestand oder die Identität der staatlichen Gemeinschaft dargestellt wird, siehe oben, 79 Fn. 43.

Auffassung sowohl rechtsstaatlich greifbare Individualrechtsverletzungen bezeichnet, wie auch greifbare Gefährdungstatbestände für den öffentlichen Frieden und die Offenheit des demokratischen Diskurses.

Ich sehe dabei zwei Ansatzpunkte, um einen Schutz vor Herabwürdigung verfassungsrechtlich zu verankern, nämlich als grundrechtlichen Anspruch auf Schutz vor gruppenbezogener Herabwürdigung und als objektiv-rechtliche Pflicht zur Vorsorge gegen eine Eskalation und Verfestigung von sozialen Konflikten. Beide Verfassungsgehalte können sich auf die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG stützen, die zugleich den Anwendungsbereich eines gruppenbezogenen Herabwürdigungsschutzes beschreiben sollten.

2. Grundrechtlicher Anspruch auf Schutz vor gruppenbezogener Herabwürdigung

Hier gilt es zunächst zu bedenken, dass die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG nicht nur eine Klasse von Zugehörigkeiten benennen, die historisch in besonderem Maße der Gefahr von Ausgrenzung und Diskriminierung ausgesetzt waren.⁸² Sie benennen auch Merkmale, die für die soziale Anerkennung und Identität der betroffenen Individuen von erhöhter Relevanz sind. Man kann deshalb auch von identitätsgeprägten Gruppen sprechen. Herabwürdigungen von Mitgliedern solcher Gruppen eignet nun sowohl ein besonderes soziales Konfliktpotential, als auch ein besonderes individuelles Kränkungspotential. Zu Recht sieht das Bundesverfassungsgericht deshalb in Art. 3 Abs. 3 GG eine Konkretisierung der Menschenwürde.⁸³ Nun liegt aber nicht in jeder Diskriminierung wegen einer Gruppenzugehörigkeit eine Herabwürdigung, und nicht jede verbale Herabwürdigung verletzt auch die Menschenwürde.⁸⁴ Es ist zudem ungeklärt, ob Art. 3

⁸² Klaus-Berto von Doemming/Rudolf Werner Fülllein/Werner Matz Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR N.F. 1 (1951), 1 (67) mit Hinweis auf die Erfahrungen der Vergangenheit; Michael Kloepfer Zur historischen Legitimation des Grundgesetzes, ZRP 1983, 57 mit Hinweis auf den Nationalsozialismus; auf historische Emanzipationskämpfe verweisen Martin Kriele Befreiung und politische Aufklärung, 1980, 64; Michael Sachs Besondere Gleichheitsgarantien, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 39; ders. Die Merkmale verfassungsgesetzlicher Unterscheidungsverbote in Deutschland vom Ende des alten Reiches bis zum Grundgesetz, Der Staat 23 (1984), 549 (550); zur historischen Entwicklung der Diskriminierungsverbote ders. Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 148 ff.; Michael Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, 116 ff.

⁸³ BVerfG, NJW 2017, 611 (620 Rn. 541); Hong Menschenwürdegehalt (Fn. 25), 458.

⁸⁴ Für Christoph Grabenwarter liegt ein Angriff auf die Menschenwürde vor, wenn dem Betroffenen sein Achtungsanspruch als Mensch abgesprochen werde. Dafür kämen in Betracht verbale Erniedrigungen, Brandmarkungen und Aufrufe zur Verfolgung und Ächtung, Christoph Grabenwarter in: Maunz/Dürig (Fn. 28), Art. 5 Rn. 158; für Thomas Groß

Abs. 3 GG eine mittelbare Drittwirkung entfaltet⁸⁵ oder Schutzpflichten begründet.⁸⁶ Aber wenn Mitglieder von Gruppen herabgewürdigt werden, die nach ethnisch-religiösen⁸⁷ oder anderen von Art. 3 Abs. 3 GG geschützten Merkmalen definiert sind, dann sind sie in aller Regel in ihrem sozialen Achtungsanspruch⁸⁸ und damit in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht

können Meinungsäußerungen die Menschenwürde nur verletzen, wenn es sich um gravierende Angriffe auf konkrete Individuen handelt, deren Wert als gleichberechtigte Personen bestritten wird, aber nicht bei verbalen Angriffen gegen Gruppen, *Thomas Groß* Der Missbrauch der Menschenwürde als Schranke der Meinungsfreiheit, *JöR* 66 (2018), i.E.; siehe auch *Anna Katharina Mangold* Demokratische Inklusion durch Recht, 2016, 253 f.

⁸⁵ Offen gelassen in BVerfGE 121, 241 (255); dagegen *Werner Heun* in: Dreier (Fn. 28), Art. 3 Rn. 139.

⁸⁶ *Lerke Osterloh/Angelika Nußberger* in: Sachs (Fn. 28), Art. 3 Rn. 234, 237; *Sachs* Besondere Gleichheitsgarantien (Fn. 82), Rn. 144; *Roman Lehner* Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 2013, 271 ff.; dagegen *Christine Langenfeld* in: Maunz/Dürig (Fn. 28), Art. 3 Abs. 3 Rn. 83 ff.

⁸⁷ Allerdings ist von einer Diskriminierung nach der ethnischen Herkunft im Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG nicht ausdrücklich die Rede, sondern nur von einer Diskriminierung wegen der Rasse, der Sprache, der Heimat und der Herkunft. Weil es aber Rassen in einem juristisch vertretbaren Sinn nicht gibt, kann das Merkmal der Rasse nicht wörtlich interpretiert werden. Auch die Interpretation des Begriffs ‚Rasse‘ als verfassungsrechtliche Fiktion scheidet aus, weil durch sie eine immanent würdeverletzende Kategorie fingiert würde. Um dem Begriff eine im Wertungszusammenhang des Grundgesetzes sinnvolle und dem historischen Entstehungszusammenhang angemessene Bedeutung zu geben, sollte der Begriff der ‚Rasse‘ vielmehr verstanden werden als eine qualifizierte, nämlich an vererbare äußerliche Merkmale anknüpfende, Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft. Diskriminierungen nach der ethnischen Herkunft, die nicht an vererbliche Merkmale anknüpfen, können dagegen unter das Merkmal der Herkunft subsumiert werden, welches entgegen einer eng an den Gesetzesmaterialien orientierten historischen Lesart nicht auf die soziale Herkunft beschränkt werden sollte, sondern – dem allgemeinen völker- und europarechtlichen Gebrauch folgend – auch im Sinne einer ethnischen Herkunft verstanden werden sollte. Dafür spricht aus systematischer Sicht, dass eine Diskriminierung nach der ethnischen Zugehörigkeit ebenfalls die Menschenwürde berührt (siehe BVerfG, NJW 2017, 611 [612 LS 9 a) und 630 ff. Rn. 635, 653, 688, 690 f., 844]; *Christoph Goos* Die Idee der Menschenwürde, *EssGspr.* 51 [2017], i.E., Ms. 19 ff.; zum Verhältnis von Diskriminierungsschutz und Menschenwürde siehe *Mangold* Inklusion [Fn. 84], 253 f.). Zudem wäre sonst eine Diskriminierung von säkularen Juden oder von Sinti oder Roma von den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG nur lückenhaft erfasst, obwohl diese Gruppen Opfer der nationalsozialistischen Rassenideologie waren (zu den Problemen, die Sinti und Roma unter die Unterscheidungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG zu subsumieren siehe *Dörte Marten-Gotthold* Der Schutz der Sinti und Roma in der Bundesrepublik Deutschland als ethnische Minderheit gemäß Art. 3 Abs. 3 GG, 1998, 132 ff.).

⁸⁸ Dass auch die sog. äußere Ehre in der Menschenwürde wurzelt und damit einen starken Persönlichkeitsschutz verdient, zeigt *Hanno Kube* Ehrenschatz im Verfassungsrecht des Frühkonstitutionalismus und im Grundgesetz, *AöR* 125 (2000), 341 (377 ff.).

verletzt.⁸⁹ Als Organisator von Wahlen und Abstimmungen trifft den Staat dann auch eine Verantwortlichkeit, seine Bürger vor Herabwürdigungen durch den von ihm mitveranlassten Prozess der öffentlichen Meinungsbildung zu schützen.

Aus diesen Gründen kann man annehmen, dass das Grundgesetz aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG einen im allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu verankernden, grundrechtlichen Anspruch auf Schutz vor Herabwürdigung gewährt. Geltend machen können sollten diesen Herabwürdigungsschutz diejenigen, die sich in begründeter Weise der Gruppe zugehörig fühlen oder der Gruppe erwartbar von Dritten zugeordnet werden. Der Schutzanspruch sollte sich dabei gegen jede Form der Herabwürdigung von identitätsgeprägten Gruppen richten, unabhängig davon, ob diese von gesellschaftlichen Mehr- oder Minderheiten ausgeht oder Mehr- oder Minderheiten betrifft.⁹⁰ Er schützt mithin Muslime, Türken und Juden ebenso wie Deutsche, Christen und Katholiken. Die genaue Reichweite des Herabwürdigungsschutzes festzulegen, sollte wie bei allen Schutzpflichten dem Gesetzgeber überlassen werden.

Besonders heikel für die Offenheit des Meinungsbildungsprozesses ist insoweit die Frage, inwieweit der Gesetzgeber negative Tatsachenbehauptungen, die den Achtungsanspruch von Gruppen beeinträchtigen, beschränken kann.⁹¹ Weitgehend hingenommen werden sollten jedenfalls allgemein gefasste abwertende Tatsachenbehauptungen wie Aussagen über höhere Kriminalitätsraten einzelner Bevölkerungsgruppen.⁹² Eine beschränkbare

⁸⁹ Damit ist nicht gesagt, dass sich der Diskriminierungsschutz auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen reduzieren lässt (dagegen zu Recht *Mangold* Inklusion [Fn. 84], 253 f.), sondern nur, dass in den Fällen einer diskriminierenden sozialen Herabwürdigung über den in der Menschenwürde wurzelnden sozialen Achtungsanspruch auch das Persönlichkeitsrecht mit angesprochen ist (zur Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Menschenwürde siehe *Christoph Goos* Innere Freiheit, 2011, 55).

⁹⁰ Damit ist nicht ausgeschlossen, eine größere Schutzbedürftigkeit von Minderheiten, die häufig, aber nicht immer gegeben ist, bei der Umsetzung der Schutzpflichten zu berücksichtigen; siehe *Niels Petersen* Der Schutz von Minderheiten als Schranke der Meinungsäußerungsfreiheit, AVR 55 (2017), 98 ff.

⁹¹ Zum Schutz unrichtiger Tatsachenbehauptungen *Rupert Scholz/Karlheinz Konrad* Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht, AöR 123 (1998), 60 (107 ff.).

⁹² Der Bericht zur polizeilichen Kriminalstatistik (*Bundesministerium des Innern* Bericht zur Polizeilichen Kriminalstatistik 2016, April 2017, 69 ff.) enthält einen eigenen Abschnitt zu „Kriminalität und Zuwanderung“; für eine Auswertung der Daten siehe *Martin Klingst/Sascha Venohr* Wie kriminell sind Flüchtlinge?, Die Zeit, 17/2017, vom 19.4.2017; zum Islamismus und islamistischen Terror siehe *Bundesministerium des Innern* Verfassungsschutzbericht (Fn. 80), 154 ff.

Herabwürdigung sollte hier erst dann angenommen werden, wenn erstens die herabsetzenden Tatsachen offensichtlich unzutreffend sind, zweitens die Tatsachen gegen besseres Wissen oder in erkennbarer Herabwürdigungsabsicht geäußert werden und drittens die Gruppe durch sie als grundsätzliche Bedrohung für die Gemeinschaft dargestellt wird. Diese Grundsätze könnten auch für die Auslegung bestehender Regelungen wie § 185 StGB einen Anhalt geben.

3. *Objektiv-rechtliche Verpflichtung zur Vorsorge gegen eine Eskalation und Verfestigung von ethnisch-religiösen Konflikten*

Herabwürdigungen von identitätsgeprägten Gruppen, wenn sie intensiv, gehäuft und anhaltend auftreten, bergen zudem das vielfach belegte und gut verstandene Risiko einer Eskalation und Verfestigung von Gruppenkonflikten. Sie gefährden nicht nur den Frieden zwischen sozialen Gruppen, sondern beeinträchtigen auch die Offenheit des demokratischen Diskurses. In Bezug auf religiöse Gruppen reagiert die Verfassung mit dem religionsverfassungsrechtlichen Neutralitätsprinzip ausdrücklich auf dieses Konfliktpotential, und untersagt es dem Staat, den religiösen Frieden durch Parteinahme zu gefährden.⁹³ Art. 3 Abs. 3 GG legt es nahe, diesen Gedanken eines Friedensschutzes auch auf andere Konflikte zwischen identitätsgeprägten Gruppen auszudehnen, weil ihnen ein vergleichbares Konfliktpotential zukommt. Man sollte deshalb Art. 3 Abs. 3 GG i.V.m. den grundrechtlichen Schutzpflichten, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Neutralitätsprinzip eine objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates entnehmen, Vorsorge gegen eine Eskalation und Verfestigung von Konflikten zu treffen, indem er identitätsgeprägte Gruppen vor Herabwürdigung schützt.⁹⁴

⁹³ BVerfGE 93, 1 (16 f.); 108, 282 (300); 138, 296 (339); zum Neutralitätsprinzip *Stefan Huster* Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, 29 ff.; *Hans Michael Heinig* Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität?, JZ 2009, 1136 (1137); speziell zum Identifikationsverbot *Stefan Magen* Neutralität und negative Religionsfreiheit im staatlich verantworteten öffentlichen Raum, in: Lothar Häberle/Johannes Hattler (Hrsg.) Islam – Säkularismus – Religionsrecht, 2012, 95 (104 ff.).

⁹⁴ Eine solche Vorsorgepflicht könnte als Konkretisierung eines Staatsziels der Integration verstanden werden, siehe *Gabriele Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 217 ff.; *Martin Burgi* Das werdende Integrationsverwaltungsrecht und die Rolle der Kommunen, DVBl. 2016, 1015 (1020); *Christine Langenfeld* Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, 2001, 370 ff.; *Thym* Migrationsfolgenrecht (Fn. 4), 197 f.

IV. Gruppenbezogene Herabwürdigungen als Grenze von Meinungsfreiheit und Parteienfreiheit

1. Ergänzende Fundierung und Neujustierung der Grenzen der Meinungsfreiheit

a) Rechtsgüterschutz, kein Befindlichkeitsschutz

Maßnahmen zur Umsetzung des Herabwürdigungsschutzes werden regelmäßig mit Eingriffen in die Meinungsfreiheit verbunden sein. Deren Zulässigkeit ist weitgehend durch die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Maßstäbe determiniert. Diese Maßstäbe sind deutlich von dem Bestreben geprägt, nur rechtsstaatlich greifbare Rechtsgutsverletzungen als Rechtfertigung zuzulassen. Rein geistig bleibende Wirkungen von Meinungsäußerungen oder deren Auswirkungen auf subjektive Befindlichkeiten oder auf das soziale Klima lehnt das Gericht dagegen als hinreichenden Eingriffsgrund zu Recht ab. Allerdings ist der Kreis der in Betracht kommenden Rechtsgüter bislang zu eng gezogen. Der von mir befürwortete Herabwürdigungsschutz würde Anlass geben, die bisherigen Maßstäbe neu zu justieren und Eingriffe in etwas weiterem Umfang zuzulassen.

b) Ehrverletzungs- und Volksverhetzungsdelikte

Ehrverletzungsdelikte werden von den bisherigen Maßstäben auf unmittelbare Verletzungen einer eng verstandenen individuellen Ehre beschränkt, die die soziale Anerkennung als Mitglied einer Gruppe nicht umfasst.⁹⁵ Hauptgrund ist, dass sich Kritik an sozialen Institutionen wie etwa der Polizei häufig gegen die Institution als solche und ihre sozialen Funktionen richtet, und nicht gegen die in ihr tätigen Menschen.⁹⁶ Im Ansatzpunkt zu Recht hängt die Strafbarkeit von Kollektivbeleidigungen deshalb von dem zusätzlichen Nachweis ab, dass eine Missachtung auch die Mit-

⁹⁵ Davon zu unterscheiden ist der Schutz der „Kollektivehre“ als Ehre von Kollektiven als solchen. Sie wird in der Strafrechtslehre teilweise anerkannt (*Eric Hilgendorf* in: Heinrich Wilhelm Lauffhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann [Hrsg.] Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. VI, 12. Aufl. 2010, Vor § 185 Rn. 25 ff.), teils abgelehnt (*Rainer Zaczek* in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ulrich Paeffgen [Hrsg.] Strafgesetzbuch, Bd. II, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 185 ff. Rn. 12). Als verfassungsrechtliches Schutzgut scheidet eine „Kollektivehre“ aus. Hier geht es um die Ehre der Person als Mitglied einer durch bestimmte persönlichkeitsrelevante Merkmale gebildeten Gruppe.

Zu den deutlich liberaleren Regelungen in den Vereinigten Staaten siehe *Winfried Brugger* Verbot oder Schutz von Haßrede?, AöR 128 (2003), 372 (391 ff.).

⁹⁶ BVerfGE 93, 266 (299 ff.).

glieder in ihrer Ehre angreift.⁹⁷ Allerdings muss das Kollektiv zudem klar umgrenzt und die Zuordnung des Einzelnen zu ihm eindeutig sein.⁹⁸ Je größer die Gruppe, desto schwieriger bis unmöglich ist dieser Nachweis zu führen.⁹⁹ Demgegenüber sollte als präzisiertes Schutzgut die soziale Ehre als Mitglied einer identitätsgeprägten Gruppe anerkannt werden. Denn eine Missachtung, die an ethnische, rassische oder andere identitätsrelevante Merkmale anknüpft, wird aus Sicht eines verständigen Publikums vernünftigerweise als Herabsetzung aller Personen verstanden werden müssen, die dieses Merkmal aufweisen.¹⁰⁰ Und während bei allgemein gehaltenen Missachtungskundgebungen gegenüber Funktionsträgern und Institutionen in der Regel eine Auseinandersetzung in der Sache geführt wird, steht bei einer Herabwürdigung nach den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG in der Regel die Diffamierung der Gruppe und ihrer Mitglieder im Vordergrund,¹⁰¹ auf welche die dem Kollektiv zugeschriebenen negativen Stereotypen durch das Gruppendenken automatisch übertragen werden. Bei der Kollektivbeleidigung sollte deshalb zwischen qualifizierten Ehrverletzungen nach Diskriminierungsmerkmalen und sonstigen Ehrverletzungen unter Sammelbezeichnungen unterschieden werden. Eine Herabwürdigung von identitätsgeprägten Gruppen sollte dann im Regelfall als Ehrverletzung jeder Person gewertet werden, die sich der Gruppe in begründeter Weise zugehörig fühlt oder ihr erwartbar zugerechnet wird.

Bei den Volksverhetzungstatbeständen beschränken die verfassungsgerichtlichen Maßstäbe eine Strafbarkeit auf unmittelbare Gefährdungen von Rechtsgütern¹⁰² und auf Verletzungen der Menschenwürde. Im Lichte der

⁹⁷ BVerfGE 93, 266 (300 ff.); zur Strafbarkeit von Kollektivbeleidigungen aktuell *Klaus Geppert* Zur Frage strafbarer Kollektivbeleidigung der Polizei oder einzelner Polizeibeamter durch Verwendung des Kürzels „a.c.a.b.“, NStZ 2013, 553 ff.; *Hilgendorf* Leipziger Kommentar StGB (Fn. 95), Rn. 25–32.

⁹⁸ *Jürgen Regge/Christian Pegel* in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.) Münchener Kommentar zum StGB, Bd. IV, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 185 ff. Rn. 59.

⁹⁹ Das Verfahren wegen der eingangs erwähnten Beleidigung der Deutschen wurde aus diesem Grund mangels Strafbarkeit der Kollektivbeleidigung eingestellt.

¹⁰⁰ Ähnlich *Brugger* Haßrede (Fn. 95), 389; gegen solche Tendenzen *Hilgendorf* Leipziger Kommentar StGB (Fn. 95), Rn. 30–32, der betont, die Äußerung müsse einen Bezug zu bestimmten Personen haben.

¹⁰¹ In diese Richtung auch BVerfGE 93, 266 (304).

¹⁰² Im Rahmen der Konkretisierung des Merkmals des öffentlichen Friedens; vgl. BVerfGE 124, 300 (331 ff.). Von „vorgelagertem Rechtsgüterschutz“ sprechen insoweit *Wolfram Höfling/Steffen Augsburg* Grundrechtsdogmatik im Schatten der Vergangenheit, JZ 2010, 1088 (1096). Die grundsätzliche Problematik einer rechtsstaatlichen Konkretisierung des Rechtsguts des öffentlichen Friedens diskutieren ausführlich aus strafrechtlicher Sicht *Tatjana Hörnle* Grob anstößiges Verhalten, 2005, 90 ff.; und *Mike Ulbricht* Volksverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit, 2017, 76 ff.; zustimmend zur Lösung des BVerfG *Tatjana Hörnle* Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08,

hier befürworteten objektiv-rechtlichen Verpflichtung zur Vorsorge gegenüber einer Eskalation und Verfestigung von Konflikten zwischen identitätsgeprägten Gruppen sollte dagegen jede Herabwürdigung dieser Gruppen als Sachverhalt anerkannt werden, der zur Einschränkung der Meinungsfreiheit geeignet ist, weil bereits damit ein konkreter Gefährdungstatbestand für den öffentlichen Frieden beschrieben ist. Denn aufgrund der beschriebenen gruppenpsychologischen Eskalationsmechanismen sind Herabwürdigungen aus sich heraus geeignet, Handlungsbereitschaft auszulösen, Hemmschwellen herabzusetzen und Dritte unmittelbar einzuschüchtern, wie es das Verfassungsgericht fordert.¹⁰³

c) *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*

Die praktische Bedeutung der Frage, wie die Reichweite der Ehrverletzungs- und Volksverhetzungstatbestände zu ziehen ist, betrifft nun allerdings weniger die Strafrechtspflege, wo viele Verfahren eingestellt werden. Für die Praxis der demokratischen Meinungsbildung werden diese Delikte vor allem dadurch von weichenstellender Bedeutung werden, dass sie die rechtlichen Maßstäbe für die Löschung von Hassreden nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz¹⁰⁴ vorgeben. Der grundrechtliche Schutzanspruch gegen gruppenbezogene Herabwürdigungen sollte dann aber auch bei der Auslegung des NetzDG insgesamt berücksichtigt werden. Von kaum zu überschätzender Bedeutung ist insoweit zunächst der durch die Änderung von § 14 Telemediengesetz eingeführte zivilrechtliche Auskunftsanspruch über die Identität des Urhebers eines rechtswidrigen Inhalts.¹⁰⁵ Der Herabwürdigungsschutz sollte hier als absolutes Recht im Sinne dieser Bestimmung aufgefasst werden und wiederum jedem zustehen, der sich der herabgewürdigten Gruppe in begründeter Weise zugehörig fühlt oder ihr

JZ 2010, 310 (312); *Höfling/Augsberg* ebd.; kritisch zur früheren Auslegung des Begriffs *Christoph Enders/Robert Lange* Symbolische Gesetzgebung im Versammlungsrecht?, JZ 2006, 105 (108).

¹⁰³ BVerfGE 124, 300 (335, siehe auch 332).

¹⁰⁴ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG). Zu den erheblichen verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken gegen den Entwurf des NetzDG siehe *Martin Eifert* Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen, NJW 2017, 1450; *Hubertus Gersdorf* Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, 439 ff.; *Karl-Heinz Ladeur/Tobias Gostomzyk* Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Logik der Meinungsfreiheit, K&R 2017, 390 ff.; *Georg Nolte* Hate-Speech, Fake-News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen, ZUM 2017, 552; zum verabschiedeten Gesetz *Gerald Spindler* Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, K&R 2017, 533.

¹⁰⁵ Zu den bisherigen Hindernissen *Anne Paschke/Christoph Halder* Auskunftsansprüche bei digitalen Persönlichkeitsrechtsverletzungen, MMR 2016, 723 ff.

erwartbar zugerechnet wird. Diese Erweiterung sollte zudem für den zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutz insgesamt gelten.¹⁰⁶ Problematisch ist das NetzDG in seiner jetzigen Fassung dagegen für die Meinungsfreiheit der Nutzer. Hier muss der Gesetzgeber nachbessern und sicherstellen, dass der Urheber beanstandeter Inhalte am Lösungsverfahren angemessen beteiligt wird. Dem Urheber muss zudem gerichtlicher Rechtsschutz vor deutschen Gerichten ermöglicht werden, und er muss ein klagbares Recht auf Wiederveröffentlichung erhalten, wenn sich eine Löschung als unberechtigt erweist.

d) *Ergänzung: Rundfunkfreiheit*

Schließlich sollte man darüber nachdenken, den Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks,¹⁰⁷ insbesondere den im Rundfunkstaatsvertrag niedergelegten Auftrag zur Förderung des gesellschaftlichen Zusammenhalts, um eine Vorsorge gegen die Eskalation von Gruppenkonflikten zu ergänzen.¹⁰⁸ Dies sollte eine Ausweitung auf redaktionelle Tätigkeiten im Internet mit umfassen, und zwar entgegen dem Rundfunkstaatsvertrag auch und gerade durch nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Bei schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen kommen dann auch Geldentschädigungen in Betracht, siehe BGH, NJW 2005, 215 ff.; BVerfG (Kammer), NJW-RR 2017, 879 ff.

¹⁰⁷ Ein erstzunehmender Einwand liegt allerdings darin, dass – auch wenn das Internet dem Anwendungsbereich der Rundfunkfreiheit unterfällt – jedenfalls der Grundversorgungsauftrag im Internet grundsätzlich nicht greifen könnte, weil dort eine hinreichende Meinungs- und Themenfreiheit gewährleistet ist (so *Stefan Korte* Die dienende Funktion der Rundfunkfreiheit in Zeiten medialer Konvergenz, AöR 139 [2014], 384 [417]; anders *Dieter Dörr/Bernd Holznaegel/Arnold Picot* Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Zeiten der Cloud, ZUM 2016, 920 [928 ff.]). Eine den Grundversorgungsauftrag auslösende Bedrohung der Meinungsvielfalt kann aber darin gesehen werden, dass durch die oben beschriebenen destruktiven Dynamiken sachliche Beiträge zur politischen Meinungsbildung systematisch verdrängt und der diskursive Charakter des Meinungsbildungsprozesses untergraben werden (siehe oben, 85). Angesichts konstant steigender Nutzungszeiten wird man dem Internet wohl auch kaum die den Grundversorgungsauftrag legitimierende „besondere Suggestivkraft des Mediums“ (BVerfGE 119, 181 [215]) absprechen können (anders *Sophie-Charlotte Lenski* Die Tagesschau-App am Scheideweg des Medienwettbewerbs, Die Verwaltung 45 [2012], 465 [476 ff.]).

¹⁰⁸ § 1 Abs. 3 Satz 3 RStV.

¹⁰⁹ Notwendig wäre also eine Änderung des § 11d Abs. 2 Nr. 3. Teilsatz 3 RStV, der die Unzulässigkeit nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote bestimmt; zur bisherigen Rechtslage siehe BGH, NJW-RR 2016, 557 ff.; *Hubertus Gersdorf* in: ders./Boris P. Paal (Hrsg.) BeckOK Informations- und Medienrecht, 17. Ed., Stand: 01.05.2017, § 11d RStV Rn. 25 ff.; *Claudio Franzius* Das Internet und die Grundrechte, JZ 2016, 650 (652 f.);

2. Ergänzende Fundierung und Neujustierung der Grenzen der Parteienfreiheit

Für das Parteienrecht möchte ich zwei Fragenkreise ansprechen, für die der Herabwürdigungsschutz von Relevanz sein könnte.

a) Parteiverbot

Der erste betrifft das Parteiverbot, und dort das Kriterium des ‚Darauf Ausgehens‘.¹¹⁰ Ähnlich wie bei der Meinungsfreiheit versucht das Bundesverfassungsgericht beim Parteiverbot, eine Sanktionierung von bloßen Gesinnungen zu vermeiden. Dazu begreift es das Parteiverbot als Risikovorsorge für den Schutz unverzichtbarer Verfassungsprinzipien,¹¹¹ und sieht die Schwelle gegenüber einem hinnehmbaren Restrisiko darin, dass die Erreichung der verfassungsfeindlichen Ziele zumindest möglich sein muss.¹¹² Die Schwelle des ‚Darauf Ausgehens‘ kann aber auch durch die Schaffung einer ‚Atmosphäre der Angst‘¹¹³ überschritten werden, wenn durch sie die Freiheit oder Gleichheit der Wahl nachhaltig beeinträchtigt wird. Erst recht muss dann aber auch eine nachhaltige Beeinträchtigung der Menschenwürde als Schwellenüberschreitung gewertet werden. Über 119 Randnummern listet nun die NPD-Entscheidung würdevertende Hassreden auf.¹¹⁴ Die dort nachgewiesene systematische und schwerwiegende Herabwürdigung von identitätsgeprägten Gruppen durch aggressive öffentliche andauernde rassistische Propaganda überschreitet meines Erachtens

Boris P. Paal Öffentlich-rechtliche presseähnliche Angebote in Telemedien – Tagesschau-App, AfP 2015, 500 ff.; *Hans-Jürgen Papier/Meinhard Schröder* Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, 88 ff.

¹¹⁰ *Foroud Shirvani* Die Crux des Parteiverbots, DÖV 2017, 477 (480 f.).

¹¹¹ Geschützt sind die Menschenwürde, das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip als unverzichtbare Kerngehalte (BVerfG, NJW 2017, 611 [619 ff. Rn. 538 ff.]). Zur Neuformulierung der Schutzgüter der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zustimmend *Gunter Warg* Nur der Kern des demokratischen Rechtsstaats – die Neujustierung der fdGO im NPD-Urteil vom 17.1.2017, NVwZ 2017, Beilage 2, 42 ff.; kritisch *Tobias Linke* Verbotsunwürdige Verfassungsfeinde, streitbare, aber wertarme Demokratie und problematische Sanktionsalternativen, DÖV 2017, 483 ff.

¹¹² BVerfG, NJW 2017, 611 (624 Rn. 581 ff.); *Julian Krüper* Entscheidungsanmerkung zu BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, ZJS 2017, 365 (367 f.); *Christoph Gusy* Verfassungswidrig, aber nicht verboten!, NJW 2017, 601 (602); *Arnd Uhle* Das Parteiverbot gem. Art. 21 II GG, NVwZ 2017, 583 (587 ff.); zu den aus der EMRK folgenden Anforderungen an Parteiverbote siehe BVerfG, NJW 2017, 611 (627 ff. Rn. 607 ff.); dazu *Jan Philipp Schaefer* Das Parteiverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, AöR 141 (2016), 594 (620 ff.); *Timo Schwander* Parteienverbote zwischen Karlsruhe und Straßburg, ZJS 2017, 285 ff.

¹¹³ BVerfG, NJW 2017, 611 (625 Rn. 588); *Shirvani* Crux (Fn. 110), 481.

¹¹⁴ BVerfG, NJW 2017, 611 (630–639 Rn. 635–757).

die Schwelle zu einer nachhaltigen Verletzung der Würde der betroffenen Menschen.¹¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht hätte deshalb meines Erachtens ein Verbot der NPD aussprechen müssen.

b) *Recht des unlauteren politischen Wettbewerbs*

Nach meinem Dafürhalten sollte man zudem über ein Recht des unlauteren politischen Wettbewerbs nachdenken.¹¹⁶ Allerdings ist die Darstellung

¹¹⁵ Nicht eindeutig BVerfG, NJW 2017, 611 (630 Rn. 635); nach *Mathias Hong* lässt das Gericht offen, ob die inhaltlich der Menschenwürde widersprechenden politischen Auffassungen bereits hinreichend auf individualisierbare Personen bezogen waren, um konkrete Würdeverletzungen zu konstituieren; *Hong* Menschenwürdegehalt (Fn. 25), 460; auch für *Thomas Groß* scheiden nicht an konkrete Personen gerichtete Äußerungen als Menschenwürdeverletzungen aus; *Groß* Missbrauch (Fn. 84); siehe auch *Stefanie Schmahl* Der Umgang mit rassistischen Wahlkampfplakaten vor dem Hintergrund des internationalen Menschenrechtsschutzes, 2016, 55; zur Würdigung einer Plakataktion in Bezug auf das Verbot der Rassendiskriminierung *dies. ebd.*, 74 ff.; zustimmend *Goos* Idee der Menschenwürde (Fn. 87), 20 f.

¹¹⁶ Die wettbewerbsrechtliche Dimension des Parteienrechts entfaltet *Martin Morlok* Parteienrecht als Wettbewerbsrecht, in: Peter Häberle/Martin Morlok/Vassilis Skouris (Hrsg.) FS Dimitris Th. Tsatsos, 2003, 408 ff.; die Demokratie als Wettbewerbsordnung analysieren kritisch *Armin Hatje/Markus Kotzur* Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2010), 135 ff., 173 ff. Die Wettbewerbsperspektive ist sicher ungeeignet, um das normative Ethos kollektiver politischer Selbstbestimmung abzubilden. Sie hilft aber, bestimmte Anreize und Wirkzusammenhänge aufzuzeigen, vorausgesetzt, die Besonderheiten des politischen Wettbewerbs werden hinreichend beachtet (siehe *Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen* Public und Social Choice Theorie, in: *dies.* [Fn. 71], Rn. 332 ff.). Dazu gehört zuallererst, dass in der Demokratie nicht, wie auf ökonomischen Märkten, Geld gegen private Güter getauscht wird, sondern Stimmen gegen ein in politischen Programmen zusammengefasstes Bündel von kollektiven Gütern, Umverteilungsleistungen und ideellen („meritorischen“) Gütern wie Werten oder kollektiven Identitäten (zu den Gutskategorien *Stefan Magen* Ein Wettbewerbskonzept für das Öffentliche Wettbewerbsrecht, in: Gregor Kirchhof/Stefan Korte/Stefan Magen [Hrsg.] Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 2 Rn. 69 ff.). Der Tausch dieser „Güter“ wird zudem nicht durch bilaterale Verhandlungen vorbereitet, sondern durch einen Prozess kollektiver politischer Meinungsbildung, dem als „prozeduralem Gut“ ein Eigenwert zukommt. Ungeachtet der Unterschiedlichkeit der Prozesse und der gegenständlichen „Güter“ ist aber auch der demokratische Wettbewerb durch eine strukturell ähnliche Kombination von Tausch und Konkurrenz geprägt, wie sie auch den ökonomischen Wettbewerb prägt, nämlich, dass „Anbieter“ untereinander um die Gunst von „Nachfragern“ konkurrieren (zum Wettbewerb als Kombination von Tausch und Konkurrenz siehe *ders. ebd.*, Rn. 20 ff.). Die Kombination von Freiwilligkeit im Tausch mit den Bürgern und dem faktischen Zwang von Seiten der Konkurrenz sorgt in beiden Bereichen dabei dafür, dass sich die Produzenten bzw. die politischen Akteure an den Interessen der Bürger orientieren müssen. Zugleich haben die „Anbieter“ in beiden Bereichen einen Anreiz, sich durch Täuschung oder andere unlautere Verhaltensweisen einen Vorteil gegenüber Konkurrenten zu verschaffen. Diese strukturelle Ähnlichkeit der Interaktionsstrukturen rechtfertigt es, das Konzept eines Lauterkeitsrechts auf den Wettbewerb der Par-

von politischen Konflikten in Gruppenkategorien als solche in demokratischen Diskursen verbreitet und aufgrund der kognitiven Dispositionen auch naheliegend. Jedoch haben Diskurse über Bedrohungen, die von bestimmten Gruppen möglicherweise ausgehen, wegen unseres intuitiven Gruppendenkens ein erhebliches Potential, mediale und soziale Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen und Wähler zu mobilisieren. Das ist für sich noch nicht problematisch, sondern kann auch dazu beitragen, breite Unterstützung für unangenehme politische Maßnahmen zu generieren, zum Beispiel die Bekämpfung intergenerationaler Ungerechtigkeiten. Sind in einer Gesellschaft allerdings negativ konnotierte soziale Identitäten bereits etabliert, können Parteien durch Herabwürdigung dieser Gruppen Aufmerksamkeits- und Mobilisierungsvorteile erlangen. Diese Vorteile sind aber mit erheblichen Schäden für den Achtungsanspruch der betroffenen Gruppen und mit Risiken für die politische Meinungsbildung und den sozialen Frieden erkauft, ohne dass dafür eine demokratische Rechtfertigung ersichtlich ist. Im Sinne eines politischen Lauterkeitsrechts sollten deshalb Vorschriften geschaffen werden, die Sanktionen vorsehen, wenn eine Partei identitätsgeprägte Gruppen herabwürdigt, oder wenn sie wissentlich offensichtlich falsche, herabwürdigende Tatsachenbehauptungen über diese verbreitet. Der Fall Lisa um die mediale Verbreitung einer erfundenen Vergewaltigung wäre dafür ein Beispiel.¹¹⁷ Ein solches Lauterkeitsrecht könnte zudem Regeln gegen den Einsatz von Bots enthalten, die menschliche Nutzer vortäuschen, wenn deren Einsatz den Grundsatz der Wahlgleichheit erheblich beeinträchtigt.¹¹⁸

teien zu übertragen. Die Bekämpfung solcher unlauteren Verhaltensweisen dient dabei sowohl dem Schutz der Bürger, als auch der Konkurrenten und der Allgemeinheit, die von den Leistungen der ökonomischen bzw. demokratischen Prozesse profitiert (für das Lauterkeitsrecht *Peter Ruess* in: Peter W. Heermann/Jochen Schlingloff [Hrsg.] Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2014, § 5 UWG Rn. 21 ff.).

¹¹⁷ *Nikita Jolkver* Der „Fall Lisa“ ein Jahr danach, Deutsche Welle, vom 11.1.2017 <<http://p.dw.com/p/2VaBH>> (Stand 31.10.2017).

¹¹⁸ Ein Verbot des Einsatzes von Social Bots in Wahlkämpfen befürworten *Boris Paal/Moritz Hennemann* Meinungsvielfalt im Internet, ZRP 2017, 76 (79); vorsichtiger *Josef Drexl* Economic Efficiency versus Democracy, MPIIC Research Paper No. 16-16, 24; für eine Klarnamenpflicht *Jens Milker* „Social-Bots“ im Meinungskampf, ZUM 2017, 216 (221); die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Kennzeichnungspflicht befürworten *Kevin Dankert/Stephan Dreyer* Social Bots – Grenzenloser Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess?, K&R 2017, 73 (77).

V. Risikovorsorge im riskanten Verfassungsstaat

Lassen Sie mich zum Schluss noch einmal auf die größeren Zusammenhänge zurückkommen. Die Demokratie ist sicher eine inhärent riskante Ordnung.¹¹⁹ Herausforderungen wie die durch Populismus und Gruppenhass gehören zu den Risiken, die wir um der Freiheit willen immer wieder eingehen. Deshalb sind der demokratische Diskurs und die Zivilgesellschaft die primären Felder, auf denen diesen Risiken zu begegnen ist. Mein Referat sollte verdeutlichen, dass es aber destruktive Dynamiken gibt, gegen welche diese freiheitlichen Selbstbehauptungskräfte ab einem bestimmten Punkt nicht mehr helfen, wie sich diese Kräfte dann in ihr Gegenteil verkehren. Soweit diese Risiken gut verstanden, historisch belegt und rechtsstaatlich greifbar sind, sollte man es zu den möglichen Aufgaben des Rechts zählen, ihnen mit rechtsstaatlichen Mitteln möglichst freiheitsschonend entgegenzutreten. All dies gilt meines Erachtens für die Nebenwirkungen eines öffentlichen Diskurses, dessen Konfliktlinien entlang ethnisch-religiöser Identitäten verlaufen. Mit der Eingrenzung von gruppenbezogenen Herabwürdigungen kann das Recht hier einen Beitrag leisten zur Gefahrenabwehr für die individuelle soziale Anerkennung und zur Risikovorsorge für die öffentliche Meinungsbildung und den sozialen Frieden. Der Blick auf den Zustand in manchen anderen Demokratien mag verdeutlichen, dass dazu vielleicht Anlass besteht.¹²⁰

¹¹⁹ *Horst Dreier* Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung, RW 2010, 11 ff.

¹²⁰ Siehe die Länderberichte in Fn. 6.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Kontexte der Demokratie: Parteien – Medien – Sozialstrukturen

I. Populismus als Symptom der strukturellen Veränderungen im institutionellen und sozialen Kontext demokratischer Wahlen

(1) Als relativ neues Fragmentierungsphänomen zeigt sich im politischen Diskurs eine Wiederbelebung von politischen Konfliktlinien entlang kultureller und insbesondere ethnischer und religiöser Identitäten. Der Rechtspopulismus ist Ausdruck dieses Fragmentierungsphänomens, welches eine verbreitete Herabwürdigung von Gruppen nach sich gezogen hat.

1. Der Populismus und seine verfassungsrechtlichen Implikationen

(2) Populistische Akteure erheben den Anspruch, unabhängig von und auch gegen rechtliche Verfahren, Kompetenzen und Garantien die wahren Interessen des eigentlichen Volkes zu vertreten, das aber nur die nationale kulturelle Mehrheit meint. Während die Vertretung von deren Interessen legitim ist, gerät der Populismus in ein Spannungsverhältnis zur Verfassungsordnung, wenn sein enges Volksverständnis zur Grundlage der Herabwürdigung sozialer Gruppen wird.

2. Verschiebungen im institutionellen und sozialen Kontext der Demokratie

(3) Mit der ökonomischen Globalisierung nach 1991 haben die Löhne der Unter- und Mittelschichten stagniert, während die Beschäftigungssicherheit gesunken ist. Der rasante Aufstieg der sozialen Medien hat eine Fragmentierung in digitale Öffentlichkeiten mit sich gebracht, welche nicht mehr durch redaktionelle Standards und lebensweltliche soziale Kontrolle einghegt sind, sondern in virtuellen Echokammern Gruppenhass generieren. Die Auflösung von Sozialmilieus und ein gestiegener Wertepluralismus haben die Parteienlandschaft fragmentierter und volatiler gemacht und ein Fenster für ethnisch-nationale Parteien geöffnet.

II. *Gruppendenken, Gruppenkonflikte und destruktive diskursive Dynamiken*

(4) *Die psychologischen Mechanismen des Gruppendenkens sind eine Triebkraft von Gruppenkonflikten, beinhalten aber auch unverzichtbare Ressourcen für Solidarität und Kooperation.*

1. *Das intuitive Gruppendenken als Quelle von Kooperation und Konflikt*

(5) *In nicht unerheblichem Ausmaß wurden die Gräueltaten des nationalsozialistischen Terrorregimes durch die Ausnutzung destruktiver Dynamiken zwischen ethnischen und religiösen Gruppen ermöglicht.*

(6) *Das Gruppendenken fußt auf unbewussten und automatischen, aber dennoch komplexen Kognitionen, deren Funktion es ist, Kooperation in größeren sozialen Einheiten zu ermöglichen. Es ist auch bei der Entstehung komplexerer sozialer Entitäten wie Nationalstaaten involviert.*

(7) *Das Verhältnis zu Outgroups ist nicht per se feindlich, sondern bestimmt sich wesentlich danach, als wie kooperativ oder bedrohlich eine Outgroup angesehen wird. Durch Konflikteskalation werden destruktive psychologische Dispositionen der Art geweckt, wie sie auch die Gräueltaten des Nationalsozialismus mit ermöglicht haben.*

(8) *Zur Eskalation von Gruppenkonflikten tragen nicht nur Gewalttätigkeiten bei, sondern auch verbale Herabwürdigungen sowie bereits die Etablierung negativer sozialer Identitäten. Sozialstrukturelle Differenzierungen nach ethnischen und religiösen Kriterien sind gesellschaftliche Sollbruchstellen, an denen Konflikte leichter entstehen, schneller eskalieren und sich häufiger dauerhaft verfestigen.*

2. *Identitäten und Konflikte im demokratischen Diskurs*

(9) *Politische Interessens- oder Wertkonflikte werden zunehmend als Konflikte über die ‚moralische Identität‘ der Gemeinschaft ausgetragen. Solche Identitäten sind keine soziologischen Tatbestände, sondern Unterstellungen des Gruppendenkens, die eine kooperative Funktion erfüllen.*

(10) *Unter den gegebenen sozialstrukturellen Bedingungen fungiert der demokratische Diskurs nur noch teilweise als Korrektiv gegen Hassreden. Zunehmend verbreitet, verstärkt und verfestigt er negative soziale Identitäten, multipliziert Gruppenhass und Aggression, und wird zu einem Forum sozialer Nichtanerkennung.*

(11) *Der demokratische Diskurs ist trotz aller Konflikte im Kern eine kooperative Praxis zum wahrgenommenen gemeinen Wohl. Mit steigender Intensität der Konflikte wird seine Funktionsfähigkeit beeinträchtigt, indem*

motiviertes Denken unbewusst die Offenheit gegenüber Argumenten reduziert und formale und informale Kooperationsnormen untergraben werden.

III. Verfassungsrechtliche Verankerung des Schutzes vor gruppenbezogener Herabwürdigung

1. Soziales Klima, individuelle Betroffenheit und rechtliche Interventionsschwellen

(12) Eine rechtliche Reaktion auf diese Entwicklungen liegt nahe, weil sich negative Gruppenidentitäten bereits etabliert haben, herabwürdigende Kommunikationen verbreitet sind und Gewalttätigkeiten schon begangen werden.

(13) Interventionen gegen einzelne Meinungsäußerungen sollten erst in Betracht gezogen werden, wenn die Intensität der gegenüber einer Gruppe geäußerten Missachtung einen Grad erreicht, der dem einer individuellen Persönlichkeitsrechtsverletzung entspricht. Äußerungen, die diese Schwelle überschreiten, werden hier gruppenbezogene Herabwürdigungen genannt. Sie kommen im Grundsatz als Legitimation für Eingriffe in Betracht.

2. Grundrechtlicher Anspruch auf Schutz vor gruppenbezogener Herabwürdigung

(14) Die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG beschreiben Gruppenzugehörigkeiten, welche für die soziale Anerkennung und Identität der betroffenen Individuen von erhöhter Relevanz sind, weil ihnen ein besonderes Konflikt- und Kränkungspotential eignet. Diese Gruppen sollten den Anwendungsbereich eines verfassungsrechtlichen Schutzes vor Herabwürdigungen bilden. Sie werden hier identitätsgeprägte Gruppen genannt.

(15) Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG ist ein dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zuzuordnender Anspruch auf Schutz vor Herabwürdigung von identitätsgeprägten Gruppen zu entnehmen, den geltend machen kann, wer sich in begründeter Weise der Gruppe zugehörig fühlt oder erwartbar von Dritten der Gruppe zugeordnet wird.

(16) Als Leitlinie zur Umsetzung der grundrechtlichen Schutzpflicht und zur Auslegung bestehender Tatbestände sollten allgemein gefasste herabwürdigende Tatsachenbehauptungen über Gruppen um der Offenheit der Meinungsbildung willen im Grundsatz hingenommen werden, es sei denn, die herabsetzenden Tatsachen sind offensichtlich unzutreffend, werden gegen besseres Wissen oder in erkennbarer Herabwürdigungsabsicht geäußert und stellen die Gruppe als grundsätzliche Bedrohung für die Gesellschaft dar.

3. *Objektiv-rechtliche Verpflichtung zum Schutz des ethnisch-religiösen Friedens*

(17) *Art. 3 Abs. 3 GG i.V.m. den Grundrechten, dem Rechtsstaatsprinzip und dem religiös-weltanschaulichen Neutralitätsprinzip sollte eine objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates entnommen werden, Vorsorge gegen eine Eskalation und Verfestigung von Konflikten zu treffen, indem er identitätsgeprägte Gruppen vor Herabwürdigung durch andere Gruppen schützt.*

(18) *Grundrechtlicher Schutzanspruch und objektiv-rechtliche Vorsorgepflicht richten sich gegen alle Herabwürdigungen zwischen sozialen Gruppen, unabhängig davon, ob diese von gesellschaftlichen Mehr- oder Minderheiten ausgehen oder Mehr- oder Minderheiten betreffen.*

IV. *Gruppenbezogene Herabwürdigungen als Grenze von Meinungsfreiheit und Parteienfreiheit*

1. *Ergänzende Fundierung und Neujustierung der Grenzen der Meinungsfreiheit*

(19) *Verfassungsgerichtliche Maßstäbe beschränken zu Recht die zur strafrechtlichen Einschränkung der Meinungsfreiheit tauglichen Gründe auf vollendete oder drohende Rechtsgutsverletzungen. Der gruppenbezogene Herabwürdigungsschutz schützt nicht Befindlichkeiten, sondern die soziale Anerkennung als individuelles Rechtsgut und den sozialen Frieden als kollektives Rechtsgut.*

(20) *Für die Ehrverletzungsdelikte sollte die soziale Ehre als Mitglied einer identitätsgeprägten Gruppe als präzisiertes Schutzgut anerkannt werden und entsprechend zwischen qualifizierten Ehrverletzungen unter Diskriminierungsmerkmalen und sonstigen Ehrverletzungen unter Sammelbezeichnungen unterschieden werden. Herabwürdigungen von identitätsgeprägten Gruppen sollten ohne weiteres als Ehrverletzung aller Personen gewertet werden, die sich der Gruppe in begründeter Weise zugehörig fühlen oder ihr erwartbar zugerechnet werden.*

(21) *Bei den Volksverhetzungstatbeständen sollte im Lichte der hier befürworteten objektiv-rechtlichen Vorsorgepflicht gegenüber einer Eskalation und Verfestigung von Konflikten mit identitätsgeprägten Gruppen jede Herabwürdigung dieser Gruppen im Sinne eines konkreten Gefährdungstatbestands als zur Einschränkung der Meinungsfreiheit geeigneter Sachverhalt anerkannt werden.*

(22) *Die strukturelle Bedeutung der Ehrverletzungs- und Volksverhetzungstatbestände liegt zukünftig darin, dass sie die relevanten Maßstäbe für die Löschung von Meinungsäußerungen nach dem NetzDG bereitstellen.*

len. Der mit dem NetzDG eingeführte Auskunftsanspruch über die Identität des Urhebers sollte im Fall einer gruppenbezogenen Herabwürdigung jedem zustehen, der sich der Gruppe in begründeter Weise zugehörig fühlt oder ihr erwartbar zugerechnet wird. Zur Wahrung der Meinungsfreiheit muss der Gesetzgeber noch sicherstellen, dass der Urheber beanstandeter Inhalte am Lösungsverfahren angemessen beteiligt wird und gerichtlichen Rechtsschutz einschließlich eines klagbaren Rechts auf Wiederveröffentlichung erhält.

(23) Ergänzend sollte der Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks um eine Vorsorge gegen die Eskalation von Gruppenkonflikten erweitert und die im Internet zulässigen redaktionellen Tätigkeiten auf nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote ausgedehnt werden.

2. Ergänzende Fundierung und Neujustierung der Grenzen der Parteienfreiheit

(24) Eine systematische und schwerwiegende Herabwürdigung von identitätsgeprägten Gruppen durch andauernde und öffentliche rassistische Propaganda überschreitet die Schwelle zu einer nachhaltigen Verletzung der Menschenwürde ihrer Mitglieder. Sie sollte ebenso wie eine nachhaltige Beeinträchtigung der Wahlfreiheit als ein „darauf Ausgehen“ i.S.v. Art. 21 Abs. 2 GG gewertet werden. Das BVerfG hätte deshalb ein Verbot der NPD aussprechen müssen.

(25) Um dem entgegenzuwirken, dass Parteien durch Eskalation von Gruppenkonflikten einen demokratisch nicht zu rechtfertigenden Vorteil im politischen Wettbewerb erlangen, sollte die Einführung eines Rechts des unlauteren politischen Wettbewerbs in Betracht gezogen werden, welches Sanktionen für die Herabwürdigung von identitätsgeprägten Gruppen und die wissentliche Verbreitung offensichtlich falscher, herabwürdigender Tatsachenbehauptungen vorsieht.

V. Risikovorsorge im riskanten Verfassungsstaat

(26) Möglichen Herausforderungen durch Populismus und Gruppenhass ist primär im demokratischen Diskurs und in der Zivilgesellschaft zu begegnen. Es gibt allerdings destruktive Konfliktodynamiken, gegen die ab einem bestimmten Punkt die Selbstbehauptungskräfte einer freiheitlichen Demokratie nicht mehr helfen, weil sich diese Kräfte dann in ihr Gegenteil verkehren. Ein gruppenbezogener Herabwürdigungsschutz kann dazu beitragen, solchen Eskalationen mit rechtsstaatlichen und möglichst freiheitsschonenden Mitteln entgegenzutreten.

3. Aussprache und Schlussworte

Kontexte der Demokratie: Parteien – Medien – Sozialstrukturen

Franz Merli: So, liebe Kolleginnen und Kollegen, wir möchten mit der Diskussion beginnen. Ich darf Sie bitten, Platz zu nehmen. Wir haben jetzt eine Stunde Zeit für die Wortmeldungen, und wenn wir der Referentin und dem Referenten noch Gelegenheit für ein Schlusswort geben wollen, brauchen wir auch ein bisschen Zeit. Ich habe eine neue Ampel hier. Wenn sie funktioniert oder ich gut mit ihr zurechtkomme, wird sie drei Minuten Redezeit für jeden anzeigen in der Form, dass grüne Punkte nach und nach aufsteigen, und wenn die ganze Ampel mit grünen Punkten gefüllt ist, ist die Redezeit vorbei. Da gibt's kein Gelb und kein Rot, das bitte ich zu berücksichtigen.

Adelheid Puttler: Herzlichen Dank für die beiden Referate, die mir zahlreiche neue Anregungen gegeben haben. Zu Recht haben Sie, Frau *Spiecker*, auf die Probleme der Digitalisierung hingewiesen. Dabei haben Sie die Informationsintermediäre angesprochen. Was genau ist darunter zu verstehen? Handelt es sich dabei nur um professionelle Betreiber von Internetplattformen, wie etwa Facebook? Oder fällt darunter auch der Private, der ein Internetforum mit einseitiger politischer Ausrichtung betreibt, auf dem er die Nutzer zu entsprechenden politischen Äußerungen auffordert? Wie sollen Ihre Vorschläge – Verpflichtung zur Diversität, neuartige Governance-Strukturen – in die Tat umgesetzt werden, wenn der Betreiber – wie häufig – im Ausland sitzt und daher der deutsche Staat auf ihn keinen Zugriff hat? Die Frage nach Handlungsmöglichkeiten gegenüber Akteuren im Ausland richtet sich auch an Sie, Herr *Magen*. Wie sollen die Ausdifferenzierungen, die Sie uns hier präsentiert haben, realisiert werden, wenn der Urheber der gruppenbezogenen Herabwürdigung im Ausland sitzt? Problematisch wird es vor allem dann, wenn der betreffende ausländische Staat andere Vorstellungen von Meinungsfreiheit und politischer Diskussion hat als die Bundesrepublik Deutschland und daher keine völkerrechtlich verbindlichen Absprachen getroffen werden können. Wie soll der deutsche Staat in einem solchen Fall seiner objektivrechtlichen Vorsorgepflicht nachkommen können?

Karl-Eberhard Hain: Ich möchte zunächst auch den beiden Referenten für ihre Ausführungen sehr danken und mich nun ein paar verfassungsdogmatischen Fragestellungen im Zusammenhang mit Ihrem Referat zuwenden, Frau *Spiecker*. Sie haben sich dafür ausgesprochen, die Kommunikationsfreiheiten auf die Intermediäre auszudehnen. Die Frage, die mich dabei zunächst einmal interessiert, ist: Tun Sie das, um subjektive Berechtigungen der Intermediäre zu schaffen, oder geht es Ihnen mehr darum, objektivrechtliche Verpflichtungen der Intermediäre zu begründen, etwa hinsichtlich der Rundfunkfreiheit? Wie dem aber auch sei, ich halte diesen Ansatz für sehr problematisch, denn die Intermediäre sind im Schwerpunkt nicht Verteiler eigener Inhalte, wie die klassischen Massenmedien. Sie sind von daher nicht – vergleichbar den klassischen Massenmedien – Medien und Faktoren der Meinungsbildung. Soweit sie Potenzial zur Einwirkung auf den Meinungsbildungsprozess haben – und das haben sie sicherlich –, können davon ausgehende Probleme auch auf der Schrankenebene etwa von Wirtschaftsgrundrechten gelöst werden. Der zweite Punkt: Sie fordern dazu auf, die Trennung zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit aufzugeben. Nun mag es sicher richtig sein, dass im Zuge der Digitalisierung und der fortschreitenden Medienkonvergenz wir diese klassischen Sektoreinteilungen überwinden müssen, um zu einer konvergenztauglichen Verfassungsdogmatik zu kommen. Allerdings ist es leicht gesagt, wir müssen Presse- und Rundfunkfreiheit sozusagen integrieren und nicht fragmentieren. Es ist aber schwer getan angesichts einer durch das Bundesverfassungsgericht immer noch aufrechterhaltenen Sonderdogmatik der Rundfunkfreiheit, in welcher schon auf der Ebene des Garantiebereichs bestimmte Ordnungsstrukturen zumindest stark vorkonturiert werden. Man kann die Trennung nicht aufgeben, ohne sich zu entscheiden, entweder die Dominanz objektiv-rechtlicher Gehalte auf die Pressefreiheit auszudehnen, oder aber die Rundfunkfreiheit liberaler zu interpretieren, was mir deutlich sympathischer wäre. Die dazu notwendige grundsätzliche Umorientierung in der Dogmatik kann ich derzeit auf breiter Front noch nicht erkennen. So muss man auch sehen, dass angesichts der herrschenden unterschiedlichen Ordnungsstrukturen im Bereich der Presse- und Rundfunkfreiheit die Pressehäuser für ihre Online-dienste ja *wegen* dieser differenten Strukturen gerade auf der Trennung der beiden Grundrechte beharren und dafür werben, ihre Internetseiten dem Schutzbereich der liberaleren Pressefreiheit zuzuordnen.

Frank Fechner: Ich würde gerne ausgehen von dem Begriff, wenn ich es richtig gehört habe, „Manipulationsfreiheit“. Ist es tatsächlich möglich, dass uns der Staat vor Manipulationen in Zukunft schützen wird? Ein sicherlich sehr schöner Gedanke und ich würde mich freuen, wenn das funktionieren würde, nur ich denke, ganz so einfach liegen die Dinge

nicht. Ich möchte es an drei Beispielen zeigen, weil gerade die Pluralität der Meinungen doch bisher immer unser Ausgangspunkt, oberstes Gebot war, und ich jetzt hier so viele Einschränkungen höre, die mich auch ein wenig bedenklich stimmen. Also Social Bots haben wir gehört, sollte man verbieten, ein Gedanke, der sicher leicht nachvollziehbar ist, wenn man die verschiedenen Entwicklungen beobachtet. Nur innerhalb der Social Bots müssen wir vielleicht ein wenig differenzieren. Es gibt Social Bots, die durchaus sinnvoll sind. Wenn ich mich beispielsweise an eine Firma wende mit der Frage zu einem Produkt, erwarte ich dann tatsächlich, dass mir ein menschliches Wesen antwortet, oder bin ich nicht auch zufrieden, wenn ich weiß, dass die Antwort maschinengeneriert ist? Man müsste vielleicht differenzieren zwischen verschiedenen Arten von Social Bots. Politischen Parteien, war eine Forderung, müsste man den Einsatz von Social Bots verbieten. Das ist schon etwas Anderes. Im Übrigen müsste man vielleicht zumindest einmal prüfen, ob hier nicht die Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG in der ersten Variante, doch anwendbar ist, zumindest vielleicht auch hier wieder eine Differenzierung, wenn erkennbar ist, von wem dieser Social Bot eingesetzt wird. Ein zweites Beispiel habe ich heute gar nicht gehört: Suchmaschinen. Beeinflussen nicht auch Suchmaschinen in nicht ganz unerheblicher Weise die Meinungen? In Wahlkämpfen haben wir schon gehört, dass sich Suchmaschinenbetreiber damit brüsten, Wahlen beeinflussen zu können. Dann müssten wir hier vielleicht auch Verbote vorsehen. Wie das? Wie soll das gehen? Die ganzen Suchmaschinen zu sperren, kann wohl nicht richtig sein. Öffentlich-rechtliche Suchmaschinen sind gefordert worden – auch wieder ein guter Gedanke. Nur sehr wirklichkeitsfremd, glaube ich. Nun haben wir dieses schöne Netzwerkdurchsetzungsgesetz. Schon der Begriff scheint mir verfehlt und wir hören, dass dieses Netzwerkdurchsetzungsgesetz offensichtlich, so habe ich es jedenfalls verstanden, so gut ist, dass wir seinen Anwendungsbereich sogar noch erweitern müssen, indem wir die Straftatbestände, die schon bestehen, noch weiter ausdehnen. Also ich habe hier gewisse Probleme im Hinblick auf dieses Netzwerkdurchsetzungsgesetz. Vor allem in handwerklicher Hinsicht. Die Europarechtswidrigkeit wurde angesprochen. Ich denke, man kann sagen, diese ist sogar ziemlich klar. Die E-Commerce-Richtlinie gibt hier bestimmte Fristen vor und der deutsche Gesetzgeber setzt sich darüber hinweg. Im Übrigen kann man auch fragen, ob überhaupt eine Bundeskompetenz besteht. „Recht der Wirtschaft“? „Recht der Jugend“? Alles schön und gut. Nur geht es nicht letztlich um Medieninhalte? Und wenn es um die Beeinflussung von Medieninhalten durch den Staat geht, ist sicherlich der Bund nicht zuständig, sondern allenfalls die Bundesländer. Es gibt eine ganze Reihe von Problemen. Die Kürze der Zeit verbietet mir, die hier alle auszubreiten, etwa die Frage des Bestimmtheitsprinzips. Hate speech,

der Begriff kommt übrigens gar nicht vor in dem Gesetz, und Social Bots sind sowieso nicht geregelt. Und es geht hier ja nur um ganz bestimmte Straftatbestände, die überhaupt umfasst sind. Sind die erschöpfend, oder ist das überhaupt der richtige Bereich? Offensichtliche Rechtswidrigkeit – was ist das eigentlich? Die Schulung der Mitarbeiter wird gefordert – was ist das genau? All diese Dinge sind völlig offen. Der Gleichheitssatz stellt ein weiteres Problem dar, da nur Netzwerke mit über zwei Millionen registrierten Nutzern erfasst sind. Der Staat delegiert staatliche Pflichten an Private und ermächtigt sie zu meinungsrelevanten Einflussnahmen weithin ohne gerichtliche Kontrollmöglichkeiten. Das halte ich auch für falsch. Letztlich ist eine Beeinflussung von Inhalten insbesondere auch durch das Bundesamt für Justiz möglich, so dass staatliche Eingriffe in Medieninhalte denkbar sind. Daher halte ich das Netzwerkdurchsetzungsgesetz für äußerst bedenklich.

Dieter Dörr: Beide vorzüglichen Referate geben Anlass, viel zu diskutieren, aber ich will mich auf zwei Punkte beschränken, so sehr ich auch gerne noch weitere Fragen stellen würde. Ich knüpfe an beim Referat von *Indra Spiecker*. In diesem Referat wird aus meiner Sicht völlig zutreffend ausgeführt, dass natürlich Demokratie von Fragmentierung auch lebt, von unterschiedlichen Gruppen, von der Diskussion unterschiedlicher Meinungen, von unterschiedlichen Herangehensweisen. Nur das bringt die Demokratie ja nach vorne, nur das ermöglicht neue Lösungen, nur das ermöglicht die Diskussion auch über neue Fragen. Aber, und auch das ist angesprochen worden, aber das wollte ich nochmal fragend vertiefen, Demokratie hat auch gewisse Voraussetzungen. Der Begriff der Demokratiefähigkeit ist insoweit gefallen. Denn Demokratie beruht ja auf der Vorstellung, dass alle Menschen die gleichen Rechte haben, dass Freiheit in einem bestimmten Sinne verstanden wird, nämlich Freiheit auch in Anerkennung der Freiheit der Anderen, und auf diesen Voraussetzungen allein kann überhaupt nur Demokratie stattfinden. Ich würde gerne fragen: Müssen nicht auch diese Voraussetzungen ein Stück weit gesichert werden? Denn diese Voraussetzungen sind keineswegs selbstverständlich. Wir gehen davon immer aus, dass die Demokratievoraussetzungen selbstverständlich seien. Sie sind es aber nicht, sondern diese Grundwerte des Grundgesetzes müssen vermittelt werden. Und auch dabei spielen Institutionen, die im Referat von *Indra Spiecker* angesprochen worden sind, für mich eine zentrale Rolle. Nämlich Schulen, Universitäten und natürlich auch die Medien und vor allem auch die öffentlich-rechtlichen Medien, weil man die in Pflicht nehmen kann. Das ist ein Punkt, zu dem ich gerne nochmal nachfragen wollte. Der zweite Punkt, der für mich von zentraler Bedeutung ist, sind die Treffräume. Den Begriff finde ich übrigens treffend, um es so zu formulieren. Man könnte

auch sagen: Diskussionsforen, aber da würde man es etwas verkürzen, nämlich auf die Bereiche, die Räume, wo Meinungen ausgetauscht werden. Die zentrale Herausforderung – und das ist wunderschön herausgearbeitet worden – für die Verkürzung der Diskussion ist die Personalisierung im Bereich der Digitalisierung, nicht die Digitalisierung als solche, sondern die Personalisierung. Und da würde ich gerne noch fragen: Wie können wir diese Treffräume offenhalten? Da gibt es, glaube ich, noch Nachfragebedarf. Da wurden Governance und Governance-Strukturen angesprochen – aber reicht das wirklich aus?

Hans Herbert von Arnim: Vielen Dank für die beiden Referate. Ich habe viel gelernt, viele Anregungen erhalten und ich freue mich auf die schriftliche Fassung, in der man das noch einmal nachlesen kann. Ein Thema, das sich meines Erachtens, aber vielleicht bin ich da voreingenommen, aufdrängt, ist die Fragmentierung innerhalb der politischen Parteien. Fragmentierung und Parteien sind ja heute unsere Themen. Diese Fragmentierung innerhalb der Parteien umfasst unter anderem die Parteien im Sinne des Parteiengesetzes, die Fraktionen sowie die Abgeordneten und ihre Mitarbeiter. Da haben ja alle Untergruppen die gleichen politischen Ziele: einmal Machterwerb und Machterhalt im politischen Wettbewerb untereinander, zum anderen aber auch die Verbesserung des eigenen Status, wobei dann alle miteinander in eigener Sache zusammenwirken. Die Politikwissenschaft unterscheidet hier zwar zwischen den Untergruppen, fasst aber alle drei Gruppen zusammen unter einen umfassenden *party*-Begriff, während die Staatsrechtslehre, also wir, immer noch sehr trennt zwischen diesen Parteigruppen und die gemeinsame Zielsetzung teilweise unterschlägt. Es passt vielleicht ganz gut hierher, dass der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in einer heute veröffentlichten Entscheidung einerseits nochmal die problematische Trennung zwischen Parteien, Fraktionen und Abgeordneten-Mitarbeitern unterstrichen hat, dabei aber andererseits auch die oft mangelnde Unterscheidbarkeit und Kontrolle, etwa der Abgeordneten-Mitarbeiter von den Parteien, betont hat und die Entwicklung solcher Unterscheidbarkeit und Kontrollen vom Bundestag ausdrücklich fordert, ihm also aufgegeben hat. Die Probleme zeigen sich im Rahmen der staatlichen Parteienfinanzierung besonders deutlich. Die Abgeordneten-Mitarbeiter erhalten ja inzwischen sehr viel mehr Mittel als die eigentliche staatliche Parteienfinanzierung. Meine Frage an beide Referenten: Sollten wir also nicht auch in der Staatsrechtslehre das gemeinsame Ziel aller dieser innerparteilichen Gruppen stärker unterstreichen und so hier diese Fragmentierung sozusagen bündeln?

Anna Leisner-Egensperger: Liebe Frau *Spiecker*, ich hätte eine kritische Nachfrage zu Ihrer letzten These (35). Sie plädieren darin für einen Anspruch der öffentlichen Schulen auf eine Ausstattung, die derjenigen privater Bildungsanstalten finanziell, personell und sachlich vergleichbar ist. Ich frage Sie: Ist denn diese Schutzpflicht des Staates, wenn man sie so weit versteht, real erfüllbar? Wäre ein solcher Anspruch nicht gerichtet auf eine geradezu unmögliche Leistung, wenn ich mir etwa das Grundschulsystem einer deutschen Großstadt ansehe? Dort gibt es öffentliche Spenngeschulen, in denen auch in sozialen Brennpunkten *eine* einzige Grundschullehrerin für eine ganze Klasse zuständig ist, für Kinder, die zum Teil einen Migrationshintergrund und erhebliche Sprachschwierigkeiten haben; natürlich ist sie überfordert mit der Stoffvermittlung. Auf der anderen Seite bestehen teure Privatschulen mit mindestens zwei pädagogischen Kräften, Sozialarbeitern und kleinen Klassen. Wie soll ein solcher Anspruch, wenn er an ein Vergleichsmodell anknüpft, tatsächlich erfüllt werden? Wäre es dogmatisch nicht vorzugswürdig, an die klassische Linie des Bundesverfassungsgerichts zum Sozialstaatsprinzip anzuknüpfen? Das Sozialstaatsprinzip umfasst ja bekanntlich zwei Komponenten. Zum einen soll ein zu weites Auseinanderdriften zwischen Arm und Reich verhindert werden, zum anderen geht es darum, einen gewissen sozialen Mindeststandard zu gewährleisten, das sogenannte Existenzminimum. Bekanntlich ist es so, dass sich das zu weite Auseinanderdriften zwischen Arm und Reich nicht verhindern lässt, dass die Schere insoweit immer weiter auseinandergeht, während es ja immerhin gelingt, ein monetär festgelegtes Existenzminimum regelmäßig auszubezahlen. Wenn man dies jetzt überträgt auf den Anspruch, den man staatlichen Schulen gewähren könnte, dann wäre meines Erachtens richtiger anzusetzen bei diesem Mindeststandard, so dass ein ordnungsgemäßer, stoffvermittelnder Unterricht möglich ist. Insoweit eine personelle Mindestausstattung festzulegen wäre besser als ein Vergleichsmodell heranzuziehen, welches darüber hinaus den Nachteil hätte, dass es die Vielfalt, die letztlich etwas Positives ist, etwas, von dem Veränderungsimpulse ausgehen, wie Sie das ja zu Recht betont haben, letztlich einebnet.

Tonio Klein: Ich habe eine konkrete Nachfrage an Sie, Herr Kollege *Magen*, was die Anknüpfung an die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG betrifft. Insoweit hatten Sie zu Recht darauf hingewiesen, dass sie teils historisch bedingt und teils nicht ganz homogen sind. Da würde mich beispielsweise interessieren, ob Sie dort eine gewisse Binnendifferenzierung sehen würden. Mich hat auch ein wenig überrascht, dass Sie aus dem Strafbuch nicht den § 166 erwähnt haben, der ja für eines dieser Merkmale eine gewisse Sonderstellung enthält. Vielleicht könnten Sie dazu noch einmal Stellung nehmen: Hat der noch seine Existenzberechtigung, oder

wird das durch § 130 StGB und anderes aufgefangen? Von der Frage der Binnendifferenzierung einmal abgesehen: Was wäre eigentlich mit Analogiebildung? Anerkannt ist das, meines Erachtens zumindest de facto, seit dem Bundesverfassungsgerichtsurteil zur Hinterbliebenenversorgung im Jahre 2009 für die Homosexualität. Was wäre mit ähnlichen Dingen wie der Trans- und Intersexualität? Was wäre aber auch mit einem Hineinlesen der Merkmale des Art. 21 Abs. 1 der Europäischen Grundrechtecharta? Und wenn wir das hineinlesen, geht es dann nicht vielleicht an der einen oder anderen Stelle, obwohl ich mit Ihrem Ziel einverstanden bin, doch ein bisschen weit? Da steht etwas von Gründen des Alters. Müssen wir uns jetzt bei jedem Satz vorsehen, der beginnt mit den Worten: „Oh Gott, die Jugend von heute“? Können wir Bagatellfälle eigentlich noch vernünftig abgrenzen? Ich sehe da ein gewisses Problem auch in Ihren Thesen (20) und (21), inhaltlich wie methodisch. Zwei kurze Beispiele: Eine mir bekannte Jüdin und zweite Vorsitzende einer jüdischen Gemeinde berichtete mir von einem Anruf bei dieser jüdischen Gemeinde mit den Worten, ich zitiere leider wörtlich: „Die Gasöfen sind schon auf dem Weg zu Ihnen und eingeschaltet“. Beispiel zwei: Der bekannte Fernsehjournalist, Kolumnist und Christ Peter Hahne hat geschrieben: „Atheismus ist Dummheit“. Nun bin ich Atheist, habe mich ein bisschen darüber geärgert, aber kann auch damit leben. Dies wäre also für mich ein Bagatellfall, Ersteres nicht, auch wenn sich die Polizei mangels konkreter Individualisierbarkeit geweigert hat, zu ermitteln. Diesen Fall könnten Sie mit Ihrer Theorie sicherlich auffangen. Andererseits aber die Frage: Wie grenzen Sie den einen von dem anderen ab? Nach den Thesen (20) und (21), wie ich sie verstehe, sind beide Fälle im strafwürdigen Bereich. Wenn Sie dann noch die Schwelle der konkreten Gefahr sehr weit absenken, haben Sie auch ein methodisches Problem: Das Tatbestandsmerkmal, beispielsweise bei § 130 StGB, dass zusätzlich zu der Herabwürdigung eine Gefahr für den öffentlichen Frieden gegeben sein muss, haben Sie im Grunde weginterpretiert. Soll das gestrichen werden, oder ist dies im Wege der Interpretation möglich?

Rainer Hofmann: Auch von mir zunächst vielen Dank für zwei besonders anregende Referate. Mich würde interessieren und meine Frage geht dahin, was eigentlich passiert bzw. was geschehen kann oder sollte, wenn die Fragmentierung so weit geht oder so weit getrieben wird, dass das, was Du *Indra*, ich glaube zu Recht, als positives Veränderungspotential bezeichnet hast, so weit geht, dass es nicht mehr positiv eingefangen werden kann, dass also keine demokratischen Diskurse, keine positiven Veränderungen mehr daraus entstehen, sondern sich Menschen aus der Einheit, sei es der Staat, sei es eine supranationale Einheit, zurückziehen, entweder in eine Parallelgesellschaft, die es ja angeblich in Deutschland zum Teil gibt, oder

in Prozesse, wie wir sie in Schottland oder Katalonien gesehen haben und sehen. Wie kann ein Staat da reagieren, wie soll er da reagieren? Dann ein ganz kurzer Kommentar zur These (24) von Ihnen, Herr *Magen*, zum NPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Ich habe es sehr begrüßt, dass das Bundesverfassungsgericht sich in seinem Urteil von der, wie soll ich sagen, Nutzbarmachung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch den EGMR in dessen Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK hat inspirieren lassen und den Weg in Richtung Parteienfinanzierungsregelung gewiesen hat. Ob die Umsetzung dieses Rates dann so optimal gelungen ist, ist sicherlich unser Thema heute.

Christian Bickenbach: Zunächst eine Frage an Sie, Herr *Magen*. Sie haben sich für eine Stärkung des gruppenbezogenen Grundrechtsschutzes ausgesprochen, so habe ich Sie verstanden, also eine staatliche Schutzpflicht bis hin zu einem Anspruch auf staatlichen Schutz für entsprechende Gruppen. Mein Bedenken ist, ob Sie damit nicht genau das Gegenteil von dem erreichen, was Sie erreichen möchten, nämlich, dass Sie gewissermaßen zu einem *clash of the groups* kommen, dass sie damit genau das befeuern, was sie eigentlich bekämpfen wollen, ein Aufeinandertreffen der Gruppen. § 166 StGB ist schon genannt worden. Es gibt Gruppen, die sind empfindlicher, und es gibt Gruppen, die sind weniger empfindlich. Die Frage ist dann, welche Gruppe hat das größere Erregungs- und Entzündungspotential und kann das auch besser medial transportieren. Bewirkt das nicht genau das Gegenteil von dem, was Sie beabsichtigen? Die andere Anmerkung geht in die Richtung, die *Karl-Eberhard Hain* bereits angesprochen hat: die Begrenzung von Presse und Rundfunk mit den Stichworten „einheitlicher Schutzbereich“ und Wegfall des „Verbots der Presseähnlichkeit“. Die Frage nach neuartigen Governance-Strukturen nenne ich jetzt mal etwas böse strategische akademische Dunkelheit. Was ist das? Das kann alles sein, das kann nichts sein. Zugespitzt gefragt: Bedeutet das eine öffentlich-rechtlich finanzierte Presse oder einen Wechsel in der öffentlich-rechtlichen Rundfunkdogmatik an anderer Stelle? Das hätte ich doch gerne etwas genauer gewusst.

Norbert Ullrich: Zu dem Referat von Herrn *Magen*, das ja stark rechtspolitisch geprägt war, möchte ich in zwei Punkten Zweifel anmelden. Ich sehe vor allem zwei grundlegende Probleme, denn mir scheint die Sicht von Herrn *Magen*, der Menschen vor allem durch ihre Gruppenzugehörigkeit geprägt sieht, ein Stück weit dem Grundverständnis unseres Grundgesetzes zu widersprechen, das doch eher individualistisch ist. Unter anderem verbietet ja das Grundgesetz gerade im zitierten Art. 3 Abs. 3 GG die Anknüpfung an gruppenbezogene Kriterien und statuiert in Art. 5 Abs. 2

GG bewusst die *persönliche* Ehre als Schranke für die Meinungsfreiheit, nicht aber die Gruppenehre. Diese Entscheidung des Grundgesetzes scheint mir das Referat von Ihnen, Herr *Magen*, ein wenig aushebeln zu wollen.

Josef Isensee: Ich darf in dieselbe Kerbe hauen. Der gutgemeinte Vorschlag von Herrn *Magen*, einen Gruppenehrenschatz zu schaffen, setzt voraus, dass hier eine Lücke besteht. In Wahrheit ist das Feld der Äußerungsfreiheit aber durch Tabus eingehegt. In vielen heiklen Themen übt jeder Vorsicht, ob er sich öffentlich äußert und wie er sich äußert. Manche Tabus werden durch das Recht sanktioniert. Doch Tabus haben diese Sanktion nicht nötig. Dagegen braucht der Gruppenehrenschatz das Tabu. Wo ein rechtliches Äußerungsverbot nicht durch ein gesellschaftliches Tabu unterfangen wird, bleibt es wirkungslos. Prototyp einer Schutznorm für kollektive Ehre müsste die Religionsbeschimpfung sein. Doch die Strafverfolgung geht hier praktisch ins Leere. Die Gründe liegen auf der Hand. Wir Staatsrechtslehrer haben dazu beigetragen, den rechtlichen Schutz der außerrechtlichen Belange eines gedeihlichen Umgangs mit der Gruppenehre abzubauen durch überzogene Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit, nämlich im Schutz der öffentlichen Ordnung. Diese Eingriffskategorie könnte der Verwaltung ermöglichen, öffentliche Provokationen und Schmähungen ad hoc, situationsbezogen und situationsbegrenzt zu unterbinden, elastischer, diskreter und wirksamer, als ein strafrechtliches Verbot es könnte. Dagegen ist der strafrechtliche Ehrenschatz kaum jemals wirksam, sogar dann kaum, wenn es um die *persönliche* Ehre geht. Der strafrechtliche Ehrenschatz kann den Täter der Beleidigung, üblen Nachrede oder Verleumdung zum Märtyrer der Meinungsfreiheit erheben, während er der Ehrverletzung zusätzliche Publizität verschafft und im Resonanzraum der Justiz zu Nachhaltigkeit verhilft, so dass das Opfer der Beleidigung neue Demütigungen hinnehmen muss. Alles spricht dafür, hier Vorsicht walten zu lassen. Vollends ist Vorsicht anzuraten, wenn die Sonde des Schutzes der kollektiven Ehre nun auch in die Auseinandersetzung zwischen den politischen Parteien und ihren Wettbewerb um den Wähler eingeführt werden sollte. Der politische Streit entfacht Leidenschaft, mit ihr zuweilen Hass, Schmähung, rhetorischen Unflat. Soll es in Zukunft um der guten Sitten oder des öffentlichen Friedens willen rechtlich verboten werden, dass die Opposition die Regierung „jagen“ oder gar in die „Fresse“ hauen will? Unter den Bedingungen demokratischer Freiheit weckt jedes öffentliche Wort das Widerwort, und jede Schmähung kann auf den, der sie ausspricht, zurückfallen. Die Sonne der Freiheit scheint über Weizen und Unkraut. Wer alles Unkraut, das in der Demokratie wächst, vernichten will, wird am Ende auch dem Weizen schaden.

Harald Eberhard: Beide eindrucksvollen Referate haben in unterschiedlicher Weise Antworten des Rechts auf die Fragmentierung von Demokratie in den Mittelpunkt gestellt. Frau *Spiecker* hat dabei eine positive Konnotation im Sinne von notwendigen Funktionsbedingungen vorgenommen, wogegen Herr *Magen* Bedrohungsszenarien untersucht hat, die durch diese Fragmentierung entstehen oder auch schon entstanden sind. Ein gemeinsamer Bezugspunkt bei beiden Referaten sind aber die Grundrechte gewesen. Meine Bemerkung möchte das Spannungsverhältnis beleuchten, welches bei Grundrechten im Zusammenspiel von erster und dritter Gewalt verbunden ist. Herr *Magen*, Sie haben in Ihrer These (25) die Einführung eines Rechts des unlauteren politischen Wettbewerbs postuliert. Der Ruf nach dem Gesetzgeber in einem zentralen Bereich demokratischer Prozesse wirft in unterschiedlicher Weise Fragen auf. Die erste Frage ist zunächst einmal, welche Rolle den Gerichten auf Basis dieses neuen Rechts zukommen soll. Steht das Ganze nicht schon grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip, wenn wir – was man ja auch durchaus mit guten Gründen bestreiten kann – die Verfassung als eine „Spielregel-Verfassung“ sehen, die für diesen politischen Prozess eine Rahmenordnung abgeben soll, innerhalb derer, wie das Herr *Isensee* gerade formuliert hat, unterschiedliche Gewächse gedeihen oder eben nicht gedeihen können sollen? Ist der Ruf nach dem Gesetzgeber in diesem zentralen Bereich daher nicht ein gefährlicher? Die zweite Frage: Wie sieht es mit den Sanktionen in diesem Recht aus? Meine Frage wäre: Welcher Art sind diese Sanktionen und wer soll über diese entscheiden? Und im Besonderen: Wie würde dieses „Wettbewerbsrecht neu“ zu bestehenden Instrumentarien, wie vor allem dem schon mehrfach bezogenen Parteiverbotsverfahren gemäß Art. 21 Abs. 2 GG stehen? Vielleicht könnte hier in dem Sinne eine „Präventivfunktion“ ausgeübt werden, dass man ein Parteiverbotsverfahren nicht erfolgreich ins Werk setzen, aber – zumal im Lichte der Änderung des Art. 21 GG im heurigen Jahr – an anderen Instrumentarien wie etwa der staatlichen Parteienfinanzierung ansetzen könnte? Das alles sind für mich Fragen, die sich mit dem Ruf nach dem Gesetzgeber in diesem Bereich stellen. Hier würden mich gewisse Grundlinien doch noch ein Stück weit mehr interessieren.

Andreas Dietz: Vielen Dank beiden Referenten für die interessanten Referate. Gestatten Sie mir, an die Grundlagen beider Referate anzuknüpfen und eine These in Frageform zu formulieren: Könnte es sein, dass der Wahlerfolg einer gewissen populistischen Partei am vorletzten Sonntag einfach eine Reaktion ist auf einen vom politischen System, namentlich dem Bundestag, verweigerten Diskurs *im* System? Ich denke da an die großen Verfassungsgrundsätze des Parlamentsvorbehalts und des Wesentlichkeitsprin-

zips. Letztlich ist doch das Parlament die Herzkammer unserer Demokratie. Aber ich vermisse eine Generaldebatte des Bundestags über Grund und Grenzen des Alleingangs der Bundesregierung im Herbst 2015. Ich vermisse eine Grundsatzdebatte des Bundestags über Zweck und Ziele einer Zuwanderungspolitik und ich vermisse auch einen Untersuchungsausschuss über die Rechtmäßigkeit des Handelns der Bundesregierung im Herbst 2015. Es war ein Alleingang ohne das Parlament und viele Äußerungen der Kolleginnen und Kollegen dieser Vereinigung zeigen auch das unterschiedliche Meinungsbild, welche Rechte damals verletzt oder gewahrt wurden. Hier bräuchten wir dringend Rechtssicherheit für den Fall, dass sich eine vergleichbare Krise auf europäischer Ebene wiederholen sollte. Und was tat das Parlament? Der Bundesgesetzgeber hat zuletzt sich um beschleunigte Abschiebungen gekümmert, um das Verbot der Kinderehe, um die Bekämpfung missbräuchlicher Vaterschaften, aber all das ist ein Kurieren an den Symptomen, nicht die Diskussion ihrer Ursachen. Und der digitale Diskurs in den sozialen Medien könnte auch ein Ausweichverhalten derjenigen sein, die sich im analogen Diskurs im Parlament nicht wiederfinden. Umgekehrt aber sehe ich im Wahlerfolg dieser Partei nicht so sehr die Krise unseres Systems, sondern eine Chance für dieses System. Denn wir haben jetzt die Chance, dass sich diejenigen, die diese Partei gewählt haben, zumindest einer Debatte im Bundestag nicht mehr entziehen werden, dass diese Partei unter Beweis stellen muss, dass sie demokratiefähig und zu einer konstruktiven Politik im Stande ist. Und wir haben vielleicht die Chance mit Blick auf eine künftige Bundestagswahl, jene Wechselwähler und jene Nichtwähler wieder ins System zu integrieren, die aus Frustration diese Partei situativ dieses Mal gewählt haben. Und es wäre schön, wenn der Bundestag als „Treffraum“ seine verfassungsrechtlichen Aufgaben hier wieder voll wahrnehmen würde.

Ulrich Jan Schröder: Die Redeweise vom verfassungsrechtlichen Kontext beschwört ja die Abgrenzung zu den Verfassungsvoraussetzungen herauf, die der Staat, wenn er freiheitlich säkular ist, nicht garantieren kann, aber von denen er lebt. Insoweit schwingt in der Diskussion eigentlich immer, zumindest bei diesem Generalthema, auch das Diktum von Herrn *Böckenförde* mit, und ich glaube, die Grundrechtsdogmatik ist ein Hauptschauplatz für diese Verhältnisbestimmung bzw. Grenzziehung. Es ist auch ganz richtig, dass die Verbindung zwischen der Demokratie und insbesondere den Kommunikationsgrundrechten oder den sogenannten politischen Grundrechten eine enge ist und eine enge sein muss. Die Frage ist eben nur, von welcher rechtlichen Qualität dieses Näheverhältnis ist. Darauf lassen sich verschiedene Antworten geben. Man kann von einer teleologischen Auslegung der Grundrechte ausgehen. Sind sie demokratisch zu benutzen,

oder ist das nur eine Verfassungserwartung? Gibt es dienende Freiheiten? Sicherlich hat der Staat, wenn er Grundrechtsträger ist, wie beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk, eine dienende Freiheit. Aber hat der private Rundfunkveranstalter eine dienende Freiheit? Soll man Art. 8 GG eng auslegen, oder gibt es vielleicht sogar der Wortlaut vor, dass nur politische Versammlungen von ihm geschützt sind? Mit einer derartigen teleologischen Auslegung grundrechtlicher Schutzbereiche ist man ja eigentlich sehr vorsichtig, und dann verlagert man das zu Recht auf die Rechtfertigungsebene. Nur kauft man sich auf der Rechtfertigungsebene wieder ähnliche Probleme ein, die dann unter dem Etikett der Indienstrafnahme firmieren. Wie eng muss denn der Bezug des Eingriffsadressaten zu dem Gemeinwohlzweck sein, zu dessen Gunsten er Einbußen in seiner Freiheit hinnehmen muss? Die Schutzbereichsthematik muss ausdiskutiert werden, oder es muss auf der Rechtfertigungsebene eine Diskussion der Indienstrafnahme-Thematik stattfinden. Zu den Treffräumen: Ersetzt man den Begriff Treffräume durch denjenigen der öffentlichen Foren, ist man bei Fraport-Entscheidung und Bierdosen-Flashmob und wirft damit die Frage der Drittwirkung von Grundrechten auf. Und die Drittwirkung ist ja eigentlich dasjenige Konstrukt, auf das man sich vielleicht einigen kann, wenn man die Problematik nicht auf der verfassungsdogmatischen Ebene von Indienstrafnahme oder teleologisch-demokratischer Schutzbereichsauslegung ganz grundsätzlich angehen möchte. Nur kommt man so wieder in ähnliche Bereiche wie bei der Indienstrafnahme. Wenn man einen Anbieter virtueller Foren verpflichtet, sich für bestimmte Nutzer oder Inhalte zu öffnen, oder wenn man ihn für Verfehlungen Dritter haften lässt, dann ist es jeweils eine Indienstrafnahme. Damit muss man sich auch beschäftigen. Soll man alles geschehen lassen und auf die Verfassungsvoraussetzungen vertrauen, also, so würde ich es vielleicht nennen, eine unsichtbare Hand gewähren lassen, oder soll der Staat steuern, obwohl man doch gar nicht so gut steuern kann? Dabei steht die Dogmatik der deutschen Grundrechte unter dem Einfluss von Menschenrechten der EMRK, von Unionsgrundrechten und Grundfreiheiten, die gerade mit Drittwirkung stark angereichert sind.

Uwe Volkmann: Vielen Dank auch von mir nochmal für zwei wunderbare Referate. Ich möchte aber vielleicht den Blick noch einmal auf die Grundfrage zurückwerfen, warum wir überhaupt über Fragmentierung reden und warum wir das als Problem empfinden. Das verweist auf den Gegenbegriff von Fragmentierung und dieser Gegenbegriff ist, *Indra Spiecker* hat es gesagt, das Ganze oder irgendeine Art von Einheit. Und die Frage, wieviel Fragmentierung braucht (*Indra Spiecker*) oder verträgt (*Stefan Magen*) die Demokratie, lässt sich dann auch als die Frage reformulieren, wieviel Einheit verträgt oder braucht die Demokratie. Darauf gibt es in der Staatsphi-

losophie zwei klassische Antworten. Die eine ist die kantische: Die Republik kann auch durch ein Volk von Teufeln errichtet werden, wenn sie nur einen Rest von Verstand haben. Die andere ist die hegelsche: Das Prinzip der modernen Staaten hat diese ungeheure Stärke und Tiefe, die individuelle Freiheit sich zum Extrem der persönlichen Besonderheit vollenden zu lassen und zugleich eben in eine grundsätzliche Einheit zurückzuführen und darin zu erhalten. In dieser Gegenüberstellung würde man vielleicht *Indra Spiecker* eher auf die Seite Kants und *Stefan Magen*, da wird er nun schimpfen, eher auf die Seite Hegels schlagen können. Wenn wir aber von hier aus fragen, was jetzt eigentlich die Bedrohungen oder Gefährdungen der Einheit sind, die wir wahrnehmen, dann sind es nicht einzelne punktuelle Ereignisse, wie dass da mal eine neue Partei ins Parlament kommt oder dass dieser oder jener etwas Schlimmes auf Facebook postet. Sondern es sind Veränderungen in dem, was diese Ereignisse alle bedeuten. Es sind Veränderungen in der allgemeinen Kultur, es sind Veränderungen in der Welt der Zeichen und Bedeutungen, an denen wir uns orientieren, Veränderungen in dem, was wir, wieder so ein hegelscher Begriff, als das innerlich „Haltende“ der Demokratie empfinden. Von hier aus stellt sich dann die Frage: Wie kann das Recht darauf reagieren und was können wir als Juristen dazu überhaupt sagen? Das Recht kann natürlich einzelne punktuelle Grenzüberschreitungen sanktionieren, aber wenn das Problem da liegt, wo ich es beschrieben haben, dann treffen diese Sanktionierungen das Problem überhaupt nicht, sondern allenfalls dann, wenn etwas von diesen Sanktionierungen zugleich auf diese tiefere Ebene zurückwirkt. Von hier aus fällt dann auch automatisch wieder der Blick auf die Verfassung, in der sich vielleicht dieses Haltende heute am ehesten verkörpert, als ein gemeinsames Band, das von den Bürgern als solches gewusst wird, aber dazu eben in bestimmten Momenten auch immer wieder aktiviert und in Szene gesetzt werden muss. Und hier liegt dann vielleicht auch das eigentliche Problem der Entscheidung im NPD-Verbotsverfahren. Es liegt nicht darin, dass hier eine Partei nicht verboten worden ist, die keine politische Bedeutung hat und von der wir ohnehin wissen, dass sie eine sterbende Partei ist. Sondern das Problem liegt darin, dass dieses Zeichen, dass bestimmte Dinge im politischen Diskurs nicht gesagt werden dürfen, unabhängig davon, ob man damit irgendwann mal die Fünf-Prozent-Hürde überspringt oder nicht, nicht gesetzt worden ist.

Markus Kotzur: Ich darf an Herrn *Volkman* anknüpfen. Herr *Magen* hat uns ja ein Fragmentierungsphänomen bzw. Fragmentierungsphänomene vorgestellt. Frau *Spiecker* hat sich stärker mit dem Fragmentierungsbegriff auseinandergesetzt und die positive Dynamisierung dieses Begriffs ist mir außerordentlich sympathisch. Dennoch frage ich mich, ob wir begrifflich

noch schärfer werden müssen, ob Fragmentierungen, Diversifizierungen, Diversifikation, Differenzierungen nicht doch qualitativ etwas Unterschiedliches meinen und wir an diesen qualitativen Unterschieden noch stärker arbeiten müssen. Ich glaube, es geht auch um unseren Blick auf den Begriff der Fragmentierung, es geht vielleicht auch um Fragmentierungen in unserer Beobachtung von politischen Prozessen, die mir auch in dieser Diskussion wieder präsent zu sein scheinen. Auch der Beobachter von Fragmentierungen denkt vielleicht in fragmentierten Welten und meine Frage ist: Gibt es letztlich auch so etwas wie strukturelle Fragmentierungen, nämlich Fragmentierungen in genau jenen Institutionen und Verfahren, die die Demokratie am Leben erhalten und lebendig halten? Herr *Dietz* sprach von Ausweichverhalten, infolgedessen das Parlament seine Funktion nicht erfüllen kann. Erleben wir vielleicht nicht die vereinzelt, gefährliche Erscheinung von neuen Phänomenen – das Aufkommen der AfD, mit dem wir vielleicht noch ganz gut leben können, ist mehrfach angedeutet worden – sondern funktionelle Brüche, Einbrüche in den Institutionen an denen wir stärker arbeiten müssen? Und schließlich auch ein Ausweichen vom demokratischen Diskurs innerhalb des Parlaments auf die neuen Medien, das in der Digitalisierungsdiskussion von Frau *Spiecker* auch noch einmal sehr deutlich angesprochen wurde.

Karsten Nowrot: Auch von meiner Seite noch einmal ganz herzlichen Dank für die beiden tollen Referate, obwohl dies natürlich bereits vielfach gesagt worden ist. Frau *Spiecker* hat im ersten Teil ihres Referats – im Hinblick auf die in beiden Referaten dargelegten Phänomene im Kontext der Demokratie bzw. im Kontext unseres politischen Gemeinwesens insgesamt – vor zu großem Steuerungsoptimismus gewarnt. Gleichwohl haben sich beide Referenten dann so gar nicht steuerungspessimistisch, und ich finde das im Grundsatz auch vollkommen zustimmungswürdig, in ihren Ausführungen vor allen Dingen mit rechtlichen Steuerungsmechanismen auseinandergesetzt, um die negativen Folgen dieser sogenannten Fragmentierung im vorliegenden Kontext zu adressieren und normativ zu erfassen. Dabei ist viel von staatlichen Schutzpflichten und auch von verbindlichen Verhaltenserwartungen an – so kann man es vielleicht charakterisieren – nichtstaatliche Akteure die Rede gewesen. Während mir dies beispielsweise im Zusammenhang mit dem von Herrn *Magen* im Prinzip, wie ich finde, sehr eindrucksvoll ausgearbeiteten und dargelegten grundrechtlichen Anspruch auf Schutz vor gruppenbezogenen Herabwürdigungen auch einleuchtet, ist dies bei anderen Kontexten und Phänomenen, die in den Referaten behandelt worden sind, für mich jedenfalls nicht sofort uneingeschränkt der Fall. Bei vielen dieser Phänomene geht es ja gar nicht so sehr um den Schutz oder gar um die Garantie von Voraussetzungen und Bedin-

gungen der Demokratie. Das wäre wohl nicht nur Steuerungsoptimismus, sondern vielleicht schon so etwas wie eine ungesunde Verabsolutierung der Steuerungsfähigkeit und des Steuerungsanspruchs des Rechts; das Diktum von *Böckenförde* ist ja schon gefallen. Ich meine, es geht hier eher um etwas, was man vielleicht staatliche Impulsgebungspflichten nennen kann, also um Impulsgebungspflichten mit dem Ziel einer Stärkung von Demokratie und gemeinsinnfördernden Verhaltensweisen, zu denen man in einem freiheitlichen Staat niemanden zwingen kann. Da sind wir dann nicht nur bei den Kontexten der Demokratie, sondern auch denen der Republik. Das will ich aber jetzt nicht weiter vertiefen. Ich bin jedoch der Ansicht, dass man diese inhaltliche Differenzierung zwischen Verhaltensvorgaben und Schutzpflichten auf der einen Seite sowie Impulsgebungspflichten auf der anderen Seite, im Sinne eines verfassungskonformen Steuerungsrealismus, auch terminologisch zum Ausdruck bringen sollte, indem man eben in vielen vorliegend relevanten Kontexten zutreffender von Impulsgebungspflichten spricht. Aber das ist natürlich zunächst einmal nur meine unmaßgebliche Auffassung und mich würde selbstverständlich vor allem interessieren, was die Referenten davon halten.

Silja Vöneky: Herzlichen Dank für diese schönen Referate. Ich habe zwei Fragen an *Indra Spiecker*. Eine theoretischere und eine sehr konkrete. Meine theoretischere Frage ist, inwieweit Du, so hatte ich Dich zunächst verstanden, einen sehr prozeduralen Demokratiebegriff entfaltetest, der diskursiv ausgerichtet ist. Ich frage dies auch, weil Du am Ende des Referats, es ist die These (33), noch einmal konkrete Schutzpflichten aufgreifst. Meine Frage wäre: Müssten wir bzw. sollten wir nicht auf dem Boden des Grundgesetzes argumentieren, dass Demokratie immer auch material ist, teleologisch ausgerichtet auf die Grundrechte, die eben mit Artikel 1 beginnend am Anfang des Grundgesetzes stehen? Das wäre meine erste Frage. Die zweite Frage ist auch ein Stück weit eine Bemerkung. Ich bin nicht sicher, ob wirklich das große Problem die Plattformendiversität ist, die Du angesprochen hast. Wenn wir auf Instagram uns bewegen, wenn wir Twitter nutzen, dann sehen wir, dass wir auf ganz unterschiedliche Meinungen zugreifen können. Auf Twitter kann ich der Bundesregierung folgen, aber auch dem russischen Präsidenten oder dem amerikanischen. Ich kann der katalanischen Regionalregierung folgen oder auch der spanischen Zentralregierung. Daher ist die Diversität der Plattformen meines Erachtens nicht das entscheidende Problem. Ein Problem ist eher die Sammlung vieler privater Daten (und darauf hatte Kollegin *Epiney* auch in der Pause hingewiesen), die dann genutzt werden für kommerzielle oder auch politische Zwecke. Und hier ist meine zweite Frage, ob man diese Datensammlung oder den Bürger vor deren Nutzung schützen könnte. Nicht durch Straf-

recht, was immer auch Vollzugsdefizite bringt, sondern durch neue Einrichtungen, etwa eine treuhänderische Verwaltung von Daten, die für uns die Daten, die über uns gesammelt werden, verwalten und dann im konkreten Austausch mit Google und den anderen Plattformbetreibern unsere Rechte schützen.

Stefan Magen: Mit Sicherheit werde ich nicht allen Fragen gerecht werden können. Lassen Sie mich mit der Frage von Herrn *Nowrot* anfangen. Was ich vorschlage, sehe ich weniger als Steuerung, denn als Gefahrenabwehr und Risikovorsorge. Damit möchte ich auch die Bedenken aufgreifen, die Herr *Isensee* so treffend formuliert hat. Beim Parteiverbot ist es greifbar, dass man ein Problem hat. Hier liegt es gewissermaßen wie beim Atomrecht: Man versucht die eine große Katastrophe zu verhindern, den GAU sozusagen, nämlich dass eine verfassungsfeindliche Partei politische Macht erlangt. Mit den Problemen, über die ich im Kontext von Hassreden gesprochen habe, verhält es sich dagegen eher wie mit dem Klimaschutz. Man hat es mit vielen kleinen Schädigungen zu tun, die für sich genommen zunächst unschädlich sind und auch über weite Strecken hinweg noch tolerabel bleiben, aber irgendwann das ganze System kippen. Dieser Problembezug hängt natürlich davon ab, ob meine Beschreibung der diskursiven Eskalationsdynamiken substantiiert ist oder nicht. Wenn sie zutrifft, dann gibt es irgendwann einen Punkt, den man vielleicht gar nicht bemerkt, oder der vielleicht auch schon überschritten ist, an dem die Gesellschaft sozusagen kippt und von einem Kooperationsmodus in einen Konfliktmodus gerät. Und dann sieht die Welt plötzlich anders aus. Dann wird es nämlich sehr schwer, wieder in einen Modus der Kooperation zurückzukommen. Ich finde, man sieht dies gut an der US-amerikanischen Demokratie, die von solchen eingefahrenen Konflikten geplagt wird. Jedenfalls was den Diskurs anbetrifft ist die US-amerikanische Demokratie schlicht dysfunktional. Dessen ungeachtet bin ich, Herr *Isensee*, im Grundsatz mit Ihrer Position sehr einverstanden. Ich meine nur, sie hat möglicherweise Grenzen, die vielleicht schon erreicht sind.

Lassen Sie mich auf verschiedene Rückfragen eingehen zu den einzelnen Punkten, die ich vorgeschlagen habe: Herr *Eberhard* hat nach dem Spannungsverhältnis meiner Vorschläge zur Offenheit des demokratischen Prozesses gefragt, Herr *Hofmann* hat gefragt, ob es nicht gelte, mit dem Bundesverfassungsgericht im Parteiverbotsverfahren den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stärker zu berücksichtigen, Herr *Fechner* hat die verfassungsrechtlichen Probleme beim Netzwerkdurchsetzungsgesetz angesprochen. Alles das sind berechnete Hinweise auf Regulierungsprobleme. Mir ging es insoweit auch darum, wie wir mit den neuen Herausforderungen umgehen. Die Dinge liegen hier meines Erachtens so, wie wir sie in ähn-

licher Weise schon einmal mit dem Umweltrecht hatten. Es stellt sich ein neues sachliches Problem, das mit den gegebenen rechtsstaatlichen Instrumentarien nicht recht in den Griff zu bekommen ist. Dann kommt die Frage auf, ob man die rechtlichen Instrumentarien so weiterentwickeln kann, dass sie immer noch rechtsstaatlich, aber auch dem Problem gewachsen sind, oder, ob die rechtsstaatlichen Kosten so hoch wären, dass man so etwas wie Klimaschutz vielleicht nicht machen will. Ich sehe es hier als Aufgabe der Rechtswissenschaften an, die noch in den Anfängen steckt, insoweit Institutionen, Regelungen und Gestaltungen zu entwickeln, die rechtsstaatliche Lösungen des Problems möglich machen, wenn man denn die Diagnose teilt, dass etwas getan werden sollte. All die handwerklichen Fehler, die im Netzwerkdurchsetzungsgesetz enthalten sind, wären dann eher Anlass zu fragen, wie es denn möglich wäre, die Probleme rechtsstaatlich zu lösen. Denn das dieses Gesetz so nicht bleiben kann, ist relativ klar. Den Rechtswissenschaften könnte es zukommen, bessere Lösungen vorzuzeichnen, wie es im Gesetzgebungsverfahren ja auch schon geschehen ist.

Noch zu Herrn *Bickenbach* und Herrn *Ullrich*: Mir geht es nicht um Gruppenschutz. Es geht darum, dass Gruppenidentitäten für die Individuen von so großer Bedeutung sind. Nur deswegen denke ich, dass man sie schützen muss, weil eben die einzelnen Menschen wirklich davon betroffen sind, wenn wieder von den „Drecksjuden“ die Rede ist. Und jeder, der das hört, zuckt zusammen, jedenfalls, wenn er zur betroffenen Gruppe gehört. Ich sehe mich hier vollkommen auf dem Boden des normativen Individualismus, den das Grundgesetz zugrunde legt. Nur um des Menschen willen sind die Gruppen vor Herabwürdigung zu schützen. Herr *Ullrich* hatte diesen Punkt zu recht stark gemacht.

Die Fragmentierung innerhalb der Parteien, die Herr *von Armin* angesprochen hat, gehört einfach zu den *trade-offs*, die jedes institutionelle Arrangement irgendwie plagen. Damit lässt sich umgehen, aber man wird nie perfekte Lösungen finden können. Es ist einfach eine Daueraufgabe.

Herr *Dietz* hat auf die Chancen hingewiesen, die darin liegen, dass sich die AfD im Parlament bewähren muss. Die AfD selber ist ja in der Tat in ihren Reden mittlerweile sehr vorsichtig, im Unterschied zur NPD, und ich glaube auch, dass ein Großteil der Abgeordneten sich durchaus verfassungskonform verhalten will. Problematisch in Bezug auf den Herabwürdigungsschutz ist aber weniger die AfD im Parlament, als die sozialen Bewegungen, die sich, in ihr gebündelt und verstärkt, in der Bevölkerung entwickeln.

Dann möchte ich am Schluss noch auf die von Herrn *Kotzur* und Herrn *Volkmann* angesprochene Frage der Fragmentierung zu sprechen kommen. Ich glaube, dass die rechtsphilosophischen Diskussionen um Kant und Hegel hier in die Irre führen, weil die Begriffe zu groß sind, und es nicht

um die Frage geht, wieviel Homogenität braucht man, oder wie viel Pluralität, sondern, welche Art von Homogenität nötig ist, und welche konkreten Arten von Pluralität unschädlich oder erträglich sind. Mein Versuch war insoweit, eine bestimmte, schädliche Form von Pluralität zu beschreiben, von der wir relativ klar sehen können, welche Folgen sie hat, und gegen die möglicherweise in einem begrenzten Rahmen auch rechtlich etwas getan werden kann. Nach meiner Ansicht sollten wir also etwas weg von den philosophischen Fragen und uns mehr den Sozialwissenschaften zuwenden, jedenfalls soweit sie belastbare Befunde bieten.

Indra Spiecker gen. Döhmann: Erstmal vielen Dank für die vielen Nachfragen, die mir die Gelegenheit geben, das eine oder andere klarzustellen, vor allem aber auch das eine oder andere, was in den Fußnoten Platz gefunden hat oder nur in meinem Kopf vor sich gegangen ist, hier ein wenig vorstellen zu dürfen.

Zur Beantwortung Ihrer Fragen würde ich gerne gruppieren. Gerade weil ich nicht auf alles in Einzelheiten eingehen kann: Wir haben ja hinterher noch Zeit zur Diskussion.

Ich würde gerne folgende Kategorien anhand der Fragen bilden: Der eine Komplex betraf die Internetregulierung sowie Presse- und Rundfunkfreiheit, der zweite Komplex war dem Bereich Sozialstrukturen und Schule gewidmet, der dritte Komplex galt dem Begriff der Fragmentierung und dem Verständnis der Demokratie. Mit einem ganz kurzen Schlusswort möchte ich schließen.

Zum Ersten – Internetregulierung sowie Presse- und Rundfunkfreiheit: Es kam als zentrale Frage auf, was Informationsintermediäre sind. Das schließt an das an, was ich vorgeschlagen habe: Wir müssen Art. 5 Abs. 2 GG neu denken. Daran kommen wir nicht vorbei. Denn das Internet hat schlichtweg essentielle Denkmuster verändert, die wir seit der Gutenberg-Erfindung der Druckkunst kennen: Es gibt jetzt keine klassische, sogenannte Gatekeeper-Rolle mehr. Das bedeutet, dass wir auf einmal den kleinen Blogger erleben, der aber darüber, dass die Kommentarfunktion eröffnet ist, Breitenwirkung entfalten kann, und der darüber, dass eine individuelle Meinungsäußerung bei Twitter geteilt und weitergeleitet werden kann, auf einmal einen enormen Effekt in der Kommunikation haben kann. Eigene Meinung und Vermittlung gehen auf allen Ebenen Hand-in-Hand. Deswegen kommen wir nicht daran vorbei, über andere Begriffe und andere Schutzkonzepte im Kommunikations- und Informationsrecht nachdenken zu müssen, und dafür ist der Informationsintermediär als Mittler aller Art sicherlich ein wichtiger Anknüpfungspunkt. Deswegen – auch das möchte ich noch einmal betonen – müssen wir aber auch differenziert denken, das heißt eine *Governance for all* funktioniert nicht. Denn der kleine

Blogger kann nur ganz andere Pflichtenstellungen wahrnehmen, so dass wir ihn und seinesgleichen ansonsten ausradieren. Hier hat Herr *Isensee* ein wunderbares Bild geliefert für das, was wir unterstützen wollen, nämlich ein Wachsen und Gedeihen der Meinungsfreiheit, aber einer Meinungsfreiheit, die es an, so möchte ich es nennen, wohlwollender Akzeptanz für die Meinung des anderen und Abbildung von Pluralität auch nicht mangeln lässt.

Dann kamen Fragen dazu, wie eine Neuausrichtung ausgestaltet sein soll, ob ich etwa nur die Verpflichtungsdimension der Informationsintermediäre sehe. Nein, eine solche Perspektive trauen wir uns gar nicht und das zu Recht. Aber interessanterweise trauen sich selbst die großen neuen Informationsintermediäre des Internets nicht wirklich, nachdrücklich auf ihre Anerkennung als Presse und/oder Rundfunk zu pochen und damit auch entsprechende Rechte – bei gleichzeitiger Verpflichtung – einzufordern. Nur gelegentlich und eher halbherzig haben einige in Gerichtsverfahren argumentiert, auch ihnen stünde das Journalistenprivileg zu, auch wenn sie „nur“ eine Suchmaschine oder ein Soziales Netzwerk sind. Letztlich ahnen sie, dass das eine ohne das andere, also die Rechte ohne die Pflichten, nicht zu haben ist. Denn wenn man die Massenkommunikationsdimension akzeptiert, dann besteht auch die Anbindung an das Demokratieprinzip. Und dann ist der Informationsintermediär nicht mehr ein Irgendjemand, der seine Meinung äußert oder anderen dazu eine Plattform bietet, sondern dann wirkt er in den demokratischen Prozess hinein und dann ist er auch dazu verpflichtet, sich zumindest ein Stück weit binden zu lassen. Davor schreckt eine kommerziell ausgerichtete Informationsplattform aber zurück. Hier möchte ich noch eine Sache ergänzen: Wir kommen nicht daran vorbei, uns davon zu trennen, „Medien versus Meinung“ gegenüberzustellen. Denn es schwimmt längst. Wenn bei Twitter 140 Zeichen abgesetzt werden dürfen, wird Meinung anders geäußert als in einem juristischen Fachaufsatz. Das war schon immer so, gar keine Frage, aber durch das Internet ist daraus in ganz anderer Weise eine formatabhängige Äußerung geworden.

Die Frage, wie wir Kommunikationsfreiheit vor diesem Hintergrund eigentlich absichern können, leitet schon zur Demokratiefragmentierung. Zum Bereich Schule und Sozialstrukturen möchte ich nochmal ganz deutlich machen: Sozialstrukturen sind etwas, das das Recht nur zum Teil beeinflussen kann. Wenn ich für diesen Bereich Vorschläge mache, dann eher dort, wo ich eine große Gefahr sehe, dass sich Fragmentierungen verkrusten, als in anderen Bereichen der Sozialstrukturen, wo wir mit Fragmentierungen leben müssen und leben können, wo diese ihre positive Kraft entfalten. Im Sozialstaatsprinzip ist die Vermeidung von Fragmentierungen durch Einflussnahme auf Sozialstrukturen an einigen Stellen verankert.

Nicht umsonst gewähren wir mehr als einen Mindeststandard für alle und pflegen die Vorstellung einer sozialen Absicherung. Und in der Bildung ist dies ein ganz zentrales Anliegen des Grundgesetzes.

Der dritte Komplex befasst sich mit dem Fragmentierungsbegriff und der Frage, was Fragmentierungen eigentlich für die Auslegung der Grundrechte und für das Demokratieverständnis bedeuten. Ich will ganz vorne anfangen: Demokratie stellt sich selbst ständig in Frage, und dieser Selbstzweifel gehört zu ihr konstitutiv dazu. Sie hat keinen Anspruch, sich als feststehend zu begreifen. Fragmentierungen und Dynamik sind in ihr angelegt. Deswegen muss sie sich immer diskursiv behaupten, und deswegen – da kann ich auf *Stefan Magen* rekurrieren – bieten Hegel und Kant sehr schöne Bilder, aber bei der ganz konkreten Ausprägung der Demokratie der Bundesrepublik können sie uns letztlich nur noch diese Bilder geben – auch wenn diese manchmal wirkmächtig sein mögen. Dabei will ich es belassen.

Schließen möchte ich allerdings auch mit einem Großen, einem Mathematiker. Es war nämlich Blaise Pascal, der gesagt hat: „Vielfalt, die sich nicht zur Einheit ordnet, ist Verwirrung. Einheit, die sich nicht zur Vielfalt gliedert, ist Tyrannei“. Es ist für mich eines der großen Anliegen in einem demokratischen Staat, dass wir dies leben und erfahren können.

Franz Merli: Danke, Frau *Spiecker*. Ich danke Ihnen allen, die Sie geholfen haben, uns mit den beiden Referenten einen außerordentlich interessanten Vormittag zu bescheren.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung

Referat von *Andreas Kley*, Zürich*

Inhalt

| | Seite |
|---|-------|
| I. Thema | 126 |
| II. Legitimation von Herrschaft im demokratischen Rechtsstaat .. | 127 |
| 1. Theorie der ununterbrochenen Legitimationskette des Bundesverfassungsgerichts | 127 |
| 2. Verfassungsgeschichtliche Herkunft der Theorien personell-demokratischer Legitimation | 130 |
| 3. Parallellphänomene zur demokratischen Legitimationskette: Weitergabe von Herrschaft in Kirche und Monarchie | 135 |
| 4. Zweck und Stärke der Legitimation durch Weitergabe | 138 |
| III. Kritik der Theorie der personell-demokratischen Legitimation . | 139 |
| 1. Linguistische Analyse des Beschlusses zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein | 139 |
| 2. Gleichnis von König Midas als Kritik an der Theorie der personell-demokratischen Legitimation | 145 |
| 3. Selbstkritik des Bundesverfassungsgerichts im Urteil zum StabMechG? | 146 |
| IV. Legitimation von arbeitsteiligen und unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden | 148 |
| 1. Begrenzung der personell-demokratischen Legitimation .. | 148 |
| 2. Anwendungsbeispiel: Legitimation von unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden | 151 |
| V. Demokratische Verfassungsprinzipien der gewalten- und arbeitsteiligen Herrschaftsausübung | 152 |

* Für die Unterstützung bei der Recherche und Korrektur danke ich *Lea Schneider*, *Lea Schwab*, BLaw und lic. iur. *Christina Coradi*.

I. Thema

Rechtswissenschaft und Politik stellen seit einiger Zeit eine „Fragmentierung“ des Staates fest. Globalisierung, Europäisierung oder neue Formen der Arbeitsteilung bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Form unabhängiger Agenturen und Regulierungsbehörden treiben die „Fragmentierung“ an. Sie zerlegt den Staat in Bruchstücke.¹

Der Ausdruck „Fragmentierung“² bezeichnet den Verlust der Einheit des Staates. Wir sind nun mit dem Problem konfrontiert, die Fragmente so zusammenzufügen, dass die Einheit wieder sichtbar wird. Gesucht ist eine verbindende Leitidee.³ Das Bundesverfassungsgericht hat diese im bemerkenswerten Bild der *demokratischen Legitimationskette* gefunden. In Bezug auf die fragmentierte staatliche Machtausübung durch Arbeitsteilung hat das sprachliche Bild der demokratischen Kette den heilenden Effekt, dass es die Fragmente umspannt und zu einer Einheit, nämlich dem Staat, verbindet.

Es stellt sich die Frage nach dem Inhalt, der Herkunft und der Tragfähigkeit dieser Legitimationskette angesichts der Fragmentierungen der arbeitsteiligen Staatsorganisation der Gegenwart. Sollte deren Tragfähigkeit ent-

¹ *Nadja Braun Binder* Fragmentierung und grundgesetzliche Gewaltenteilung, DVBl. 2017, 1066 (1066). Die neuen Informationstechnologien fragmentieren zusätzlich den politischen Diskurs und die demokratischen Prozesse: *Christoph B. Graber* Personalisierung im Internet, Autonomie der Politik und Service public, sic! 5 (2017), 257 (258, 260 f., 268 f.). Im Folgenden bleibt die Frage der Legitimation der Gerichte gänzlich ausgeblendet; sie ist in der Literatur ausgiebig behandelt worden: siehe z.B. *Nicole Schreier* Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts und des United States Supreme Court, 2016; *Axel Tschentscher* Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006.

² Lat. „fragmentum“, abgebrochenes Stück, Bruchstück, *Renate Wahrig-Burfeind* (Hrsg.) Deutsches Wörterbuch, 8. Aufl. 2006, 546.

³ Diese Leitidee ist für jede Staatsordnung, sei sie demokratisch, autokratisch oder monarchisch, fundamental, siehe zur Legitimität einer Verfassung *Carl Schmitt* Verfassungslehre (1928), 9. Aufl. 1991, 87 ff. Diese Leitidee ist soziologischer Natur und kann nicht dem Normensystem der staatlichen Rechtsordnung angehören, siehe *Hans Nawiasky* Allgemeine Staatslehre, Dritter Teil, 1946, 120. *David Hume* Über die ursprünglichen Prinzipien der Regierung, in: ders. Politische und ökonomische Essays, Bd. 1, 1988, 24 schrieb zu dieser Leitidee: „Nichts erscheint erstaunlicher bei der philosophischen Betrachtung menschlicher Angelegenheiten als die Leichtigkeit, mit der die Vielen von Wenigen regiert werden und die stillschweigende Unterwerfung, mit der Menschen ihre eigenen Gesinnungen und Leidenschaften denen ihrer Herrscher unterordnen. Fragt man sich, wie es zu diesem Wunder kommt, so stellt man fest, dass, zumal die Regierten stets die Stärke auf ihrer Seite haben, die Regierenden durch nichts anderes gestützt werden als durch Meinung. Regierung gründet sich daher ausschließlich auf Meinung, und diese Tatsache gilt für die überaus despotischen und militärischen Regierungen ebenso wie für die freiesten und republikanischsten.“

gegen ihrem Anspruch nicht genügen: Welche Alternativlegitimationen gibt es im Kontext der rechtsstaatlichen Demokratie?

Die Thematik kann unterschiedlich angegangen werden. Einerseits könnten die konkreten Details arbeitsteiliger Staatsorganisation in Deutschland und der Europäischen Union hinsichtlich demokratischer Defizite untersucht werden. Andererseits kann man sie historisch betrachten. Es zeigt sich nämlich, dass die Verfassungsgeschichte das Thema der demokratischen Legitimation in ein anderes Licht stellt. Die geschichtliche Betrachtung lädt zu einer Kritik der Theorie der Legitimationskette ein. Das macht es möglich, die Frage der Legitimation von arbeitsteiliger Herrschaftsausübung unaufgeregt-pragmatisch und nicht unter Rückgriff auf Fundamentalwerte der politischen Ordnung zu beantworten.

II. Legitimation von Herrschaft im demokratischen Rechtsstaat

1. *Theorie der ununterbrochenen Legitimationskette des Bundesverfassungsgerichts*

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts entwickelte in einer Reihe von Entscheidungen seit den 1950er-Jahren die Anforderung, dass die Ausübung von Staatsgewalt personell-demokratischer Legitimation bedarf. Dabei geht es nicht um die Kompetenz oder Zuständigkeit eines Organs oder einer Organisationseinheit, sondern um die demokratische Bestellung der Amtswalter. „Erforderlich ist eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern.“⁴ Als Ausübung von Staatsgewalt wertete der Zweite Senat „alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“.⁵ Die Legitimation i.S.v. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG erweist sich darin, „dass das Volk einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt [...] hat“ und dass der „Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft [...] vor allem durch die Wahl des Parlaments“ hergestellt wird.⁶ Der Zweite Senat führte weiter aus: „Organe und Amtswalter bedürfen mithin zur Ausübung von Staatsgewalt einer Legitimation, die – als eine demokratische – auf die Gesamtheit der Staatsbürger, das Volk, zurückgeht, jedoch regelmäßig nicht durch unmittelbare Volkswahl erfolgen muß. In diesem Bereich ist die Ausübung von Staatsgewalt demokratisch legitimiert, wenn sich die Bestellung der Amtsträger – personelle Legitimation vermittelnd –

⁴ BVerfGE 93, 37 (66); BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 545, siehe ferner BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130); 77, 1 (40); 107, 59 (87).

⁵ BVerfGE 83, 60 (73); 93, 37 (68).

⁶ BVerfGE 93, 37 (66); BVerfG, Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 546.

auf das Staatsvolk zurückführen läßt und das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt; dies setzt voraus, daß die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung [...] handeln können und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.“⁷

Diese Rechtsprechung mit der Anforderung personell-demokratischer Legitimation fand einen Höhepunkt im Beschluss des Zweiten Senats zum Mitbestimmungsgesetz von Schleswig-Holstein von 1995. In der Sache betraf das Gesetz die Beteiligung von Betroffenen bei innerbehördlichen Personalmaßnahmen. Den Konflikt zwischen Dienststelle und Personalrat hatte nach dem Gesetz die weisungsunabhängige Einigungsstelle zu entscheiden. Der Zweite Senat ergänzte seine in früheren Urteilen begründete Idee der Legitimationskette vom Parlament bis hin zum Amtsträger oder Organ mit der Anforderung, dass die eine Entscheidung fällende Mehrheit eines Organs seinerseits sich aus einer Mehrheit „unbeschränkt demokratisch legitimierter Mitglieder“ ergibt.⁸

„Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt ein Amtsträger dann, wenn er verfassungsgemäß sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder dadurch erhalten hat, daß er durch einen seinerseits personell legitimierten, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnden Amtsträger oder mit dessen Zustimmung bestellt worden ist (ununterbrochene Legitimationskette, vgl. dazu BVerfGE 83, 60 [73]). Sieht das Gesetz ein Gremium als Kurationsorgan für die definitive Bestellung eines Amtsträgers vor, das nur teils aus personell legitimierten Amtsträgern zusammengesetzt ist, so erhält der zu Bestellende volle demokratische Legitimation für sein Amt nur dadurch, daß die die Entscheidung tragende Mehrheit sich ihrerseits aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimierter Mitglieder des Kurationsorgans ergibt.“⁹ Es formu-

⁷ BVerfGE 93, 37 (67). Die Kommentare zum Grundgesetz nehmen diese Rechtsprechung auf und stellen sie überwiegend unkritisch dar: *Ekkehard Stein* in: Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehard Stein (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001, Art. 20 Abs. 1–3 (Demokratie) Rn. 47 f. (kritisch); *Walter Georg Leisner* in: Helge Sodan (Hrsg.) Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 10; *Bernd Grzeszick* in: Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans H. Klein (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, 77. Erg. Lfg. 2016, Art. 20 Rn. 116 ff.; *Hans Hofmann* in: ders./Hans-Günther Henneke (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 44 (kritisch); *Karl-Peter Sommermann* in: Christian Starck (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 2 Rn. 164 ff.; *Friedrich E. Schnapp* in: Philip Kunig (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 23, 26 f., 30 (kritisch).

⁸ BVerfGE 93, 37 (68), dazu *Andreas Fisahn* Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, 293 ff.

⁹ BVerfGE 93, 37 (67 f.).

lierte damit das Prinzip der sogenannten *doppelten Mehrheit*¹⁰, das in der Praxis zu einem formalistischen Nachrechnen führt, ob das demokratische „Legitimationsniveau“¹¹ erreicht wird.¹² Die Anforderung der doppelten Mehrheit stellt sicher, dass bei gemischten Behörden die demokratisch legitimierten Personen in jedem einzelnen Fall die Mehrheit bilden. Dieses strikte Modell eines lückenlosen Zurechnungszusammenhangs lässt sich kaum durchhalten; der Zweite Senat hat deshalb eine Reihe von Relativierungen vorgenommen.¹³

Die Kettentheorie des Bundesverfassungsgerichts geht auf die beiden Professoren und Verfassungsrichter *Roman Herzog* und *Ernst-Wolfgang Böckenförde* zurück. Ersterer schrieb: „Die demokratische Legitimität der staatlichen Organisation [ist] gewährleistet, [wenn diese Kette in allen Fällen vollständig]“ ist.¹⁴ *Böckenförde* erklärte, dass nach dem demokratischen Prinzip des Art. 20 GG „die Ausübung der staatlichen Befugnisse jeweils auf das Staatsvolk rückführbar sein muss“.¹⁵ Und eine ununterbrochene Legitimationskette stelle diese demokratische Legitimation organisatorisch her. Alle staatlichen Organe bedürften dieser Legitimation, wobei

¹⁰ BVerfGE 93, 37 (72).

¹¹ BVerfGE 93, 37 (67).

¹² *Tschentscher* Legitimation (Fn. 1), 43. Beispiel: BVerfGE 135, 317 (431 f. Rn. 241 f.) betreffend die deutschen Vertreter im Gouverneursrat und im Direktorium des europäischen Stabilisierungsmechanismus; *Paul Fang* Die Europäische Zentralbank, 2006, 191 in diesem Sinn auch für die EZB.

¹³ *Tschentscher* Legitimation (Fn. 1), 44 ff. Diese Relativierungen haben es ermöglicht, dass die Legitimationskette formal weiterhin gilt, es sei denn, das Bundesverfassungsgericht sieht von ihr ab, was häufig vorkommt. So hat das Bundesverfassungsgericht bei den kettenmässig nicht legitimierten Wasserverbänden, BVerfGE 107, 59 (86–101), andere Formen demokratischer Legitimation zugelassen und als ausreichend angesehen. In der Entscheidung zu den Notarkammern, BVerfGE 131, 130 (148), sieht es deren Weisungen als Form der „demokratischen Rückbindung“ an; kettenmässig sind diese indes nicht legitimiert. Bei der Entscheidung zur Filmförderungsanstalt, BVerfGE 135, 155 (222–229 Rn. 158–171) zeigt sich, dass diese personell nicht hinreichend legitimiert ist. Aber das fällt für das Gericht nicht ins Gewicht, da der Bundestag seine Kontrollaufgabe anderweitig wahrnehmen könne. Wenn immer die Theorie der demokratischen Legitimation eine besondere Form der Verwaltungsorganisation vereitelt, so kann das Bundesverfassungsgericht ein Legitimationsurrogat jenseits der Kette heranziehen. Nach welchen Kriterien es dieses Surrogat auswählt und akzeptiert, bleibt dabei im Dunkeln. Die Liste derartiger Beispiele liesse sich verlängern. Das Bundesverfassungsgericht belässt in der Sache der Legitimationskette die Rolle eines überflüssigen, theoretischen Überbaus.

¹⁴ *Roman Herzog* Allgemeine Staatslehre, 1971, 188 ff. (insb. 189, 192), 208 ff. (insb. 214, 220).

¹⁵ *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Verfassungsfragen der Richterwahl. Dargestellt anhand der Gesetzentwürfe zur Einführung der Richterwahl in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1998, 73 ff. und sein Kommentar zum Urteil in: *ders.* Biographisches Interview, in: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, 306 (456–458).

sie gegenüber dem Staatsvolk verantwortlich seien und von ihm kontrolliert würden.

Politikwissenschaftlich und ökonomisch gesehen verwendet das Bundesverfassungsgericht damit eine zugespitzte Input-Legitimation,¹⁶ denn sie ist allein auf das Zustandekommen und das kaskadenartige Ableiten von demokratischen Entscheidungen ausgerichtet. Zugespitzt ist diese Sichtweise deshalb, weil ausschließlich der Deutsche Bundestag als dasjenige Organ gilt, das demokratische Legitimation weiterzugeben vermag.¹⁷

2. *Verfassungsgeschichtliche Herkunft der Theorien personell-demokratischer Legitimation*

Der Begriff „Legitimität“ bezeichnet die Rechtfertigung einer Herrschaft. Die Frage der Legitimität stellt sich bei allen Herrschaftsformen. Verfassungsgeschichtlich stand die Rechtfertigung der monarchischen Herrschaft im Vordergrund.¹⁸ Die Legitimität monarchischer Herrschaft besteht in der Weitergabe¹⁹ eines ursprünglich gottgegebenen Herrschaftstitels und der damit verbundenen monokratischen Kompetenz an die jeweils

¹⁶ *Matthias Jestaedt* Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation, in: Hans Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoeatismus*, 2013, 3 (11); *Jörn Kruse* Unabhängige staatliche Institutionen: Funktionalität und demokratische Legitimation, in: Theresia Theurl (Hrsg.) *Unabhängige staatliche Institutionen in der Demokratie*, 2013, 19 (55 m.w.H.); *Hans-Heinrich Trute* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, 341 (370 Rn. 41, 387 Rn. 53); *Stephan Bredt* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen. Vom funktionalen zum politikfeldbezogenen Demokratieprinzip, 2006, 56 ff., 75 f., 367 ff.

¹⁷ Fn. 47. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte im Brokdorf-Beschluss, BVerfGE 69, 315 das Demokratieprinzip in einem eher partizipatorischen, grundrechtlichen Sinn verstanden. Das böte die Grundlage zu einem ganz anderen Demokratieverständnis. Der Zweite Senat geht dagegen in seiner aktuellen Rechtsprechung vom Volk als einer abstrakten Größe aus, „einem Volk, das als Zurechnungsobjekt repräsentativer Ausgestaltung bedarf“, *Oliver Lepsius* Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, in: Anselm Doering-Manteuffel/Bernd Greiner/Oliver Lepsius (Hrsg.) *Der Brokdorf-Beschluss*, 2015, 133 (143).

¹⁸ *Felix Ermacora* Allgemeine Staatslehre, 1970, 349 f.

¹⁹ Der Ausdruck der Weitergabe i.S.v. „traditio“ ist im Zusammenhang mit der Legitimation von Herrschaft bewusst gewählt. Es handelt sich keinesfalls um eine Delegation, da damit nicht eine bestehende Zuständigkeitsordnung abgeändert wird. Vielmehr bleiben die ursprünglichen Zuständigkeiten bestehen, aber die Anordnung dieser Zuständigkeiten wird anhand einer Leitidee (z.B. der Volkssouveränität) als begründet und innerlich richtig erkannt; siehe die lesenswerte Studie von *Heinrich Triepel* Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Eine kritische Studie, 1942, 80 ff. Die Vorstellung eines Mandats (*Triepel* ebd., 131 ff.) ist mit dem Legitimitätsverständnis der absolutistischen Monarchie unver-

nachfolgende Generation innerhalb der Dynastie.²⁰ Die Theorie des Legitimus erlebte zur Zeit des Wiener Kongresses und in der Folgezeit ihre höchste Wirksamkeit, als die Idee der Volkssouveränität der Herrschaft einer Dynastie den Rang ablief und letztere zunehmend der Rechtfertigung bedurfte.²¹ Seine große Bedeutung erfuhr der Legitimus, als die deutschen Monarchisten des 19. Jhdts. ihn gegen das aufklärerisch-demokratische Verfassungsrecht einsetzten.²² Diese Bestätigung an sich selbst-

einbar. Erst im Rahmen der demokratischen Repräsentation wird es politisch denkbar (*Trieppel* ebd., 142: „fiktiv“).

²⁰ *Ernst H. Kantorowicz* Die zwei Körper des Königs. Eine Studie zur politischen Theologie des Mittelalters, 1992, 325 ff. Das ist etwa in den monarchischen deutschen Einzelstaaten des 19. Jhdts. idealtypisch verwirklicht gewesen, z.B. *Ludwig Gaupp* Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg (1884), 2. Aufl. 1895, 52: „Das Recht auf die Krone steht nur den Angehörigen der württembergischen Regentenfamilie, also den Nachkommen des Grafen Ulrich I. († 1265) bzw. des am 22. September 1797 verstorbenen Herzogs Friedrich Eugen zu.“ Die absolutistische Herrschaft von Ludwig XIV. in Frankreich begründete *Jaques Benigne Bossuet* *Politique tirée des propres paroles de l'écriture sainte à Monsieur le Dauphin*, Bd. 1, 1709, 104: „Les jugements souverains sont attribuez à Dieu même.“

²¹ Der Vertrag der Heiligen Allianz war sozusagen der völkerrechtliche Rahmen zur Aufrechterhaltung des Legitimus. Die Restauration setzte sich von den revolutionären Ereignissen der letzten 25 Jahre ab und betonte im Gegensatz zum Prinzip der Volkssouveränität das Legitimitätsprinzip politischer Herrschaft. Es galt das Staatsideal der gottgewollten, „natürlichen“ Ordnung. Die drei Mächte Russland, Preußen und Österreich schlossen zu diesem Zweck die Heilige Allianz v. 14./26.9.1815. In diesem „brüderlichen und christlichen Bundesvertrag“ wollten die drei Monarchen dreier Konfessionen „die Vorschriften der Gerechtigkeit, der christlichen Liebe und des Friedens“ zur Richtschnur ihrer Politik nehmen. Faktisch ging es um die Stärkung ihrer absolutistischen Herrschaft, was in der Folge den Widerstand der Bevölkerungen dagegen hervorrief, *Andreas Kley* *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 3. Aufl. 2013, 274.

²² *Carl Ludwig von Haller* *Restauration der Staatswissenschaft. Oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt* (1816), Bd. 1, 2. Aufl. 1820, 446 f. Haller begründet die Naturnotwendigkeit der monarchischen Staatsordnung mit der Figur des regressus ad infinitum: „So viel läßt sich schon durch die bloße Vernunft erkennen, daß sobald es durch die Natur gesellige Verhältnisse, Obere und Unterebene, Freye und Dienstbare giebt, auch nothwendig in jedem solchen Verband bald früher bald später einer der Oberste und Freyste sein muß, weil sich keine unendliche Stufenfolge, kein progressus in infinitum denken läßt: daß also der wahre Naturstand nicht nur Gesellschaften mancherley Art (wie viele gelehrt haben) sondern nothwendiger Weise auch Staaten enthält und enthalten muß.“ Es ist dieser Höchste, der während seiner Regentschaft legitimerweise Herrschaft ausübt oder in seinem Auftrag ausüben läßt und im Fall des Todes an die Nachkommen weitervererbt. Besser ließe sich der monarchische Ursprung von „Legitimation“ nicht erklären.

Die deutsche Bundesakte bestimmte in Art. 13, dass „in allen Bundesstaaten [...] eine landständische Verfassung stattfinden“ wird, *Ernst Rudolf Huber* (Hrsg.) *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, 1961, 75 ff. Das konnte man aber nicht so verstehen, als hätten die Landstände überall gegenüber ihrem Monarchen bis zu einem gewissen Grad das Recht auf politische Mitbestimmung. Denn Art. 57 der Wiener Schlussakte v.

verständlicher Rechte der Monarchen ist nur zu verstehen vor dem Hintergrund des wachsenden bürgerlichen Selbstbewusstseins, das in der Idee der Volkssouveränität gipfelt.²³ In Frankreich setzte sich der Legitimus des Wiener Kongresses ab 1815 für die fortgesetzte Herrschaft der einzig legitimen Bourbonendynastie mit Ludwig XVIII. ein.²⁴ Nach dem Sturz des letzten regierenden Bourbonen Karl X. im Juli 1830 vertraten die „Legitimisten“ deren Interessen und fochten um ihre Wiedereinsetzung. Denn der neue König Louis-Philippe erhielt die Krone nicht dank monarchischer Legitimation, sondern aufgrund des Volkswillens.²⁵

Mit der 1918 erfolgten Absetzung der Monarchen in Deutschland übertrug sich die Frage der Legitimation von den Monarchen auf den neu entstandenen demokratischen Staat.²⁶ Der Begriff fand Eingang in die Diskussion der 1920er Jahre, ob der Übergang vom Kaiserreich zur Weimarer Republik legitim gewesen sei.²⁷ Bei allem Nachdenken über die Legitimation demokratischer Herrschaft ist im Auge zu behalten, dass es sich ursprünglich um einen vormodernen Rechtfertigungsbegriff des monarchischen Staatsrechts handelt.²⁸

15.5.1820 bestimmte in den Gliedstaaten mit monarchischer Regierung, dass die „gesamte Staats-Gewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleiben“ müsse und dass „der Souverain [...] durch die landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden“ könne (*Huber ebd.*, 81 ff.).

²³ *Kley* Verfassungsgeschichte (Fn. 21), 214 f.

²⁴ *Peter Claus Hartmann* Französische Verfassungsgeschichte der Neuzeit (1450–2002), 2003, 88 ff.

²⁵ *Maurice Deslandre* Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870, Bd. 2, Paris 1932, 129, er galt als Bürgerkönig oder Roi-citoyen; *Hartmann* Verfassungsgeschichte (Fn. 24), 99.

²⁶ *Max Weber* griff die Legitimitätsfrage in dieser Diskussion auf und entwickelte seine bekannte Typologie von rationaler, traditionaler und charismatischer Herrschaft, *Max Weber* Wirtschaft und Gesellschaft (1921/2), 5. Aufl. 1980, 122 ff.; zur Situation in der Weimarer Republik: *Gerhard Anschütz* Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung (1921 u.d.T. Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919), 14. Aufl. 1933, 1 ff. m.w.H. *Anschütz* schrieb zur Novemberrevolution von 1918 und generell zu den Revolutionen: „Dadurch werden, im Falle des Gelingens, neue Machtverhältnisse geschaffen, und, als deren formaler Ausdruck, ein neues Staatsrecht.“ Ein eindrückliches Zeugnis für diesen fundamentalen Wechsel gibt ab: *Philipp Zorn* Die Staatsumwälzung im Deutschen Reiche, Deutsche Juristen-Zeitung 24 (1919), Sp. 126–132.

²⁷ Das Diktum, wonach ein erfolgloser Putsch strafrechtliche und ein erfolgreicher Putsch staatsrechtliche Folgen hat, stammt aus der Weimarer Zeit. Der Regimewechsel forderte in Anlehnung an die monarchische Tradition eine Theorie der Legitimation, *Andreas Kley* Ideengeschichtliche Ursprünge des staatlichen Gewaltmonopols, 2006, 15 Anm. 16 m.w.H. zur Herkunft dieses Diktums.

²⁸ Die Lehre von den „Zwei Körpern des Königs“ hat die Übertragung und Anpassung monarchischer Vorstellungen und Symbolik auf die Demokratie möglich gemacht, die sich von der abstrakten Legitimation von Herrschaft bis auf die Gestaltung der Beratungssäle

Lässt sich dieses Bild der Weitergabe von dynastischer Herrschaft für die Demokratie fruchtbar machen? Das Dogma der Volkssouveränität löst die Frage, wer herrschen soll, eindeutig: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG). Der Satz ist nicht nur Rechtssatz, sondern auch ein Gebot aufklärerischen Vernunftdenkens. Die Charta von Paris bestimmte 1990: „Die Demokratie, ihrem Wesen nach repräsentativ und pluralistisch, erfordert Verantwortlichkeit gegenüber der Wählerschaft, Bindung der staatlichen Gewalt an das Recht sowie eine unparteiische Rechtspflege. Niemand steht über dem Gesetz.“²⁹ Diese Formulierung lässt die wichtige Tatsache außer Acht, dass die direkte Demokratie ebenfalls zur Volkssouveränität gehört und von Anfang an in der französischen Revolution eine große Rolle gespielt hat.³⁰ Die heutige Demokratie verwirklicht die Volkssouveränität, indem sie stets die Repräsentation des Volkes im Parlament sowie ergänzend die direkte Volksherrschaft durch Sachabstimmungen zulässt. Selbstverständlich sind auch Formen der Beteiligung der Ausländer an der Staatswillensbildung und die lokale Selbstverwaltung im Sinn der Volkssouveränität.³¹

Im Folgenden ist auf die Übertragung des aus der Monarchie herrührenden personell-dynastischen Legitimationsmodus auf die Demokratie einzugehen. Die personell-demokratische Legitimation ersetzt die historische Abfolge monarchischer Dynastien durch eine gegenwärtige Verbindung: Zwischen dem deutschen Volk und den nachgeordneten Amtsträgern besteht eine ununterbrochene Legitimationskette. Sie geht vom Volk auf den Bundestag über, weiter zum Bundeskanzler und dem Kabinett, von dort zu den nachgeordneten Behörden. Die Berufungsakte für die jeweiligen Amtsträger legitimieren kaskadenartig die nachgeordneten Stellen und Trä-

der Parlamente erstreckt, *Philip Manow* Der demokratische Leviathan – eine kurze Geschichte parlamentarischer Sitzanordnungen seit der französischen Revolution, *Leviathan* 32 (2004), 319 (338 ff.).

²⁹ Charta von Paris über ein neues Europa. Erklärung des Pariser KSZE-Treffens der Staats- und Regierungschefs v. 21.11.1990, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, 24.11.1990, Nr. 137, 1409.

³⁰ Art. 6 bzw. 14 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte v. 26.8.1789, in: Dieter Gosewinkel/Johannes Masing (Hrsg.) *Die Verfassungen in Europa 1789–1949*, 2006, 165 (166), bestimmen, dass alle Staatsbürger entweder „persönlich oder durch ihre Repräsentanten“ befugt sind, an der Gesetzgebung bzw. an der Bewilligung von Abgaben mitzuwirken. In der Verfassung der französischen Republik v. 24.6.1793 waren verschiedene direktdemokratische Rechte, so etwa das Gesetzesreferendum, vorgesehen (Art. 56–60), ebd., 193 (200).

³¹ Art. 8 der Französischen Verfassung von 1793 (Fn. 30) macht u.a. Ausländer mit mehr als einem Jahr Aufenthalt in Frankreich zu Bürgern und damit zu Stimmberechtigten und Art. 78–84 derselben Verfassung sieht die Volkswahl der Gemeindebeamten vor.

ger.³² Die Theorie einer Legitimationskette, wie sie das Bundesverfassungsgericht skizziert hatte, erinnert an die personell-dynastische Legitimation und wirkt sozusagen wie deren demokratisierte Spielart. Für die demokratische Staatsform stehen noch zwei weitere Legitimationstheorien zur Verfügung, die hier ausgeklammert bleiben können, nämlich die institutionell-funktionelle und die sachlich-inhaltliche.³³

³² *Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 16), 349 Rn. 9; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, 261 (307 Rn. 61).

³³ Die institutionell-funktionelle Legitimationstheorie konzentriert sich auf die demokratische Verfassung als Angelpunkt: Letztere setzt Organe ein und überträgt diesen bestimmte Aufgaben, *Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 16), 348 f. Rn. 8; *Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 32), 307 Rn. 61. Das bezieht sich auf die gewaltenteiligen Behörden, aber auch auf weitere arbeitsteilige Behörden, welche die Verfassung einsetzt, namentlich die Bundesbank gemäß Art. 88 GG und die Organe der europäischen Integration gemäß Art. 23 GG. Hier ist es entscheidend, dass nicht die gesetzgebende Behörde, sondern die Verfassung die Quelle der demokratischen Legitimation ist und diese an die diversen Organe, die sie vorsieht, übergibt oder aber wie im Fall von Art. 23 GG die Möglichkeit der Übertragung gestattet.

Die sachlich-inhaltliche Legitimation, die vom Bundesverfassungsgericht stets auch vorausgesetzt wird (Fn. 7) und in seiner Praxis faktisch keine eigenständige Bedeutung besitzt, besteht aus den beiden Komponenten der Bindung an das parlamentarische Gesetz sowie der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung. Diese Verantwortlichkeit wird durch Weisung, Aufsicht, Kontrolle oder Abberufung hergestellt, *Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 16), 348 f. Rn. 8. Diese Aufsichtselemente wirken zusammen und bilden aneinander angepasste „Bausteine der Legitimationsvermittlung“, *Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 16), 349 f. Rn. 10.

Beide Theorien funktionieren ebenfalls kaskadenartig. Sie bauen – wie die organisatorisch-personelle Legitimationstheorie – auf der Legitimation als eine Qualität auf, die übergeben wird und in der Hand des Empfängers eine ganzheitliche und gute Herrschaftsausübung ermöglicht. Diese Qualität besitzt einen intrinsischen Wert, der das Handeln des Amtsträgers oder Staatsorgans legitimiert und als unanfechtbar erscheinen lässt. Man kann sich fragen, ob diese beiden Theorien nicht die vorherrschende personell-demokratische Theorie widerspiegeln. Sie beantworten die Frage nach der Legitimation von Herrschaft zwar auf eine andere Weise, sind aber dem Bild der Übertragung eines inneren Werts oder geistigen Gutes, genannt Legitimation, verpflichtet. Im Fall der institutionell-funktionellen Legitimationstheorie überträgt die Verfassung dieses Gut. Im Fall der sachlich-inhaltlichen Legitimation übertragen es die Gesetzesbindung und die parlamentarische Kontrolle vom Parlament auf die nachgeordneten Organe und Behörden.

Dem distanzierten Betrachter drängt sich die Frage auf, ob der der Volkssouveränität verpflichtete Staat überhaupt einer zusätzlichen demokratischen Legitimation des Handelns von gewalten- und arbeitsteiligen Staatsorganen und andern Einheiten bedarf. Verfassungsgeschichtlich bestehen große Zweifel an der Notwendigkeit dieser zusätzlichen demokratischen Legitimation, ist doch der „Legitimus“ monarchischen Ursprungs und lediglich eine abwehrende Antwort auf die aufkommende und sich durchsetzende Idee der Volkssouveränität.

3. *Parallelphänomene zur demokratischen Legitimationskette: Weitergabe von Herrschaft in Kirche und Monarchie*

Die demokratische Legitimationskette setzt sich aus den *zwei Komponenten* der Berührung und der Verwandlung zusammen. Als Kette stellt sie über die Glieder eine Verbindung zwischen Volk und hoheitlicher Entscheidung her. Unter Menschen heisst diese Verbindung *Berührung*, die das Bild einer Menschenkette treffend wiedergibt. Interessanterweise spielt das Verb „berühren“ in den entsprechenden Urteilen des Bundesverfassungsgerichts eine herausragende Rolle.³⁴ Die Glieder einer Kette berühren sich nacheinander und schaffen damit eine Verbindung vom Anfangs- zum Endpunkt. Die Legitimationskette überträgt den Volkswillen und *verwandelt* über die sich berührenden Glieder die von diesen gesetzten staatlichen Akte: Sie stammen letztlich alle vom Volk und das macht die Akte des Parlaments, der Regierung und der nachgeordneten Behörden legitim.

Diese beiden Komponenten der Berührung und Verwandlung bringt *Michelangelo Buonarroti* im Deckengemälde der Sixtinischen Kapelle im Vatikan mit dem Titel „Die Erschaffung Adams“ (1508–1512) bildlich zum Ausdruck.³⁵ Gottvater erschafft den ersten Menschen, indem er mit seinem Zeigefinger jenen von Adam nahezu berührt³⁶. Diese Berührung übermittelt das Leben und verwandelt Adam: Er ist nun lebendig. Es ist wenig erstaunlich, dass in der christlichen Rechtskultur die Berührung eine symbolische Handlung darstellt, die innere Werte von größter Bedeutung und vor allem gottgegebene Herrschaft überträgt.

Der symbolische Akt des Berührens, genauer des Handauflegens zum Zweck der Weitergabe einer Herrschaftsmacht, hat tiefe Wurzeln in der europäischen Rechtskultur und einen engen Bezug zum Kirchen- und Feudalrecht. Der bekannte Satz, „alle prägnanten Begriffe der modernen Staatsrechtslehre sind säkularisierte theologische Begriffe“, erweist sich in diesem Beispiel als richtig.³⁷ Folgt man etwa der römisch-katholischen Dogmatik, so besteht in der kirchenrechtlichen Figur der apostolischen Sukzession eine derartige Legitimationskette.³⁸ Diese vermittelt die Legi-

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 140 f., 145 ff.; siehe ferner Fn. 59.

³⁵ Gen 2,7: „Da formte Gott, der Herr, den Menschen aus der Erde vom Ackerboden und blies in seine Nase den Lebensatem. So wurde der Mensch zu einem lebendigen Wesen.“ (Einheitsübersetzung).

³⁶ Auf dem Fresko berühren sich die beiden Zeigefinger nicht, was gerade die Spannung des Bildes ausmacht, *David Hornemann von Laer* Vom Geschöpf zum Schöpfer – Die Genesisfresken Michelangelos in der Sixtinischen Kapelle, 2009.

³⁷ *Carl Schmitt* Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1922), 7. Aufl. 1996, 43.

³⁸ Can. 375 § 1 CIC: „Die Bischöfe, [...] die an die Stelle der Apostel treten“; Katechismus der Katholischen Kirche, 1993, Rn. 859 ff.; Dogmatische Konstitution über die Kirche

timität des Papstes und der Bischöfe aus allerhöchster Quelle. Dabei handelt es sich nicht um das Volk wie in der aufklärerischen Staatsphilosophie, sondern um den dreieinigen Gott, der über Jesus die Apostel und nachher alle sich auf sie abstützenden Bischöfe bis in die Gegenwart legitimiert. Die Metapher der Kette versinnbildlicht die ununterbrochene rechtmäßige Nachfolge der Apostel durch die Bischöfe. Die Weihe überträgt die geistliche Gewalt rechtmäßig. Der formale Akt der Bischofsweihe ist in Belehrung, Litanei, *Handauflegung*, Salbung und Beauftragung gegliedert. Der Konsekrator und zwei Bischöfe legen ihre Hände auf den Kopf des zu Weihenden und sprechen: „Accipe Spiritum Sanctum – Empfange den Heiligen Geist“.³⁹

In der römisch-katholischen, aber auch in den anglikanischen und weiteren protestantischen Kirchen „sieht man die Bischöfe in der durch eine *ununterbrochene Kette* von Bischofsweihen mit Handauflegung versinnbildlichten, historisch vermittelten apostolischen Sukzession.“⁴⁰ Die fortgesetzte Sendung der Apostel und deren Nachfolger über alle Zeiten hinweg ist ein Parallelphänomen zunächst zur historisch-dynastischen Vermittlung von Herrschaft in den Monarchien, aber über diesen Zwischenschritt hinweg auch der demokratischen Legitimationskette. Der Sprachgebrauch des Bundesverfassungsgerichts mit der „ununterbrochenen Legitimationskette“ steht in enger Verbindung mit der apostolischen Sukzession.⁴¹ Das Adjektiv „ununterbrochen“ referiert direkt auf den Brief Papst *Leos XIII.* von 1896, wonach die apostolische Sukzession in der anglikanischen Kirche aufgrund eines während hundert Jahren praktizierten Formfehlers bei der Weihe unterbrochen sei.⁴²

Gewiss ist die Kettenvorstellung des Bundesverfassungsgerichts auf die Gegenwart und die Legitimationsübertragung bezogen, und den axiomatischen Anfang bilden die stimmberechtigten Bürger. Im Gegensatz dazu bezieht sich die apostolische Sukzession oder die dynastische Erbfolge auf

„Lumen Gentium“, in: Karl Rahner/Herbert Vorgrimler (Hrsg.) *Kleines Konzilskompendium*, 1966, Rn. 20.

³⁹ *Balthasar Fischer* Konsekration, in: Josef Höfer/Karl Rahner (Hrsg.) *Lexikon für Theologie und Kirche*, Bd. 6, 2. Aufl. 1961, 476 (476). Für die römisch-katholische Kirche bestehen verschiedene Rechtsvorschriften, so als neueste die Konstitution *Sacramentum ordinis* v. 30.11.1947, in: Peter Hünermann (Hrsg.) *Enchiridion symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, (1854), 39. Aufl. 2001, Rn. 3857 ff., die *Pius XII.* in das *Pontificale Romanum* überführte, *Acta Apostolicae Sedis* 42 (1950), 452 ff.

⁴⁰ *Heinrich de Wall/Stefan Muckel* *Kirchenrecht*, 5. Aufl. 2017, § 39 Rn. 9.

⁴¹ Vgl. Fn. 71 zum häufigen Gebrauch des Verbs „berühren“, freilich im übertragenen Sinn des „Betreffens“.

⁴² Brief „*Apostolicae curae et caritatis*“ v. 13.9.1896, der schließt, „dass die im anglikanischen Ritus vollzogenen Weihen völlig ungültig und gänzlich nichtig waren und sind“, *Hünermann* *Enchiridion* (Fn. 39), Rn. 3315 ff.

die historische Dimension. An deren Anfang steht Gott beziehungsweise die Einsetzung des Monarchen durch Gott in unvordenklichen Zeiten. Trotz dieser Unterschiede sind die strukturellen Parallelen unübersehbar.

Das Phänomen der Weitergabe von Herrschaftsmacht durch Berührung gibt es ferner beim Lehensrecht⁴³ oder den UNO-Menschenrechten. Dort besteht die bemerkenswerte Rechtsprechung des Ausschusses, dass die Ratifikation der entsprechenden UNO-Pakte eine dingliche Wirkung hat.⁴⁴ Das dadurch berührte Territorium erwirbt die Menschenrechte für immer. Hier wird menschenrechtliche Freiheit bzw. „Privat-Macht“ oder Abwesenheit von Staatsmacht weitergegeben.

⁴³ Der Lehensherr gibt in der Kommendation das Lehen an den Lehensmann weiter: *Dagmar Hüpper* Hand, in: Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.) Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, 692 (694 m.w.H.) und *Bernhard Diestelkamp* in: ebd., 1969 (1969 ff.). Dieser bittet um Mannschaft und tritt in den zeitgenössischen Darstellungen mit gefalteten Händen vor den Herrn, der die Hände mit seinen eigenen umschließt, womit der Formalakt abgeschlossen ist (Codex diplomaticus nassauicus, Nassauisches Urkundenbuch, Bd. 1, 3. Abt., 1887, 196, Nr. 2173, 8.8.1339; *Eike von Repgow* Sachsenspiegel, Lehnrecht, übertr. u. erl. v. *Hans Christoph Hirsch*, 1939, 121 ff. zu Art. 20 § 5, 22 § 3, 23 § 3).

⁴⁴ Die uralte Vorstellung der Weitergabe von Recht in Form von Berührung und Verwandlung verwendete ferner der UNO-Ausschuss für Menschenrechte. Er machte eine grundlegende Überlegung zur Frage der Kündbarkeit des Paktes für bürgerliche und politische Rechte (Pakt II): „The rights enshrined in the Covenant belong to the people living in the territory of the State party. The Human Rights Committee has consistently taken the view, as evidenced by its long standing practice, that once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in Government of the State party, including dismemberment in more than one State or State succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant“ (Ausschuss für Menschenrechte, General Comment 26/61 v. 27.10.1997, § 4).

Diese Auslegung des Ausschusses ist von revolutionärem Charakter: Wenn immer ein Vertragsstaat des Paktes ein Territorium beherrscht hat, auf welche zulässige oder völkerrechtswidrige Weise auch immer, dann ist der menschenrechtliche Schutz durch den Pakt der Bevölkerung bleibend. Der Pakt hat über den Vertragsstaat ein Territorium sozusagen „berührt“, womit der Schutz der Paktrechte auf immer einsetzt. Jede spätere Regierung oder Herrschaft ist dann an diese Rechte gebunden. In einem übertragenen Sinn hat der Pakt das Territorium berührt und es menschenrechtlich verwandelt: Die Rechte des Paktes gelten auf immer und sind unkündbar.

Diese Auslegung kam wegen der 1997 erfolgten Kündigung des Paktes seitens Nordkoreas zustande (*Jörg Künzli* Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte, 2001, 125; *Bianca Hofmann* Beendigung menschenrechtlicher Verträge. Rechtliche und faktische Schranken, 2009, 158). Der Ausschuss reagierte darauf mit diesem Kommentar und statuierte damit eine Unkündbarkeit des Paktes II. Die Reaktion der Staaten hätte angesichts der Folgen eines Beitritts auf mehr Zurückhaltung schließen lassen. Dem war aber nicht so; nach 1997 sind zahlreiche weitere Staaten beigetreten. Die Staaten scheuten die Gefahr einer „Berührung“ mit dem Pakt nicht.

Folglich deutet das Bundesverfassungsgericht die Volkssouveränität in einem Sinn, der der Monarchie in der dynastischen Generationenfolge, der apostolischen Sukzession, dem Lehensrecht oder der dinglichen Wirkung der UNO-Menschenrechte alle Ehre macht: In der Sache geht es um die Übertragung von Herrschaftsausübung und diese erfolgt in einem symbolischen Akt der Berührung.

4. Zweck und Stärke der Legitimation durch Weitergabe

Die Kettenargumentation hebt die eminente Bedeutung des Anfangs- und des Endpunktes der Kette hervor. Zweck dieser Weitergabe von Legitimation ist es, Herrschaftsausübung der Gegenwart mit einem unerschütterlichen Anfangspunkt zu verbinden. Die Kette ist an einem Träger von allerhöchster Herrschaftsgewalt verankert, nämlich Gott (im Fall von monarchischer oder kirchlicher Herrschaft) oder (im Fall der Demokratie) dem Volk. Die Kettenmetapher schafft eine Verbindung durch symbolische Berührung mit der Hand.⁴⁵ Die Hand symbolisiert den ganzen Menschen und dieser steht mit seiner Person für die empfangene Herrschaftsgewalt ein. Die *Berührung* mit der Hand besiegelt den Rechtsakt, denn sie verwandelt den Empfänger, indem sie ihn ungleich, nämlich zum Herrscher macht.

Die demokratische Legitimationskette übernimmt strukturell gleichartige Aufgaben. Sie ist mit ihrer verfassungs- und kirchengeschichtlichen Herkunft sowie ihrer Symbolik mit Bedacht gewählt. Die auf Gott zurückgehende Legitimierung von Monarchien und der Kirche rückt die demokratische Herrschaft unausgesprochen in die Nähe des Numinosen. Die demokratische Legitimationskette erhält dadurch eine Stärke, die niemand in Zweifel zu ziehen wagt.⁴⁶ Wie im Fall des Gottesgnadentums und der

⁴⁵ Diese Symbolik zeigt sich regelmäßig bei Wahlveranstaltungen, bei denen Kandidaten für einen Parlamentssitz herumgehen und den Wählern jeweils die Hand schütteln. Besser könnte die Weitergabe von Legitimation durch körperliche Berührung nicht symbolisiert werden. Das setzt sich in das Sprachliche fort, indem errungene Parlamentssitze auch als „Mandate“ bezeichnet werden. Das Volk überträgt Vertrauen zu den Mandatsträgern, siehe Fn. 19. Das Mandat, von „mandere“ (lat.), „in die Hand legen“, anvertrauen, überlassen, nimmt die Berührung sprachlich auf.

⁴⁶ Dieses Vorgehen schlägt auch *Jean-Jacques Rousseau* Vom Gesellschaftsvertrag oder Die Grundlagen des politischen Rechts im Fall der Demokratie (1762), Buch II.7, 2000, 62 vor: „Diese erhabene Vernunft, die sich über das Verstehen der gewöhnlichen Menschen erhebt, ist jene, deren Entscheidungen der Gesetzgeber in den Mund der Unsterblichen legt, um durch göttliches Machtwort jene mitzureißen, die menschliche Klugheit zu nichts bewegen würde. Aber es ist nicht jedem Menschen gegeben, die Götter sprechen zu lassen

apostolischen Sukzession hat das erste Kettenglied eine alles überragende Bedeutung: Das deutsche Volk wählt den Bundestag und dieser formale Akt allein begründet die demokratische Herrschaft.⁴⁷

Diese Verabsolutierung⁴⁸ des ersten Kettengliedes, das Volk und Parlament verbindet, schafft nur theoretisch eine unerschütterliche Grundlage: Sie ist der archimedische Punkt der Theorie der demokratischen Legitimationskette. Soziologisch betrachtet hängt die Festigkeit dieser Grundlage vom Glauben der Bürger daran ab.⁴⁹ Das Bild der Legitimationskette zeigt die gesellschaftlichen Voraussetzungen einer Demokratie nicht und führt deshalb in die Irre. Im Folgenden ist auf drei unterschiedliche Kritiken an der Theorie der Legitimationskette einzugehen.

III. Kritik der Theorie der personell-demokratischen Legitimation

1. *Linguistische Analyse des Beschlusses zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein*

Die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis sind auf das Medium der Sprache angewiesen. Deshalb ist es erstaunlich, dass sich die Juristen mit ihrem Arbeitsinstrument nicht besser und systematischer vertraut machen. Die Methoden der Sprach- und Literaturwissenschaft bringen wichtige Erkenntnisse hervor. Die linguistische Kritik verdeutlicht die argumentative Schwäche der personell-demokratischen Legitimation.

Die Metapher der Kette hängt mit der Fragmentierung und der Herrschaftsausübung zusammen. Die Kette kann als ein Symbol staatlicher Herrschaft und Ordnung dienen. Sie ist ferner dazu da, um eine Reihe von Gegenständen oder Einrichtungen als Teil eines Ganzen und einer Ordnung

oder Glauben zu finden, wenn er sich für ihren Deuter ausgibt. Die große Seele des Gesetzgebers ist das wahre Wunder, das seine Aufgabe legitimieren muss.“

⁴⁷ BVerfG Urt. v. 13.6.2017, 2 BvE 1/15, Rn. 87: „Nur das vom Volk gewählte Parlament kann den Organ- und Funktionsträgern der Verwaltung auf allen Ebenen demokratische Legitimation vermitteln.“ BVerfGE 137, 185 (232 Rn. 131). Zu den Hintergründen des formalen Demokratieverständnisses in Deutschland: *Bredt* Institutionen (Fn. 16), 47 ff. Auf das Problem, dass neben dieser Bundes-Kette auch Landes-Ketten und sogar Kommunen-Ketten bestehen müssen (z.B. *Fisahn* Demokratie [Fn. 8], 296 f.), kann hier nicht eingegangen werden. Freilich besteht nur ein Deutsches Volk, womit die Theorie der Legitimationskette der Idee des Föderalismus diametral zuwiderläuft.

⁴⁸ So auch *Brun-Otto Bryde* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), 305 (324).

⁴⁹ Fn. 3.

darzustellen. Es ist etwa an eine Gebirgs- oder Seenkette zu denken. Anders ausgedrückt, vermag die Kette Fragmente (nämlich die gewalten- und arbeitsteilige Staatsorganisation) als Teile eines Ganzen (nämlich des Staates) sichtbar zu machen.⁵⁰ Plakativ ausgedrückt überwindet die Kette die Fragmentierung und ist selbst ein Sinnbild für staatliche Machtausübung.

Eine Textsortenanalyse⁵¹ des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein⁵² offenbart folgende Charakteristika. Es dominiert eine verwaltungs-⁵³ sowie rechtssprach-

⁵⁰ Selbstverständlich verwendet die Umgangssprache den Ausdruck Kette in zahlreichen weiteren Zusammenhängen wie etwa: Kettenantrieb, -armband, -blume, -brief, -bruch, -brücke, -fahrzeug, -gebirge, -getriebe, -glied, -gelenk, -hemd, -hund, -karussell, -linie, -molekül, -panzer, -rad, -raucher, -reaktion, -reim, -rost, -säge, -schifffahrt, -schluss, -stich, -stickerei, -tau, -ware, *Renate Wahrig-Burfeind* (Hrsg.) Deutsches Wörterbuch, 8. Aufl. 2006, 829 f.

⁵¹ *Josef Klein* Textsorten im Bereich politischer Institutionen, in: Klaus Brinker/Gerd Antos/Wolfgang Heinemann/Sven F. Sager (Hrsg.) Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung, 1. Halbbd., 2000, 732 ff. Die hier vorgetragene Analyse bezieht sich auf die Abschnitte über die demokratische Legitimation.

⁵² BVerfGE 93, 37 (37 ff.). Selbstverständlich wären auch die übrigen Urteile zur demokratischen Legitimationskette zu analysieren, was hier nicht möglich ist. Es kann aber vorweggenommen werden, dass sie diese Ergebnisse bestätigen würden.

⁵³ Sie *zeichnet* sich durch die exzessive Verwendung des Nominalstils aus („Aufrechterhaltung von Entscheidungskompetenz“, „Ausübung von Staatsgewalt“, „Bestellung der Amtsträger“, „Vermittlung personeller demokratischer Legitimation“, „Mitwirkung an der Bestellung eines Amtsträgers“, „Wahrnehmung der Amtsaufgaben“, „Wahrnehmung des Amtsauftrages“, „Gewährleistung von ‚Betriebsfrieden‘“, „Förderung sachgerechter Aufgabenerledigung“, „Mitbestimmung der Personalvertretung“, „Verweigerung der Zustimmung der Personalvertretung“, „Beteiligung der Personalvertretung“, „Ausübung des Letztentscheidungsrechts“, „Darlegung“, „die zeitgerechte Herstellung der Bedingungen einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Amtsauftrages“, „Wahrnehmung effektiver Verantwortung“, „zur Wahrung ihrer Belange und zur Mitgestaltung ihrer Arbeitsbedingungen“, „Gewährung solcher Beteiligungsrechte“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 1 f., Rn. 1, 136 f., 139 ff., 144 ff., 150 f.), durch Passivstil („vorgesehen werden“, „gestärkt werden“, „bewirkt werden“, „hingenommen werden“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 146 f.) sowie durch Substantiv-, Partizip- und Adjektivketten (Substantivketten: „das Demokratieprinzip für die Ausübung von Staatsgewalt bei Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages“, „unter Würdigung der Bedeutung der beteiligungspflichtigen Maßnahmen sowohl für die Arbeitssituation der Beschäftigten und deren Dienstverhältnis als auch für die Erfüllung des Amtsauftrages“, „die zeitgerechte Herstellung der Bedingungen einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Amtsauftrages“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 2, Rn. 151; Partizipketten: „einen seinerseits personell legitimierten, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnden“, „wechselseitig Rechte und Pflichten begründenden“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 137, 141; Adjektivketten: „uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 147). Diese Aufzählung verwaltungssprachlicher Elemente ließe sich fast beliebig verlängern.

liche⁵⁴, deontische⁵⁵, politische⁵⁶, leerformelhaft-pathetische⁵⁷ und negierende⁵⁸ Lexik. Das Verb „berühren“ kommt häufig vor.⁵⁹ Das Urteil enthält viele konsonantenreiche Wörter, wie z.B. „Staatsgewalt“, „vollziehende Gewalt“ oder „Beschäftigungsverhältnis“;⁶⁰ es weist eine Fülle an Wörtern mit dem Präfix „ent-“ auf, wie z.B. entziehen, entscheiden, entsprechen,⁶¹ und es stellt an den Menschen einen Absolutheitsanspruch.⁶² Auf diese Weise erhält das Urteil einen keinerlei Widerspruch duldenden, obrigkeitlich-staatlich anmutenden Charakter.⁶³

⁵⁴ Siehe die Formulierungen: „im Namen des Volkes“, „Antragsteller“, „verfassungswidrig“, „Auslegung“, „verfassungsgemäß“, „Interessenausgleich[s]“, „Beteiligungsrechte“, „Evokationsrecht[s]“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 1 f., Rubrum, Tenor, Rn. 1 f., 130 ff., 135 ff., 140 ff., 146 ff.

⁵⁵ Z.B. bei den Verben: ermächtigen, verpflichten, entscheiden, beschließen, müssen, dürfen, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rubrum, Tenor, Rn. 130, 133, 135 f., 140 ff., 145, 147 ff.

⁵⁶ Z.B.: „demokratische Legitimation“, „freiheitliche Demokratie“, „Wahlen und Abstimmungen“, „Volksouveränität“, „Staatsgewalt“, „Volk und Parlament“, „Legitimationsniveau“, „parlamentarische[r] Einfluß“, „staatliche Herrschaft“, „Gemeinwohl“, „Volksvertretung“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 1 f., Rubrum, Rn. 134 ff.

⁵⁷ So das veraltete und unnötige angefügte „e“ im Fall von: „Volke“, „Nichteinigungsfälle“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 134, 146.

⁵⁸ Z.B.: „eingeschränkte[n] Mitbestimmung“, „unerheblich[e]“, „nicht nur unerheblich[e]“, „Unvereinbarkeit“, „unvereinbar“, „Mangel“, „kein“, „keine“, „keiner“, „keinem“, „nicht“, „nur“, „jedenfalls“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 1 f., Rubrum, Tenor, Rn. 133, 135 ff., 141 ff.

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 140 f., 145 ff.

⁶⁰ Weitere Beispiele: „Regierungsgewalt“, „Amtsauftrag“, „Regierungsverantwortung“, „staatliche Herrschaft“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 1 f., Tenor, Rn. 134 ff., 143 ff., 150 f.

⁶¹ *Victor Klemperer* Notizbuch eines Philologen (1947), 25. Aufl. 2015, 9; BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Tenor, Rn. 130, 149.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 137: „Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt ein Amtsträger dann [...]“ oder „Letztentscheidung“ (Rn. 140).

⁶³ BVerfGE 93, 37 (68): „Denn die in dem jeweiligen Dienstbereich Beschäftigten, deren sich die staatlichen Organe bedienen müssen.“ Dieser Sprachgebrauch macht „die Beschäftigten“ zu bloßen Objekten, was in krassem Widerspruch zu Art. 1 Abs. 1 GG steht. *Robert C. van Ooyen* „Volksdemokratie“ und nationalliberaler Etatismus: das BVerfG aus der Sicht der politischen Theorie am Beispiel von Richtervorverständnissen, in: Robert C. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.) *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl. 2015, 95 (96) sieht auch ausserhalb des Sprachgebrauchs obrigkeitlich-staatliche Kontinuitätslinien in der Justiz der Bundesrepublik.

In der *Syntax* überwiegt der Nominalstil mit z.T. eigentümlichen Substantivierungen⁶⁴, Konditionalgefügen⁶⁵, vielen Einschüben⁶⁶ sowie schwer verständlichen Ketten- und Schachtelsätzen⁶⁷. Bei den Verben herrschen Infinitive, die häufige Verwendung des Passivs, Zustandsverben und mit Macht konnotierte Verben vor.⁶⁸

Ferner weist der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts Tautologien⁶⁹, zahlreiche Verneinungen⁷⁰, einen inhaltlich wichtigen Parallelismus („berühren [...] berühren [...] berühren“)⁷¹, den inhaltlich wichtigen Pleonasmus der „ununterbrochenen Legitimationskette“⁷² sowie zahlreiche weitere *rhetorische Figuren*⁷³ auf.

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 135 ff., 140: „Aufgabenerledigung“, „Willensentschließung“, „Weisungsgebundenheit“, „der zu Bestellende“.

⁶⁵ Beispiele: „nur in der Auslegung vereinbar, daß“, „mit der Maßgabe anwendbar, daß“, „In diesem Bereich ist die Ausübung von Staatsgewalt demokratisch legitimiert, wenn sich die Bestellung der Amtsträger“, „Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt ein Amtsträger dann, wenn er verfassungsgemäß sein Amt“, „Sieht das Gesetz ein Gremium als Kurationsorgan für die definitive Bestellung eines Amtsträgers vor, das nur teils aus personell legitimierten Amtsträgern zusammengesetzt ist, so erhält der zu Bestellende volle demokratische Legitimation für sein Amt nur dadurch, daß die die Entscheidung tragende Mehrheit sich ihrerseits aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimer Mitglieder des Kurationsorgans ergibt.“, „Solche Beteiligungsrechte sind mit dem Demokratieprinzip vereinbar, solange sie nicht den Grundsatz berühren, daß“, „wenn“, „insofern“, „sofern“, „insoweit“, „soweit“, „nur so weit [...] als“ (BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 2, Rubrum, Tenor, Rn. 136 f., 140 f., 144, 146, 150 f.).

⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rubrum, Rn. 2, 132, 136, 140, 145 f., 148, 151.

⁶⁷ Kettensätze: BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 133, 135, 151; Schachtelsätze: BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 136, 140, 145 f., 148, 151.

⁶⁸ Infinitiv: BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 2, Rubrum, Tenor, Rn. 2, 131 f., 135 f., 140, 142, 144, 151. Passiv: BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 131, 133 ff., 138, 140 f., 143, 145 ff., 150 f. Deontische Verben: ermächtigen, verpflichten, entscheiden, beschließen, müssen, bedürfen, dürfen, verlangen, vorsehen, festlegen, regeln, vorgeben (BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 2, Rubrum, Tenor, Rn. 130, 133, 135 f., 139 ff.); Zustandsverben: sein, bleiben, betreffen, auswirken, besitzen, berühren (BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Tenor, Rn. 132 f., 135, 137, 140 f., 145 ff.); mit Macht konnotierte Verben: ausüben, verweigern, bestimmen, aufheben, dienen (BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 2, Tenor, Rn. 135, 144, 151).

⁶⁹ Zum Beispiel: „Gesetz und Recht“, „Dienst- und Arbeitnehmer“, „Arbeits- oder Dienstverhältnis[ses]“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 1, Rn. 140 f., 146.

⁷⁰ „[K]ein“, „keiner“, „keiner“, „keinem“, „nicht“, „Nichteinigungsfall[e]“, „weder [...] noch“ (BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 1, Rubrum, Tenor, Rn. 135 f., 138 f., 141 ff., 145 ff.); ferner eine doppelte Verneinung: „nicht nur unerheblich“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 145, 147, 150. Siehe weitere Beispiele in Fn. 58.

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 145.

⁷² BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 137 f. und *Tschentscher* Legitimation (Fn. 1), 38 Anm. 26. Der Begriff der „ununterbrochenen Legitimationskette“, der das kaum

Es fällt auf, dass der Beschluss unpersönlich abgefasst ist. Akteure fehlen und Geschehnisse oder Vorgänge vollziehen sich in Form eines anonymen

verwendete Oxymoron der „unterbrochenen Legitimationskette“ einschließt, verfehlt trotz der häufigen Verwendung in Rechtsprechung und Schrifttum den bezeichneten Gegenstand. Er ist inhaltlich falsch, da es die Vorstellung der unterbrochenen apostolischen Sukzession der Anglikanischen Kirche (Fn. 42) auf die Metapher der Kette überträgt. Das Adjektiv „ununterbrochen“ unterstreicht zwar den Ausdruck „Legitimationskette“, allerdings fügt es inhaltlich nichts Zusätzliches hinzu und macht die Kette auch nicht stärker. Eine unterbrochene Kette ist keine einheitliche Kette mehr, sondern es sind zwei kürzere Ketten. Die Kette hört auf und eine neue beginnt, der Zusammenhang zwischen den beiden ist aufgehoben: Demokratische Legitimation ist entweder gegeben oder nicht gegeben. Es gibt keine abgeschwächte demokratische Legitimation. Dessen ungeachtet spricht das Bundesverfassungsgericht im Beschluss zum Mitbestimmungsgesetz von Schleswig-Holstein von „abgeschwächte[r] [...] demokratische[r] Legitimation“ (BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 146) und lässt eine diskretionäre Legitimation zu, indem es den Ausdruck „Legitimationsniveau“ (BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 135) verwendet. Damit macht es Eingeständnisse hinsichtlich der demokratischen Legitimation von Amtswaltern, was der Metapher diametral entgegensteht.

Der Ausdruck „Kette“ ist vieldeutig. Er steht nicht nur für Abfolge und Ordnung, sondern auch für Herrschaft, Bindung und Unterwerfung. Diese Anspielungen kontrastieren mit einer Kettenvorstellung, die demokratische Legitimation, mithin politische Selbstbestimmung und Freiheit verschaffen soll. *Bryde* Volksdemokratie (Fn. 48), 324 hatte den „Legitimationskettenfetischismus“ kritisiert, denn damit werden die Bürger ausgerechnet mit Hilfe „des Demokratieprinzips [...] in Untertanen verwandelt“ (*Bryde* Volksdemokratie [Fn. 48], 316). Er bezog sich dabei auf Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 83, 60 [73 ff.]; BVerfGE 107, 59 [87]), wonach alle anderen Spielarten von Demokratie als die Bundestagswahl mit dem Demokratieprinzip unvereinbar seien, dazu *Fisahn* Demokratie (Fn. 8), 295 ff., 304 ff. Auf dieser strikten Linie bewegt sich ein Großteil der Lehre, z.B. *Matthias Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 595. Auf diese Weise ist die Demokratie jenseits des Nationalstaates (z.B. im Rahmen des EU-Parlamentes) nicht denkbar und auch innerhalb des Nationalstaates scheinen direkte Demokratie, lokale Selbstverwaltung oder ein Ausländerstimmrecht als mit dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG unvereinbar. Die Kettenmetaphorik erweist hier einen hintergründigen Sinn.

⁷³ Inversionen: „Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität“, „jedoch regelmäßig nicht durch unmittelbare Volkswahl erfolgen muß“, „Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt ein Amtsträger dann“, „Demokratischer Legitimation bedarf die Ausübung der Staatsgewalt in ihrer jeweiligen Funktion.“ (BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 135 ff.).

Neologismen: „behördenintern“, „Legitimationszusammenhang“, „beteiligungspflichtig“, „Amtsauftrag“, „Schutzzweckgrenze“, „Letztentscheidung“, „Verwaltungsträger“, „Weisungsgebundenheit“, „Funktionerteilung“, „Willensentschließung“, „mitlegitimiert“, „Amtswalter“, „Entscheidungscharakter“, „Repräsentationsorgan“, „Dienstbetrieb“, „Entscheidungsgehalt“, „Mitbestimmungsfall“, „vorstrukturiert“ (BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, LS 1 f., Rubrum, Rn. 134 ff., 138 ff., 147 f., 150 f.).

Paradoxa, z.B.: „Binnenbereich des öffentlichen Dienstes“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 140, 145.

Waltens. Der direktive Stil und die Lexik wirken autoritär. Der Beschluss erörtert die Frage der demokratischen Legitimation in auffällig nebulösen und unklaren Formulierungen.⁷⁴ Zusätzlich fallen zahlreiche Leerformeln auf.⁷⁵

Die sprachlichen Verstärkungen kontrastieren mit der inhaltlich wenig überzeugenden Argumentation. Es ist offensichtlich, dass der Zweite Senat damit die argumentativen Schwächen ausgleichen wollte. Das Bemühen ist vergeblich; der Pleonasmus der „ununterbrochenen Legitimationskette“ macht vielmehr auf den direktiven Dezisionismus des Urteils aufmerksam.

Weshalb besitzt die demokratische Legitimationskette in Rechtsprechung, Kommentarliteratur und Lehre eine derart große Bedeutung, obwohl der Ausdruck offenkundige semantische und metaphorische Schwächen aufweist? Das verfassungsrechtliche Gebot demokratischer Legitimation „markiert etwas [...] typisch deutsches“.⁷⁶ Der Erfolg des Ausdrucks hat mit der deutschen Geschichte der letzten 150 Jahre zu tun. Die Erfahrungen der Monarchie und der beiden Diktaturen wirken nach. Die Kettentheorie bringt indirekt die undemokratische Vergangenheit zur Sprache. Vor diesem

Parentesen: BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rubrum, Rn. 2, 132, 136, 140, 145 f., 148, 151.

Oxymoron, eigentlich das „Scharfdumme“, d.h. ein in einem Ausdruck bestehender inhaltlicher Widerspruch, z.B.: „Möglichkeiten und Grenzen“, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 145.

⁷⁴ Was sich an den Ausdrücken „insoweit [...] als“, „allenfalls“, „gegebenenfalls“, „typischerweise“, „in ähnlicher Form“, „teilweise aufheben“, „in gewissem Maße“, oder „demokratischer Legitimation bedarf die Ausübung der Staatsgewalt in ihrer jeweiligen Funktion“ zeigt, BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, 2 BvF 1/92, Rubrum, Tenor, Rn. 137 f., 140, 145 ff., 150 f.

⁷⁵ Fn. 69, 70, 73.

⁷⁶ *Jestaedt* Radien (Fn. 16), 7 f. *Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Viallon/Peter M. Huber* (Hrsg.) *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, 2007, weisen bei keinem der behandelten europäischen Staaten außer Deutschland ein derartiges Legitimationsproblem aus. In Frankreich ist die Legitimation allein ein historisches Thema, *André Hauriou* *Droit constitutionnel et institutions politiques* (1966), 5. Aufl. 1972, 682 f.; *Louis Favoreu* (Hrsg.) *Droit constitutionnel* (1998), 13. Aufl. 2010 weist das Problem der Legitimität im geltenden Recht nicht aus. In Großbritannien ist die Figur der Parlamentsouveränität bekannt; an ihr misst sich jede Frage der demokratischen Legitimation, vgl. *Heidrun Abromeit* *Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität: Drei Realmodelle der Legitimation staatlichen Handelns*, *Politische Vierteljahresschrift* 36 (1995), 49 (51 ff. m.w.N.); *Emil Hübner/Ursula Münch* *Das politische System Großbritanniens*, 1999, 32. In der Schweiz wird im geltenden Recht die Frage der demokratischen Legitimität nicht behandelt; es handelt sich dabei um eine staatsphilosophische Frage. Freilich spielen konkrete und justiziable Fragen der Umsetzung des Verhältniswahlrechtes, der Wahlrechtsgrundsätze sowie der Wahl- und Abstimmungsfreiheit als Grundrechte eine große Rolle, *Andreas Kley* *Direkt-demokratisches Instrumentarium, Politische Rechte*, in: *Giovanni Biagini/Thomas Gächter/Regina Kiener* (Hrsg.) *Staatsrecht*, 2. Aufl. 2013, 341 ff., 585 ff.

Hintergrund ist es verständlich, wenn die Professoren und Richter *Herzog* und *Böckenförde*, das Bundesverfassungsgericht und die herrschende Lehre die enge Verbindung zwischen dem Volk und den Amtsträgern herausstellen. Diese Berührung von Volk und Amtsträgern ist für die Bundesrepublik Deutschland in ihrem Selbstverständnis essentiell und darf niemals unterbrochen sein. Gleichwohl ändert dies nichts an der Tatsache, dass die inhaltliche Überzeugungskraft der Theorie personell-demokratischer Legitimation schwach ist. Die nachgerade krampfartigen Sprachanstrengungen in den Urteilen unterstreichen dies.

2. *Gleichnis von König Midas als Kritik an der Theorie der personell-demokratischen Legitimation*

Midas⁷⁷ tat dem griechischen Gott Dionysos einen Gefallen und zur Belohnung forderte dieser ihn auf, einen Wunsch zu äußern. Midas wünschte sich, dass alles, was sein Leib berühre, sich in glänzendes Gold verwandle. Midas versuchte die neue Gabe und siehe da, ein von ihm angefasster grüner Zweig verwandelte sich in Gold. Hoherfreut befahl Midas seinen Dienern ein Festessen zu geben. Er griff nach dem Brot und dieses verwandelte sich in steinhartes Metall, das Brot klirrte zwischen seinen Zähnen. Midas wurde sich seines fatalen Wunsches bewusst, ihm drohte der Tod durch Hunger und Durst und er flehte zu Dionysos, ihn von der Gabe zu befreien. Dieser erhörte ihn und gebot ihm, sich im Fluss Paktolos zu baden. Das befreite ihn vom Zauber, da die goldschaffende Kraft auf den Fluss überging. Seither führt dieser Gold in reichem Maße mit sich.⁷⁸

Nach der Erfüllung von Midas' Wunsch erscheint ein Problem, das sich auch bei der demokratischen Legitimationskette zeigt. Die Legitimationskette vermittelt viel mehr demokratische Legitimation als nötig ist.⁷⁹

⁷⁷ Die folgende Zusammenfassung folgt der ausgeschmückten Schilderung von *Gustav Schwab* Die schönsten Sagen des klassischen Altertums, 1997, 986 ff. Die Überlieferung geht u.a. auf *Aristoteles* Politik I.9., 1257 b 14 ff., 1257 b 38, 1258 a 3, 1258 a 13 f. zurück.

⁷⁸ Die Dummheit blieb Midas indes erhalten, wie die Fortsetzung der Geschichte zeigt: „Seit dieser Zeit haßte Midas allen Reichtum, verließ seinen prächtigen Palast und erging sich gern in Fluren und Wäldern, den ländlichen Gott Pan verehrend“, *Schwab* Sagen (Fn. 77), 987. Anlässlich eines Musikwettbewerbs zwischen den Göttern Pan und Apollon kritisierte der schwatzhafte Midas die Entscheidung des Preisrichters für Apollon. Dieser trat unsichtbar zu Midas, und er verwandelte seine Ohren in Eselohren. Diese Blamage ließ sich nicht verheimlichen, Midas' Diener teile sie einem Erdloch mit und an dieser Stelle wuchs Schilf, der seither aller Welt verkündet: König Midas hat Eselohren!

⁷⁹ Die Analogie zwischen Midas' Fähigkeit und der „ununterbrochenen Legitimationskette“ unterscheidet sich in einem für die vorliegende Analogie unwesentlichen Punkt. Bei der Theorie der Legitimationskette wird die Gabe der Verwandlung weitergegeben: Nicht nur der Bundestag, sondern auch die nachgeordneten demokratisch legitimierten Einrich-

Zudem ist sie formaler Natur, d.h. rein Input-orientiert, denn sie ist schon erfüllt, wenn sich die „Bestellung der Amtsträger [...] auf das Staatsvolk zurückführen lässt“.⁸⁰ So viel und leicht erzeugte demokratische Legitimation hat einen negativen Effekt: Sie ruft Inflation hervor. Die Legitimationskette übersteigert den demokratischen Gedanken und droht, ihn im Ergebnis abzuwerten, ihn gar in letzter Konsequenz zu zerstören.⁸¹

3. *Selbstkritik des Bundesverfassungsgerichts im Urteil zum StabMechG?*

Gemäß Urteil vom 28. Februar 2012 klagten zwei Abgeordnete des Bundestages gegen § 3 Abs. 3 des 2011 geänderten Stabilisierungsmechanismengesetzes vom 22. Mai 2010 (StabMechG). Danach übernimmt ein Gremium von Mitgliedern des Haushaltsausschusses die Wahrnehmung von Beteiligungs- und Unterrichtsrechten des Deutschen Bundestages. Die Kläger sahen dadurch ihren Abgeordnetenstatus gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als verletzt an. Das Gericht bestätigte die Gesamtverantwortung des Bundestages für den Haushalt, auch in „einem System intergouvernementalen Regierens“.⁸² Der Bundestag als unmittelbares Repräsentationsorgan müsse über den Haushaltsplan entscheiden können und die parlamentarische Aussprache darüber werde über die politische Generaldebatte sichergestellt.⁸³ Art. 115 Abs. 1 S. 1 GG spezifiziere, dass die Übernahme von Gewährleistungen jedenfalls „einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmaren“ gesetzlichen Ermächtigung bedürfe.⁸⁴ Diese Bestimmung konkretisiere damit den demokratischen Parlamentsvorbehalt. Das Gericht hielt den Antrag für begründet, da die Norm die Repräsentationsfunktion von Art. 38 GG zu stark beschränke, denn die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Bundestages gebe diesem nicht das Recht, einzelne Abgeordnete von wesentlichen Entscheidungen auszuschließen.⁸⁵ Für gewisse Fälle ließ es indessen die Kompetenzen des Sondergremiums bestehen.⁸⁶ In

tungen können die Legitimation weitergeben. Im Unterschied dazu wird bei der griechischen Sage die Fähigkeit nur von Dionysos auf Midas übertragen; sie bleibt dann bei Midas allein. Bei der Theorie der Legitimationskette wird die Gabe laufend weitergegeben; was bedeutet, dass sie sich nach dem Schneeball-System vervielfältigt.

⁸⁰ BVerfGE 93, 37 (67).

⁸¹ *Bryde* Volksdemokratie (Fn. 48), 323; ebenfalls kritisch *van Ooyen* „Volksdemokratie“ (Fn. 63).

⁸² BVerfGE 123, 318 (342).

⁸³ BVerfGE 123, 318 (344).

⁸⁴ BVerfGE 123, 318 (346).

⁸⁵ Im Einzelnen BVerfGE 123, 318 (346 ff.).

⁸⁶ BVerfGE 123, 318 (362 f.).

der Folge forderte das Gericht eine begrenzende Auslegung des Stabilisierungsmechanismusgesetzes, welche die wichtigen haushaltspolitischen Weichenstellungen weiterhin dem Plenum vorbehalte. Im Urteilstext wird die demokratische Legitimationskette nicht erwähnt, da das Gericht das Problem als eine Frage der internen Organisation des Bundestags behandelte.

Das Kettenargument hätte in diesem Fall aufgrund seines formalistischen Charakters dem StabMechG stark geholfen und zur Abweisung der Beschwerde geführt. Der Haushaltsausschuss und dessen Sondergremium, das im Eilverfahren zu entscheiden gehabt hätte, sind im Hinblick auf die demokratische Legitimationskette einwandfrei legitimiert. Der Bundestag verleiht in einem Gesetz einem internen Organ demokratische Entscheidungsmacht. Dieses Organ setzt sich wiederum nur aus Mitgliedern des Bundestages zusammen: Die ununterbrochene demokratische Legitimationskette besteht klarerweise. Das Kettenargument leistet genau wie die Aurifizierungsgabe von König Midas zu viel. Das hat auch das Bundesverfassungsgericht erkannt. Es verzichtete auf die Kette und argumentierte ausschließlich mit dem Status der Abgeordneten.⁸⁷

Wenn das Bundesverfassungsgericht die Figur der demokratischen Legitimationskette teilweise nicht anwendet, kann man höchstens von impliziter Selbstkritik sprechen. Denn die Legitimationskette erscheint in vielen Urteilen bis in die Gegenwart, und zwar in immer dichter Folge,⁸⁸ und die Staatsrechtslehre steht ihr mehrheitlich positiv gegenüber.⁸⁹ Es handelt

⁸⁷ Ein weiteres analoges Urteil betrifft den vom Rat der Europäischen Zentralbank am 5./6.10.2012 gefassten OMT-Beschluss (Outright Monetary Transactions), wonach „Staatsanleihen ausgewählter Mitgliedstaaten in unbegrenzter Höhe aufgekauft werden können, wenn und solange diese Mitgliedstaaten zugleich an einem mit der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität oder dem Europäischen Stabilisierungsmechanismus vereinbarten Reformprogramm teilnehmen“, BVerfGE 134, 366 (372 Rn. 2). Das BVerfG wandte die Legitimationskette nicht an. Soweit Deutschland betroffen sei, finde das Handeln der Organe und Stellen der Europäischen Union „seine demokratische Legitimation [...] in dem auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG erlassenen Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und dem darin niedergelegten Integrationsprogramm“, BVerfGE 134, 366 (381 Rn. 20 m.w.H.).

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2017, 2 BvE 1/15, Rn. 87 f.; BVerfG, Beschl. v. 17.1.2017, 2 BvE 1/13, Rn. 24, 30, 442, 545, 758; BVerfGE 139, 194 (224 f. Rn. 106 f., 229 Rn. 116); BVerfGE 137, 185 (232 f. Rn. 131 f., 236 Rn. 140, 262 f. Rn. 196, 264 Rn. 200); BVerfGE 135, 317 (428 ff. Rn. 233 ff. und passim); BVerfGE 130, 76 (89 f. Rn. 81 f., 95 ff. Rn. 99 f., 128 f. Rn. 177 f. und passim); BVerfGE 119, 331 (366, 392); BVerfGE 107, 59 (87 ff.); BVerfGE 93, 37 (67 f.).

⁸⁹ Siehe die Nachweise in Fn. 7; exemplarisch etwa: *Christoph Gröpl* Staatsrecht I: Staatsorganisation, Staatsgrundlagen, Verfassungsprozess, 5. Aufl. 2013, 69 (mit einer genauen Beschreibung in Rn. 283, wie tief in die Verwaltung die Kette hinabreicht); *Martin Morlok/Lothar Michael* Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. 2015, 74, 256 f.; *Dirk Ehlers* Die

sich indes um eine demokratische Fata Morgana, die die Volkssouveränität verzerrt widerspiegelt.

IV. Legitimation von arbeitsteiligen und unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden

1. Begrenzung der personell-demokratischen Legitimation

Die Tragkraft der demokratischen Legitimationskette ist aus zahlreichen Gründen, vor allem aber aufgrund ihrer Inhaltslosigkeit, begrenzt. Die Überzeugungskraft der personell-demokratischen Legitimation ist prekär, weil sie nur die Form betont, aber den Sinn und Zweck der Herrschaftsausübung ignoriert. Im Urteil betreffend die Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften von 2007 kritisierte die Senatsminderheit die Blindheit der Kettenargumentation: „Die Möglichkeiten demokratischer Legitimation moderner Verwaltungsstrukturen werden schlicht durch den Rückgriff auf das Bild der Legitimationskette ausgeblendet, was dem komplexen Konzept des hinreichenden Legitimationsniveaus [...] nicht gerecht wird.“⁹⁰

Im System der parlamentarischen Regierung trägt die formale Kette nur zwei, allerdings wichtige Glieder, nämlich das vom Wahlvolk zum Bundestag reichende⁹¹ und das vom Bundestag zur Bundesregierung reichende.

Staatsgewalt in Ketten, FS Ekkehart Stein, 2002 125 ff.; *Matthias Jestaedt* Demokratische Legitimation – quo vadis? JuS 2004, 649 (649 ff.) (Besprechung von BVerfGE 107, 59): Für ihn steht fest, „dass die auf gewachsener Verfassungsauslegung ruhende Legitimationskonzeption, wie sie das BVerfG in weitgehender Übernahme des ebenso klaren wie stimmigen Legitimationsmodells von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* entwickelt hat, allen Konkurrenzprodukten in puncto dogmatischer Erklärungswert für das geltende Verfassungsrecht weit überlegen ist.“

Die Folgen dieses ungebrochenen Glaubens an die Legitimationskette zeigen sich auch in der Wissenschaft, indem jede Veränderung der Verwaltungsorganisation sofort die Frage nach der demokratischen Legitimation nach sich zieht. Die Autoren wenden dann den Kettenmechanismus auf die neuen Phänomene an, siehe z.B. *Antje von Münch* Das Spannungsverhältnis zwischen funktionaler Privatisierung und demokratischer Legitimation. Eine Untersuchung der Anwendung und Anforderungen des Demokratieprinzips auf die Einbeziehung privater Verwaltungshelfer im Vorfeld einer Verwaltungsentscheidung, 2013; *Franziska Alice Löhr* Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag. Zur demokratischen Legitimation der Regulierung durch die Bundesnetzagentur in den Bereichen Telekommunikation und Post, 2005.

⁹⁰ Zuletzt BVerfGE 119, 331 (392 f.).

⁹¹ Immer wieder ist darüber nachgedacht worden, wie dieses erste Glied der Kette verstärkt werden könnte. Die Vorstellung eines imperativen Mandates hat sich stets als unbrauchbar erwiesen. Die Idee rührt aus dem Ancien Régime her, bei dem das imperative Mandat als ein Mittel der Obstruktion gegen die Monarchen diente. Die Abgeordneten und Ständevertreter beriefen sich im Fall von Konflikten mit der Krone auf ihre bloß limitierten

Die Regierung ist im parlamentarischen System vom Parlament getragen und hat insofern an dessen demokratischer Legitimation vollen Anteil. Eine Weiterführung der Kette ist unnötig, da Bundesregierung und Parlament einen weitgehenden und demokratisch voll abgedeckten Gestaltungsspielraum haben, der auch die Bestellung der nachgeordneten Amtswalter umfasst. Das Bundesverfassungsgericht verlängert die Kette weit über die Regierung hinaus und nimmt in Kauf, dass ihre Tragkraft abnimmt. Je länger die Kette wird, desto schlechter kann der Bundestag seine Gesamtverantwortung⁹² wahrnehmen. Er hat keinen direkten Zugriff auf entfernt

Vollmachten und verhinderten dadurch die Beschlussfassung über missliebige Geschäfte, *Christoph Müller* Das imperative und freie Mandat. Überlegungen zur Lehre von der Repräsentation des Volkes, 1966, 29, 181 f. Bis zur Revolution ließen sich in Frankreich die imperativen Mandate „nur als Veto verwenden: mit ihnen konnte der Versuch des Königs abgewehrt werden, die Generalstände in ein Instrument seiner persönlichen Macht zu verwandeln“, ebd., 182 f. Die Nationalversammlung überwand 1789 diese Idee schließlich, *Skadi Krause* Die souveräne Nation. Zur Delegitimierung monarchischer Herrschaft in Frankreich 1788–1789, 2008, 59 ff.

Die Anerkennung der Souveränität der Nation in Art. 4 der Déclaration von 1789 und 1793 der Volkssouveränität erforderte die Einrichtung eines repräsentativen Parlamentarismus. Bei diesem beruht die demokratische Herrschaft auf der ständigen Auseinandersetzung des Volkes mit der Regierung und dem Parlament. Das kann nur dann zum Ausdruck kommen, wenn die Abgeordneten in ihren Meinungen und im Stimmverhalten rechtlich frei handeln können (*Müller* Mandat [Fn. 91], 234; *Gerhard Schmid* Das freie Mandat der Mitglieder der Bundesversammlung – Überlegungen zu Art. 91 BV, Hundert Jahre Bundesverfassung 1874–1974, Die Bundesverfassung gestern – heute – morgen, 1974, 471 [471 f.]). Die Repräsentation des Volkes lässt sich nur mit dem freien Mandat verwirklichen, denn die Abgeordneten vertreten nicht nur eine Partei oder eine bestimmte Richtung, sondern das ganze Volk. Die Verfassung der konstitutionellen Monarchie Frankreichs von 1791 bestimmte deshalb: „Les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d’un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat.“ (Verfassung v. 3.9.1791, 3. T., 1. Kap., Abschn. III, Art. 7, in: Dieter Gosewinkel/Johannes Masing [Hrsg.] Die Verfassungen in Europa 1789–1949, 2006, 165 [172]; Günther Franz [Hrsg.] Staatsverfassungen, 3. Aufl. 1975, 302 [320]). Die Wahl der Stellvertreter wird dem ganzen Volk zugerechnet, nicht nur den effektiven Wählern oder einem Wahlkreis. Das imperative Mandat vermag nur vordergründig die Anbindung der Abgeordneten an das Volk herzustellen, tatsächlich verunmöglicht es, dass das Parlament die Diskussion durch den Mehrheitsentscheid der Abgeordneten beendet. Es stoppt – wie schon im Ancien Régime – die Diskussion und verhindert die Entscheidung nach der parlamentarischen Diskussion. Trotz dieser offenkundigen Unverträglichkeiten mit dem Prinzip der repräsentativen Demokratie gab es später immer wieder erfolglose Versuche, das imperative Mandat rechtlich oder faktisch durchzusetzen. Das imperative Mandat vermag diese Legitimation entgegen dem ersten Anschein nicht zu verbessern, im Gegenteil führt die Blockade der parlamentarischen Debatte zu einem Verlust von Legitimation.

⁹² Ein hervorragendes Beispiel für die (haushaltspolitische) Gesamtverantwortung des Bundestages (gegenüber dem europäischen Stabilisierungsmechanismus) ist BVerfGE 135, 317 (399 ff. Rn. 161 ff.).

handelnde Akteure, selbst wenn diese aufgrund der Kette demokratisch legitimiert sind. Im Fall unabhängiger Agenturen und Regulierungsbehörden⁹³ entfällt jeglicher Zugriff. Der Unterschied zu einem Staatsorgan an einer langen Kette ist nur noch graduell, genauer gesagt, begrifflich-demokratieideologisch. In Deutschland besteht eine Parlamentsidealisierung,⁹⁴ die ihresgleichen sucht. Das ist als durchaus verspätete Reaktion auf die übermäßige Parlamentskritik der Weimarer Zeit zu verstehen und als Symptom eines durch zwei Diktaturen ausgelösten gesamtgesellschaftlichen Traumas.

Große Schwierigkeiten mit der demokratischen Legitimationskette ergeben sich für die Tätigkeit von ausgelagerten, arbeitsteiligen Verwaltungseinheiten und Agenturen.⁹⁵ Sie operieren oft weisungsfrei, da ihre Unabhängigkeit, wie es das Beispiel der Zentralbank illustriert, den korrekten Vollzug und die sachgerechte Erledigung garantieren soll.⁹⁶ Die Input-Orientierung der Legitimationskette versagt hier,⁹⁷ weil diese unabhängigen Behörden und Agenturen von ihrer Zwecksetzung her Output-orientiert sind. Deren personell-demokratische Legitimation widerspricht diametral ihrer Aufgabe, da ihre Unabhängigkeit sie der kurzfristigen Tagespolitik und der einseitigen Interessendurchsetzung enthebt.

Im Fall der vom europäischen Recht eingesetzten Agenturen und Regulierungsbehörden verschärft sich das Problem.⁹⁸ Das Primär- und das Sekundärrecht regeln diese nicht einheitlich. Dieser Regelungspluralismus stellt nebst den Kompetenzfragen die Frage nach der demokratischen Legitimation. Diese wird breit und kontrovers diskutiert, da der EU ein „Demokratiedefizit“ vorgeworfen wird.⁹⁹ Die EU orientiert sich in ihrer

⁹³ Das Phänomen findet sich in allen Staaten und in der EU, *Frank Vibert* The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers, 2007, 18 ff.

⁹⁴ *Horst Dreier/Fabian Wittreck* Repräsentative und direkte Demokratie im Grundgesetz, Jahrbuch für direkte Demokratie 2009, 11 ff. (37 f. m.w.N.). Im Urteil zum Parteienverbot der „Nationaldemokratische Partei Deutschlands“ spielt die Feindschaft gegenüber dem Parlamentarismus ebenfalls eine wichtige Rolle, BVerfG Urt. v. 17.1.2017, 2 BvB 1/13, Rn. 545 und passim.

⁹⁵ *Sebastian Unger* Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, 48; *Martin Minkner* Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien, 2015, 56 f.

⁹⁶ *Bredt* Institutionen (Fn. 16), 340 m.w.N. und 401 ff. zur EZB.

⁹⁷ *Johannes Reich* „Herrschaft kraft Wissens“. Grundlagen unabhängiger Regulierungsbehörden in rechtsvergleichender Perspektive, Hab. Schrift Univ. Zürich, noch nicht publiziert, Rn. 13, siehe Rn. 447 zur Output-Legitimation.

⁹⁸ Siehe etwa Art. 263 Abs. 1 S. 2 und Abs. 5, 265 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3, 267 Abs. 1 lit. b, 277 und 298 Abs. 1 AEUV, die die Möglichkeit von unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden vorsehen.

⁹⁹ *Vibert* Rise (Fn. 93), 129; *Matthias Oesch* Europarecht, Bd. 1, 2015, 507 ff. m.w.N.; *Tobias Jaag* Spuren der Demokratie im Recht der Europäischen Union, FS Andreas Auer, 2013, 395; *Bredt* Institutionen (Fn. 16), 332 ff.; *Winfried Kluth* Die demokratische Legitimation der Europäischen Union. Eine Analyse der These vom Demokratiedefizit der Euro-

demokratischen Organisation und den Verfahrensweisen nicht an den Nationalstaaten. Sie bildet eine weitaus komplexere Organisation, die ihr Bekenntnis zur Demokratie der Art. 2 und 10 EUV durch unterschiedliche demokratische Einrichtungen umsetzt. Das Bundesverfassungsgericht hat im Lissabon-Urteil klargestellt, dass die demokratische Legitimation der EU nicht „staatsanalog“ ausgestaltet sein muss.¹⁰⁰ Vielmehr stehe es der EU frei, „mit zusätzlichen neueren Formen transparenter oder partizipativ angelegter politischer Entscheidungsverfahren nach eigenen Wegen demokratischer Ergänzung zu suchen“.¹⁰¹

2. Anwendungsbeispiel: Legitimation von unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden

Bleibt das Modell der Input-Legitimation maßgeblich, so könnte man in diesen Agenturen und unabhängigen Regulierungsbehörden einen „Cluster unverantworteter Selbstherrschaft der Verwaltung“ sehen.¹⁰² Die Anbindung dieser Agenturen über Art. 23 GG ist prekär und vermag den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts kaum zu genügen. Das Problem der mangelhaften Legitimation dieser Behörden kann auf zwei unterschiedlichen Wegen gelöst werden. Einerseits ist es notwendig, zusätzlich und argumentativ eine eigene unionsrechtliche demokratische Legitimation zuzulassen. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Weg im Lissabon-Urteil vorgezeichnet. Auch die Lehre hat gestützt auf die Unionsverträge die Verstärkung der Legitimation durch „partizipative, assoziative und in Ansätzen auch deliberative“ Verfahren vorgeschlagen.¹⁰³ Die nationalstaatliche und europäische Legitimation überlagern sich vielfach und führen insgesamt zu einem stabilen Band, das die Entscheidungen der Agenturen als

päischen Union aus gemeineuropäischer Verfassungsperspektive, 1995; *Martin Nettesheim*, Developing a Theory of Democracy for the European Union, BJIL 23 (2005), 358 (358); *Manfred Zuleeg* Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1993, 1069 (1069).

¹⁰⁰ BVerfGE 123, 267 (365); *Hans Hugo Klein* Europäische Integration und demokratische Legitimation, 2011, 7 ff.

¹⁰¹ BVerfGE 123, 267 (369). Das Problem der demokratischen Legitimation unabhängiger Regulierungsbehörden stellt sich auch auf nationaler Ebene und könnte auf eine entsprechende Art und Weise dargestellt werden, *Kruse* Institutionen, in: Theuerl (Fn. 16), 19 ff., insb. 54 ff.

¹⁰² *Klaus Ferdinand Gärditz* Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen, AöR 135 (2010), 251 (277).

¹⁰³ *Kirsten Weissgärber* Die Legitimation unabhängiger europäischer und nationaler Agenturen, 2015, 206 m.w.N.; *Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien (Fn. 32), 307 Rn. 60. Umgekehrt sieht *Vibert* Rise (Fn. 93), 64 in den unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden eine Gefahr für die deliberative Demokratie. Umso wichtiger ist der Ausbau der partizipativen Verfahrenselemente.

demokratische Entscheidungen sichtbar macht. Andererseits spielt speziell bei den unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden, insbesondere bei der Europäischen Zentralbank, die Output-Legitimation eine zentrale Rolle. Diese orientiert sich am erkennbaren Gemeinwohl des Volkes, das zu erreichen ist.¹⁰⁴ Die Ergebnisse der Sachpolitik rechtfertigen die Behörden. Es ist exakt die Unabhängigkeit der Agenturen und nicht deren Selbstherrlichkeit, die am Gemeinwohl orientierte Ergebnisse ermöglichen will: Alle unabhängigen Behörden, speziell die Zentralbanken, konzentrieren Fachwissen in der Organisation, die dadurch eine effektivere und sachgerechtere Erledigung der Aufgaben erreicht.¹⁰⁵ Trifft diese Annahme zu, so verstärkt sich die demokratische Legitimation, da Agenturen und Regulierungsbehörden dank ihrer Unabhängigkeit das gesetzlich umschriebene langfristige Gemeinwohl direkt und effizient anstreben können.

Das Beispiel der europäischen Agenturen und Regulierungsbehörden zeigt, dass die demokratische Legitimation arbeitsteiliger Behörden *nie-mals* über eine bloße Kette personeller Legitimationsakte erfolgen kann, sondern von verschiedenen Faktoren verschränkt erzeugt wird. Dazu gehören nicht zuletzt die Gesetzesbindung und die Orientierung an den vom geschriebenen Unionsrecht gesetzten Zwecken, die ihrerseits dual-demokratisch legitimiert¹⁰⁶ und das Ziel der Demokratie an sich sind. Daraus entsteht ein Modell *pluraler Legitimation*, das Input- und Output-Elemente verschränkt,¹⁰⁷ und in der EU und auch in den Mitgliedstaaten der EU zum Zug kommt.

V. Demokratische Verfassungsprinzipien der gewalten- und arbeitsteiligen Herrschaftsausübung

Die vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts behauptete ununterbrochene Legitimationskette bezieht sich historisch auf Herr-

¹⁰⁴ *Joseph A. Schumpeter* Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (1950), 7. Aufl. 1993, 397 ff. (21. Kap.); *Kruse* Institutionen, in: Theuerl (Fn. 16), 55; *Reich* Herrschaft (Fn. 97), Rn. 447 und passim.

¹⁰⁵ *Weissgärber* Legitimation (Fn. 103), 27 f.; *Vibert* Rise (Fn. 93), 114 sieht darin eher eine neue Art von Gewaltenteilung und anerkennt die Notwendigkeit experimentellen Vorgehens, was in der Zentralverwaltung nicht möglich ist (ebd., 123 ff.).

¹⁰⁶ *Schmidt-Aßmann* Verfassungsprinzipien (Fn. 32), 307 Rn. 60; *Isabel Caralp* Die Auswirkungen von One-Stop-Government und von Netzwerkstrukturen auf das Allgemeine Verwaltungsrecht, 2012, 211 m.w.N.

¹⁰⁷ *Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 16), 360 f. Rn. 23 f; *Reich* Herrschaft (Fn. 97), Rn. 186; *Bredt* Institutionen (Fn. 16), 423 ff., der ein politikfeldbezogenes Demokratieprinzip in der EU postuliert; gegenteiliger Auffassung *Jestaedt* Radian (Fn. 16), 12 ff.

schaftssysteme, die sich mit der deliberativen Demokratie nicht vertragen. Das Argument der Legitimationskette verlangt nach einer Selbstrechtfertigung der gewalten- und arbeitsteiligen Behörden, die auf die Demokratie als die Grundlage der politischen Ordnung rekurriert und damit ungewollt die aktuelle politische Ordnung in Zweifel zieht. Die mit der Legitimationskette verbundene permanente Selbstrechtfertigung der Behörden wirkt schädlich. Das Kettenargument leistet nicht nur zu viel, wie uns König Midas lehrt, es setzt auch zu fundamental ansetzende Gründe ein. Eine politische Ordnung, die Tagesfragen stets zu Grundsatzfragen der Legitimität der herrschenden Ordnung macht,¹⁰⁸ weckt Zweifel an ihrer eigenen Legitimität.¹⁰⁹ Die Legitimität der politischen Ordnung zeigt sich u.a. darin, dass sie selbstverständlich praktiziert wird. Sie erlaubt eine freie Diskussion aller politischen Sachfragen mit inhaltlichen Gründen und geht den zu fundamentalen Gründen aus dem Weg.

Die personell-demokratische Legitimation spielt bei der direkten Wahl der Bundestagsabgeordneten die entscheidende Rolle. Anschließend erfüllt sich ihr Zweck, wenn die Parlamentsmehrheit die Regierung bestellt. Im Übrigen ist sie für die Legitimation weiterer Behörden oder ausgegliederter Verwaltungseinheiten nicht tauglich. Denn die unabhängigen Gerichte, die Bundesbank bzw. die Europäische Zentralbank und die speziellen, auch die europäischen Regulierungsbehörden und Agenturen, die aus Gründen des sachgerechten Gesetzesvollzugs mit Unabhängigkeit ausgestattet sind, benötigen eine andere Rechtfertigung. Diese orientiert sich an ihrem gesetzlich umschriebenen Output, der vorrangig auf das Gemeinwohl ausgerichtet ist.

Die demokratische Legitimationskette ist kein justiziabler Grundsatz.¹¹⁰ Rechtlich wird sie zur Geltung gebracht, indem die Wahlrechtsgrundsätze (Art. 38 GG) und die Rechte der Abgeordneten die beiden Glieder (Wahl der Abgeordneten und der Regierung) schützen. Eine darüber hinausgehende Legitimation des staatlichen Handelns erfolgt nicht über eine Kette,

¹⁰⁸ Das zeigt auch klar die geschichtliche Entwicklung. Im Ancien Régime Frankreichs entstand im 17. Jhd. eine breite Diskussion über die Legitimität der monarchischen Ordnung. Diese Diskussion barg wegen ihres fundamentalen Grundsatzcharakters schon den Keim der Zerstörung dieser Ordnung in sich, *Krause Nation* (Fn. 91), 44 ff., 56 ff.

¹⁰⁹ Die Legitimationskette erinnert an ein religiöses Glaubenssystem, das bei Fragen der Gläubigen gleich Glaubenzweifel streut, statt diese Fragen innerhalb des praktizierten Glaubenssystems einfach zu beantworten.

¹¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht behandelt die Kette freilich als justiziablen Grundsatz. Das widerspricht grundlegend der Idee der Legitimation und macht sie zirkulär. Denn die Legitimität der Rechtsordnung kann „nicht dem gleichen Normensystem“ wie jenem der Legalität angehören (*Nawiasky Staatslehre* [Fn. 3], 120). *Schmitt Verfassungslehre* (Fn. 3), 87 stellt zur Legitimität fest: „Eine Norm wäre gar nicht imstande, hier irgendetwas zu begründen.“

sondern über zahlreiche Grundsätze des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Namentlich das öffentliche Interesse, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, die Rechtsbindung, die die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sicherstellen, sorgen für eine hinreichende Legitimation aller anderen Behörden. Dazu eröffnen die ideellen Grundrechte einen Raum der freien politischen Auseinandersetzung, der seinerseits der errichteten Ordnung in der täglichen Debatte¹¹¹ gesellschaftlich Anerkennung verschafft, sie also legitimiert.¹¹² Die Legitimation ist plural, sie bezieht ihre Überzeugungskraft aus vielen Quellen und aus der *Selbstverständlichkeit*, mit der Amtswalter und Bürger das demokratisch gesetzte Recht im Alltag zur Geltung bringen.

¹¹¹ Ernest Renan Was ist eine Nation?, in: Walter Euchner (Hrsg.) Was ist eine Nation? Und andere politische Schriften, 1995, 41 (56) drückte diese stillschweigende Bestätigung von Legitimation klassisch aus: „Die Existenz einer Nation ist [...] ein Plebiszit, das sich jeden Tag wiederholt, so wie die Existenz eines Individuums eine dauernde Bestätigung des Lebensprinzips ist.“

¹¹² *Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 16), 380 Rn. 53 m.w.N.; *Fisahn* Demokratie (Fn. 8), 298 ff. m.w.N.; gegenteiliger Meinung *Jestaedt* Radien (Fn. 16), 12.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung

I. Thema

(1) Die Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung muss im gesamten Kontext der demokratischen Legitimation eines Gemeinwesens betrachtet werden. Dabei wird dieser Gegenstand verständlicher, wenn er aus der Distanz betrachtet wird.

(2) Die Frage der Legitimation von arbeitsteiliger Herrschaftsausübung soll primär unaufgeregt-pragmatisch und nicht unter Rückgriff auf Fundamentalwerte der politischen Ordnung beantwortet werden.

II. Legitimation von Herrschaftsausübung im demokratischen Rechtsstaat

1. Theorie der ununterbrochenen Legitimationskette des Bundesverfassungsgerichts

(3) Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts entwickelte in einer Reihe von Entscheidungen die Anforderung, dass die Ausübung von Staatsgewalt personell-demokratischer Legitimation bedarf. Dabei geht es nicht um die Kompetenz oder Zuständigkeit eines Organs oder einer Organisationseinheit, sondern um die demokratische Bestellung der Amtswalter.

(4) Politikwissenschaftlich und ökonomisch gesehen verwendet das Bundesverfassungsgericht damit eine zugespitzte Input-Legitimation, denn sie ist allein auf das Zustandekommen und das kaskadenartige Ableiten von demokratischen Entscheidungen ausgerichtet. Zugespitzt ist diese Sichtweise deshalb, weil ausschließlich der Deutsche Bundestag als dasjenige Organ gilt, das demokratische Legitimation weiterzugeben vermag.

2. *Verfassungsgeschichtliche Herkunft der Theorie personell-demokratischer Legitimation*

(5) *Beim Nachdenken über die Legitimation demokratischer Herrschaft ist im Auge zu behalten, dass es sich ursprünglich um einen vormodernen Rechtfertigungsbegriff des monarchischen Staatsrechts handelt.*

(6) *Die personell-demokratische Legitimation ersetzt die historische Abfolge monarchischer Dynastien durch eine gegenwärtige Verbindung: Zwischen dem deutschen Volk und den nachgeordneten Amtsträgern besteht eine „ununterbrochene Legitimationskette“ (BVerfGE 93, 37 [66]).*

3. *Parallelphänomene zur ununterbrochenen Legitimationskette: Weitergabe von Herrschaft in Kirche und Monarchie*

(7) *Die demokratische Legitimationskette setzt sich aus den zwei Komponenten der Berührung und der Verwandlung zusammen. Als Kette stellt sie über die Glieder eine Verbindung zwischen Volk und hoheitlicher Entscheidung her.*

(8) *Die Glieder einer Kette berühren sich nacheinander und schaffen damit eine Verbindung vom Anfangs- zum Endpunkt. Die Legitimationskette überträgt den Volkswillen und verwandelt über die berührten Glieder die von diesen gesetzten staatlichen Akte: Sie stammen letztlich vom Volk und das macht die Akte des Parlaments, der Regierung und der nachgeordneten Behörden legitim.*

(9) *Der symbolische Akt des Berührens, genauer des Handauflegens zum Zweck der Weitergabe von Herrschaftsmacht hat tiefe Wurzeln in der europäischen Rechtskultur und einen engen Bezug zum Kirchen- und Feudalrecht. Der Satz, „alle prägnanten Begriffe der modernen Staatsrechtslehre sind säkularisierte theologische Begriffe“, erweist in diesem Beispiel seine Richtigkeit.*

(10) *Das Bundesverfassungsgericht deutet die Volkssouveränität in einem Sinn, der der Monarchie in der dynastischen Generationenfolge, der apostolischen Sukzession, dem Lehensrecht oder der dinglichen Wirkung der UNO-Menschenrechte alle Ehre macht: In der Sache geht es um die Übertragung von Herrschaftsausübung und diese erfolgt in einem symbolischen Akt der Berührung.*

4. *Zweck und Stärke der Legitimation durch Weitergabe*

(11) *Die Kettenargumentation hebt die eminente Bedeutung des Anfangs- und des Endpunktes der Kette hervor. Zweck dieser Weitergabe von Legitimation ist es, Herrschaftsausübung in der Gegenwart mit einem unerschütterlichen Anfangspunkt zu verbinden.*

(12) Die demokratische Legitimationskette übernimmt strukturell gleichartige Aufgaben wie die apostolische Sukzession oder die Legitimationskette einer dynastischen Generationenfolge. Sie ist mit ihrer verfassungs- und kirchengeschichtlichen Herkunft sowie ihrer Symbolik mit Bedacht gewählt. Wie im Fall des Gottesgnadentums und der apostolischen Sukzession hat das erste Kettenglied eine alles überragende Bedeutung: Das deutsche Volk wählt den Bundestag und dieser formale Akt allein begründet die demokratische Herrschaft.

III. Kritik der Theorie der personell-demokratischen Legitimation

1. Linguistische Analyse des Urteils zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein

(13) Die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis sind auf das Medium der Sprache angewiesen. Deshalb ist es erstaunlich, dass die Juristen sich mit ihrem Arbeitsinstrument nicht besser und systematischer vertraut machen. Die Methoden der Sprach- und Literaturwissenschaft bringen wichtige Erkenntnisse hervor. Die linguistische Kritik verdeutlicht die argumentative Schwäche der personell-demokratischen Legitimation.

(14) Eine Textsortenanalyse des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein (BVerfGE 93, 37) offenbart folgende Charakteristika: Es dominiert eine verwaltungs- sowie rechtssprachliche, deontische, politische, leerformelhaft-pathetische und negierende Lexik. Diese Elemente und weitere sprachliche Eigenheiten verschaffen dem Urteil einen keinerlei Widerspruch duldenden, obrigkeitsstaatlich anmutenden Charakter.

(15) Die sprachlichen Verstärkungen kontrastieren mit der inhaltlich wenig überzeugenden Argumentation. Der Zweite Senat will damit die argumentativen Schwächen ausgleichen. Das Bemühen ist vergeblich; der Pleonasmus der „ununterbrochenen Legitimationskette“ macht vielmehr auf den direktiven Dezisionismus des Urteils aufmerksam.

2. Gleichnis von König Midas als Kritik an der Theorie der Legitimationskette

(16) Die Erfüllung von Midas' Wunsch zeigt ein Problem, das sich auch bei der demokratischen Legitimationskette zeigt. Die Legitimationskette vermittelt viel mehr demokratische Legitimation als nötig ist. Zudem ist sie rein formaler Natur, d.h. rein Input-orientiert, denn sie ist schon erfüllt, wenn sich die „Bestellung der Amtsträger [...] auf das Staatsvolk zurück-

führen lässt“. So viel und leicht erzeugte demokratische Legitimation hat einen negativen Effekt: Sie ruft Inflation hervor. Die Legitimationskette übersteigert den demokratischen Gedanken.

3. *Selbstkritik des Bundesverfassungsgerichts im StabMechG-Urteil?*

(17) Das Kettenargument hätte im Fall des StabMechG (BVerfGE 123, 318) aufgrund seines formalistischen Charakters zu stark geholfen und zur Abweisung der Beschwerde geführt. Der Haushaltsausschuss und dessen Sondergremium, das im Eilverfahren zu entscheiden gehabt hätte, sind im Hinblick auf die demokratische Legitimationskette einwandfrei legitimiert. Der Bundestag verleiht in einem Gesetz einem internen Organ demokratische Entscheidungsmacht. Dieses Organ setzt sich wiederum nur aus Mitgliedern des Bundestages zusammen: Die ununterbrochene demokratische Legitimationskette besteht klarerweise. Das Kettenargument leistet genau wie die Aurifizierungsgabe von König Midas zu viel.

(18) Wenn das Bundesverfassungsgericht die Figur der demokratischen Legitimationskette teilweise nicht anwendet, kann man nicht von Selbstkritik sprechen. Denn die Legitimationskette erscheint in vielen Urteilen bis in die Gegenwart, und zwar in immer dichter Folge und die Staatsrechtslehre steht ihr mehrheitlich positiv gegenüber. Es handelt sich indes um eine demokratische Fata Morgana, die die Volkssouveränität verzerrt widerspiegelt.

IV. *Legitimation von arbeitsteiligen und unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden*

1. *Begrenzung der personell-demokratischen Legitimation*

(19) Die Regierung ist im parlamentarischen System vom Parlament getragen und hat insofern an dessen demokratischer Legitimation vollen Anteil. Eine Weiterführung der Kette ist unnötig, da Bundesregierung und Parlament einen weitgehenden und demokratisch voll abgedeckten Gestaltungsspielraum haben, der auch die Bestellung der Amtswalter umfasst.

(20) Große Schwierigkeiten mit der demokratischen Legitimationskette ergeben sich für die Tätigkeit von ausgelagerten, arbeitsteiligen Verwaltungseinheiten und Agenturen. Sie operieren oft weisungsfrei, da ihre Unabhängigkeit, wie es das Beispiel der Zentralbank illustriert, den korrekten Vollzug und die sachgerechte Erledigung garantieren soll. Die Input-Orientierung der Legitimationskette versagt hier notwendigerweise.

2. Anwendungsbeispiel: Die Legitimation von unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden

(21) Bei den unabhängigen Agenturen und Regulierungsbehörden, insbesondere auch bei der Europäischen Zentralbank, spielt die Output-Legitimation eine zentrale Rolle. Diese orientiert sich am angestrebten Gemeinwohl des Volkes. Die Ergebnisse der Sachpolitik rechtfertigen die Behörden. Es ist exakt die Unabhängigkeit der Agenturen und nicht deren Selbstherrlichkeit, die am Gemeinwohl orientierte Ergebnisse ermöglichen will: Alle unabhängigen Behörden, speziell die Zentralbanken, konzentrieren Fachwissen in der Organisation, die dadurch eine effektivere und sachgerechtere Erledigung der Aufgaben erreicht.

(22) Das Beispiel der europäischen Agenturen und Regulierungsbehörden zeigt, dass die demokratische Legitimation arbeitsteiliger Behörden niemals über eine bloße Kette personeller Legitimationsakte erfolgen kann, sondern von verschiedenen Faktoren verschränkt erzeugt wird. Dazu gehören nicht zuletzt die Gesetzesbindung und die Orientierung an den vom geschriebenen Unionsrecht gesetzten Zwecken, die ihrerseits dualdemokratisch legitimiert sind. Daraus entsteht ein Modell pluraler Legitimation.

V. Demokratische Verfassungsprinzipien der gewalten- und arbeitsteiligen Herrschaftsausübung

(23) Das Argument der Legitimationskette verlangt nach einer Selbstrechtfertigung der gewalten- und arbeitsteiligen Behörden, die auf die Demokratie als die Grundlage der politischen Ordnung rekurriert und damit ungewollt die aktuelle politische Ordnung in Zweifel zieht. Die mit der Legitimationskette verbundene permanente Selbstrechtfertigung der Behörden wirkt schädlich. Das Kettenargument leistet nicht nur zu viel, wie uns König Midas lehrt, es setzt auch zu fundamental ansetzende Gründe ein.

(24) Die Gerichte, die Europäische Zentralbank und die Regulierungsbehörden und Agenturen, die aus Gründen des sachgerechten Gesetzesvollzugs mit Unabhängigkeit ausgestattet sind, benötigen eine Rechtfertigung, die sich an ihrem gesetzlich umschriebenen Output orientiert.

(25) Eine plurale Legitimation des Staates erfolgt zuerst über die demokratische Parlaments- und Regierungswahl, sodann vor allem auch über die allgemeinen Prinzipien des öffentlichen Rechts. Namentlich das öffentliche Interesse, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die Rechtsbindung sorgen für eine hinreichende Legitimation aller anderen

Behörden. Dazu eröffnen die ideellen Grundrechte einen Raum der freien politischen Auseinandersetzung, der seinerseits der errichteten Ordnung in der täglichen Debatte gesellschaftlich Anerkennung verschafft, sie also legitimiert.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Arbeitsteilige Herrschaftsausübung im Kontext der Demokratie

Verwaltungsorganisation zwischen Fragmentierung
und differenzierter Legitimierung

Referat von *Stephan Kirste*, Salzburg

Inhalt

| | Seite |
|--|-------|
| I. Soziale und staatliche Fragmentierung | 162 |
| 1. Einleitung | 162 |
| 2. Der Begriff und Bewertung der Fragmentierung | 164 |
| 3. Die Fragmentierung von Herrschaftsausübung. | 166 |
| 4. Reaktionen der Verwaltungsrechtswissenschaft auf die Fragmentierung | 168 |
| II. Differenzierte Einheitsbildung in Verwaltungsorganisationen und Verwaltungsorganisationsrecht | 171 |
| 1. Differenzierung und Binnendifferenzierung von Organisationen | 171 |
| a) Differenzierung durch Verselbständigung von Verwaltungsorganisationen | 172 |
| b) Binnendifferenzierung von Verwaltungsorganisationen . | 172 |
| 2. Normative Steuerung der Differenzierung der Verwaltung . | 175 |
| III. Die differenzierte Legitimierung der Herrschaftsausübung | 178 |
| 1. Monistische und plurale Theorien der demokratischen Legitimation | 178 |
| 2. Zum Unterschied von materialer Legitimität und prozeduraler Legitimation | 180 |
| 3. Demokratische Legitimation. | 182 |
| a) Demokratie: Legitimation von Herrschaft aus allgemeinen Gründen | 182 |
| b) Demokratische Legitimation und Output-Legitimität. . . | 184 |
| c) Demokratische Legitimation und Rechtsstaat. | 187 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 4. | Die differenzierte Verwaltungslegitimierung | 188 |
| | a) Legitimationssubjekt: Das Volk in Kontexten. | 189 |
| | b) Legitimationsobjekt: Herrschaftsausübung. | 193 |
| | c) Der Zurechnungszusammenhang: Modi der demokratischen Legitimation | 194 |
| | d) Weitere Modi der Legitimierung der Verwaltung | 197 |
| 5. | Das Legitimierungsniveau | 199 |
| | a) Die Begründung des Legitimierungsniveaus | 199 |
| | b) Das Verhältnis der Modi der Legitimierung zueinander . | 201 |
| IV. | Schluss | 204 |

I. Soziale und staatliche Fragmentierung

1. Einleitung

Gesellschaftliche Meinungen, Lebensstile und Arbeitsformen pluralisieren und dynamisieren sich. Die Mobilität zwischen diesen Sozialformen nimmt zu.¹ In autonome Gruppen zersplitterte Öffentlichkeiten mit selbstbezogenen Kommunikationsformen und Medien² sowie scheinbare oder wirkliche religiöse und kulturelle Parallelgesellschaften³ verdrängen Bindekräfte übergreifender Institutionen. Traditionelle Lebenswelten zerbrechen.⁴

¹ *Karl-Heinz Ladeur/Steffen Augsberg* Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik – Neurowissenschaft – Medien, 2008, 92 f.; *Anna Gosche* Das Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschatz in der fragmentierten Öffentlichkeit, 2008; *John Cottingham* Integrity and Fragmentation, *Applied Philosophy* 27 (2010), 2 mit kritischer Einschätzung der Gefahren (4 f.).

² *Cass R. Sunstein* Designing Democracy. What Constitutions Do, 2001, 41, 47; *John Orbell/Langche Zeng/Matthew Mulford* Individual Experience and the Fragmentation of Societies, *American Sociological Review* 61 (1996), 1018; *Bernd Holznagel* Erosion demokratischer Öffentlichkeit, *VVDStRL* 68 (2009), 400 f. mit optimistischer Einschätzung hinsichtlich neuer Kommunikationsmedien und den Folgen für die Demokratie.

³ Gemeint sind begrifflich „ethnisch homogene Bevölkerungsgruppen, die sich räumlich, sozial und kulturell von Mehrheitsgesellschaften abschotten“, *Katharina Belwe* Editorial, in: J. Leibold/S. Kühnel/W. Heitmeyer (Hrsg.) *Parallelgesellschaften?*, Aus Politik und Zeitgeschichte 2006, 2. Ob es das Phänomen wirklich gibt, ist umstritten, wird aber von den Autoren des Bandes hinsichtlich einzelner Migrantengruppen durch ihre soziale Ausgrenzung nahegelegt.

⁴ *Habermas* sieht durch einen Primat des Funktionalen und der Systemrationalität Lebenswelten zerfallen, weil „[d]as Alltagsbewußtsein [...] seiner synthetisierenden Kraft beraubt [wird], es wird fragmentiert“. Grund dafür sei die gesteigerte Komplexität der Gesellschaft, die sich fremd gegeneinander verhaltende Wertsphären und Expertenkulturen entstehen lasse, *Jürgen Habermas* Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 1982, 521, 232. Dies erzeuge eine „Kolonialisierung der Lebenswelt“ durch rein technische Sys-

Diese soziale Fragmentierung erhöht auch die Diversität der Erwartungen an die Herrschaftsausübung und erschwert deren Koordination (z.B. in Rundfunkräten und Landesmedienanstalten).⁵ An die Stelle einer zentripetalen, auf einen Machtmittelpunkt bezogenen politischen Ordnung, ist nach *Norberto Bobbio* eine zentrifugale „Polykratie“ antagonistischer Mächte getreten.⁶ Andere sprechen von der Fragmentierung der Staatsorganisation,⁷ ihrer Überlagerung durch privat generierte Rechtsregimes⁸ und einer „Zerfaserung“ von Staatlichkeit,⁹ die zum Verlust an innerer Souveränität und demokratischer Steuerung der Verwaltung¹⁰ führe.

Die soziale Fragmentierung wirkt über eine Pluralisierung der Staatsaufgaben auf die öffentliche Verwaltung,¹¹ deren rechtsstaatliche und demokratische Legitimierung problematisch wird. Darauf konzentrieren sich meine folgenden Ausführungen. Die zuweilen polemische Dramatik des Bildes der zerklüfteten Gesellschaft steht in auffallendem Widerspruch zur

temanforderungen. Systemtheoretisch-kritisch dazu *Georg Kneer* Die Pathologien der Moderne, 1990, 187.

⁵ Für die Rundfunkanstalten etwa BVerfGE 136, 9 (44 Rn. 70) – Aufsichtsgremien Rundfunkanstalten: „Gesellschaftliche Wirklichkeit ist in ungeordneter Weise fragmentiert, manifestiert sich in ungleichzeitigen Erscheinungsformen und findet nur teilweise in verfestigten Strukturen Niederschlag, die Anknüpfung für die Mitwirkung in einer Rundfunkanstalt sein können“.

⁶ So die Analyse von *Norberto Bobbio* Die Zukunft der Demokratie, 1988, 14 f.: „Das ideale Modell der demokratischen Gesellschaft war das einer zentripetalen Gesellschaft. Die Wirklichkeit, die wir vor Augen haben, ist die einer zentrifugalen Gesellschaft, in der es nicht mehr ein einziges Machtzentrum gibt (die *volonté générale* Rousseaus), sondern viele Zentren. Daher verdient sie auch den Namen der polyzentrischen oder polyarchischen Gesellschaft [...]. Das auf die Volkssouveränität gegründete Modell des demokratischen Staates, das man sich in Analogie zur Souveränität des Fürsten vorstellte, war das Modell einer monistischen Gesellschaft. Die reale Gesellschaft, die den demokratischen Regierungen zugrunde liegt, ist pluralistisch“.

⁷ *Gerhard Lembruch* Sektorale Variationen in der Transformationsdynamik der politischen Ökonomie Ostdeutschlands, in: Wolfgang Seibel/Arthur Benz (Hrsg.) Regierungssystem und Verwaltungspolitik, 1995, 180 (190).

⁸ *Karl-Heinz Ladeur* Ein Recht der Netzwerke für die Weltgesellschaft oder Konstitutionalisierung der Völkergemeinschaft?, AVR 49 (2011), 246 (254 f.); *ders.* Der Staat der „Gesellschaft der Netzwerke“, Der Staat 48 (2009), 163.

⁹ *Anne Peters* Membership in the Global Constitutional Community, in: Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein (Hrsg.) The Constitutionalization of International Law, 2011, 153 (198 f.).

¹⁰ *Jürgen Bast* Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung, in: Hauke Brunkhorst (Hrsg.) Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009, 185; *Habermas* Handeln (Fn. 4), 232 f.; 243 f.

¹¹ *Thomas Ellwein/Axel Görlitz* Parlament und Verwaltung. I. Teil, Gesetzgebung und politische Kontrolle, 1967, 18.

Unbestimmtheit des Begriffs¹² der Fragmentierung.¹³ Nach seiner Klärung (I.) können Lösungswege, die weniger in Einheitspostulaten¹⁴ als in der Arbeitsteilung der Verwaltung bestehen, untersucht werden (II., III.). Meine These ist, dass differenzierte Verwaltungsorganisationen nicht mehr nur Teil des Problems der Fragmentierung der demokratischen Legitimation sind, sondern durch eine entsprechende Binnendifferenzierung zur hinreichenden Legitimierung beitragen können.

2. *Der Begriff und Bewertung der Fragmentierung*

Gemeinsam ist den Beschreibungen der *sozialen Fragmentierung* der Prozess der Individualisierung und Selbstzentrierung von Menschen,¹⁵ die

¹² Er ist zunächst ein deskriptiver Begriff. Als Rechtsbegriff taucht er wohl nur im Planungsrecht, etwa beim Landschaftsverbrauch auf, vgl. etwa BVerwGE 149, 289; BVerwGE 104, 236 (254). Das BVerfG macht sich im Zusammenhang mit der Sperrklausel Gedanken um die Fragmentierung der politischen Zusammensetzung des Bundestages und seiner Arbeit, BVerfGE 105, 197 (224 f.) – Minderheitsrechte im Untersuchungsausschuss; BVerfGE 129, 300 (328) – Fünf-Prozent-Sperrklausel.

¹³ Neu ist er freilich nicht: Schon *Gerber* spricht in seinem Staatsrecht 1865 von „fragmentarischer Staatsgewalt“ im Bundesstaat und meint damit eine Zersplitterung zwischen Bund und Ländern, *Carl Friedrich v. Gerber* Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1865, 24, Fn. 3. – *Emile Durkheim* war sich des Spannungsverhältnisses zwischen Fragmentierung und Arbeitsteilung sehr bewusst: „In unserem Werk haben wir uns vor allem bemüht zu zeigen, daß die Arbeitsteilung dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann [...] daß sie nicht notwendigerweise die Zersplitterung [«la dispersion»] und die Zusammenhanglosigkeit erzeugt, sondern daß die Funktionen vielmehr versuchen, wenn sie untereinander genügend Kontakt haben, selbst einen Ausgleich zu gewinnen und sich zu regulieren“, *Emile Durkheim* Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 2012, 45.

¹⁴ *Horst Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 1: „Von der Einheit der Rechtsordnung geht der Jurist aus“; *Bernd Becker* Öffentliche Verwaltung, 1989, 369. Zur Geschichte dieser Vorstellung auch *Manfred Baldus* Einheit der Rechtsordnung, 1995, 113; *Brun-Otto Bryde* Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVD-StRL 46 (1988), 181 (189) hebt allerdings hervor, dass die Verfassung sparsam ist mit Einheitspostulaten; siehe auch *Janbernd Oebbecke* Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, DVBl. 1987, 866 (869).

¹⁵ Diese erscheinen in postmoderner Perspektive selbst nur noch als fragmentierte Durchzugsgebiete von funktional differenzierten Systemereignissen und nicht mehr als über Bewusstsein integrierte Subjekte (Fragmentierung des Subjekts), vgl. etwa *Karl-Heinz Ladeur* Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, 1995, 16, 45; gleichzeitig bleiben juristische Einheitskonstruktionen wie die Rechtsperson weiterhin von Bedeutung, *Stephan Kirste* Dezentrierung, Überforderung und dialektische Konstruktion der Rechtsperson, in: Joachim Bohnert/Christof Gramm/Urs Kindhäuser/Joachim Lege/Alfred Rinke/Gerhard Robbers (Hrsg.) Verfassung – Philosophie – Kirche, FS Alexander Hollerbach, 2001, 319 (325 f.).

sich nur lose und temporär in pluralisierten Gruppen organisieren. Sie kommunizieren über konkurrierende soziale Normen und heterogene Erwartungen in global vernetzten selbstreferentiellen Medien und partizipieren nicht notwendig an nationalen Öffentlichkeiten.¹⁶

Ein Begriff von *rechtlicher* Fragmentierung wurde am ehesten im Völkerrecht gebildet. Geringe politische Einheit und Vielfältigkeit der Aufgaben drängen hier geradezu in die Fragmentierung. *Martti Koskenniemi* beschreibt sie im Bericht der International Law Commission aus dem Jahr 2006:¹⁷ Statt einer Hierarchie von Rechtsquellen¹⁸ mit einer Grundnorm an der Spitze finde sich eine Heteronomie relativ selbständiger und horizontal konkurrierender Rechtsregime als Grundlage einer „Global Governance“.¹⁹ Die Eigenrationalitäten solcher Expertensysteme entzögen sich einer einheitlichen Steuerung – insbesondere der demokratischen Legitimation.²⁰ Diese Begriffsbestimmung lässt sich verallgemeinern: Bei rechtlicher Fragmentierung ersetzt eine Heterarchie²¹ von Organisationen mit Eigenrationalitäten und individualisierten Rechtsstrukturen, die nur noch über Kollisionsnormen harmonisiert werden kann, die material oder formal hierarchische Rechtseinheit.²² Wenn damit Fragmentierung über einen Rechtspluralismus hinaus die Vervielfältigung von Entscheidungseinheiten meint, und Organisationen Entscheidungssysteme sind,²³ dann ist rechtliche Fragmentierung ein Organisationsproblem.

Während systemtheoretische und postmoderne Theorien Fragmentierung als notwendige Antwort auf die gesteigerte Komplexität gesellschaftlicher

¹⁶ *Sabine Dreher* Fragmentierung, in: D. Nohlen/R.-O. Schultze (Hrsg.) Lexikon der Politikwissenschaft, Bd. 1, 2005, 274 f.

¹⁷ International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law-Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by *Martti Koskenniemi*, UN Doc A/CN.4/L.682, 13 Apr 2006. Auch *Martti Koskenniemi/Päivi Leino*, Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), 553.

¹⁸ *Koskenniemi* Law-Report (Fn. 17), 166.

¹⁹ *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner* Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006, 19 unter Berufung auf *Koskenniemi* und *Kanwar*.

²⁰ *Koskenniemi* Law-Report (Fn. 17), 11; zwar sei dadurch die Normativität internationalen Rechts nicht in Frage gestellt, jedoch die Integrationskraft auf Kollisionsregeln zurückgenommen. Beispielhaft nennt der Report die bekannten Vorrangrelationen wie „lex specialis derogat legi generali“ und „lex posterior derogat legi priori“, *Koskenniemi* Law-Report (Fn. 17), 34 ff., 115 ff. *Niklas Luhmann* Die Weltgesellschaft, ARSP 57 (1971), 1 (26) nahm an, dass im Weltrecht auf kontrafaktische auf kognitive, laufend angepasste Erwartungen umgestellt werden müsse; *Fischer-Lescano/Teubner* Kollisionen (Fn. 19), 7.

²¹ *Ladewig* Weltgesellschaft (Fn. 8), 269 ff.

²² *Fischer-Lescano/Teubner* Kollisionen (Fn. 19), 29, 34.

²³ *Niklas Luhmann* Organisation und Entscheidung, 2000, 39 ff.

Erwartungen ansehen²⁴ und andere Sozialwissenschaften etwa die Abschirmung von technischem Sachverstand gegenüber der Politik²⁵ oder die Vielfalt des politischen Diskurses²⁶ hervorheben, wird der Begriff überwiegend pejorativ verstanden.²⁷ Für die juristische Bewertung der Balance zwischen Fragmentierung und Einheitlichkeit entscheidend sind verfassungsrechtliche Maßstäbe wie Rechtsstaatlichkeit, Bundesstaatlichkeit und vor allem Demokratie.

3. Die Fragmentierung von Herrschaftsausübung

Soziale Fragmentierung führt geradezu „naturwüchsig“²⁸ zum Anwachsen von Staatsaufgaben²⁹ und zur Fragmentierung der Ausübung von Herrschaft insbesondere der Verwaltung. Gerade weil kein *numerus clausus*

²⁴ *Ladeur* Weltgesellschaft (Fn. 8), 263 ff.; *Fischer-Lescano/Teubner* Kollisionen (Fn. 19), 54: „Jede Hoffnung auf eine hierarchisch organisatorische oder eine begrifflich-dogmatische Einheit des internationalen Rechts dürfte damit vergeblich sein. Der Grund dafür liegt in der gesellschaftstheoretischen Einsicht, dass die Weltgesellschaft eine fragmentierte ‚Gesellschaft ohne Spitze und ohne Zentrum‘ ist. Nach der Dezentrierung der Politik ist keine gesellschaftliche Instanz in Sicht, welche die Koordination der Gesellschaftsfragmente zu übernehmen in der Lage ist. Schon gar nicht kann das Recht diese Aufgabe erfüllen und sei es auch nur indirekt über eine Integration des fragmentierten Weltrechts. Realistisch gibt es nach dem Zusammenbruch der Rechtshierarchien nur noch Chancen für ein konsequent heterarchisches Recht – ein Recht, das sich darauf beschränkt, zwischen fragmentierten Teilrechtsordnungen einen losen Zusammenhang herzustellen“.

²⁵ Vgl. etwa *Stephan Bredt* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, 2006, 205 ff., 280 ff.; *Lars P. Feld* The Economic History of Sovereignty, or: What does Fragmentation of Sovereignty Achieve, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 165 (2009), 113 (115 f.).

²⁶ *Sunstein* Democracy (Fn. 2), 15.

²⁷ Zur entsprechenden Diskussion um Theoretiker eines heterarchischen Rechtspluralismus einerseits und Konstitutionalisten andererseits vgl. etwa *Andreas Paulus* Fragmentierung und Segmentierung der internationalen Ordnung als Herausforderung prozeduraler Gemeinwohlgenerierung, in: Hans Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 139.

²⁸ *Rainer Wahl* VVDStRL 46 (1988), Aussprache, 283; *Koskenniemi* Law-Report (Fn. 17), 15.

²⁹ Schon *Adolf Merkl* Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, VVDStRL 7 (1932), 55 (76) hielt fest, dass das Aufgabenwachstum infolge der Sozialstaatlichkeit zu verstärkter Arbeitsteilung der Verwaltung führe; vgl. nur *Steffen Augsberg* Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie, in: Hans Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 27 (30 f.); *Hans-Heinrich Trute* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 6, Rn. 41; *Brun-Otto Bryde* Einheit (Fn. 14), 183; *Gunnar Folke Schuppert* Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, 2000, 391; *Jürgen Habermas* Faktizität und Geltung, 1992, 523.

der Organisationsformen besteht,³⁰ ist der Drang zur Fragmentierung hier besonders folgenreich. Die öffentliche Verwaltung erscheint deshalb nicht mehr als eine pyramidale Einheit hierarchisch geordneter, bürokratisch-arbeitsteilig koordinierter Aufgaben und Weisungsbefugnisse.³¹ Vielmehr stellt sie sich als „hochgradig partikulares, zersplittertes, arbeitsteiliges Gefüge unterschiedlichster Teileinheiten, die große Unterschiede im Aufgabenbereich, in der Binnenorganisation, Kontrollierbarkeit und Rechtsstatus“ zeigen, dar.³² Zentrifugale Pluralisierung der Verwaltung,³³ immer weitere Formen verselbständigter Verwaltungseinheiten mit unterschiedlichen Binnenstrukturen und ein Ausfransen der Verwaltungsorganisationen zum privaten Sektor³⁴ prägen das Bild.³⁵ Demokratische Steuerungsverluste und

³⁰ *Martin Burgi* Verwaltungsorganisationsrecht, in: Dirk Ehlers/Hermann Pünder (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 7, Rn. 25; *Thomas Groß* Das Verwaltungsorganisationsrecht als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, 905 ff., § 13 Rn. 46 f.

³¹ Zu ihrer Genese: *Dreier* Verwaltung (Fn. 14), 19 ff.; zur bürokratischen Organisation von Herrschaft und ihrer Kritik vgl. *Stephan Kirste* Theorie der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Verwaltungshistorische, organisationstheoretische und verwaltungsorganisationsrechtliche Aspekte, 2017, 305 ff., zu frühen Formen dort auch S. 92; kritisch zur hierarchischen Legitimation *Thomas Blanke* Antidemokratische Effekte der verfassungsgerichtlichen Demokratietheorie, Kritische Justiz 31 (1998), 452.

³² Schon *Dreier* Verwaltung (Fn. 14), 155, 219 f.

³³ *Görg Haverkate* Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL 46 (1988), 217 (240); *Walter Krebs* Verwaltungsorganisation, in: HStR III, 2. Aufl. 1988, § 69 Rn. 22; *Winfried Brohm* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 245 (262 f., 293 f.); ein unumkehrbarer Prozess, *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 29), 834 f.

³⁴ Grundlegend *Christoph Reichard* Der dritte Sektor. Entstehung, Funktion und Problematik von „NonProfit“-Organisationen aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht, DöV 1988, 363 (365) zur diffusen Struktur des privaten Sektors; *Gunnar Folke Schuppert* Jenseits von Privatisierung und „schlankem Staat“: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung, in: Christoph Gusy (Hrsg.) Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, 72 (92); freilich setzt er einem Spenglerisch-konservativen Pessimismus vom Untergang des Staates oder dem „Ende des Staates“ (hierzu auch *Utz Schliesky* Das Ende des Staates? Zwischen Staatsversagen und Staatseuphorie, 2016) ein optimistisches: „der Staat als Ordnungsmodell politischer Herrschaft aber bleibt davon offenbar unberührt“ entgegen, *Gunnar Folke Schuppert* „Neue“ Staatlichkeit – „Neue“ Staatswissenschaft? Zu den Aufgaben einer Staatswissenschaft heute, in: Ivo Appel/Georg Hermes/Christoph Schönberger (Hrsg.) Öffentliches Recht im offenen Staat, FS Rainer Wahl, 2011, 185 (186); *ders.* Verwaltungswissenschaft (Fn. 29), 406, 911.

³⁵ *Gunnar Folke Schuppert* Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, § 16 Rn. 17; *Stefan Storr* Verfassungsrechtliche Direktiven des demokratischen Prinzips für die Nutzung pri-

rechtsstaatlich bedenkliche „verantwortungslose Verantwortungsfragmentierung“ werden ebenso beklagt³⁶ wie wechselseitige Blockade und systematische Verfehlung von öffentlichen Zielen.³⁷

Es gibt kaum faktische Grenzen dieser Fragmentierung. Bei den normativen Grenzen³⁸ rückt immer stärker das Demokratieprinzip als Vereinheitlicher in den Blick: Sobald rechtliche Fragmentierung nicht nur als Rechtspluralismus, sondern auch als nicht mehr voll koordinierte Vervielfältigung von Entscheidungsträgern verstanden wird, muss deren demokratische Legitimation zum Problem werden.³⁹

4. *Reaktionen der Verwaltungsrechtswissenschaft auf die Fragmentierung*

Die Auseinandersetzung um die Bedeutung der Verwaltungshierarchie und ihrer Pluralisierung gehört zu den wichtigsten und umstrittensten Diskussionsfeldern der Wissenschaft des öffentlichen Rechts.⁴⁰ Normativistische Theorien gehen von verfassungsrechtlichen Anforderungen an Verwaltungsorganisationen aus und sind der Überzeugung, dass das Recht selbst festlege, ob nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse rezipiert werden dürf-

vatrechtlicher Organisations- und Kooperationsformen durch die öffentliche Verwaltung, in: Hartmut Bauer/Peter M. Huber/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) *Demokratie in Europa*, 2005, 411; *Lembruch* Variationen (Fn. 7), 187 f.: „Als Ergebnis des Entwicklungspfad, den der moderne deutsche Staat seit seiner Gründung durch Bismarck (1867) bis hin zur ‚alten Bundesrepublik‘ durchlaufen hat, ist er heute eigentümlich institutionell fragmentiert durch die bundesstaatliche Organisation und die ausgeprägte Ressortautonomie. Beides bedeutet, daß sich sektorale Netzwerke zwischen Staatsverwaltung und gesellschaftlichen Akteuren ausbilden, die nicht zentral koordiniert werden können, sondern nur durch Austauschprozesse in überwölbenden Netzwerken, in denen die Akteure miteinander verflochten sind“.

³⁶ *Wolfram Höfling* Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, VVD-StRL 61 (2002), 260 (292); *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 29), 895 bezeichnet zu Recht die Ausbalancierung der Nachteile der Vernetzung wie Einflussknicks und ihrer Gewinne als eine zentrale Steuerungsaufgabe.

³⁷ Freilich wird auch die notwendige Eigenständigkeit der Verwaltung betont, *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 15.

³⁸ *Haverkate* Einheit (Fn. 33), 240; *Bryde* Einheit (Fn. 14), 194.

³⁹ *Dieter Grimm* Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders. (Hrsg.) *Staatsaufgaben*, 1996, 613; *Dreier* Verwaltung (Fn. 14), 211 ff. *Lembruch* Variationen (Fn. 7), 187 f.; schließlich ist alles Verwaltungshandeln mit Entscheidungscharakter legitimierungsbedürftig, BVerfGE 83, 60 (73) – Ausländerwahlrecht II; *Dreier* Verwaltung (Fn. 32), 283 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, Kap. 2, Rn. 92 ff.

⁴⁰ *Christoph Möllers* Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit? *VerwArch* 90 (1999), 187.

ten.⁴¹ Die Verwaltungsrechtsdogmatik ist nach diesem Ansatz geschlossen und konzentriert auf das „Proprium der Rechtswissenschaft“,⁴² die Analyse des positiven Rechts mit genuin juristischen Methoden.⁴³ Plurale Ansätze der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft⁴⁴ hingegen verstehen ihre Wissenschaft als ein offenes System, das sich zur Erfassung und Bewältigung der Wirklichkeit interdisziplinärer Erkenntnisse der Politikwissenschaften, der betriebswirtschaftlichen und soziologischen Organisationstheorie⁴⁵ zuwenden müsse, um die Organisationsvielfalt untersuchen zu können.⁴⁶ So werfen sie normativistischen Ansätzen Blickverengung vor.⁴⁷

Beide Auffassungen stehen jedoch vor Fragmentierungsproblemen: Während die innere Geschlossenheit der normativistischen Theorie Verwaltungsformen, die sich dem normativen Erzeugungs- und einheitlichen demokratischen Legitimationszusammenhang nicht fügen, als fragmentiert verstehen muss,⁴⁸ würde eine konsequent pluralistische Auffassung der Ver-

⁴¹ *Matthias Jestaedt* Grundbegriffe des Verwaltungsrechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, § 14 Rn. 5; *ders.* Rechtswissenschaft als normative Disziplin, in: Stephan Kirste (Hrsg.) Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Außenperspektiven, 2016, 103 (110 f.).

⁴² Dazu *Jestaedt* Grundbegriffe (Fn. 41), Rn. 13; *ders.* Rechtswissenschaft (Fn. 41), 103 ff.; gerade die Spezialisierung kann jedoch zu Fragmentierungen führen, *Giancarlo Corsi* Inkongruente Perspektiven, in: Stephan Kirste (Hrsg.) Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Außenperspektiven, 2016, 165 f.

⁴³ *Matthias Jestaedt* „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.) Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 242 (270) kritisch gegenüber Interdisziplinarität. *Matthias Jestaedt*, Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1.

⁴⁴ *Andreas Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 2 ff.; kritisch gegenüber einer Verengung des Methodenverständnisses der Rechtswissenschaft etwa auch *Helmuth Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: *ders.* (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 11 (18 f.), der für einen Methodenpluralismus in der Staats- und Verwaltungswissenschaft eintritt, ebd., 22 f., 24 f.

⁴⁵ *Christoph Möllers* Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungswissenschaft, *VerwArch* 2002, 22 (33), problematisierend zur Übernahme von Erkenntnissen; *Walter Schmidt* Rechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaft, in: Dieter Grimm (Hrsg.) Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften Bd. 1, 2. Aufl. 1976, 89 ff.

⁴⁶ *Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre (Fn. 44), 11 ff.; *Utz Schliesky* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 437 f. Zur Ausweitung der Methoden in öffentlichen Recht *Christoph Möllers* Methoden, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, § 3 Rn. 23 ff., 42 ff.; *Möllers* Interdisziplinarität (Fn. 45), 22 ff.

⁴⁷ So für das internationale Recht: *Fischer-Lescano/Teubner* Kollisionen (Fn. 19), 10.

⁴⁸ Vorwurf etwa bei *Blanke* Effekte (Fn. 31), 470.

waltungslegitimation die Fragmentierung in die Theoriebildung selbst hineinnehmen und ihre eigene Konsistenz in Frage stellen.⁴⁹ Eine Dogmatik, die diese beiden Fragmentierungen vermeiden will, muss ihre Begriffe so konstruieren, dass sie normativ gebotene Einheit und tatsächliche Vielfalt vermitteln. Sie müssen ausfransende Bereichsdogmatiken immer wieder in gemeinsamen Prinzipien integrieren.⁵⁰ Interdisziplinarität ist erforderlich.⁵¹ Ihre „Brückenbegriffe“⁵² müssten aber so angesetzt sein, dass sie die Vielfalt von Verwaltung verarbeiten können und zugleich genügend normatives Rückgrat besitzen, um die verfassungsrechtlichen Vorgaben damit zu vermitteln.⁵³ Zur Verarbeitung der Fragmentierung bietet sich hierfür der aus der soziologischen und betriebswirtschaftlichen Organisationstheorie⁵⁴ stammende Begriff der „Arbeitsteilung“ oder – moderner⁵⁵ – der Begriff der „Differenzierung“ an.

⁴⁹ *Stephan Kirste* Voraussetzungen der Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften, in: ders. (Hrsg.) *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Außenperspektiven*, 2016, 35 (63 ff.).

⁵⁰ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 39), Kap. 1, Rn. 12 f.; *Matthias Ruffert* Die Europäisierung der Verwaltungsrechtslehre, *Die Verwaltung* 36 (2003), 293 (302); eine Verallgemeinerung, die gerade den Besonderheiten des übergeordneten dogmatischen Zusammenhangs und nicht nur der Herkunft der Bereichsdogmatik gerecht werden muss, *Steffen Augsberg* Europäisches Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzugsformen, in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011, § 6 Rn. 6.

⁵¹ *Dieter Grimm* Notwendigkeit und Bedingungen interdisziplinärer Forschung in der Rechtswissenschaft, in: Stephan Kirste (Hrsg.) *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Außenperspektiven*, 2016, 21 f.; zu den Voraussetzungen von Interdisziplinarität auch *Kirste* Voraussetzungen (Fn. 49), 35 ff.; zur Interdisziplinarität in der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft *Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 44), Rn. 39 f.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 39), Kap. 5, Rn. 11: „Die besondere Aufgabe der organisationsrechtlichen Forschung besteht darin, diese in der Regelungsmaterie angelegte Interdisziplinarität nicht zu verdrängen, sondern in der Dogmatik zu verarbeiten“. *Arnold Köttgen* Die Organisationsgewalt, *VVDStRL* 16 (1958), 154 (155): „Wer über die Organisationsgewalt als ein aktuelles Problem referiert, muß sich vorbehaltlos auf den Boden der juristischen, aber auch soziologischen Gegebenheiten von heute stellen“.

⁵² *Wolfgang Hoffmann-Riem* Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 9 ff., 60 ff.

⁵³ *Voßkuhle* Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 44), Rn. 40 f.

⁵⁴ Vgl. zur allgemeinen Organisationstheorie nur *Michael M. Harmon/Richard T. Mayer* *Organization. Theory for Public Administration* 1986; Alfred Kieser/Mark Ebers (Hrsg.) *Organisationstheorien*, 7. Aufl. 2014; *James G. March/Herbert A. Simon* *Organizations*, 1993; *Renate Mayntz* *Soziologie der Organisation*, 1963; *Günther Ortman/Jörg Sydow/Klaus Türk* (Hrsg.) *Theorien der Organisation*, 2000; *Hal G. Rainey* *Understanding and Managing Public Organizations*, 2003.

⁵⁵ *Niklas Luhmann* *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, 14 f.; *Thomas Groß* *Grundzüge der organisationswissenschaftlichen Diskussion*, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang

II. Differenzierte Einheitsbildung in Verwaltungsorganisationen und Verwaltungsorganisationsrecht

Das Konzept der Differenzierung soll zwischen der Fragmentierung als einem ungeordneten Zuviel an Pluralisierung von Verwaltungsorganisationen einerseits und einer unterkomplexen Einheit andererseits vermitteln. Dazu werden organisatorische Potentiale mit organisationsrechtlichen Anforderungen zur Vermittlung von faktischer Vielfalt und normativ gebotener Vereinheitlichung verbunden.⁵⁶

1. Differenzierung und Binnendifferenzierung von Organisationen

Anders als etwa bei *Emile Durkheim*, der unter Arbeitsteilung die Gliederung⁵⁷ einer bestehenden Einheit verstand, sind gegenwärtige Theorien der Differenzierung prozedural ausgerichtet.⁵⁸ Organisationen institutionalisieren diese prozedurale Differenzierung.⁵⁹ Differenzierung des Verwaltungssystems und Binnendifferenzierung von Verwaltungsorganisationen betreffen Verselbständigung, Binnenstruktur und das Organisation-Umweltverhältnis.⁶⁰ Mit dieser Differenzierung kann der Staat zwischen Fragmentierung und Einheit vermitteln und die Grundlage auch für eine differenzierte Legitimierung der Verwaltung schaffen.⁶¹

Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource* 1997, 140 f.

⁵⁶ *Claudio Franzius* Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 60: „Insgesamt scheint der Prozess fortschreitender ‚Pluralisierung nach innen und außen‘ nicht mehr aufzuhalten zu sein. Es ist deshalb an der Zeit, das Organisationsrecht stärker auf die angemessene Verarbeitung von Pluralität auszurichten“.

⁵⁷ *Durkheim* nennt die Funktion, „den sozialen Körper zu integrieren und seine Einheit zu sichern“, *Durkheim Arbeitsteilung* (Fn. 13), 103.

⁵⁸ *Luhmann* *Politik* (Fn. 55), 14 f.

⁵⁹ *Verbändereport v. 06.06.1996*: „Jede Organisation ist eine arbeitsteilig aufgebaute Ordnung von Gruppen und Personen, die gemeinsam, freiwillig (oder auch nicht, denn auch Gefängnisse sind Organisationen) bestimmte Zwecke oder Ziele verfolgen“, abrufbar unter <<http://www.verbaende.com/verbaendereport/fachartikel/lesen.php/Was-sind-Verbnde?id=226>> (Stand 19.08.2017).

⁶⁰ Zu diesen Organisationsdimensionen *Schmidt-Aßmann* *Ordnungsidee* (Fn. 39), Kap. 5, Rn. 14; *Kirste* *Körperschaft* (Fn. 31), 372 ff.; ähnlich *Groß* *Verwaltungsorganisationsrecht* (Fn. 30), Rn. 63 ff., 80 ff., 98 ff.

⁶¹ *Groß* *Verwaltungsorganisationsrecht* (Fn. 30), Rn. 61.

a) *Differenzierung durch Verselbständigung von Verwaltungsorganisationen*

Umfangreiche Aufgaben und Funktionen werden zergliedert und verselbständigten Verwaltungseinheiten spezialisiert zugewiesen.⁶² Die Entscheidung über die Rechtsfähigkeit, Aufgaben und Befugnisse gibt dezentralisierten oder dezentrierten Verwaltungsorganisationen ihre Identität, grenzt sie gegenüber anderen Organisationen ab und ist vorgreiflich für die Binnenstruktur. Gründe für die Verselbständigung können Versachlichung der Verwaltungstätigkeit wie bei der Bundesnetzagentur nach §§ 116 ff. TKG, Politikferne wie bei der Bundesbank (Art. 88 S. 1 GG),⁶³ grundrechtsgebotener Distanzschutz wie bei den Selbstverwaltungsträgern (z.B. den Universitäten) oder die Organisation der Interessen einer lokalen Allgemeinheit in den Kommunen sein.⁶⁴

Mit der Verselbständigung aus der staatsunmittelbaren hierarchischen Verwaltungsorganisation⁶⁵ ist es nicht getan, weil sie die Frage offenlässt, wie Umwelt und differenzierte Organisation diese Herauslösung verarbeiten. Einheit des Gesamtsystems der Verwaltung und Binnenstruktur werden zum Fragmentierungsproblem.⁶⁶

b) *Binnendifferenzierung von Verwaltungsorganisationen*

Auch wenn man sich bei Verwaltungsorganisationen zur Verarbeitung der gesteigerten Erwartungen deshalb nicht einfach auf Selbstregulierung

⁶² Rainey Understanding (Fn. 29), 84 f.; zur Theorie der Differenzierung vgl. Uwe Schimank Theorien gesellschaftlicher Differenzierung, 2000, 8 ff.; Armin Nassehi Die Theorie funktionaler Differenzierung im Horizont ihrer Kritik, ZfS 33 (2004), 98; zu weiteren Differenzierungsmechanismen wie Aggregation und funktionelle Reduktion: Mayntz Organisation (Fn. 54), 29; Peter M. Blau A Formal Theory of Differentiation in Organizations, American Sociological Review 35 (1970), 201 (212), der hervorhebt, dass das Wachstum einer Organisation zwar die Differenzierung befördert, von einer gewissen Größe an aber die weitere Differenzierung so starke Probleme aufwirft, dass sogar weitere Differenzierung verhindert wird.

⁶³ Wolfgang Hoffmann-Riem Die Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 10 Rn. 53; Trute Legitimation (Fn. 29), Rn. 68.

⁶⁴ Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 39), Kap. 5, Rn. 36 ff.; Frauke Brosius-Gersdorf Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, 1997, 70 ff.

⁶⁵ Gunnar Folke Schuppert Öffentlich-rechtliche Körperschaften, in: HdWW, Bd. 5, 1980, 399 (400).

⁶⁶ Niklas Luhmann Ausdifferenzierung des Rechtssystems, in: ders. (Hrsg.) Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, 35 (79); Renate Mayntz Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 1997, 13; Blau Differentiation (Fn. 62), 212: Anwachsen des koordinierenden und überwachenden Apparats. Hoffmann-Riem Eigenständigkeit (Fn. 63), Rn. 20 mit Rücksicht auf die Entwicklung der Verwaltung im europäischen Verwaltungsverbund.

verlassen kann, spielt doch die Binnendifferenzierung der Organisationsstruktur eine wichtige Rolle. Sie kann komplexere Aufgaben auffangen.⁶⁷ Zur Bewältigung größerer Entscheidungsspielräume können Kollegialorgane gebildet werden.⁶⁸ Dem Organisationszweck entsprechend werden Befugnisse und Pflichten von Mitgliedern ausgestaltet.⁶⁹ Mitgliedschaftsrechte und Organe dienen der Betroffenenpartizipation und sollen eine gelockerte Rechtsbindung durch Satzungsautonomie auffangen.⁷⁰ Interessen können aggregiert und integriert⁷¹ und Akzeptanz erhöht werden.⁷²

Die Binnendifferenzierung betrifft auch Kommunikations- und Autoritätsstrukturen.⁷³ Der Erfolg einer bürokratisch-arbeitsteiligen,⁷⁴ durch hierarchische Weisungsbefugnisse und Verantwortungsbeziehungen binnendif-

⁶⁷ In meiner Habilitationsschrift habe ich statt „Binnendifferenzierung“ den Ausdruck „Ausdifferenzierung“ verwendet (*Kirste Körperschaft* [Fn. 31], 291), weil dieser den Bezug zur Organisationstheorie noch deutlicher macht, *Luhmann Ausdifferenzierung* (Fn. 66), 76; *Gunther Teubner Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, 1978, 142 f.; zur Binnendifferenzierung der Verwaltung etwa *Bryde Einheit* (Fn. 14), 184 und *Günter Püttner Verwaltungslehre*, 3. Aufl. 2000, 81 ff.

⁶⁸ *Thomas Groß Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, 51 f.

⁶⁹ *Luhmann Ausdifferenzierung* (Fn. 66), 35; *Mayntz Verwaltung* (Fn. 66), 135 f.

⁷⁰ *Kirste Körperschaft* (Fn. 31), 531 ff.

⁷¹ Das hat *Brohm* für Verwaltungsorganisationen schon 1971 festgestellt (*Brohm Dogmatik* [Fn. 33], 293). Dessen Verknappung zeigt die „Grenzen der Organisierbarkeit von Organisationen“ auf, *Helmut Klages Grenzen der Organisierbarkeit von Verwaltungsorganisationen*, *Die Verwaltung* 10 (1977), 31 (44).

⁷² *Becker Verwaltung* (Fn. 14), 563. Zugleich muss die Orientierung auf die übergeordneten Gemeinwohlziele, die in bürokratischen Organisationen die Programmierung und die Autoritätsstruktur übernehmen, durch andere Strukturen gesichert werden.

⁷³ *Niklas Luhmann Theorie der Verwaltungswissenschaft. Bestandsaufnahme und Entwurf*, 1966, 50; *Luhmann Ausdifferenzierung* (Fn. 66), 192 f.; vgl. für Verwaltungsorganisationen auch *John M. Pfiffner/Frank P. Sherwood Administrative Organization*, 1960, 295 ff., *Schuppert Verwaltungswissenschaft* (Fn. 29), 585 und *Hans-Heinrich Trute Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht*, in: *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, 249 ff. (254).

⁷⁴ Klassisch *Max Weber Wirtschaft und Gesellschaft* (1921/2), 1985, 551: Bürokratische Herrschaft setzte eine Amtshierarchie voraus, „d. h. ein fest geordnetes System von Über- und Unterordnung der Behörden unter Beaufsichtigung der unteren durch die oberen, – ein System, welches zugleich dem Beaufsichtigten die fest geregelte Möglichkeit bietet, von einer unteren Behörde an deren Oberinstanz zu appellieren“. Wobei die reinste Form durch die monokratische Spitze dargestellt würde. Vgl. auch *Robert L. Peabody/Francis E. Rourke Public Bureaucracies*, in: *James G. March/Johann P. Olsen* (Hrsg.) *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, 1989, 802 (806); *Luhmann Ausdifferenzierung* (Fn. 66), 152 f. zu weiteren Kriterien.

ferenzierten Verwaltungsstruktur wie etwa bei der Ministerialverwaltung⁷⁵ hängt nach *Max Weber* an Art und Umfang der Staatsaufgaben⁷⁶ und stabilen und homogenen Umwelten.⁷⁷ Liegen diese Bedingungen – wie bei der sozialen Fragmentierung – nicht vor, treten an die Seite der bürokratischen Organisation Formen verselbständigter Verwaltungseinheiten mit stärkerem Einfluss der Organisationsmitglieder. Die Wahl zwischen diesen Organisationsformen hängt ferner u.a. vom Koordinationsbedarf und der Personalstruktur ab. Dabei korrelieren Professionalisierung und Hierarchie nicht, wie *Max Weber* meinte, sondern ruhen nach *Talcott Parsons* auf unterschiedlichen Autoritätsstrukturen: Professionelle Autorität auf der Fachkompetenz des Experten, bürokratische hingegen auf der legitimen Befehlsgewalt gegenüber Untergebenen.⁷⁸ Das zeigt ein Dilemma öffentlicher Verwaltungen: Je stärker Private oder Betroffene in die Verwaltung einbezogen werden, desto mehr ist eine verselbständigte, flach-hierarchisch binnendifferenzierte, kollegial strukturierte Organisation erforderlich. Damit sind aber die von *Frido Wagner* so bezeichneten „Einflussknicks“⁷⁹ der demokratischen und rechtlichen Steuerung vorgezeichnet.

An Verselbständigung und Binnendifferenzierung knüpft schließlich die Ordnung des Verhältnisses der Organisation zu ihrer Umwelt⁸⁰ etwa durch

⁷⁵ Über dieses klassische Modell *Frederick W. Taylors* auch *Rainey Understanding* (Fn. 54), 23 f.; *Harmon/Mayer Administration* (Fn. 54), 83 ff.; *Kirste Körperschaft* (Fn. 31), 138 f.

⁷⁶ *Niklas Luhmann* Lob der Routine, in: *ders. Politische Planung*, 1994, 114: „Je größer das System ist, desto spezieller können diese Kleinstaufgaben definiert werden, und desto häufiger wiederholen sich im Arbeitsvollzug die einzelnen Handlungen. Die kontinuierliche Verrichtung derselben Tätigkeit läßt die speziellen Fähigkeiten dafür wachsen [...]. Das Ergebnis ist Routinearbeit“, zur Unterscheidung von Zweck- und Routineprogrammen dann 118 f.

⁷⁷ *Becker Verwaltung* (Fn. 14), 588; dies entspricht der allgemeinen organisationstheoretischen Beobachtung, dass sich formale und bürokratische Organisationen in stabilen Umwelten am besten durchsetzen, *Rainey Understanding* (Fn. 54), 44. *Litwak* hat schon 1961 darauf hingewiesen, dass auch bürokratische Organisationen zu Ausdifferenzierungen in der Lage sind, die klassisch hierarchische, uniformistische Bereiche neben anderen bestehen lassen, *Eugene Litwak Models of Bureaucracy Which Permit Conflict*, *The American Journal of Sociology* 67 (1961), 177 (181 f.).

⁷⁸ *Peter M. Blau The Hierarchy of Authority in Organizations*, *The American Journal of Sociology* 73 (1968), 453 (455).

⁷⁹ Zum Begriff des „Einflussknicks“ *Frido Wagner* Typen der verselbständigten Erfüllung öffentlicher Aufgaben, in: *ders. (Hrsg.) Verselbständigung von Verwaltungsträgern*, 1976, 31 (40 f.).

⁸⁰ Generell sind öffentliche Organisationen schon über die Bindungen staatlichen Rechts wesentlich fester in ihre Umwelt eingepasst als gesellschaftliche Organisationen, *Rainey Understanding* (Fn. 54), 79 ff.; *Bryde Einheit* (Fn. 14), 184; allgemein zu Organisation und Umwelt auch *Groß Grundzüge* (Fn. 55), 145 f.; gerade im Verhältnis zur Umwelt sind freilich neue, fraktale, netzwerkartige Strukturen entstanden, *Trute Legitimation* (Fn. 29), Rn. 41.

Aufsicht und Kontrolle, aber auch durch Kooperation, Netzwerkbildung und Zusammenschluss zu öffentlichen Verbänden und Einordnung in die staatliche Steuerung an.

2. Normative Steuerung der Differenzierung der Verwaltung

So wenig es Fragmentierung in Bereichen geben darf, in denen Verfassungsprinzipien Einheit gebieten, darf es Homogenisierung geben, wo Verfassungsprinzipien Differenzierung verlangen.⁸¹ Nur wenige Prinzipien können erwähnt werden.

Differenzierend wirken zunächst die *bundesstaatlichen* Verwaltungszuständigkeiten mit der Unterscheidung in Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltung.⁸² Bundesfreundliches Verhalten ist von Bund und Ländern wechselseitig gefordert, sichert eine gewisse Koordination und verlangt Kooperationsbereitschaft.⁸³ Dennoch verbleibende Lockerungen der Steuerung sind also verfassungsrechtlich gewollt.⁸⁴

Sodann trägt das *Rechtsstaatsprinzip*⁸⁵ zu Einheit und Differenzierung der Verwaltung bei. Es besitzt zunächst eine allgemein integrative Wirkung, weil es alle Herrschaft auf das Recht stützt und durch es beschränkt.⁸⁶ Ver-

⁸¹ Albert von Mutius VVDStRL 46 (1988), Aussprache, 280. Nicht die Verselbständigung ist das Problem, solange ihre „rechtliche Durchformung“ in Gestalt „demokratischer Anbindung und rechtsstaatlicher Limitierung“ gelingt, *Dreier* Verwaltung (Fn. 14), 311.

⁸² *Hinnerk Wißmann* Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 15 Rn. 25 f.; *Burgi* Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 30), § 7, Rn. 24 ff.; § 8 Rn. 7 ff.; Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) Beck-OK Grundgesetz, 32. Aufl. 2017, Rn. 18; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 39), Kap. 5, Rn. 35, 257.

⁸³ *Karl-Peter Sommermann*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 37 f.; *Stefan Huster/Johannes Rux*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.) BeckOK GG, 34. Edition 2017, Art. 20 Rn. 36 f.; *Hans Hofmann*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 13 f.; *Gerhard Robbers*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhof/Christian Walter (Hrsg.) Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 165. Aktual. 2014, Art. 20 Rn. 1126 ff.

⁸⁴ *Claus Dieter Classen* Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, 2009, 15; zur eigenen Legitimation der Landesverwaltung *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 36.

⁸⁵ Der geringe Textbefund legt es nahe, für konkrete Aussagen auf die jeweiligen verfassungsrechtlichen Ausprägungen zurückzugreifen, *Franz Reimer* Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 31.

⁸⁶ *Winfried Brohm* Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, 286: „Die Rechtsordnung ist einer der entscheidendsten Faktoren, um ein politisches Gemeinwesen zusammen-

selbständigkeit von Verwaltungsorganisationen ohne hinreichende Rechtsgrundlage widerspricht dem Prinzip.⁸⁷ Insofern verhindert das Rechtsstaatsprinzip Fragmentierung durch die rechtlich unkoordinierte Entstehung von Entscheidungszentren und verlangt klare Kompetenzordnungen.⁸⁸ Das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gewaltmonopol des Staates setzt einer vollständigen Privatisierung von Polizei oder Gefängniswesen Grenzen.⁸⁹ Es fordert zur „Rationalisierung des öffentlichen Gesamtzustandes“,⁹⁰ dass Verwaltungsorganisationen vernünftig geordnet,⁹¹ insbesondere zweckmäßig und effektiv sind. Autonomiewahrende Rationalität wird durch Distanz gesichert,⁹² wie etwa bei Rundfunkanstalten.⁹³ Dezentralisierte Selbstverwaltung führt zu institutionellen Gegengewichten der hierarchischen Verwaltung.⁹⁴ Effektivität wird durch Satzungsautonomien, Beteiligung der Rechtsunterworfenen und der Öffentlichkeit an der Rechtsetzung gesteigert.⁹⁵ Das Gebot effektiven Rechtsschutzes verhindert Fragmentierungen von Verwaltungsorganisationen, die Verantwortung verschleiern und die

zuhalten. [...] Aus diesen Gründen ist es geboten, daß hoheitliche Sonderrechtsbereiche nicht zu zahlreich werden und keine umfassenden Aufgaben erhalten“.

⁸⁷ *Konrad Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 186.

⁸⁸ *Eberhard Schmidt-Aßmann* Der Rechtsstaat, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 79.

⁸⁹ *Wißmann* Verwaltungsorganisation (Fn. 82), Rn. 58; zur demokratischen Legitimation vgl. BVerfGE 130, 76 (123).

⁹⁰ *Konrad Hesse* Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Konrad Hesse/Siegfried Reicke/Ulrich Scheuner (Hrsg.) Staatsverfassung und Kirchenordnung, FS Rudolf Smend, 1962, 71 (83).

⁹¹ „Gebot rationaler Organisation“: *Krebs* Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 33), Rn. 77; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 68; BVerfGE 68, 1 (86) – Atomwaffenstationierung; 95, 1 (15) – Südumfahrung Stendal; 124,78 (120) – Untersuchungsausschuss Geheimgefängnisse.

⁹² *Schmidt-Aßmann* Rechtsstaat (Fn. 88), Rn. 2, 25 f.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 39), Kap. 2, Rn. 2, 44.

⁹³ Dabei ist sogar das Maß der Differenzierung grundrechtlich vorgegeben: Der Rundfunk muss so organisiert werden, dass er „weder dem Staat noch einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert wird“, BVerfGE 12, 205 (262) – 1. Rundfunkentscheidung; *Michael Fehling* Rundfunkorganisation, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, § 59 Rn. 72.

⁹⁴ *Schulze-Fielitz* Rechtsstaat (Fn. 91), Rn. 72; *Hendler* spricht zu Recht von der rechtlichen Selbstverwaltung durch eigenverantwortliche Erledigung öffentlicher Aufgaben als einem „Staatsdistanzprinzip“, *Reinhard Hendler* Das Prinzip Selbstverwaltung, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 143 Rn. 23, 36 f. *Janbernd Oebbecke* Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), 366 (371).

⁹⁵ *Katharina Sobota* Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, 498 f.

Rechtsverfolgung erschweren.⁹⁶ Die Binnenstruktur von Verwaltungsorganisationen muss objektive, sachliche und transparente Entscheidungen ermöglichen.⁹⁷ Insofern lässt sich auch von einem Grundsatz der „funktionsgerechten Verwaltungsorganisation“ sprechen.⁹⁸

Gewaltenteilung als „tragendes Organisationsprinzip des Grundgesetzes“⁹⁹ zielt bekanntlich darauf ab, dass „staatliche Entscheidungen [...] von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“.¹⁰⁰ Als „administrative Gewaltenteilung“ kann sie Gegenlager in Gestalt unabhängiger Kontrollbehörden zur Machtmäßigung rechtfertigen.¹⁰¹

Nicht zuletzt sind *Grundrechte* Differenzierungsprinzipien, setzen aber zugleich der Differenzierung der öffentlichen Gewalt Grenzen. Sie limitieren etwa die Möglichkeit der Errichtung von Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Pflichtmitgliedschaft.¹⁰² Zugleich bedürfen Grundrechte der Organisation,¹⁰³ wie etwa die Hochschulen zeigen.¹⁰⁴ Vor allem aber

⁹⁶ Allgemein: *Schulze-Fielitz* Rechtsstaat (Fn. 91), Rn. 206; *Höfling* Sekundärrechtsschutz (Fn. 36), 292; *Brohm* Strukturen (Fn. 86), 296.

⁹⁷ *Hesse* Grundzüge (Fn. 87), Rn. 190; *Reimer* Parlamentsgesetz (Fn. 85), Rn. 4, Rn. 85.

⁹⁸ BVerfGE 68, 1 (86) – Atomwaffenstationierung; 98, 218 (251 f.) – Rechtschreibreform; *Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit (Fn. 63), Rn. 39; *Groß* Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 30), Rn. 65; andere sprechen von einer „aufgabenadäquaten Organisationsstruktur“, *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 200 ff.; das Prinzip zielt „auf eine erfolgversprechende Zuordnung der verschiedenen Organisationstypen und -formen der pluralen Verwaltungsorganisation zu den Verwaltungsaufgaben und wurzelt letztlich im Rechtsstaatsprinzip“.

⁹⁹ BVerfGE 3, 225 (247) – Gleichberechtigung.

¹⁰⁰ BVerfGE 68, 1 (86) – Atomwaffenstationierung. Problematisierend *Christoph Möllers* Gewaltengliederung, 2005, 74 f., der darauf hinweist, dass es nicht nur um Machtmäßigung, sondern auch um deren Effektivierung geht.

¹⁰¹ *Schulze-Fielitz* Rechtsstaat (Fn. 91), Rn. 79.

¹⁰² *Winfried Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 276 ff.; *Kirste* Körperschaft (Fn. 31), 632 ff.

¹⁰³ *Konrad Hesse* Bedeutung der Grundrechte, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, § 5 Rn. 44 f.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 39), Kap. 2, Rn. 32; *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 209 ff.

¹⁰⁴ BVerfGE 111, 333 (353) – Brandenburgisches Hochschulgesetz; 127, 87 (147) – Hamburgisches Hochschulgesetz: „Dem einzelnen Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erwächst aus dieser Wertentscheidung ein Recht auf solche staatlichen Maßnahmen auch organisatorischer Art, die zum Schutz seines grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unerlässlich sind, weil sie ihm freie wissenschaftliche Betätigung überhaupt erst ermöglichen. Dieser Freiraum ist nicht nur im Interesse der individuellen Entfaltung des einzelnen Wissenschaftlers garantiert, sondern auch im Interesse einer dem Wohl des Einzelnen und der Gesellschaft dienenden Wissenschaft“, vgl. auch *Wolfgang Kahl* Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung, AöR 130 (2005), 225 (246 f.).

wirkt ihre organisationsrechtliche Dimension auf die Binnenorganisation, die so ausgestaltet sein muss, dass die Abläufe Pluralität, Minderheitenschutz, Neutralität und Offenheit durch Partizipation der Grundrechtsträger sicherstellen.¹⁰⁵ Für die Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hat das BVerfGE sogar aus Art. 5 Abs. 1, S. 2 GG bei binnenpluralistischen Anstalten eine Maximierung der Differenzierung durch „Einbeziehung von Personen mit möglichst unterschiedlichen Erfahrungshorizonten“ gefordert.¹⁰⁶

III. Die differenzierte Legitimierung der Herrschaftsausübung

1. *Monistische und plurale Theorien der demokratischen Legitimation*

Schon in seiner indikativ-apodiktischen Formulierung¹⁰⁷ stellt Art. 20 Abs. 2, S. 1 GG der Fragmentierung der Ausübung von Herrschaft die Notwendigkeit einer demokratischen Legitimation entgegen: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“.¹⁰⁸ Die Unbedingtheit der Formulierung steht in formaler Parallele und im materialen Begründungszusammenhang zur Unantastbarkeit der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG. Abwägung scheint die demokratische Legitimation nicht zu erlauben.¹⁰⁹ So könnte sie als organisationsrechtliches Rückgrat der Einheit der Verwaltung deren

¹⁰⁵ Vgl. etwa BVerfGE 35, 79 (121 f.) – Hochschulurteil. Aus den Grundrechten ergibt sich jedoch nicht die Notwendigkeit einer bestimmten Organisationsform (ebd., 116). *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 39), Kap. 5, Rn. 18, 249.

¹⁰⁶ BVerfGE 136, 9 (LS, 31) – Aufsichtsgremien Rundfunkanstalten: Der Staat „hat dafür zu sorgen, dass bei der Bestellung der Mitglieder dieser Gremien möglichst unterschiedliche Gruppen und dabei neben großen, das öffentliche Leben bestimmende Verbänden untereinander wechselnd auch kleinere Gruppierungen, die nicht ohne weiteres Medienzugang haben, Berücksichtigung finden und auch nicht kohärent organisierte Perspektiven abgebildet werden“.

¹⁰⁷ *Robbers* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 58: Das bedeutet: höchste Verbindlichkeit. Daraus folge, dass es sich um eine Verfassungsstrukturbestimmung handle (Rn. 61).

¹⁰⁸ Auch für Art. 1 S. 2 der Österreichischen Bundesverfassung „Ihr Recht geht vom Volke aus“ wird die einheitsstiftende Funktion dieses Strukturprinzips hervorgehoben, *Peter Oberndorfer*, in: Karl Korinek/Michael Holoubek/Christoph Bezemek/Claudia Fuchs/Andrea Martin/Ulrich E. Zellenberg (Hrsg.) Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 13. Lfg. 2017, Art. 1 B-VG Rn. 8, 7: Alle Rechtserzeugung, egal durch welches Organ, bedarf der demokratischen Legitimation.

¹⁰⁹ BVerfGE 123, 267 (343) – Lissabon: „Das demokratische Prinzip ist nicht abwägungsfähig; es ist unantastbar (vgl. BVerfGE 89, 155 [182]). Die verfassungsgebende Gewalt der Deutschen, die sich das Grundgesetz gab, wollte jeder künftigen politischen Entwicklung eine unübersteigbare Grenze setzen“.

Fragmentierung verhindern.¹¹⁰ Entsprechend verstehen monistisch-normative Ansätze in enger Auslegung das Prinzip.¹¹¹ Doch könnte ein Federstrich derart rigider Grundgesetzinterpretation ganze Sektoren verselbständigter Verwaltungsorganisationen zu verfassungswidriger Makulatur werden lassen.¹¹²

Daher werden dieser normative Anspruch und seine Möglichkeit, unkontrollierte und unverantwortete Herrschaftsausübung zu verhindern, bezweifelt.¹¹³ Demokratische Repräsentationsorgane seien kaum noch in der Lage, funktional differenzierte Verwaltungsorganisationen hinreichend zu steuern.¹¹⁴ Die öffentliche Verwaltung habe sich vom hierarchisch-bürokratischen Organisationsmodell und der daran gebundene demokratische Legitimation entfernt.¹¹⁵ Auf einer breiteren interdisziplinären Grundlage verstehen plurale Theorien Demokratie als Optimierungsprinzip, das verschiedene Legitimationsformen zulässt.¹¹⁶ Auch das BVerfG betont im Lippeverbandsbeschluss den entwicklungs-offenen und daher prinzipienhaf-

¹¹⁰ Seit der SRP-Verbot-Entscheidung betont das BVerfG, dass Demokratie ein Organisationsprinzip ist, BVerfGE 2, 1 (9 ff.); vgl. auch *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 165 f., 173.

¹¹¹ *Matthias Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung. Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, 1993; auch formale Theorien genannt, *Eberhard Schmidt-Aßmann* Legitimacy and Accountability as a Basis for Administrative Activity in Germany, in: Matthias Ruffert (Hrsg.) Legitimacy in European Administrative Law, 2001, 49 (53); Bezeichnung bei *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 164.

¹¹² Zu solchen Befürchtungen und kritischen Theorieansätzen *Blanke* Effekte (Fn. 31), 468 ff.; *Schliesky* Souveränität (Fn. 46), 437 f.; zurückhaltender *Classen* Legitimation (Fn. 84), 34.

¹¹³ BVerfGE 9, 268 (282) – Bremer Personalvertretung.

¹¹⁴ *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 32; *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 193. Andere fragen, ob die Kapazität der Ministerien zur Verarbeitung von Informationen ausreicht, um einen hinreichenden Einfluss auf die verzweigte Verwaltung ausüben zu können, *Veit Mehde* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 419 (448 ff.).

¹¹⁵ *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 180 f. Kritik am klassischen Legitimationsmodell etwa bei *Blanke* Effekte (Fn. 31), 463 ff.

¹¹⁶ Vgl. nur die Übersicht bei *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 163 f.; *Ernst Thomas Emde* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, 1991; *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 1, 15 ff.; für eine Vermittlung etwa *Athanasios Gromitsaris* Legitimacy and Accountability: Integration and Compensation, in: Matthias Ruffert (Hrsg.) Legitimacy in European Administrative Law, 2011, 301 (305): „The challenge for normative legitimacy theories is to show the distance between an ideal type (for instance input or output legitimacy, participatory values, deliberative supranationalism) and institutional reality and to find ways to reduce the differences between the two“. Fraglich ist aber, ob dies dem normativen Anspruch der Verfassung gerecht wird.

ten Charakter des Demokratieprinzips.¹¹⁷ Doch birgt die Pluralisierung der Legitimationsformen die Gefahr einer Aufweichung der Demokratie.¹¹⁸

Zur Begriffsklarheit soll im Folgenden bei der *Legitimierung* von Herrschaft erstens zwischen prozeduraler *Legitimation* und materialer *Legitimität* sowie zweitens zwischen demokratischer und autonomen Formen von Legitimation unterschieden werden. Weder autonome Legitimation noch materiale Legitimität sind grundlegend für die Herrschaftslegitimierung. Vielmehr ist die demokratische Legitimation *notwendige Bedingung* der Rechtfertigung. Aus dem Zusammenwirken von Demokratie und anderen Verfassungsprinzipien ist aber zu begründen, dass autonome Legitimation und materiale Legitimität die demokratisch gerechtfertigten Freiräume von differenzierten Verwaltungsorganisationen füllen und so erst die *hinreichenden Bedingungen* der Rechtfertigung von Herrschaft darstellen.

2. Zum Unterschied von materialer Legitimität und prozeduraler Legitimation

Oft wird nicht hinreichend zwischen „Legitimität“ und „Legitimation“ unterschieden.¹¹⁹ Wenn man mit *Hasso Hofmann* unter Legitimität die

¹¹⁷ BVerfGE 107, 59 (91) – Lippeverband; ähnlich auch *Christian Callies* Zukünftige Integrationschritte – durch oder statt Demokratie?, in: Hans Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 77 (89); das ist mit Rücksicht auf seine historische Entfaltung zutreffend, *Axel Tschentscher* Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 21 f.; *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.) Kommentar-Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Einführung) Rn. 12 nennt es ein Verfassungsprinzip, verneint aber den Charakter als Optimierungsgebot; im letzteren Sinn verstehen *Sebastian Unger* Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, 283 (298); *Friedrich E. Schnapp*, in: Philip Kunig/Ingo von Münch (Hrsg.) Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 7, *Hofmann* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 3, *Tschentscher* Legitimation (Fn. 117), 122 f.; *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 16; *Schliesky* Souveränität (Fn. 46), 616 f. das Verfassungsprinzip. Kritisch: *Franz Reimer* Verfassungsprinzipien, 2001, 329; kritisch zum Beschluss *Matthias Jestaedt* Demokratische Legitimation – quo vadis?, JuS 2004, 649.

¹¹⁸ *Matthias Jestaedt* Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation, in: Hans Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 3 (16) fürchtet, dass sich „ein verfassungsrechtlicher Maßstab [...] den tatsächlichen oder vermeintlichen politischen Imperativen anpasst“.

¹¹⁹ Zu den Begriffen auch: *Thomas Würtenberger* Legalität, Legitimität, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.) Staatslexikon, Bd. 3, 1995, Sp. 873 (874). – Zur historischen Bedeutung des verwandten Legitimitätsbegriffs: *Thomas Würtenberger* Legitimität, Legalität, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.) Geschichtliche Grundbegriffe. Bd. 3, 2004, 677 (678); anders bekanntlich *Niklas Luhmann* Legitimation durch Verfahren, 1983, 36: „Legitimation durch Verfahren ist nicht etwa Rechtfertigung durch Verfahrensrecht, obwohl Verfahren eine rechtliche Regelung voraussetzen; vielmehr geht es um die

„Rechtfertigung staatlicher Herrschaft aus einem einzigen, letzten und [...] allgemeinverbindlichen Prinzip“ versteht,¹²⁰ dann unterfällt der Begriff der demokratischen Legitimation nicht dieser Definition. Sie meint nicht die Rechtfertigung der Ausübung öffentlicher Herrschaft aus einem materialen Prinzip, sondern mit solchen Gründen, die aus einem bestimmten Verfahren hervorgehen.¹²¹

Legitim ist eine Herrschaft danach, wenn sie aus sachlichen Gründen gerechtfertigt wird. Solche Gründe können sich aus der Vergangenheit ergeben wie etwa bei der Legitimität monarchischer Herrschaft oder aus dem Gemeinwohl, Naturrecht,¹²² Frieden, Gerechtigkeit oder Nützlichkeit.¹²³ Stehen die Gründe am Anfang und wird Legitimität dann ex post etwa durch Akzeptanz oder Fügsamkeit der betroffenen Bevölkerung erzeugt, liegt *legitime* Herrschaft im Sinne *Max Webers* vor.¹²⁴ Bei der *Legitimation* werden die Gründe der Herrschaftsrechtfertigung nicht vorausgesetzt oder durch technische Expertise oder philosophische Spekulation rational begründet, sondern gehen aus Verfahren hervor.¹²⁵

Umstrukturierung des Erwartens durch den faktischen Kommunikationsprozeß, der nach Maßgabe rechtlicher Regelungen abläuft, also um wirkliches Geschehen und nicht um eine normative Sinnbeziehung“.

¹²⁰ *Hasso Hofmann* Legitimität und Rechtsgeltung. Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie, 1977, 11.

¹²¹ Diesen Unterschied übersieht die ansonsten anspruchsvolle Konzeption von *Tschentscher* Legitimation (Fn. 117), 127, wenn er schreibt, dass die legitimitätsbegründende Inhaltskontrolle von Herrschaft auch nach einer hoheitlichen Entscheidung erfolgen könne. Dies ist möglich zur Legitimitätsbegründung, nicht aber zu derjenigen von Legitimation. Deshalb ist auch die Berufung auf deliberative Demokratie problematisch. *Sheila Benhabib* Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy, *Constellations* 1 (1994), 26 (30 f.) definiert, dass demokratische Legitimation im Sinne deliberativer Demokratie vorliege, „if and only if the institutions of this polity and their interlocking relationship are so arranged that what is considered in the common interest of all [...] results from processes of collective deliberation conducted rationally and fairly among free and equal individuals“.

¹²² *Luhmann* Legitimation (Fn. 119), 30.

¹²³ Mit der Umwandlung der naturrechtlich begründeten transzendenten Staatszwecke in immanente, durch den Staat selbst zu rechtfertigende, wurde aus dem Prinzip der Legitimität die verfahrensmäßige Legitimation, *Württembergischer* Legitimität, Legalität (Fn. 119), 685 f.; *Heinz-Christoph Link* Staatszwecke im Verfassungsstaat, *VVDStRL* 48 (1990), 15 f.

¹²⁴ *Weber* Gesellschaft (Fn. 74), 122 ff.; in diesem Sinn unterscheidet auch *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 2: Legitimität, verstanden als Akzeptanz.

¹²⁵ Entscheidend für die Demokratie sind aber tatsächlich praktizierte Verfahren, auch wenn sie unter normativen (verfassungsrechtlichen) Anforderungen stehen, z.B. *Rainer Forst* Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, 2015, 190; das bedeutet nicht, dass sich auch jeder daran beteiligen muss, aber sie müssen wirklich institutionalisiert sein. Wie hier *Möllers* Gewaltengliederung (Fn. 100), 34 f., der „Legitimation“ dann aber auch auf Formen von Legitimität anwendet.

Legitimität bedeutet somit die Rechtfertigung von Herrschaft aus vorausgesetzten und/oder technisch-rational bestimmten Gründen;¹²⁶ *Legitimation* ist ein Verfahren der Deliberation und Entscheidung von Gründen zur Rechtfertigung von Herrschaft.¹²⁷ Legitimation kann aus unterschiedlichen Verfahren hervorgehen wie etwa Anhörung, Partizipation etc.¹²⁸

3. Demokratische Legitimation

Das Demokratieprinzip stellt qualifizierte Anforderungen an *Verfahren* und *Subjekte* zur Legitimation von Herrschaft, indem es sie einem Herkunftstest unterwirft: Herrschaftsgewalt ist nur demokratisch legitimiert, wenn sie sich vom Volk herleitet. Gerade so wirkt das Prinzip vereinheitlichend und begrenzt die Differenzierung von Herrschaft. Legitimität und andere Formen von Legitimation sind nur insofern relevant, als sie dem nicht widersprechen.¹²⁹

a) Demokratie: Legitimation von Herrschaft aus allgemeinen Gründen

Das Verfahren der demokratischen Legitimation ist ein öffentlicher, ergebnisoffener Prozess¹³⁰ der deliberativen Erzeugung von allgemeingültigen Gründen für die Rechtfertigung von Herrschaft.¹³¹ An ihm partizi-

¹²⁶ Diese Gründe schaffen Anerkennungswürdigkeit, Jürgen Habermas Legitimationsprobleme im modernen Staat, PVS-Sonderheft 1 (1976), 39 (39, 42). Zu non-kognitivistischen Argumenten schon Hans Kelsen Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1920, 36 f.

¹²⁷ Ähnlich unterscheidet auch Schliesky Souveränität (Fn. 46), 150, 656 f. zwischen Legitimität und Legitimation. Allerdings versteht er Legitimität als angestrebten Zustand, während hier Legitimität einen vorausgesetzten Grund der Rechtfertigung bezeichnet. Allerdings bleibt die Unterscheidung in seiner Untersuchung weitgehend ohne Konsequenz.

¹²⁸ *Württembergischer* Legitimität, Legalität (Fn. 119), 711: Im Deutschland des 18. Jahrhunderts ist – wenn das Stichwort überhaupt auftaucht – die Gleichsetzung von Legitimität und Legalität verbreitet. – Legitimation durch Legalität ist auch Ausdruck dieses weiten, nicht notwendig demokratischen Legitimationsverständnisses.

¹²⁹ *Robbers* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 495.

¹³⁰ BVerfGE 20, 56 (97 f.); 44, 125 (139 f.); 85, 264 (284 f.).

¹³¹ Zu Konzepten deliberativer Demokratie etwa Habermas Faktizität (Fn. 29), 372; Benhabib Legitimacy (Fn. 121), 26 ff.; Jan Christoph Suntrup Zur Verfassung der deliberativen Demokratie. Strukturelle Probleme und Perspektiven, Der Staat 49 (2010), 605 (606) definiert: „Deliberation bezeichnet im Gegensatz zur reinen Deziision einen Beratungsprozess, ein Abwägen von Gründen, das jeder Entscheidung vorausgeht. Kommunikative Handlungen sind dann deliberativ zu nennen, wenn es sich um argumentative Sprechakte handelt, bei denen Geltungsansprüche mit Gründen gestützt werden und mögliche Gegenpositionen berücksichtigt werden“; Amy Gutmann/Dennis Thompson Why Deliberative Democracy? 2004, 3 f. definieren „deliberative democracy as a form of government in which free and equal citizens (and their representatives), justify decisions in a process in

piert das Volk der freien und gleichen Bürger unmittelbar oder über seine Abgeordneten.¹³²

Ergebnisoffen ist der Prozess, insofern die Gründe nicht vorgegeben sind.¹³³ Betroffene, Interessenten etc. führen strategische Diskurse mit dem Ziel von Deals und Kompromissen. Unter dem faktischen Rechtfertigungsdruck der Öffentlichkeit können die Bürger im verständigungsorientierten Prozess des Austauschs von Gründen und Gegengründen ihre streitigen Interessen kommunizieren,¹³⁴ verändern und zu Kompromissen über vorläufige Gründe der Herrschaftslegitimation gelangen.¹³⁵ Das Demokratieprinzip und seine Teilprinzipien modifizieren diese Diskurse so, dass daraus allgemeine Gründe der Herrschaftslegitimation hervorgehen.¹³⁶ Mit zunehmender Nähe zur Herrschaft werden etwa Kommunikationsgrund-

which they give one another reasons that are mutually acceptable and generally accessible, with the aim of reaching conclusions that are binding in the present on all citizens but open to challenge in the future“.

¹³² Zu den Kriterien von Freiheit und Gleichheit vgl. *Kelsen* Demokratie (Fn. 126), 4 f.; hinsichtlich dieses Geltenlassens der anderen Diskurspartner als freier und gleicher trotz unterschiedlicher Interessen und Bedürfnisse könnte man von einem Anerkennungszusammenhang sprechen, *Uwe Volkmann*, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2016, Art. 20 (Demokratie) Rn. 14; zu einer diskurs-theoretischen Begründung *Rainer Forst* Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, 2007, 248 f.

¹³³ So zutreffend *Luhmann* Politik (Fn. 55), 123 f.: „Die sogenannte ‚Prozeduralisierung‘ der Legitimität heißt im wesentlichen: Einstellung auf eine unbekannte Zukunft, in der entgegengesetzte Wertungen zum Zuge kommen können“.

¹³⁴ *Jürgen Habermas* Drei normative Modelle der Demokratie, in: ders. (Hrsg.) Die Einbeziehung des Anderen, 1996, 277 ff. (289 f.); *Sunstein* Designing (Fn. 2), 7 f. Meinungsfreiheit und Medien sind „schlechthin konstituierend“ für eine demokratische Staatsordnung, BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth; 117, 244 (258) – Cicero; *Volkmann* (Fn. 132), Art. 20 Rn. 19.

¹³⁵ BVerfGE 5, 85 (206); *Robert Alexy* Grundgesetz und Diskurstheorie, in: Winfried Brugger (Hrsg.) Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 1996, 343 (353); *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 27 ff., Art. 20 (Demokratie) Rn. 70, 72; *Möllers* Gewaltgliederung (Fn. 100), 47. *Stephan Kirsche* Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins, 1998, 376 f.; *Joshua Cohen* Deliberation and Democratic Legitimacy, in: Alan Hamlin/Philip Pettit (Hrsg.) The Good Polity, 1989, 17 ff.; *Forst* Rechtfertigung (Fn. 132), 224 f.; *Sunstein* Designing (Fn. 2), 8, 239: „A deliberative democracy, operating under a good constitution, responds to political disagreements not simply by majority rule but also by attempting to create institutions that will ensure reflections and reason-giving [...]. One of the points of constitutional arrangements is to protect the process of reason-giving, ensuring [...] a ‘republic of reasons’“.

¹³⁶ *Habermas* Faktizität (Fn. 29), 410; für die europäische Dimension auch *Martin Nettesheim* Demokratisierung der Europäischen Union und Europäisierung der Demokratietheorie, in: Hartmut Bauer/Peter M. Huber/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) Demokratie in Europa, 2005, 143 (180 ff.).

rechte Beschränkungen unterworfen, die das Rechtfertigungsziel sichern.¹³⁷ Sie sind insbesondere zunehmender Gleichheit unterworfen.¹³⁸ Mehrheit und Minderheit stehen sich nicht starr gegenüber, sondern profitieren vom dialektischen Prozess von Kritik und Gegenkritik.¹³⁹

Durch „Klärung und Wandlung“ von Vorstellungen, wie es im KPD-Urteil im sinngemäßen Anschluss an die *Federalists* heißt,¹⁴⁰ distanziert sich die demokratische Legitimation des Allgemeininteresses von den Sonderinteressen.¹⁴¹ Nur auf dieser Basis ist die Ausübung von Herrschaft gerechtfertigt. Diese Gründe kann die Verwaltung dann nicht mehr problematisieren.¹⁴²

b) Demokratische Legitimation und Output-Legitimität

Demokratische kann gegenüber anderen Legitimierungsformen nicht dadurch verteidigt werden, dass sie bessere Ergebnisse erziele, wie etwa *Amartya Sen*¹⁴³ annimmt. Demokratie realisiert vielmehr „Wert und Würde

¹³⁷ In diesem Sinn auch *Jürgen Habermas* Über den internen Zusammenhang zwischen Rechtsstaat und Demokratie, in: ders. (Hrsg.) Die Einbeziehung des Anderen, 1996, 293 (301 f.).

¹³⁸ Jedes asymmetrische Verfahren bedeutet Fremdherrschaft, *Christoph Möllers* Demokratie. Zumutungen und Versprechen, 2008. Treffend nennt *Möllers* die Gleichheit das Prinzip, das individuelle und demokratische Selbstbestimmung miteinander „verzahnt“, *Möllers* Gewaltengliederung (Fn. 100), 53.

¹³⁹ BVerfGE 5, 85 (199) – KPD-Verbot: „In die schließlich erreichte Mehrheitsentscheidung ist immer auch die geistige Arbeit und die Kritik der oppositionellen Minderheit eingegangen. Weil Unzufriedenheit und Kritik mannigfache, selbst drastische Ausdrucksmöglichkeiten besitzen, zwingt die Einsicht in die Labilität ihrer Position die Mehrheit selbst, die Interessen der Minderheit grundsätzlich zu berücksichtigen“. – Entscheidend ist nicht das Ignorieren von Selbst-Interesse, sondern der Umstand, dass die Diskurse so angelegt sind, dass die Interessen selbst einem kritischen Test unterworfen und nicht vorausgesetzt werden, *Cass R. Sunstein* Beyond the Republican Revival, *Yale Law Journal* 97 (1988), 1539 (1541, 1544).

¹⁴⁰ BVerfGE 5, 85 (198) – KPD-Verbot; 89, 155 (189) – Maastricht. *James Madison* schrieb in *Federalist* 10, es sei die Aufgabe der Demokratie, „to refine and enlarge public views“. Er nimmt das als Rechtfertigung von Repräsentation und als Mittel gegen Parteilichkeit. *James Madison* Nr. 10, *Federalist Papers*, 2001, 46.

¹⁴¹ *Eberhard Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, *AöR* 116 (1991), 329, (336) hat insofern auch von einem demokratischen Distanzgebot gesprochen.

¹⁴² Würde administrative Macht davon befreit und ermächtigt, ihre eigene, pragmatische sachverständige Rationalität zu entwickeln, wäre die Überformung dieser Rationalität durch demokratisch erzeugte Gründe nicht mehr gewährleistet – so effizient und effektiv sie auch sein mag. *Habermas* Faktizität (Fn. 29), 230 f., 234 f. spricht von der Rückbindung der administrativen an „kommunikativ“, also demokratisch diskursiv erzeugte Macht.

¹⁴³ *Amartya Sen* Poverty and Famines, 1983. Vgl. auch *Richard Posner* Economic Analysis of Law, 6. Aufl. 2003, 12 ff.

der Person¹⁴⁴ in freier Selbstbestimmung. Der Mensch wird nur dann als Subjekt behandelt, wenn er aktiv an der Legitimation von Herrschaft partizipieren kann.¹⁴⁵ Der Bürger soll als Citoyen über die Rechte, Pflichten und das Gemeinwohl mitbestimmen, die er als Bourgeois genießt und zu beachten hat.¹⁴⁶ Er nimmt an diesen Diskursen, wie es *Hans Mayer* in aristotelisch-republikanischer Tradition formuliert, teil, „weil die politische Gestaltung mit zu den natürlichen Lebensmöglichkeiten [...] als homo politicus gehört“.¹⁴⁷ Nicht als Interessenträger, sondern als Gestaltungswilliger ist der Bürger Ausgangspunkt des demokratischen Verfahrens.¹⁴⁸ Das Volk der freien und gleichen Bürger bestimmt sich in Konstitution, Legitimation und Kontrolle der Herrschaftsausübung selbst.¹⁴⁹

Diesem durch das Volk qualifizierten Herkunftstest zur Herrschaftslegitimation genügt sog. „Output-Legitimität“ nicht. Sie soll Herrschaft nicht durch den Ursprung der Gründe rechtfertigen, sondern durch die Leistungsfähigkeit der Ergebnisse für das Gemeinwohl.¹⁵⁰ Angesichts der

¹⁴⁴ BVerfGE 65, 1 (41) – Volkszählung; zur Verbindung von Menschenwürde, Selbstbestimmung und Autonomie auch *Winfried Brugger* Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, 1997, 32 f.; *Robbers* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 410. Zum Zusammenhang zwischen Würde und Demokratie *Peter Häberle* Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 63; *Johannes Masing* Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 7, Rn. 10: „Durch die Freiheit des Subjekts als teleologischen Fluchtpunkt wird jeder verpflichtende Akt der Exekutive begründungsbedürftig und erscheint als Begrenzung“; *Trute* Legitimation (Fn. 29), 19.

¹⁴⁵ *Forst* Rechtfertigung (Fn. 132), 251 ff.; *Masing* Rechtsstatus (Fn. 144), Rn. 36 spricht auch von Forderung nach Rechenschaft; *Forst* Normativität (Fn. 125), 191 f. zum Zusammenhang mit demokratischer Legitimation.

¹⁴⁶ *Habermas* Faktizität (Fn. 29) 153 f.; *Jürgen Habermas* Inklusion – Einbeziehen oder Einschließen? Zum Verhältnis von Nation, Rechtsstaat und Demokratie, in: ders. Die Einbeziehung des Anderen, 1996, 154 (301): „Die Idee der rechtlichen Autonomie der Bürger verlangt ja, dass sich die Adressaten des Rechts zugleich als dessen Autoren verstehen können.“ Vgl. auch *Volkmann* (Fn. 132), Art. 20 Rn. 18. Verfassungstheoretisch müsste entsprechend von einem notwendigen Konnex zwischen grundrechtlicher und demokratischer Freiheit gesprochen werden, *Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 331.

¹⁴⁷ *Hans Meyer* Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes, VVDStRL 33 (1975), 69 (76).

¹⁴⁸ Auch BVerfGE 83, 37 (50 f.) – Ausländerwahlrecht I.

¹⁴⁹ *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 9: Herrschaft „wird aber in einer Weise organisiert, dass ihre Ausübung vom Volk und damit von den Bürgern konstituiert, legitimiert und kontrolliert wird und darin als Form der Selbstbestimmung und Selbstregierung des Volkes erscheint, an der alle Bürger gleichberechtigt teilzunehmen befugt sind“.

¹⁵⁰ Klassisch: *Fritz W. Scharpf* Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch? 1999, 16 (20): „Die ‚Herrschaft für das Volk‘ leitet Legitimität von der Fähigkeit zur Lösung von

Komplexität der Anforderungen an die Aufgabenerledigung des modernen Sozial- und Umweltstaats scheint sie der Normalfall zu sein.¹⁵¹ Die Gründe, die Experten liefern, entspringen aber nicht notwendig demokratisch legitimierenden Verfahren.¹⁵² Würden der Bundesrechnungshof oder die weisungsfrei gestellte Bundesnetzagentur *einzig* durch ihre Kontrollfunktion gerechtfertigt werden,¹⁵³ ersetzte technische Rationalität die Erwägung der Gründe durch die Bürger.¹⁵⁴ Private Akkreditierungsagenturen erscheinen vor diesem Hintergrund problematisch.¹⁵⁵

Problemen ab, die kollektiver Lösungen bedürfen, weil sie weder durch individuelles Handeln noch durch den Markt und auch nicht durch freiwillig-gemeinsames Handeln in der Zivilgesellschaft gelöst werden könnten“. Vgl. auch *Hoffmann-Riem* Eigenständigkeit (Fn. 63), Rn. 13; kritisch: *Jestaedt* Radien (Fn. 118), 16.

¹⁵¹ *Juli Ponce Solé* The History of Legitimate Administration in Europe, in: Matthias Ruffert (Hrsg.) *Legitimacy in European administrative law. Reform and reconstruction*, 2011, 156 (158): „In Welfare or Social States, administrations are not only important for existing and exercising public prerogatives but for what they accomplish (‘output legitimacy’)“. – Bedenkenswert auch die Überlegung, ob der Staat „verbessernd“ auf das Urteilsvermögen seiner Bürger einwirken darf, wenn etwa bei Umweltgefahren das Volk „falsche“, vielleicht sogar existenzgefährdende Entscheidungen trifft: *Norbert Paulo/Christoph Bublitz* Pow(der) to the People? Voter Manipulation, Legitimacy, and the Relevance of Moral Psychology for Democratic Theory, *Neuroethics* 9 (2016) <<https://doi.org/10.1007/s12152-016-9266-7>> (Stand 20.09.2017).

¹⁵² Output-Legitimation ist mithin keine demokratische Legitimation: *Uwe Volkmann* Setzt Demokratie den Staat voraus?, *AöR* 127 (2002), 579 (607); *Jestaedt* Radien (Fn. 118), 15 f.; *Forst* Normativität (Fn. 125), 190.

¹⁵³ *Sommermann* in: *Kahl/Waldhof/Walter* (Fn. 83), Art. 20 Rn. 178; *Bredt* Legitimation (Fn. 25), 205 ff., 280 ff.; *Tschentscher* Legitimation (Fn. 117), 104 ff.; politikwissenschaftlich: *Scharpf* Regieren (Fn. 150), 24; eingehend zum Spannungsverhältnis der Bundesnetzagentur zwischen europarechtlich geforderter Ministerialfreiheit und der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit demokratischer Legitimation und damit auch Weisung (§ 117 TKG): *Markus Ludwig* Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency, *Die Verwaltung* 44 (2011), 41 (46 f.). – Das Präsidium der Bundesnetzagentur verfügt über die Ernennung durch die Bundesregierung (§ 3 Abs. 3, S. 1 BNetzAG) und die Entlassungsmöglichkeit (§ 4 Abs. 5, S. 2 BNetzAG) über eine personelle Legitimation, die es durch sein Weisungsrecht in die Beschlusskammern in diese vermittelt (§ 132 TKG; § 3 Abs. 1, S. 1 BNetzAG: Leitungsbefugnis).

¹⁵⁴ Und verschleiern zudem die Wertungskontroversen unter Experten, *Habermas* Faktizität (Fn. 29), 426. Zugespitzt formuliert *Möllers* Demokratie (Fn. 138), 45: „Der Einwand von Experten, dass in Demokratien ohne Kompetenz entschieden würde, zeigt die demokratische Inkompetenz von Experten“. Sie kämen sogar ganz ohne Partizipation aus. *Bobbio* Zukunft (Fn. 6), 27: „Technokratie und Demokratie stehen im Gegensatz zueinander [...]. Die Technokratie geht [...] davon aus, daß nur die wenigen zur Entscheidung berufen sind, die von der Materie etwas verstehen“.

¹⁵⁵ *Joachim Lege* Organisation externer Expertise in und neben der öffentlichen Verwaltung, in: *Indra Spiecker gen. Döhmman/Peter Collin* (Hrsg.) *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, 2008, 116 (131).

Wäre Output *das* Legitimierungskriterium, könnten beliebige Rechtssetzungsinstanzen und -verfahren zur Legitimität beitragen und ihre Fragmentierung nicht verhindern. Der demokratische Herkunftstest verlangt aber, dass das legitimierende Verfahren die Gründe zur Rechtfertigung von Herrschaft hervorbringt und nicht der vernünftige Grund über die demokratische Legitimation entscheidet. Sog. „Output-Legitimation“ ist also Legitimität, nicht verfahrensmäßig begründete Legitimation.¹⁵⁶ Im Rahmen demokratischer Legitimation mag Output-Legitimität ergänzende Bedeutung erlangen.¹⁵⁷

c) *Demokratische Legitimation und Rechtsstaat*

Während Demokratie über die Herkunft der Legitimation vereinheitlichend auf die Verwaltungsorganisation wirkt, verlangt das Rechtsstaatsprinzip Rationalität, Distanz und Differenzierung zur Förderung von Sachnähe und Effizienz und schützt Selbstbestimmung.¹⁵⁸

Demokratische Legitimation steuert einen Herkunftstest bei; das Rechtsstaatsprinzip einen Rationalitätstest. Beide stehen nicht unabhängig nebeneinander wirken gar gegeneinander, sondern beeinflussen sich wechselseitig.¹⁵⁹ Der Rechtsstaat verlangt rationale Gründe für die Legitimation von Verwaltung und ermöglicht dies durch die Bestimmung von Kompetenzen, Verfahren und Formen, die auch die Minderheitenrechte sicherstellen;¹⁶⁰ aber das Demokratieprinzip unterwirft diese Gründe der Notwendigkeit, dass sie vom Volk stammen, sofern nicht das Grundgesetz selbst andere Kanäle vorsieht. Das Rechtsstaatsprinzip entfaltet seine Legitimität also im Rahmen der demokratischen Legitimation.¹⁶¹

¹⁵⁶ Möllers Gewaltengliederung (Fn. 100), 37 f. hat zu Recht Zweifel angemeldet, ob Output-Demokratie semantisch noch unter „Legitimation“ falle. Aus den genannten Gründen wird daraus hier die semantische Konsequenz gezogen.

¹⁵⁷ Wie hier auch Robert Dahl A Democratic Dilemma: System Effectiveness versus Citizen Participation, Political Science Quarterly 109 (1994), 23 (34 f.). Anders für die EZB Gromitsaris Legitimacy (Fn. 116), 314: „The ECB’s legitimacy does not rest on input-oriented legitimacy criteria (it is not part of a demos, and participatory values will not establish confidence in the Euro) but, rather, on its ability to achieve a positive policy output“.

¹⁵⁸ Schmidt-Aßmann Rechtsstaat (Fn. 88), Rn. 21; ders. Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 335: „Rechtsstaat als eine Staatsform autonomiewahrender Distanz“.

¹⁵⁹ Schmidt-Aßmann Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 332; vgl. zu diesem Wechselverhältnis auch Classen Legitimation (Fn. 84), 39. Er vertritt „die These, dass das Rechtsstaatsprinzip also zwar keinen Verzicht auf demokratische Legitimation zu rechtfertigen, wohl aber die Anforderungen an demokratische Legitimation zu beeinflussen vermag“.

¹⁶⁰ Schmidt-Aßmann Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 333.

¹⁶¹ Böckenförde Demokratie (Fn. 149), Rn. 87; Jestaedt Kondominalverwaltung (Fn. 111), 148 f.

4. Die differenzierte Verwaltungslegitimierung

Auf dieser Grundlage ist die Legitimierung der Verwaltung zu beurteilen. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG steuert die Differenzierung der Herrschaftslegitimation durch zwei Einheitspostulate: Erstens wird „alle“ Staatsgewalt einem Legitimierungserfordernis unterworfen. Zweitens ist Legitimationssubjekt das Volk als Einheit.¹⁶² Die öffentliche Gewalt muss sich durch Gründe rechtfertigen, die aus Verfahren, an denen alle Bürger als Freie und Gleiche beteiligt sind, hervorgehen.¹⁶³ Die demokratische Legitimation ist damit ein „übergreifender Bezugspunkt“ für Einheit und Differenzierung der Verwaltung.¹⁶⁴

Das *monistische* Modell konzentriert die Verwaltungslegitimierung auf die drei Elemente „Legitimationssubjekt Volk“ – und zwar *nur* das Staatsvolk –, „Legitimationsobjekt Staatsgewalt“ und Legitimationsmodus „Ausgehen“, verstanden als effektive Rückführbarkeit.¹⁶⁵ Das Niveau demokratischer Legitimation ergibt sich daraus.¹⁶⁶ Für Ansätze einer *pluralen* Legitimation¹⁶⁷ steht das „Legitimationsniveau“ im Zentrum. Es kann auch durch andere Legitimierungsformen erreicht werden.

These der nachfolgenden Untersuchungen ist, dass Formen einer autonomen Legitimation z.B. durch die Mitglieder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts die demokratische nicht ersetzen können, da sie die *notwendigen Bedingungen* der Herrschaftslegitimation enthält. Eine der

¹⁶² Das BVerfG versteht unter „Alle“ alle Arten von Staatsgewalt, BVerfGE 47, 253 (273) – Gemeindeparlamente.

¹⁶³ BVerfGE 47, 253 (272) – Gemeindeparlamente; 83, 60 (71 f.) – Ausländerwahlrecht II; 93, 37 (66) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; 107, 59 (87) – Lippeverband; 130, 76 (123) – Vitos Haina. – Man mag das als „Ableitungspurismus“ brandmarken (*Blanke Effekte* [Fn. 31], 468); um die verfassungsrechtliche Forderung kommt man nicht herum. Vgl. auch *Bruce Ackerman Social Justice in the Liberal State*, 1980, 4: „Whenever anybody questions the legitimacy of anyone’s power, the power holder must respond not by suppressing the questioner but by giving a reason that explains why he is more entitled to the source than the questioner is.“

¹⁶⁴ *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 60.

¹⁶⁵ *Jestaedt* Radien (Fn. 118), 9 f.

¹⁶⁶ *Jestaedt* Kondominalverwaltung (Fn. 111), 289 nennt es insofern „akzessorisch“; vgl. jetzt aber *Jestaedt* Radien (Fn. 118), 9, wo das Legitimationsniveau als drittes Begründungselement akzeptiert wird; *Böckenförde* Demokratie (Fn. 149), Rn. 23 erwähnt es nur beiläufig.

¹⁶⁷ Sie wird auch als pluralistisch bezeichnet, *Jestaedt* Radien (Fn. 118), 12; das könnte jedoch das Missverständnis auslösen, dass damit vor allem oder gar ausschließlich Formen einer pluralistischen Legitimation wie etwa in den entsprechend besetzten Gremien der Rundfunkanstalten gemeint sind. Tatsächlich werden aber von diesen Ansätzen erweiternd ganz unterschiedliche Formen partizipativer und pluralistischer Legitimation sowie auch von Legitimität anerkannt.

demokratisch gerechtfertigten Differenzierung der öffentlichen Verwaltung entsprechende *hinreichende* Legitimation mag sich jedoch auch aus anderen Legitimationsformen und aus Gründen materialer Legitimität ergeben. Dabei ist die Binnendifferenzierung von Verwaltungsorganisationen von Bedeutung.¹⁶⁸

a) *Legitimationssubjekt: Das Volk in Kontexten*

Das Staatsvolk der freien und gleichen Bürger ist der Anker, an dem die einheitsverbürgende Legitimationskette zur „auf es selbst bezogenen Staatsgewalt“ hängt.¹⁶⁹ Es muss hier vorausgesetzt werden, dass substantialistische Konzeptionen des Volkes eher fragmentierende Wirkung haben, da sich die „Schicksalsgemeinschaften“¹⁷⁰ gerade pluralisieren. Prozedurale Konzeptionen betonen die identitätsstiftende Funktion von Kultur und Verfassung.¹⁷¹ Jedenfalls für die Legitimation ist nur erforderlich,¹⁷² dass das Volk als „offene“ und in diesem Sinne unbestimmte[...] Allgemein-

¹⁶⁸ So auch *Georg Hermes* Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: Hartmut Bauer/Peter M. Huber/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.) *Demokratie in Europa*, 2005, 457 (480); *Groß Kollegialprinzip* (Fn. 68), 233 ff.

¹⁶⁹ BVerfGE 89, 155 (186) – Maastricht; *Böckenförde* Demokratie (Fn. 149), Rn. 10, 435; BVerfGE 47, 253 (275) – Gemeindeparlamente; 77, 1 (40) – Neue Heimat; 83, 60 (72 f.) – Ausländerwahlrecht II; 93, 37 (66); 107, 59 – Lippeverband. – In den USA wird von „transmission belt“ gesprochen, *Jerry L. Mashaw* *Due Process in the Administrative State*, 1985, 22.

¹⁷⁰ BVerfGE 89, 155 (184, 186) – Maastricht. Kritisch zum Kriterium der „Schicksalsgemeinschaft“ etwa *Tschentscher* Legitimation (Fn. 117), 116 f.; *Brun-Otto Bryde* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 5 (1994), 305 (307): „schlechterdings absurd“.

¹⁷¹ *Häberle* Menschenwürde (Fn. 144), Rn. 65, 351: „Volk ist weniger eine naturhaft vorgegebene Größe als eine kulturell sich in einer verfassungsstaatlichen Verfassung konstituierende und in ihren kulturellen Zusammenhängen immer neu werdende pluralistische Größe“. Es besteht aus „Grundrechtsträgern“, d.h. aus Bürgern. Von ihnen geht letztlich alle (Staats-)Gewalt aus“.

¹⁷² *Möllers* Demokratie (Fn. 138), 51; *Christoph Möllers* Drei Dogmen der etatistischen Demokratietheorie, in: Hans Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, 2013, 131 (133): „Demokratien müssen weder ethnisch homogen sein, noch müssen sie in einer gemeinsamen Sprache sprechen, sie müssen weder sozial ausgeglichen sein noch einer gemeinsamen religiösen Tradition entstammen, sie müssen noch nicht einmal ein säkulares Verständnis von Politik und Religion unterhalten: Indien, die Schweiz, die Vereinigten Staaten oder Israel aus der Kohorte demokratischer Ordnungen hinweg zu definieren, und dies wäre die Konsequenz einer Anwendung der genannten Kriterien, erscheint nicht nur im Ergebnis irritierend, es ist vor allem systematisch wenig überzeugend“.

heit“ der Staatsbürger (Art. 116 GG)¹⁷³ seine Identität gewinnt im Prozess „der ständigen geistigen Auseinandersetzung“ zwischen den Interessen und Ideen, „so, daß er durch die ständige gegenseitige Kontrolle und Kritik die beste Gewähr für eine (relativ) richtige politische Linie als Resultat und Ausgleich zwischen den im Staat wirksamen politischen Kräften gibt“, wie es im KPD-Urteil heißt.¹⁷⁴ Die Bürger verständigen sich über die Gründe der Herrschaftslegitimation, bestimmen sich selbst und übernehmen dafür Verantwortung und staatsbürgerliche Pflichten.¹⁷⁵

Nach Auffassung einiger pluraler Theorien der Verwaltungslegitimation¹⁷⁶ soll eine demokratische Legitimation auch durch sog. „Verbandsvölker“ möglich sein.¹⁷⁷ Durch Betroffenenpartizipation z.B. in Körperschaften des öffentlichen Rechts soll den Organisationsmitgliedern ein spezifischer, herausgehobener Zugang zu sie betreffenden Verwaltungsentscheidungen ermöglicht werden.¹⁷⁸ Entsprechend kann die Partizipation der Mitglieder einer Verwaltungsorganisation zur Verwirklichung ihrer Grundrechte wie bei den Hochschulen, zur Ordnung ihres Berufs wie bei Perso-

¹⁷³ BVerfGE 83, 37 (55) – Ausländerwahlrecht I. Im Maastricht-Urteil wird freilich auch davon gesprochen, dass das Volk „relativ homogen“ sein müsse, BVerfGE 89, 155 (186). So die h.M. vgl. etwa *Huster/Rux* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 66.

¹⁷⁴ BVerfGE 5, 85 (135) – KPD-Urteil. Zu Recht sieht Robert Alexy hier eine argumentative oder deliberative Demokratie angesprochen, *Alexy* Diskurstheorie (Fn. 135), 352.

¹⁷⁵ Vgl. auch *Bernd Grzeszick*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, 79. EL Dezember 2016, Bd. II, Art. 20 Rn. 79; *Sommernann* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 150 zu Reziprozität von freier staatsbürgerlicher Selbstbestimmung und Pflichten.

¹⁷⁶ Vgl. etwa *Brohm* Dogmatik (Fn. 33), 269 f., 270; *Alfred Rinke* Demokratie und Hierarchie. Zum Demokratieverständnis des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, *KritV* 79 (1996), 282 (285); *Emde* Legitimation (Fn. 116), 386 ff.; *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 25 spricht sich für eine „Basislegitimation“ durch das Staatsvolk und ergänzende autonome Legitimation durch Verbandsvölker aus. Aufgrund der bezeichneten strukturellen Differenzen ist dies keine demokratische Legitimation.

¹⁷⁷ Vgl. *Hartmut Maurer* VVDStRL 31 (1973), Aussprache, 293 f.: „Die die Gesamtheit tangierenden Interessen müssen durch das Parlament oder durch Organe, die parlamentarisch legitimiert sind, festgelegt und geregelt werden. Soweit es aber um spezifische Interessen von körperschaftlich organisierten Verbänden geht, ergibt sich die demokratische Legitimation der Verbände auch aus dem Mehrheitswillen des Verbandsvolkes. Oder etwas anders ausgedrückt: Auch das Verbandsvolk kann eine – wenn auch beschränkte – Quelle demokratischer Legitimierung sein“. Auch *Dirk Ehlers* Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammern. Ausgewählte Ergebnisse eines Gutachtens, *Anwaltsblatt* 56 (2006), 361 (362).

¹⁷⁸ BVerfGE 107, 59 (91) – Lippeverband: „Im Rahmen der repräsentativ verfassten Volksherrschaft erlaubt das Grundgesetz auch besondere Formen der Beteiligung von Betroffenen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“; vgl. auch *Sunstein* *Beyond* (Fn. 139), 1541.

nalkörperschaften oder zum Ausgleich von grundstücksbezogenen Interessen wie bei Realkörperschaften, Legitimation erzeugen.¹⁷⁹

Voraussetzung dieser partizipativen Legitimation ist die Repräsentation der betroffenen Interessen.¹⁸⁰ Asymmetrische Stimmgewichte, die nicht aus unterschiedlicher Betroffenheit gerechtfertigt werden können, stehen dem entgegen (Grundsatz interessengerechter Zusammensetzung).¹⁸¹ Verfassungsrechtlich bedenklich wird die Repräsentation, wenn betroffene Interessen nicht in den Beschlussorganen vertreten sind wie diejenigen der Versicherten im Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 91 SGB V, in dem nur die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und der Bund der Krankenkassen vertreten sind.¹⁸²

Demokratische und plurale Partizipation als Betroffene dienen der Selbstbestimmung des Einzelnen jedoch *in unterschiedlicher Weise!*¹⁸³ Die

¹⁷⁹ *Emde* Legitimation (Fn. 116), 49 f.; *Brohm* Strukturen (Fn. 86), 258 f.; *Pascale Gonod* Legitimacy in Administrative Law: Reform and Reconstruction, in: Matthias Ruffert (Hrsg.) Legitimacy in European administrative law, 2011, 3 (4 f.); *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 102), 349, 369 ff. spricht von „körperschaftlicher Legitimation“ und grenzt sie zutreffend von der demokratischen ab.

¹⁸⁰ *Gromitsaris* Legitimacy (Fn. 116), 326: „The source of all participatory values is the request of equal access to a transparent procedure for all affected and relevant interest groups“.

¹⁸¹ *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 251 f.; BVerfGE 107, 59 (94) – Lippeverband: „Wählt der parlamentarische Gesetzgeber für bestimmte öffentliche Aufgaben die Organisationsform der Selbstverwaltung, so darf er keine Ausgestaltung vorschreiben, die mit dem Grundgedanken autonomer interessengerechter Selbstverwaltung einerseits und effektiver öffentlicher Aufgabenwahrnehmung andererseits unvereinbar wäre. Deshalb müssen die Regelungen über die Organisationsstruktur der Selbstverwaltungseinheiten auch ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden“.

¹⁸² *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 88; *Kirste* Körperschaft (Fn. 31), 563 f.; im Akkreditierungsrat sind die Stimmen der Wissenschaftler mit Rücksicht auf die Wissenschaftsfreiheit unterrepräsentiert, *Lege* Expertise (Fn. 155), 132 f.

¹⁸³ Das erkennt die wohl überwiegende Meinung, vgl. *Trute*: „Berücksichtigt man [...] den Prinzipiencharakter der Demokratie und zugleich die individuelle Selbstbestimmung, dann kann an der Zuordnung autonomer Formen der Legitimation zum demokratischen Prinzip kein Zweifel sein“, *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 54; so auch *Thomas Vießmann* Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Ausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V, 2009, 125 f.; *Robbers* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 745; *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 154; *Möllers* Gewaltengliederung (Fn. 100), 35 unterscheidet anders: individuelle Selbstbestimmung einerseits und kollektive, demokratische Selbstbestimmung andererseits. Dabei übersieht er jedoch erstens, dass es hinsichtlich der Rechtfertigung große Unterschiede innerhalb kollektiver Selbstbestimmungen gibt und zweitens, dass es dabei durch die Anknüpfung an Betroffenheit und Interessen Formen kollektiver Selbstbestimmung gibt, die stärker an den Einzelnen in seiner Unterschiedlichkeit anknüpfen und die demokratische, die ihn strikt gleich behandelt: Die Unterscheidung zwi-

Unterschiede ergeben sich aus der Stellung der Betroffenen und der Form ihrer Mitwirkung. Während jeder Angehöriger einer Gemeinde ist, sind nur wenige zu spezifischen Zwecken zu Verbänden zusammengeschlossen und von deren Maßnahmen betroffen. Betroffenheit unterscheidet sich von der Zugehörigkeit zu einem allgemein-politisch legitimierenden demokratischen Diskurs dadurch, dass sie graduell ist,¹⁸⁴ während Staatsbürgerschaft besessen oder nicht besessen wird. Repräsentativität der betroffenen Sonderinteressen tritt bei der Betroffenenpartizipation an die Stelle der strikt formalen demokratischen Gleichheit der Bürger.¹⁸⁵

Die Diskurse, die in Betroffenenverbänden geführt werden, unterscheiden sich, auch wenn sie – wie in Selbstverwaltungsträgern – zugleich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen,¹⁸⁶ von den allgemeinen politischen Diskursen in der Öffentlichkeit oder im Parlament. Zwar agieren die Körperschaften nicht wie private Verbände nur strategisch-partikulär,¹⁸⁷ weil zu ihren öffentlichen Aufgaben die Integration der Einzelinteressen gehört. Doch bleiben sie auf das Verbandsinteresse bezogen und haben in der Regel kein „allgemeinpolitisches Mandat“.¹⁸⁸ Betroffene machen ihre

schen individueller und kollektiver Legitimation ist also angesichts der Unterschiede innerhalb der kollektiven Legitimation zu grob.

¹⁸⁴ So dass sich die Frage stellt, ab welchem Grad von Betroffenheit Partizipationsrechte gewährt werden sollen.

¹⁸⁵ *Böckenförde* Demokratie (Fn. 149), Rn. 33, 451; *Masing* Rechtsstatus (Fn. 144), Rn. 190: „Der Einzelne hat hier einen Anspruch nicht auf Gleichbehandlung als Ausfluss seiner formal gleichen Freiheit, sondern nur nach Maßgabe von an der Realität orientierten Sachgesichtspunkten“. Insofern liegt eine gerechtfertigte Abweichung des Gesetzgebers vom Gleichheitspostulat vor, *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 25, 85: „Grundsatz der gleichmäßigen Interessenberücksichtigung“.

¹⁸⁶ *Kirste* Körperschaft (Fn. 31), 451 ff.; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 102), 242 ff.

¹⁸⁷ *Frank I. Michelman* Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation, *Tennessee Law Review* 56 (1989), 293: „[A] strategic outcome represents not a collective judgement of reason but a vector sum in a field of forces“. Vgl. auch *Gutmann/Thompson* Democracy (Fn. 131), 4, 12: „When citizens bargain and negotiate, they may learn how better to get what they want. But when they deliberate, they can expand their knowledge, including both their self-understanding and their collective understanding of what will best serve their fellow citizens“. Zu den Problemen von strategischen Diskursen auch *Carlos Santiago Nino* The Constitution of Deliberative Democracy, 1996, 126 f. *Dieter Grimm* Verbände, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/ Hans-Jochen Vogel (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, § 15 Rn. 15: „Verbändedemokratie bewirkt vom Mitglied aus betrachtet, daß sein Anteil an der Formung des Verbandswillens gesichert ist und innerverbandliche Minderheitenpositionen respektiert werden. Vom Staat aus betrachtet liegt im Demokratiegebot eine Gewähr dafür, daß der Verband die Interessen seiner Mitglieder authentisch repräsentiert“.

¹⁸⁸ BVerwG 64, 298. Anmerkung *Pietzker*, JuS 1985, 27; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 102), 285 ff.; zu problematischen Einflüssen durch Anmaßung eines solchen Mandats

Interessen und die des Verbandes geltend; Abgeordnete repräsentieren das Gemeininteresse.¹⁸⁹

Wegen dieser strukturellen Unterschiede treffen sich autonome und demokratische Legitimation nicht im Prinzip der demokratischen Legitimation, wie das BVerfG beiläufig formuliert,¹⁹⁰ sondern abstrakter in der menschenwürde-getragenen freien Selbstbestimmung, die beide Partizipationsformen *unterschiedlich* konkretisieren.¹⁹¹ Ihre Grundlage findet die autonome Partizipation in speziellen verfassungsrechtlichen Bestimmungen (Art. 87 Abs. 2 u. 3 GG), im Rechtsstaatsprinzip und der organisationsrechtlichen Dimension der Grundrechte wie etwa Art. 5 Abs. 3 GG,¹⁹² nicht aber im Demokratieprinzip.

b) *Legitimationsobjekt: Herrschaftsausübung*

Die zweite vereinheitlichende verfassungsrechtliche Vorgabe aus der demokratischen Legitimation ist das Legitimationsobjekt: *Alle* Herrschaftsausübung muss demokratisch legitimiert sein. Von der hoheitlichen bis zur informierenden Tätigkeit ist sie komplett unter Legitimationsvorbehalt gestellt.¹⁹³ Eine Bagatellausnahme gibt es nicht.¹⁹⁴ Lediglich vorbereitende

im Deutschen Reich und in der Weimarer Republik auch *Kirste* Körperschaft (Fn. 31), 110, 170, 473.

¹⁸⁹ *Bobbio* Zukunft (Fn. 6), 15: „Das Prinzip, auf das sich die politische Repräsentation gründet, ist also das Gegenteil des die Repräsentation von Interessen begründenden Prinzips: Hier nämlich ist der Repräsentant, der die besonderen Interessen des Repräsentierten verfolgen soll, einem gebundenen Mandat unterworfen“. Der Vertreter des Allgemeininteresses sei „Treuhand“, derjenige der Sonderinteressen bloßer Delegierter (ebd., 42).

¹⁹⁰ BVerfGE 111, 191 (215) – Notarkassen: „Die Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie wurzeln im demokratischen Prinzip und entsprechen dem freiheitlichen Charakter der Verfassung; sie ermöglichen gesellschaftlichen Gruppen, in eigener Verantwortung die Ordnung der sie berührenden Angelegenheiten mit zu gestalten“. So auch schon *Emde* Legitimation (Fn. 116), 386 (404 f.), der von einem besonderen „Realisationsmodus des demokratischen Prinzips“ spricht.

¹⁹¹ Vgl. hierzu auch *Stephan Kirste* The Human Right to Democracy as the Capstone of Law, in: Marcelo Campos Galuppo/Monica Sette Lopes/Karine Salgado/Thomas Bustamante/Lucas Gontijo (Hrsg.) *Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, 2015, 11 und *ders.* A Rights Based Justification of the Participation of Civil Society in Europe, in: Hauke Brunkhorst, Tanasije Marinkovic Dragica Vujadinovic und European Crisis and Social Movements – Concepts of Democracy, 2017, 135 ff.

¹⁹² *Jestaedt* Kondominalverwaltung (Fn. 111), 38 f.; *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 5.

¹⁹³ *Schmidt-Aßmann* Legitimacy (Fn. 111), 52.

¹⁹⁴ Erwogen von BVerfGE 47, 253 (257) – Gemeindeparlamente: „Andererseits sind die Aufgaben jedoch nicht so unwichtig, daß sie nicht mehr unter den Begriff ‚Ausübung der Staatsgewalt‘ fallen und deshalb auf Institutionen ohne ausreichende demokratische Legitimation übertragen werden könnten“. Ablehnend mit Rücksicht auf die Entstehung „demo-

und bloß konsultative Tätigkeiten von Beratungsgremien sollen ihrer nicht bedürfen.¹⁹⁵ Auch Organisationen in Privatrechtshand sind demokratisch legitimationspflichtig, insofern die öffentliche Gewalt an ihnen maßgeblich beteiligt ist.¹⁹⁶

c) *Der Zurechnungszusammenhang:*
Modi der demokratischen Legitimation

Für die Herstellung des Zurechnungszusammenhangs demokratischer Legitimation sind zunächst drei Modi allgemein anerkannt: Die personelle, die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG auch in den „Wahlen“, und die „sachliche“, die in „Abstimmungen“ anklingt, werden ergänzt um eine Legitimation letztlich durch die verfassunggebende Gewalt, die institutionelle Legitimation.¹⁹⁷

Die *personelle Legitimation* sichert die Gründe zur Rechtfertigung der Herrschaftsausübung über Verantwortungsbeziehungen.¹⁹⁸ Sie setzt sich aus den beiden Komponenten Bestellung des Amtswalters in sein konkretes Amt und Zuweisung eines Aufgabenbereichs zusammen.¹⁹⁹ Wahl des Parla-

kratifreier Zonen“ (*Jestaedt* Kondominalverwaltung [Fn. 111], 229 f., 255) die h.M.: *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 27; *Dreier* Demokratie (Fn. 135), Rn. 88; *Sandra Köller* Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation. Eine Untersuchung am Beispiel der Wasserverbände Lippeverband und Emschergenossenschaft, 2009, 40 ff., 176 f.; *Schliesky* Souveränität (Fn. 46), 263 f.

¹⁹⁵ BVerfGE 83, 60 (74) – Ausländerwahlrecht II; 47, 253 (273) – Gemeindeparlamente. *Markus Heintzen* Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 220 (252); *Mehde* Steuerungsmodell (Fn. 114), 174 ff.; *Janbernd Oebbecke* Demokratische Legitimation nicht-kommunaler Selbstverwaltung, Verw Arch 81 (1990), 349 (356). – Das ist freilich bei erheblichen Informationsasymmetrien zwischen Berater/Beratungsgremium zulasten des Entscheiders nicht unproblematisch, *Hermes* Legitimationsprobleme (Fn. 168), 474 f. verlangt, „dass alle von unabhängigen Behörden wahrgenommenen Tätigkeiten unabhängig davon demokratischer Legitimation bedürfen, ob sie vorbereitender Natur sind oder Entscheidungscharakter haben, ob sie als ‚technisch‘ oder als ‚politisch‘ einzustufen sind, ob sie Einzelfälle betreffen oder regelsetzend wirken, ob sie normativ ‚gebunden‘ oder gestaltend, konkretisierend und abwägend zu treffen sind“; kritisch auch *Lege* Expertise (Fn. 155), 124 f. hinsichtlich der Akkreditierungsagenturen und allgemein 122: „Wissen verpflichtet offenbar ab einer gewissen kritischen Masse zum Wollen, zum verbindlichen Wollen, zur Verantwortung für eine Entscheidung“; *Classen* Legitimation (Fn. 84), 51; *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 72.

¹⁹⁶ *Schmidt-Aßmann* Legitimacy (Fn. 111), 56.

¹⁹⁷ *Emde* Legitimation (Fn. 116), 46; *Jestaedt* Kondominalverwaltung (Fn. 111), 267.

¹⁹⁸ *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 14.

¹⁹⁹ „Ein Amtsträger ist uneingeschränkt personell legitimiert, wenn er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder durch einen seinerseits personell legitimierten Amtsträger oder mit dessen Zustimmung erhalten hat“. BVerfGE 107, 59 (88) –

ments, Weisungsgebundenheit und Abberufbarkeit des Amtswalters gegenüber der Regierung gewährleisten diesen Verantwortungszusammenhang.²⁰⁰

Während diese Legitimationsform idealtypisch in der weisungsgebundenen hierarchischen Ministerialverwaltung verwirklicht wird,²⁰¹ ist sie bereits in der Selbstverwaltung durch die Wahl von Repräsentationsorganen und Vorständen durch die Organisationsmitglieder beschränkt.²⁰² Allerdings tritt in der kommunalen Selbstverwaltung das strukturähnliche Gemeindevolk²⁰³ an die Seite des Bundes- oder Landesstaatsvolks. Dies ist – wie oben (190 f.) gezeigt – bei der funktionalen Selbstverwaltung nicht möglich.²⁰⁴ Bei Privaten kann die Beleihung den Zurechnungszusammenhang zum Volk sicherstellen.²⁰⁵ Die Mitwirkung von Personalvertretungen in Kollegialorganen kann autonome Legitimation in den inneren Angelegenheiten herbeiführen. Demokratische Legitimation ist hingegen – nach umstrittener²⁰⁶ Auffassung – nur möglich, wenn erstens die Mehrheit der Mitglieder des Kollegialorgans demokratisch legitimiert ist und zweitens

Lippeverband; BVerfGE 93, 37 (68) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; *Böckenförde* Demokratie (Fn. 149), Rn. 16; *Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 360; *Jestaedt* Kondominalverwaltung (Fn. 111), 267 f.; *Grzeszick* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 175), Bd. II, Art. 20 Rn. 121; kritisch: *Schliesky* Souveränität (Fn. 46), 290 f.

²⁰⁰ BVerfGE 83, 60 (72) – Ausländerwahlrecht II; vgl. auch *Möllers* Gewaltengliederung (Fn. 100), 49.

²⁰¹ *Schnapp* (Fn. 117), Art. 20 Rn. 26; *Dreier* Demokratie (Fn. 135), Rn. 121 nennt sie das „Grundmodell“; so auch *Grzeszick* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 175), Bd. II, Art. 20 Rn. 139; kritisch wendet *Classen* Legitimation (Fn. 84), 18 f. ein, dass dieses Bild längst weder der Realität noch den normativen Vorgaben des GG entspreche. – Für Österreich *Oberndorfer* Art. 1 B-VG (Fn. 129), 21, der in dem stärker unitarischen österreichischen System der Verwaltungsorganisation die Hierarchie geradezu als Garanten der Vermittlung demokratischer Legitimation versteht.

²⁰² *Schmidt-Aßmann* Legitimacy (Fn. 111), 54; *Oebbecke* Selbstverwaltung (Fn. 94), 393.

²⁰³ Gleichen allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten korrespondieren gleiche staatsbürgerliche Rechte, auch wenn hier stärker auf die Betroffenheit abgestellt wird. Daher hebt das BVerfG auch stärker die „mitgliedschaftlich-partizipatorische Komponente“ hervor, BVerfGE 83, 37 (55) – Ausländerwahlrecht I. Vgl. auch *Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 351, 379 f. Diese Betroffenheit unterscheidet sich aber von derjenigen in der funktionalen Selbstverwaltung dadurch, dass jeder, der sich dauerhaft auf dem Staatsgebiet aufhält, in prinzipiell gleicher Weise von einer Gemeindegewalt betroffen ist.

²⁰⁴ Anders etwa *Emde* Legitimation (Fn. 116), 386 ff.

²⁰⁵ *Classen* weist zutreffend darauf hin, dass die Kontroll- und Einwirkungsbefugnisse bei Beleihung immer eine Lockerung der demokratischen Legitimation bedeuten, da sie nie so konsequent und eng sind wie bei der hierarchischen Ministerialverwaltung, *Classen* Legitimation (Fn. 84), 15; *Heintzen* Beteiligung (Fn. 195), 244.

²⁰⁶ Demgegenüber will *Wittreck* auch die einfache Mehrheit genügen lassen, so dass es ausreichen würde, wenn das Kollegialorgan aus einer Mehrheit von demokratisch legiti-

eine Mehrheit von diesen die Entscheidung trägt (Prinzip der doppelten Mehrheit).²⁰⁷

Zweite Möglichkeit der Rückbindung der Verwaltung an die demokratisch erzeugten Gründe der Herrschaftsausübung ist die *sachliche Legitimation*²⁰⁸ durch inhaltliche Programmierung der Verwaltung.²⁰⁹ Gesetz und Budget²¹⁰ bestimmen die Kriterien der Herrschaftsausübung und ermöglichen die inhaltliche Steuerung der Verwaltung. Materielle Gesetze und Weisungen vermitteln diese Kriterien in die Verwaltung. Präventive und repressive Kontrollmittel setzen sie durch.²¹¹ Auch die sachliche Legitimation muss einem Herkunftstest genügen und ihren demokratischen Ursprung bezeugen, denn sie zielt nicht auf Legitimität.

Den beiden genannten Legitimationsmodi normhierarchisch übergeordnet ist die institutionelle Legitimation.²¹² Sie stellt ab auf von der ver-

mierten Mitgliedern besteht, auch wenn sie sich in der konkreten Abstimmung nicht durchsetzen, *Fabian Wittreck* Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2005, 121 ff.

²⁰⁷ BVerfGE 93, 37 (75 f.) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein: „Einerseits müssen nicht alle Mitglieder entscheidungsbefugter Kollegialorgane über personelle demokratische Legitimation verfügen. Andererseits muss die abstrakte Mehrheit der Mitglieder so legitimiert sein und überdies die konkrete Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen werden (Prinzip der doppelten Mehrheit)“; *Heintzen* Beteiligung (Fn. 195), 245; BerlVerfGH LVerfGE 10, 96 (101 f.); *Böckenförde* Demokratie (Fn. 149), Rn. 17, 439 f.

²⁰⁸ Auch „materielle“ (*Jestaedt* Kondominalverwaltung [Fn. 111], 270) oder „sachlich-inhaltliche“ (*Trute* Legitimation [Fn. 29], Rn. 10; *Böckenförde* Demokratie [Fn. 149], Rn. 21) Legitimation werden genannt.

²⁰⁹ *Böckenförde* Demokratie (Fn. 149), Rn. 21 f.: „Die sachlich-inhaltliche Form demokratischer Legitimation ist dazu bestimmt, die Ausübung der Staatsgewalt ihrem Inhalt nach vom Volk herzuleiten bzw. mit dem Volkswillen zu vermitteln und auf diese Weise die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk sicherzustellen“; *Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 357; *Jestaedt* Kondominalverwaltung (Fn. 111), 270 f.: wobei die sachliche die personelle voraussetzt, nicht aber umgekehrt; *Hans-Heinrich Trute* Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, 227 f.; *Hans J. Wolff/Otto Bachoff/Rolf Stober/Winfried Kluth* Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2004, § 81 Rn. 152 f.

²¹⁰ *Schmidt-Aßmann* Ordnungs idee (Fn. 39), Kap. 2, Rn. 83; *ders.* Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 358; *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 49 f.

²¹¹ Da die Verselbständigung häufig auch mit dem Einräumen von Entscheidungs- und Beurteilungsspielräumen einhergeht, wäre zur Stärkung der sachlichen Legitimation auch über die Einsetzung von parlamentarischen Kontrollausschüssen nach US-amerikanischem Vorbild nachzudenken, *Ludwig* Bundesnetzagentur (Fn. 153), 52 ff.; im Rahmen der Selbstverwaltung kann eine intensivere Kontrolle die geringere sachliche Programmierung kompensieren, *Kahl* Hochschulräte (Fn. 104), 244.

²¹² Auch „institutionell-funktionelle“ Legitimation genannt, so etwa *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 8; vgl. auch *Wolfgang Kahl* Die Staatsaufsicht. Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, 2000 sieht sie als „strukturell auf einer anderen Ebene angesiedelt“ an; auch *Dreier* Demokratie

fassunggebenden Gewalt legitimierte, im Grundgesetz vorgesehene Institutionen wie etwa die Körperschaft in Art. 87 Abs. 2, 3 GG.²¹³ Daran anknüpfend kann auch der Gesetzgeber auf untergeordneten Hierarchiestufen durch die Einrichtung von entsprechenden Organisationsformen – etwa von Körperschaften – Legitimation vermitteln.²¹⁴ Hat er hier alles für die demokratische Legitimation Erforderliche getan, kommt eine Lockerung der personellen und der sachlichen Legitimation in Betracht.²¹⁵

d) Weitere Modi der Legitimierung der Verwaltung

Der Beitrag weiterer Legitimationsmodi zur demokratischen Legitimation ist umstritten.

Die Verrechtlichung der Herrschaftsausübung trägt zu ihrer Rechtfertigung bei, etwa bei der *grundrechtlichen* Erschließung des Verwaltungsinnenraums, vor allem aber der organisationsrechtlichen Dimension der Grundrechte wie im Hochschulbereich. Ebenso können rechtsstaatliche Teilprinzipien wie Rationalität, Sachlichkeit und Transparenz die Qualität der Herrschaftsausübung verbessern.²¹⁶ Entscheidend ist nach dem skizzierten Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie (oben 187), dass rechtsstaatlich begründete Legitimität nur im Rahmen von demokratischer Legitimation zum Tragen kommt.

Mit verschiedenen Argumenten werden Formen materialer Legitimität vertreten. So etwa, wenn die öffentliche Gewalt durch ihren Schutz von Grundrechten „legitimiert“ erscheint oder *Grundrechte* nicht in ihrer verfahrens- oder organisationsrechtlichen Dimension, sondern als Begrenzung und Ziel der Herrschaftsausübung verstanden werden.²¹⁷

(Fn. 135), Rn. 110; *Grzeszick* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 175), Bd. 2, Art. 20 Rn. 123; zurückhaltend hingegen *Sommermann* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 169. *Classen* versteht sie als Rahmen, *Classen* Legitimation (Fn. 84), 6.

²¹³ *Böckenförde* Demokratie (Fn. 149), Rn. 15; *Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 363; *Trute* Forschung (Fn. 209), 220 f.; kritisch gegenüber einer eigenständigen Bedeutung *Jestaedt* Kondominalverwaltung (Fn. 111), 276 ff.; *Wolff/Bachof/Stober-Kluth* (Fn. 209), § 81 Rn. 138 f.

²¹⁴ *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 43 f. spricht von „organisatorischer Legitimation“.

²¹⁵ *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 102), 357 f.; *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 235 f.

²¹⁶ Siehe oben 175 f. Ergänzend *Kurt Eichenberger* Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 7 (12 f.).

²¹⁷ *Christian Starck* Grundrechte und demokratische Freiheitsidee, HStR III, 3. Aufl. 2005, § 33 Rn. 8, 7: „Die grundrechtliche Freiheitsidee als Legitimation staatlicher Herrschaft beruht auf dem Gedanken der Beschränkung der staatlichen Herrschaft, auch der demokratisch legitimierten Herrschaft“. Auch *Ress* sieht neben der demokratischen noch eine grundrechtliche Dimension, ohne dass deren Verfahrensbedeutung deutlich wird, *Georg Ress* Staatszwecke im Verfassungsstaat nach – 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1990), 66.

Hierher gehören auch Auffassungen einer republikanischen Legitimation. Ein material verstandenes Republikprinzip bedeutet die Ausrichtung des Staates und des Aktivbürgers an der regulativen Idee²¹⁸ des Gemeinwohls.²¹⁹ Zugleich richtet sich das Republikprinzip gegen eine Staatslegitimation aus höherem Recht²²⁰ und muss daher ein vorgegebenes Gemeinwohl im Sinne einer Output-Legitimität ablehnen.²²¹ Dies zeigt aber die Nachrangigkeit gegenüber dem Demokratieprinzip: Das konkrete Gemeinwohl gehört zu den Gründen der Rechtfertigung von Herrschaft, auf die sich Bürger bzw. ihre Repräsentanten in demokratischen Verfahren einigen.²²² In diesem Rahmen sind die Amtsträger darauf verpflichtet und können Fachlichkeit, Bestenauslese etc. (Art. 33 Abs. 2 GG) legitimierende Kraft entfalten.²²³

²¹⁸ *Michael Anderheiden* Gemeinwohl in Republik und Union, Tübingen 2006, 301. In legitimatorischer Perspektive geht es aber zu weit, wenn *Anderheiden* einen „Vorrang des Republikanischen vor dem Demokratischen“ in Art. 20 Abs. 3 GG annimmt. Denn ausweislich Art. 20 Abs. 2 GG liegt der Schwerpunkt der Legitimation auf der Demokratie. *Robbers* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 379 nennt es „Mahnung und Erinnerung“ an die legitimen Gemeininteressen, die das eigene übersteigen.

²¹⁹ *Rolf Gröschner* Die Republik, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 23 Rn. 74, 426. *Gröschner* unterscheidet treffend zwischen „rechtsstaatlicher Legalität“, „demokratischer Legitimation“ und „republikanischer Legitimität“, *Rolf Gröschner* Transparente Verwaltung – Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, VVDStRL 63 (2004), 344 (356). Hierzu auch *Marc André Wiegand* Demokratie und Republik. Historizität und Normativität zweier Grundbegriffe des Verfassungsstaats, 2017, 10 f., *Böckenförde* Demokratie (Fn. 149), Rn. 95 f., 491 f.; kritisch gegenüber einer materialen Aufladung des Begriffs *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Art. 20 (Republik) Rn. 21.

²²⁰ *Gröschner* Republik (Fn. 219), 402 f.

²²¹ *Anderheiden* Gemeinwohl (Fn. 218), 293 ff., 301, betont die Notwendigkeit der demokratischen Begründung des Gemeinwohls als Kern des Republikprinzips. – Insofern dreht es die Zusammenhänge auf den Kopf, wenn *Trute* die Legitimationskette der personellen Legitimation nur dann für relevant hält, wenn sie gemeinwohlförderlich ist, *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 45.

²²² Zu einem gestuften Gemeinwohlkonzept, dass die freiwilligen Beiträge von Bürgern und Verbänden und die pflichtigen Anteile von Trägern öffentlicher Verwaltung berücksichtigt, vgl. *Stephan Kirste* Die Realisierung von Gemeinwohl durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, in: *Michael Anderheiden/Winfried Brugger/Stephan Kirste* (Hrsg.) Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, 327 ff.

²²³ *Rolf Gröschner* Weil Wir frei sein wollen, 2016, 162 sieht es anders: In umgekehrter Richtung wie die demokratische führe sie vom öffentlichen Interesse als höchstem Gesetz und regulativer Idee des Gemeinwesens zum Amtswalter in seiner konkreten Entscheidung. Mitwirkung der Besten im Staat ist jedoch eine andere als die demokratische Legitimation, entfaltet sich in ihren Grenzen und kann sie nicht ersetzen, so im Ergebnis auch *Anderheiden* Gemeinwohl (Fn. 218), 554: Keine Schranke des Demokratieprinzips sondern seine Ergänzung, *Frank Schorkopf* Zukünftige europäische Integrationsschritte – durch oder statt Demokratie?, in: *Hans Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte* (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, 61 (73).

5. Das Legitimierungsniveau

a) Die Begründung des Legitimierungsniveaus

Die verschiedenen Modi der Legitimierung müssen mit Rücksicht auf das erforderliche Maß an Herrschaftsrechtfertigung zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Der Ort dafür ist das Legitimierungsniveau.²²⁴ Gefordert ist kein „Maximum“, sondern ein Mindestmaß an demokratischer Legitimation,²²⁵ keine Vollständigkeit, sondern Legitimation des Wesentlichen. Die „effektive“²²⁶, also „hinreichend wirksame Rückbindung“²²⁷ der Verwaltung richtet sich nach der Bedeutung des Aufgabenbereichs,²²⁸ der Reichweite der Befugnisse²²⁹ und der Auswirkung auf Grundrechte.²³⁰

Modi der demokratischen Legitimation enthalten also die *notwendigen* Bedingungen der Herrschaftsrechtfertigung.²³¹ Nur dann geht „alle“

²²⁴ Das Bundesverfassungsgericht spricht von einem „hinreichenden Gehalt“ an Legitimation und lässt ein „Zusammenwirken“ der drei Modi demokratischer Legitimation genügen, vgl. etwa BVerfGE 83, 60 (72) – Ausländerwahlrecht II; 93, 37 (66 f.) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein: „Für die Beurteilung, ob dabei ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur unterschiedenen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation Bedeutung nicht je für sich, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau.“ Kritisch gegenüber dem Begriff *Oliver Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie, Parlamentarismuskritik, 1999, 25 ff. Er fürchtet um Verantwortungsklarheit und Bestimmtheit der Legitimationskonstruktion.

²²⁵ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 39), Kap. 2, Rn. 99. *Jestaedt* Kondominalverwaltung (Fn. 111), 288, Fn. 98. *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 25. Wenn das BVerfG (BVerfGE 93, 37 [67 f.] – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein) „volle demokratische Legitimation“ und „uneingeschränkt personelle Legitimation“ hervorhebt, anerkennt es damit auch, dass es Minimalbedingungen der demokratischen Legitimation gibt, mithin ein gestuftes Verhältnis, das notwendige und hinreichende Bedingungen von Legitimation kennt.

²²⁶ BVerfGE 93, 37 (66 ff.) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; 83, 60 (72) – Ausländerwahlrecht II; BVerfGE 107, 59 (91) – Lippeverband: „praktisch wirksam“; BVerfGE 106, 64 (74).

²²⁷ *Trute* Legitimation (Fn. 29), Rn. 56; kritisch zum wenig versteckten „effet utile“-Argument *Jestaedt* quo vadis? (Fn. 117), 652.

²²⁸ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 39), Kap. 5, Rn. 52, 269.

²²⁹ Bei geringen Entscheidungsbefugnissen ist sie abgesenkt, BVerfGE 83, 60 (74) – Ausländerwahlrecht II.

²³⁰ BVerfGE 130, 76 (123) – Vitos Haina. *Hermes* Legitimationsprobleme (Fn. 168), 474 problematisierend.

²³¹ BVerfGE 33, 125 (156 ff.) – Kassenarzt; 111, 191 (216 f.) – Notarkassen. Ohne explizit zwischen „notwendiger demokratischer Legitimation“ und „hinreichender Legitimation“ zu unterscheiden, versteht auch *Sommermann* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83),

Staatsgewalt vom Volk aus, wenn Verselbständigung der Organisation, Binnenstruktur, inhaltliche Programmierung und Kontrolle ihren Grund in demokratischen Verfahren haben. Jedenfalls die parlamentarisch-inhaltliche Programmierung der Aufgaben, der Mitgliederkreis, die Repräsentanz der Interessen bei der Willensbildung²³² und die Befugnisse zur Zweckerreichung²³³ sind demokratisch zu legitimieren und im Wege der Aufsicht zu kontrollieren. Wegen ihrer strukturellen Unterschiede können Formen autonomer Legitimation und materiale Legitimität zu diesen notwendigen Bedingungen nichts beisteuern. Diese Bedingungen werden über die Ministerverantwortung in der hierarchisch gegliederten, bürokratisch verfahrenenden unmittelbaren Staatsverwaltung erfüllt und auch ein hinreichendes Maß demokratischer Legitimation erreicht.²³⁴

Dort jedoch, wo das Grundgesetz besondere Verselbständigungen vorsieht oder der Gesetzgeber sie zur Förderung der Grundrechte, zu ihrem Schutz, zur Erreichung rechtsstaatlicher Ziele wie etwa der Kontrolle durch Experten²³⁵ oder in sonst zu rechtfertigender Weise schafft, entsteht die erwähnte Fragmentierung der demokratischen Legitimation: Hier fallen notwendige Bedingungen demokratischer Legitimation und hinreichende Bedingungen der Legitimierung auseinander. Notwendig bleibt auch im Rahmen eines Konzepts differenzierter Legitimierung die demokratische Legitimation der wesentlichen Organisationsstrukturen und ihrer Kontrolle: Selbständigkeits- und Binnenstruktur,²³⁶ Zugehörigkeit des Betroffenenkreises sowie Programmierung und Aufsicht der betreffenden Verwaltungsorganisation.²³⁷

Art. 20 Rn. 184 ein Mindestmaß an inhaltlicher Anbindung an das Volk und deren Kontrolle durch Rechtsaufsicht als unverzichtbar für die funktionale Selbstverwaltung; insofern übernimmt der Gesetzgeber mit dem Organisationsrecht seine Legitimationsverantwortung, *True* Legitimation (Fn. 29), Rn. 43.

²³² Einzelne Interessen dürfen nicht bevorzugt werden, BVerfGE 107, 59 (93) – Lippeverband; 37, 1 (27 f.) – Weinwirtschaftsabgabe.

²³³ Und nicht darüber hinaus: BVerfGE 76, 171 (186) – Ständesrichtlinien.

²³⁴ BVerfGE 93, 37 (67) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; BVerfGE 83, 60 (73) – Ausländerwahlrecht II.

²³⁵ Näher dazu *Lege* Expertise (Fn. 155), 116 ff.

²³⁶ Insbesondere die Zusammensetzung von Kollegialorganen, BbgVerfGH LKV 2000, 397 (401 f.); zu den Kammern vgl. *Ehlers*, Rechtsanwaltskammern (Fn. 177), S. 362. Er nennt daneben – allerdings für eine Substituierung der demokratischen Legitimation durch ein „Teil-Volk“ der Kammer: gesetzlich hinreichend bestimmte Aufgabenzuweisung, Beschränkung der Aufgaben auf Selbstverwaltungsangelegenheiten und Aufsicht.

²³⁷ *Grzeszick* in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 175), Bd. 2, Art. 20 Rn. 14: „Die verfassungsrechtliche Untergrenze der Legitimationsvermittlung wird für den sachlichen Legitimationsstrang durch die Grundsätze der Bestimmtheit des Rechts und den Parlaments- bzw. Gesetzesvorbehalt definiert“; *Groß* Kollegialprinzip (Fn. 68), 239 ff.; *Classen*

In den mit der Verselbständigung und der Binnendifferenzierung gewährten Freiräumen wird jedoch auch Legitimierungsbedarf auslösende Herrschaft gegenüber diesen Betroffenen ausgeübt. Dem Grunde nach ist sie durch die gesetzgeberischen Entscheidungen und die staatliche Aufsicht demokratisch legitimiert. Das hinreichende Legitimierungsniveau wird dabei erst durch weitere Formen erreicht.²³⁸ Diese Legitimierungsformen dürfen den demokratischen Vorgaben nicht widersprechen, können aber aus den (mit Rücksicht auf die Legitimation) ergänzenden Prinzipien von Rechtsstaat, Republik und den Grundrechten gerechtfertigt sein. Der Gesetzgeber kann etwa, um Selbstbestimmung zu sichern,²³⁹ von bestimmten Verwaltungsaufgaben besonders betroffenen Bürgern gesteigerte Einwirkungsmöglichkeiten schaffen oder durch Pflichtmitgliedschaft fehlende „Exit“-Optionen der Organisationsmitglieder durch besondere „Voice“-Rechte kompensieren.²⁴⁰

b) *Das Verhältnis der Modi der Legitimierung zueinander*

Eine *Substituierung* der demokratischen Legitimationsmodi findet nicht statt.²⁴¹ Weil keine Entscheidung so determiniert ist, dass es nichts mehr zu

Legitimation (Fn. 84), 49; die sachliche Programmierung kann sich jedoch auf mehr generalisierte Maßnahmen zurückziehen, *Hermes* Legitimationsprobleme (Fn. 168), 477.

²³⁸ BVerfGE 107, 59 (92) – Lippeverband: „Das demokratische Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG erlaubt deshalb, durch Gesetz – also durch einen Akt des vom Volk gewählten und daher klassisch demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers – für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen“.

²³⁹ *Eberhard Schmidt-Aßmann* Kommunale Selbstverwaltung „nach Rastede“. Funktion und Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG in der neueren Rechtsprechung, in: Everhardt Franßen/Konrad Redeker/Otto Schlichter (Hrsg.) *Bürger. Richter. Staat*, FS Horst Sendler, 1991, 121 (124).

²⁴⁰ Das BVerfG hat als dritten Grund für die Einräumung von Selbstverwaltung an verselbständigte Verwaltungsorganisationen neben der Aktivierung gesellschaftlicher Kräfte und der Nutzung besonderer Sachkunde der Bürger auch anerkannt, dass die Selbstverwaltung „darauf angelegt [ist], eine gesetzlich angeordnete Zwangsmitgliedschaft durch Beteiligungsrechte zu kompensieren.“ BVerfG NVwZ 2002, 851 f. unter Bezugnahme auf BVerwGE 106, 64 (83) – Vorlagebeschluss zum Lippeverbandsgesetz. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2002, 335 (337) – Pflichtmitgliedschaft in der IHK. Die „Heterogenität“ dieser Argumentation ist also nicht zu kritisieren, *Jestaedt* quo vadis? (Fn. 117), 652. Vielmehr kommt es gerade auf sie an: Die Rücknahme der demokratischen Legitimation wird nicht demokratisch, sondern durch ein die Demokratie fundierendes Prinzip, die aus der Menschenwürde folgende individuelle Selbstbestimmung, gerechtfertigt.

²⁴¹ Das ist umstritten, wie hier etwa BVerwG, NVwZ 1999, 870 (873 ff.); VerfGH R.-P., NVwZ-RR 1994, 665 (668); *Emde* Legitimation (Fn. 116), 329 ff.; anders: *Grzeszick* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 175), Bd. 2, Art. 20 Rn. 130, weil beide Stränge auf

entscheiden gibt, kann die personelle Legitimation nie obsolet sein.²⁴² Weil ohne eine sachliche Orientierung kein Maßstab für Kontrolle und Aufsicht verfügbar ist, kommt aber auch die personelle nicht ohne die sachliche Legitimation aus.²⁴³ Zwischen der personellen und der sachlichen demokratischer Legitimation gibt es keinen grundsätzlichen Vorrang,²⁴⁴ sondern ein Fließgleichgewicht, bei dem kein Modus fehlen darf, die Gewichte aber unterschiedlich sein können.²⁴⁵

Saldierungen gibt es innerhalb der drei Modi demokratischer Legitimation, da sie Defizite wechselseitig kompensieren können.²⁴⁶ Bei den Gemeinden und Kreisen sieht das GG selbst eine Kompensation der Vonselbständigkeit durch die kommunale Selbstverwaltung aufgrund homogener Strukturprinzipien (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG) vor.²⁴⁷ Die Ausdehnung des Legitimationszusammenhangs über viele Legitimationsmittler kann kompensiert werden durch eine dichtere sachliche Programmierung und engere

Art. 20 Abs. 2 GG zurückführen, mithin legitimatorisch gleichrangig seien. – Die Frage ist, ob die hinreichende Effektivität so erreicht werden kann: Ein Amtsträger, der sich nachhaltig über inhaltliche Weisungen hinwegsetzt, muss entfernt werden können; handelt ein personell nicht legitimierter Amtsträger, der z.B. irrtümlich sein Amt über die Amtszeit hinaus ausübt, fehlt seiner an sich rechtmäßigen Handlung die demokratische Legitimation.

²⁴² *Tschentscher* Legitimation (Fn. 117), 60, 137 erwägt das: sachliche Legitimation als „Dreh- und Angelpunkt des Demokratieprinzips“. In der Tat kann es Beleihungsformen geben, die sachlich so determiniert sind, dass es reicht, dass der jeweilige gesetzliche Funktionsträger (Kapitän) sie ausführt und nicht ein besonderer Beleihungsakt erforderlich ist. Das ist aber die Ausnahme.

²⁴³ Wie hier *Sommermann* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 170; a.A. *Andreas Voßkuhle* Sachverständige Beratung des Staates, HStR III, 3. Aufl. 2005, § 43 Rn. 58. – Der Umstand, dass kein Modus der demokratischen Legitimation ganz fehlen darf, um die „duale Legitimation“ (*Sommermann*) zu begründen, erzeugt den Anschein, als müssten alle Modi gleichwertig sein, was aber gerade nicht der Fall ist.

²⁴⁴ Allerdings wird in der Literatur mal mehr der Vorrang der personellen, mal mehr derjenige der sachlichen demokratischen Legitimation betont, letzteres etwa von *Huster/Rux* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 95; *Classen* Legitimation (Fn. 84), 10 mit Rücksicht auf die Pünktlichkeit von Weisungen. *Tschentscher* Legitimation (Fn. 117), 52 f. beschreibt einen Vorrang der personellen Legitimation.

²⁴⁵ *Grzeszick* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 175), Bd. 2, Art. 20, Rn. 127 spricht von: „Verhältnis wechselseitiger Korrelation und Ergänzung“.

²⁴⁶ „Personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation stehen in einem wechselbezüglichen Verhältnis derart, dass eine verminderte Legitimation über den einen Strang durch verstärkte Legitimation über den anderen ausgeglichen werden kann, sofern insgesamt ein bestimmtes Legitimationsniveau erreicht wird“. BVerfGE 130, 76 (123) – Vitos Haina unter Bezug auf BVerfGE 83, 60 (72) – Ausländerwahlrecht II; 93, 37 (66 f.) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; 107, 59 (87 f.) – Lippeverband.

²⁴⁷ *Böckenförde* Demokratie (Fn. 149), Rn. 25; *Jestaedt* Kondominialverwaltung (Fn. 111), 529; *Schmidt-Aßmann* Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 353.

Kompetenzen der parlamentsferneren Amtsträger.²⁴⁸ Je geringer die Spielräume der Verwaltung sind, desto eher können institutionelle und personelle Legitimation hinter der sachlichen zurücktreten.²⁴⁹

Insgesamt sind die drei Formen demokratischer Legitimation notwendige Bedingung der Legitimierung. Formen autonomer Legitimation und materialer Legitimität haben jedoch ggf. ergänzende Funktion. Denn sie dienen bei Verwaltungsorganisationen, die einen bestimmten Personenkreis besonders betreffen²⁵⁰ oder Organisationen, die durch Staatsdistanz überwiegend sachverständig-technische Entscheidungen ermöglichen, erst als hinreichende Bedingung für das Legitimierungsniveau.

Das Verhältnis zwischen Legitimierung und Herrschaft kehrt sich jedoch bei diesen ergänzenden Formen gegenüber der demokratischen Legitimation um: Während dort die Rechtfertigung der Herrschaft vom Volk ausgeht (Selbst-Regierung, „Self-Government“), ist in der partizipativen Legitimation die Herrschaft das erste und die von ihr Betroffenen legitimieren sodann ihre Ausübung nach Maßgabe ihrer Betroffenheitsgewichte (Selbst-Verwaltung).²⁵¹ Während in der Demokratie das Legitimationssubjekt zuerst und das Legitimationsobjekt daraus abgeleitet ist, ist bei der Partizipation das demokratisch legitimierte Objekt zuerst und das partizipatorische Legitimationssubjekt erst mit Rücksicht auf die besondere Betroffenheit konstituiert.²⁵² Sie dient hier der Erfüllung des Organisationszwecks und fördert zugleich die Selbstbestimmung der Mitglieder.²⁵³ Entsprechend kann auch der Output-Legitimität ergänzende Funktion zukommen.

²⁴⁸ *Jestaedt* Kondominalverwaltung (Fn. 111), 284; *Köller* Selbstverwaltung (Fn. 194), 135.

²⁴⁹ BVerfGE 83, 60 (74) – Ausländerwahlrecht II; BVerfGE 107, 59 (93) – Lippeverband.

²⁵⁰ BVerfGE 107, 59 (92) – Lippeverband. Es geht also im Gegensatz zur Demokratie nur um eine partikulare Legitimation.

²⁵¹ Der Rahmen der Verwaltung bleibt also fremdbestimmt: *Dreier* Verwaltung (Fn. 14), 305; *Köller* Selbstverwaltung (Fn. 194), 110.

²⁵² Deshalb „räumt“ auch nicht einfach „das Staatsvolk [...] das Feld, das Verbandsvolk rückt nach“, wie *Emde* Legitimation (Fn. 116), 50 meint, sondern steckt zuvor das Terrain ab, legt die Spielregeln des Feldes fest und hinterlässt Schiedsrichter, die über deren Einhaltung wachen.

²⁵³ *Robbers* in: Kahl/Waldhof/Walter (Fn. 83), Art. 20 Rn. 779. – Dabei können sich Spannungen zwischen demokratischer und autonomer Legitimation ergeben, wie es sich etwa bei den Hochschulräten zeigt, bei denen die externen über eine personelle demokratische, die internen aber über eine personell-autonome Legitimation verfügen, näher *Kahl* Hochschulräte (Fn. 104), 246 ff.

IV. Schluss

Gegenüber dem monistischen Modell bedeutet das hier vorgestellte Modell der differenzierten Legitimierung die Anerkennung einer größeren Vielfalt von Legitimierungsformen aufgrund von Organisationsdifferenzierungen. In der ausfransenden Legitimationsdiskussion ist es um Präzisierungen bemüht und unterscheidet zwischen demokratischer, auf freier und gleicher Selbstbestimmung der Bürger oder ihrer Repräsentanten in offenen Diskursen erzeugten Legitimation einerseits und pluralen, rechtsstaatlich-individuelle Selbstbestimmung oder Rationalität schützenden Formen der Legitimierung andererseits. Arbeitsteilig differenzierten Herrschaftsorganisation korrespondiert so eine verfassungsrechtlich begründete, differenzierte Legitimierungsstruktur, die über die notwendigen und hinreichenden Bedingungen der Legitimierung Fragmentierung verhindert. Demokratisch legitimierte Organisationsgestaltungen können, um der Sachgerechtigkeit und Effektivität von Entscheidungen sowie der Steigerung der Selbstbestimmung von Betroffenen willen, differenzierte Formen von autonomer Legitimation und materialer Legitimität vorsehen. Ein solches Modell setzt die Verwaltung weder „differenzierungsfeindlicher Inflexibilität“²⁵⁴ überzogener Einheitspostulate aus, noch nimmt sie die Fragmentierung von Verwaltungseinheiten einfach hin. Vielmehr führt sie die „Differenzierung des organisierten Sachverstands“²⁵⁵ und der konkreten Interessenintegration der Verwaltung zusammen in einem differenzierten Konzept der Verwaltungslegitimierung, das Organisation als einen Integrationsfaktor ernst nimmt.

²⁵⁴ Schuppert Steuerungsfaktoren (Fn. 35), Rn. 59.

²⁵⁵ Schmidt-Aßmann Verwaltungslegitimation (Fn. 141), 365.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Arbeitsteilige Herrschaftsausübung im Kontext der Demokratie

Verwaltungsorganisation zwischen Fragmentierung
und differenzierter Legitimierung

I. Soziale und staatliche Fragmentierung

1. Einleitung

(1) Rechtlich differenzierte Verwaltungsorganisationen sind nicht mehr nur Teil des Problems der Fragmentierung der demokratischen Legitimation, sondern können durch eine komplexere Binnendifferenzierung zur hinreichenden Legitimierung beitragen.

2. Der Begriff und Bewertung der Fragmentierung

(2) Soziale Fragmentierung ist ein Prozess der Individualisierung und Pluralisierung von gesellschaftlichen Wertvorstellungen und sozialen Erwartungen, die in spezialisierten Medien und Gruppen und immer weniger in der Öffentlichkeit kommuniziert werden.

(3) Rechtliche Fragmentierung meint Rechtspluralismus verbunden mit einer nicht mehr hierarchisch, sondern nur noch kollisionsrechtlich koordinierten Verselbständigung von Entscheidungseinheiten, also Organisationen.

3. Die Fragmentierung von Herrschaftsausübung

(4) Soziale Fragmentierung begünstigt die Vervielfältigung von Staatsaufgaben und trifft gerade die Verwaltung, die mit Verselbständigung von Organisationen und heterogenen Binnendifferenzierungen reagiert.

(5) Die Fragmentierung kann Steuerungsverluste insbesondere der demokratischen Legitimation zur Folge haben.

4. *Reaktionen der Verwaltungsrechtswissenschaft auf die Fragmentierung*

(6) *Idealtypisch können ein normativistischer, sich auf klassisch hermeneutische juristische Methoden konzentrierender, und ein eher pluraler, sozialwissenschaftlich-interdisziplinärer Ansatz unterschieden werden.*

(7) *Beide Auffassungen stehen vor Fragmentierungsproblemen: Während die innere Geschlossenheit der normativistischen Theorie Verwaltungsformen, die sich dem normativen Erzeugungs- und einheitlichen demokratischen Legitimationszusammenhang nicht fügen, als fragmentiert verstehen muss, würde eine konsequent pluralistische Auffassung der Verwaltungslegitimation die Fragmentierung in die Theoriebildung selbst hineinnehmen und ihre eigene Konsistenz in Frage stellen.*

(8) *Verwaltungsrechtliche Grundbegriffe müssen daher so angelegt sein, dass sie einerseits hinreichend normatives Rückgrat haben und sich andererseits interdisziplinären Erkenntnissen öffnen.*

II. *Differenzierte Einheitsbildung in Verwaltungsorganisationen und Verwaltungsorganisationsrecht*

1. *Differenzierung und Binnendifferenzierung von Organisationen*

(9) *Das Konzept der Differenzierung soll zwischen der Fragmentierung als einem ungeordneten Zuviel an Pluralisierung von Verwaltungsorganisationen einerseits und einer unterkomplexen Einheit andererseits vermitteln.*

(10) *Differenzierung des Verwaltungssystems und Binnendifferenzierung von Verwaltungsorganisationen betreffen Verselbständigung, Binnenstruktur und das Organisation-Umweltverhältnis.*

a) *Differenzierung durch Verselbständigung von Verwaltungsorganisationen*

(11) *Vselbständigung von Verwaltungsorganisationen kann zu Fragmentierungen führen.*

b) *Binnendifferenzierung von Verwaltungsorganisationen*

(12) *Durch Binnendifferenzierung kann eine Verwaltungsorganisation die gesteigerten Erwartungen verarbeiten.*

(13) *Integrationsstrukturen ausdifferenzierter Verwaltungsorganisationen sind etwa autonomes Recht, Partizipationsmöglichkeiten der Mitglieder, Kommunikations- und Autoritätsstrukturen.*

(14) *Je stärker Private oder Betroffene in die Verwaltung einbezogen werden, desto mehr ist eine verselbständigte, flach-hierarchisch binnendifferenzierte, kollegial strukturierte Organisation erforderlich. Damit sind aber die von Frido Wagner so bezeichneten „Einflussknicks“ der demokratischen und rechtlichen Steuerung vorgezeichnet.*

2. Normative Steuerung der Differenzierung der Verwaltung

(15) *So wenig es Fragmentierung in Bereichen geben darf, in denen Verfassungsprinzipien Einheit gebieten, darf es Homogenisierung geben, wo Verfassungsprinzipien Differenzierung verlangen.*

(16) *Grundlegend ist zunächst schon die föderale Differenzierung der Ausübung von Herrschaft durch die Verwaltung (Art. 30, 83 ff. GG).*

(17) *Das Rechtsstaatsprinzip fordert die „Rationalisierung des öffentlichen Gesamtzustandes“ (Hesse) sowohl im öffentlichen Interesse der Funktionalität der Verwaltung als auch im subjektiven der Autonomiewahrung von Herrschaft und trägt damit auch zur balancierter Differenzierung der Verwaltungsorganisation bei.*

(18) *Grundrechte sind sowohl Differenzierungsprinzipien als auch Begrenzungen von Differenzierungen.*

III. Differenzierte Legitimierung der Herrschaftsausübung

1. Monistische und plurale Theorien der demokratischen Legitimation

(19) *Zwischen monistisch-normativen und pluralen Theorien der Verwaltungslegitimation ist umstritten, ob das Demokratieprinzip noch die demokratische Legitimation aller Herrschaftsgewalt und die Balancierung von Fragmentierung und Einheit der Verwaltung bewältigen kann.*

2. Zum Unterschied von materialer Legitimität und prozeduraler Legitimation

(20) *Legitimation ist nicht Legitimität. Nicht jede Legitimation ist demokratisch.*

(21) *Die Legitimierung von Herrschaft ist in Legitimation als Verfahren und materiale Legitimität zu unterscheiden. Legitimation bedeutet ein Verfahren der Deliberation und Entscheidung von Gründen zur Rechtfertigung von Herrschaft. Legitimität bedeutet somit die Rechtfertigung von Herrschaft aus vorausgesetzten und/oder technisch-rational bestimmten Gründen oder der Nützlichkeit, nicht notwendig aus Verfahren.*

3. Demokratische Legitimation

(22) *Die demokratische Legitimation unterwirft die Rechtfertigung von Herrschaft einem Herkunftstest, der gesteigerte Anforderungen an Verfahren und Subjekt der Legitimation stellt.*

a) Demokratie: Legitimation von Herrschaft aus allgemeinen Gründen

(23) *Das Verfahren der demokratischen Legitimation ist ein öffentlicher, ergebnisoffener Prozess der deliberativen Erzeugung von allgemeingültigen Gründen für die Rechtfertigung von Herrschaft, an dem das Volk der freien und gleichen Bürger unmittelbar oder über Abgeordnete partizipiert.*

b) Demokratische Legitimation und Output-Legitimität

(24) *„Output-Legitimation“ ist Legitimität, nicht verfahrensmäßig begründete Legitimation. Sie kann die demokratische Legitimation nicht ersetzen, weil sie den Herkunftstest nicht besteht.*

c) Demokratische Legitimation und Rechtsstaat

(25) *Der Rechtsstaat verlangt rationale Gründe für die Legitimation von Herrschaft; aber das Demokratieprinzip unterwirft diese Gründe der Notwendigkeit, dass sie vom Volk stammen, sofern nicht das Grundgesetz selbst andere Kanäle vorsieht.*

(26) *Demokratische Legitimation steuert zur Rechtfertigung von Herrschaft einen Herkunftstest bei; das Rechtsstaatsprinzip einen Rationalitätstest.*

(27) *Das Rechtsstaatsprinzip entfaltet seine Legitimität also im Rahmen der demokratischen Legitimation.*

4. Die differenzierte Verwaltungslegitimation

(28) *Demokratische Legitimation ist notwendige Bedingung der Ausübung von Herrschaft und kann nicht durch andere Legitimierungsformen oder durch materiale Legitimität substituiert werden.*

a) Legitimationssubjekt: Das Volk in Kontexten

(29) *Das Volk der demokratischen Legitimation ist keine vorgegebene Einheit, sondern gewinnt seine Identität im Prozess der freien und gleichen Staatsbürger, die von der politischen Herrschaft Rechtfertigung verlangen.*

(30) *Wie die demokratische dient zwar auch die partizipative Legitimation der freien Selbstbestimmung, jedoch unterscheidet sie sich von dieser*

durch die Betroffenheit als Kriterium der Zugehörigkeit zum Legitimationssubjekt und das interessenbezogene, nicht notwendig offene Verfahren. Autonomie begründet also keine demokratische Legitimation.

b) Legitimationsobjekt: Herrschaftsausübung

(31) Alle Staatsgewalt als Objekt ist umfassend unter demokratischen Legitimationsvorbehalt gestellt. Sie ist demokratisch legitimiert, wenn sie dem Grunde nach vom Volk ausgeht.

c) Der Zurechnungszusammenhang: Modi der demokratischen Legitimation

(32) Modi demokratischer Legitimation sind die personelle, die sachliche und die institutionelle Legitimation.

d) Weitere Modi der Legitimierung der Verwaltung

(33) Als weitere Legitimierungsformen von Verwaltung werden etwa Grundrechte, Rechtsstaat und Republik vorgeschlagen.

5. Das Legitimierungsniveau

a) Die Begründung des Legitimierungsniveaus

(34) Das Legitimierungsniveau ist der Ort, an dem die verschiedenen Modi der Legitimierung mit Rücksicht auf das erforderliche Maß ins Verhältnis gesetzt werden.

b) Das Verhältnis der Modi der Legitimierung zueinander

(35) Eine Substituierung der demokratischen Legitimationsmodi findet nicht statt.

(36) Saldierungen gibt es innerhalb der drei Modi demokratischer Legitimation, da sie Defizite wechselseitig kompensieren können.

(37) In der hierarchischen Ministerialverwaltung enthalten die Modi demokratischer Legitimation zugleich die notwendigen und hinreichenden Bedingungen der Legitimation.

(38) Autonome Formen von Legitimierung und Legitimität haben jedoch ergänzende Funktion in Bereichen, in denen der Gesetzgeber in demokratisch legitimierter Weise Freiräume autonomen Entscheidens geschaffen hat. Hier stellen sie erst die hinreichenden Bedingungen der Legitimation dar.

(39) *Bei der Selbstverwaltung und anderen verselbständigten Verwaltungsorganisationen stellt ebenfalls ein Mindestmaß an demokratischer Legitimation eine notwendige Bedingung der Legitimierung dar. Dem Grunde nach sind sie demokratisch legitimiert, wenn der Gesetzgeber insbesondere die Verselbständigung, die Binnenstruktur und die Aufsicht geregelt hat.*

(40) *Die demokratisch begründete Legitimation stellt aber bei diesen Formen keine hinreichende Legitimierung dar. Diese wird erst durch autonome Formen von Legitimation und durch materiale Legitimität hergestellt.*

(41) *Die autonome Legitimation dient hier der Erfüllung des Organisationszwecks und fördert zugleich die Selbstbestimmung der Mitglieder oder fördert die sachlich gebotene Rationalität der Entscheidung.*

(42) *Während in der Demokratie das Legitimationssubjekt zuerst und das Legitimationsobjekt daraus abgeleitet ist, ist bei der Partizipation das demokratisch legitimierte Objekt zuerst und das partizipatorische Legitimationssubjekt erst mit Rücksicht auf die besondere Betroffenheit konstituiert.*

IV. Schluss

(43) *So vermittelt das Modell differenzierter Legitimierung die notwendige Arbeitsteilung der Verwaltung mit dem so gesteigerten Legitimationsbedarf und verhindert Fragmentierung von Herrschaftsausübung, indem an der notwendigen demokratischen Legitimation festgehalten wird und eine zusätzliche autonome Legitimation erst die hinreichenden Legitimationsbedingungen für das Legitimationsniveau bereitstellt.*

3. Aussprache und Schlussworte

Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung

Matthias Jestaedt: Liebe Kolleginnen und Kollegen, lassen Sie uns starten. Dann haben wir für die Wortmeldungen ziemlich genau eine Stunde, bevor die beiden Referenten zu ihren Schlussworten kommen.

Claus Dieter Classen: Meine Damen und Herren, ich möchte die Gelegenheit, als Erster hier sprechen zu dürfen, zunächst einmal nutzen, ganz herzlich beiden Referenten für Vorträge zu danken, die – so hoffe ich – zu interessanten Diskussionen inspirieren. Sie haben beide, im Lichte der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts plausibel die Output-Legitimation als Fremdkörper angesehen. Herr *Kirste* hat dafür sogar einen eigenen Begriff verwendet. Nun muss man sehen, wie man mit diesem vermeintlichen Fremdkörper umgeht, weil er im Kontext von unabhängigen Agenturen und anderen Verwaltungseinrichtungen eine nicht unerhebliche Rolle spielt. Im ersten Zugriff leuchtet diese Qualifikation als Fremdkörper im Lichte von Art. 20 Abs. 2 GG, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, natürlich auch ein; für das erste Element der Kette, die Wahl zum Bundestag, ist die reine Input-Legitimation ohnehin selbstverständlich. Im Weiteren hingegen muss man nicht zwingend einen Gegensatz zwischen In- und Output-Legitimation sehen. Der Gesetzgeber hat ja bei bestimmten Gesetzen eine Vorstellung davon, wie sie in der Lebenswirklichkeit verwirklicht werden sollen. Dabei überlegt er sich naturgemäß auch, welche institutionellen Rahmenbedingungen sinnvoll sind, damit die Dinge so funktionieren, wie er das wünscht. Dann kann es durchaus Situationen geben, in denen er zur Einschätzung kommt, dass die Ministerialverwaltung klassischer Art dazu eben gerade nicht optimal geeignet ist, sondern bestimmte unabhängige Behörden, wie auch immer im Einzelnen konfiguriert, dies besser können. Diese müssen selbstverständlich mit entsprechendem gesetzlichem Auftrag versehen sein und ihre Struktur muss auch gesetzlich geregelt sein. Pointiert formuliert: In diesen Fällen ist der Output ein Beitrag dazu, dass der Input so funktioniert, wie er eigentlich funktionieren soll. Dann gewinnt man doch etwas mehr Flexibilität als jedenfalls

das Verfassungsgericht in diesem Kontext bislang akzeptiert hat. Die Referenten haben diese ja auch befürwortet.

Weil verschiedentlich das Stichwort Europa gefallen ist, möchte ich als Zweites kurz die Selbstverständlichkeit problematisieren, mit der manche davon ausgehen, dass, wenn in Art. 2 EUV die Demokratie als ein den Mitgliedstaaten gemeinsamer Wert und in Art. 9 ff. EUV die Demokratie auf europäischer Ebene beschrieben wird, das alles so zu verstehen ist, wie das Bundesverfassungsgericht Art. 20 GG interpretiert. Art. 23 Abs. 1 GG unterscheidet ja ausdrücklich zwischen den Anforderungen an die europäische Ebene einerseits – Satz 1 – und dem Schutz der nationalen Verfassung – Satz 3 – andererseits. Dabei muss man sich immer klarmachen, dass die Dogmatik, wie sie in Deutschland das Verfassungsgericht und die herrschende Meinung in der Literatur zu Art. 20 GG entwickelt haben, eben doch weit davon entfernt ist, in Europa konsensfähig zu sein. Da gibt es viele andere Überlegungen, das darf man nicht vergessen.

Oliver Diggelmann: Ich habe eine Frage grundsätzlicher Art an *Andreas Kley*, wobei ich mir durchaus vorstellen könnte, dass es noch die eine oder andere Frage grundsätzlicher Art an ihn geben wird. Und zwar betrifft sie das Bild der Legitimationskette. Es ist ja enorm einprägsam und auch vertrauensbildend. Würdest Du sagen, dass dieses Bild vielleicht etwas für das Problem desensibilisiert, dass mit der Länge der Legitimationskette die Legitimation etwas ausgedünnt wird? Wäre der Begriff der demokratischen Rückkoppelung allenfalls hilfreicher?

Axel Tschentscher: Wie *Oliver Diggelmann* habe ich auch einige Anmerkungen und eine Frage zur schweizerischen Sicht der Dinge. Zunächst als Anmerkung zu *Andreas Kley*: Du hast uns hier vorgeführt, wie unverständlich aus schweizerischer Sicht eine Engführung des Demokratieprinzips vor einem relativ schmalen Textbefund ist. In der Schweiz ist es tatsächlich ganz anders. Dort gibt es gar keinen Textbefund. In Art. 5 BV bei den Grundsätzen steht nicht – analog zu Art. 20 GG – das Demokratieprinzip, sondern es stehen dort allein die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns. Demokratie wird als selbstverständlich vorausgesetzt. Das ist schon mal im Ausgangspunkt ganz anders als in Deutschland. Und auch sonst gilt große Freiheit: Wenn der Nationalrat mit seinen 200 Sitzen neu bestimmt werden soll, dann bemisst sich der Anteil der Kantone nicht etwa an der Zahl der Schweizerinnen und Schweizer, die im Kanton wohnen, sondern man nimmt als Bemessungsgrundlage einfach die Bevölkerungszahl. Das führt dann dazu, dass kleine Kantone wie Uri mit weniger als 10 % Ausländeranteil anders repräsentiert sind, als Kantone wie Basel Stadt mit mehr als 30 % Ausländeranteil. In der Schweiz sieht man das nicht als ein Pro-

blem mit Repräsentation oder als Verstoß gegen das Demokratieprinzip. Insofern ist man also sehr frei. Auf der anderen Seite steht, soweit tatsächlich ein Textbefund existiert – beispielsweise bei der Frage, unter welchen Bedingungen man eine Kantonsverfassung durch den Bund gewährleisten kann – nicht nur in der Bundesverfassung, dass Kantone ein direkt gewähltes Kantonsparlament haben müssen, sondern es ist zusätzlich angeordnet, dass die kantonale Verfassung nicht ohne Volksinitiative auf Verfassungsrevision gestaltet werden darf. Es wäre also nicht zulässig, dass man als Kanton eine Verfassung ganz ohne direktdemokratische Elemente etabliert. Insgesamt herrscht bei der Demokratie als Rechtsprinzip also eine ganz andere Vorstellung: große Freiheit im Grundsätzlichen und nur dort, wo wirklich ein Textbefund ist, gibt es Beschränkungen. Das führt mich zu *Stephan Kirste*. Bei Dir hat mir etwas gefehlt zwischen Input- und Output-Legitimation. Dort gibt es aus meiner Sicht noch etwas Drittes und zwar deshalb, weil Deine Input-Legitimation analog zum englischen *legitimation vs. legitimacy* als normativ und Output demgegenüber als tatsächlich oder sogar empirisch gefasst wird – Du hast sogar Max Weber genannt, der vom Legitimitätsglauben spricht und nicht von der Legitimation im normativen Sinne. Wenn man so unterscheidet, dann bleibt kein Platz mehr für etwas, was nicht input-orientiert aber trotzdem normativ ist. Genau das scheint mir aber vorzuliegen, wenn, *Oliver Diggelmann* hat das angedeutet, eine Rückkoppelung der Staatsgewalten an das Volk existiert, eine direktdemokratische und dadurch feste Rückkoppelung, d.h. eine ständige Kontrolle durch das Volk. Jederzeit, tagesaktuell, kann alles, was passiert, ob jetzt in der großen Politik oder lokal in einem kleinen seltsam zusammengesetzten Kontrollgremium zwischen verschiedenen Gemeinden, durch das Volk kontrolliert werden. Das ist *auch* demokratische Legitimation und zwar eine *normative*, durch die Kontrolle vermittelte Legitimation, die trotzdem *nicht input-orientiert* ist.

Claudio Franzius: Ich kann direkt daran anknüpfen und würde es gerne ein wenig zuspitzen. Zwei Punkte, zunächst zu Herrn *Kley*: Es ist ja sehr interessant, aus der schweizerischen Sicht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Demokratieprinzip analysiert zu bekommen, aber ich würde doch meinen, dass die Kritik am Ende vielleicht etwas überzogen war. Im Grunde haben Sie das Kettenmodell des Bundesverfassungsgerichts – es war ja mal plastisch die Rede von der Staatsgewalt in Ketten – gleichgesetzt mit Input-Legitimation. Aber gibt es nicht auch andere Möglichkeiten der Ausgestaltung von Input-Legitimation als durch das besagte Kettenmodell? Und ich würde es zuspitzen: Es mag unterschiedliche Formen von Legitimation geben, man spricht auch von föderaler Legitimation. Kann es aber eine andere Form demokratischer Legitima-

tion geben als die Input-Legitimation? Jedenfalls gibt es ernstzunehmende Stimmen im Schrifttum, die überhaupt nichts halten von Output-Legitimation. Und daran knüpfe ich meine Frage an: Ist es richtig zu sagen, in der Verbindung von Input- und Output-Legitimation ergäbe sich so etwas wie ein plurales Modell von Legitimation? Das wird wohl nicht das pluralistische Modell sein, von dem ja häufig in Abgrenzung zum monistischen Modell die Rede ist. Das führt mich zu *Stephan Kirste*: Ich fand das sehr affirmativ und im Grunde am Ende auch sehr deutsch. Zwei Fragen: Sie sprechen vom Volk als Legitimationssubjekt. Ich höre da heraus, dass das Volk hier als Kollektivsingular gemeint ist, habe mich aber doch ein wenig gewundert, dass Sie überhaupt gar keinen Vergleich angestellt haben, wie das anderswo aussieht. Und Sie haben noch nicht einmal erwähnt, wie man Demokratie auf der Unionsebene – nach Maßgabe der Art. 9 ff. EUV – versteht. Dort, im europäischen Kontext, ist das Legitimationssubjekt der Unionsbürger, also das Individuum und kein Kollektivsingular. Das können wir uns auch kaum wünschen. Ein Volk – ein europäisches Volk – gibt es nicht. Aber hat das dann nicht Rückwirkungen auf unser Legitimationsverständnis, muss es nicht irgendwelche Folgen für unsere Vorstellung vom Legitimationssubjekt haben? Und die zweite Frage: Ich bin mir gar nicht sicher, ob das jetzt ein dritter Weg war, den Sie vorgeschlagen haben, jenseits des monistischen und des pluralistischen Modells. Also ehrlich gesagt, ich habe nicht verstanden, was differenzierte Legitimation sein soll. Knüpft das an das monistische Modell an und will es irgendwie retten, oder ist es eine Ausbuchstabierung des pluralistischen Modells?

Christoph Engel: Ich möchte eine Ehrenrettung der klassischen Lehre von den Legitimationssketten versuchen. Ich glaube, wir haben uns heute überhaupt noch nicht gefragt, warum diese Lehre ursprünglich erfunden worden ist. Meine Rekonstruktion wäre: Man hat eine Gefahr erkannt. Die Gefahr kann man beschreiben als den Missbrauch souveräner Gewalt zur Verfolgung partikularer Interessen des Amtswalters. Man kann sich fragen: Warum besteht die Gefahr? Da braucht man Verhaltensannahmen. Eine Annahme – Sie wissen, dass ich mich viel mit ökonomischer Analyse beschäftige – wäre, dass der Amtswalter partikulare Interessen hat, die er gegen das Gemeinwohl durchsetzen will. Dann hat die Lehre von der Legitimationsskette einen antizipatorischen Effekt. Wegen der Legitimationsskette muss der Amtswalter damit rechnen, dass es die Wiederwahlaussichten seiner Regierung schmälert, wenn er sich schlecht benimmt, dass die Regierung diesen Effekt antizipiert und ihm deswegen auf die Finger guckt. Man könnte aber auch annehmen, dass sich der Amtswalter im Prinzip als Walter des allgemeinen und nicht seines persönlichen Interesses versteht. Aber dann bleibt eine Frage der sozialen Konstruktion, als was er denn das

Allgemeine ansieht. Auch dann hilft die Legitimationskette, weil sie ihm klarmacht, in welcher Weise er das Allgemeine interpretieren soll: gerade nicht als sein persönliches partikulares Interesse, und auch nicht als das Interesse der Gruppen, denen er sich besonders zugehörig fühlt.

Dann sind wir glaube ich mittendrin in Ihrem Thema, Herr *Kirste*. Wenn man so anfängt, dann landet man relativ natürlich bei dem, was Sie uns sehr eindrucksvoll vorgeführt haben, nämlich einer Rechtfertigungslehre: Im Prinzip möchten wir es (aus den beschriebenen Gründen) gerne so, aber es kann gegenstehende Gründe geben. Ein denkbarer Grund, zu dem Sie etwas weniger gesagt haben, ist die Sorge, dass die Ergebnisse des Amtshandelns kontraproduktiv werden, wenn wir die Lehre von der Kette durchzusetzen versuchen. Das würde etwa rechtfertigen, warum man der Zentralbank oder anderen Einrichtungen Autonomie gewährt.

Hinnerk Wißmann: Beide Referate haben das sehr weitgefaste Thema stark zugeschnitten und sich auf die klassische Frage der demokratischen Legitimation konzentriert. Sie haben sich dabei nach meiner Wahrnehmung auch selber letztlich klassisch positioniert, nämlich durch Kritik und Gegenkritik der bekannten Rechtsprechung zu den Legitimationsketten. Damit wurden nach meinem Eindruck allerdings auch viele Scheingefechte vorgeführt und weitergeführt, die wir hier seit 30 Jahren kennen und ich bin nicht ganz sicher, ob das tatsächlich die Probleme der Gegenwart und Zukunft vollumfänglich auflöst.

Herr *Kley*, zum einen in Ihre Richtung: Das Modell, dem Sie als Gegner entgegengetreten sind, ist nach meiner sicheren Wahrnehmung niemals so hermetisch gemeint gewesen, wie Sie es hier aufgebaut haben. Ein Faktor, der das gut zeigt, ist die originäre Brechung des Modells durch die Dualität von Bundes- und Landesvolk. Sie haben vielleicht nicht zufällig immer nur vom Bundestag gesprochen. Demokratische Legitimation ist im föderalen Bundesstaat aber mindestens auf zwei Ebenen angesiedelt. Schon deswegen ist es mit bestimmten übersteigerten Vorstellungen einer einheitlichen letztlich vorkonstitutionellen Gewalt so nicht vermittelbar. Meine Frage zu einem Detail wäre: Fällt Ihre Sprachanalyse zu den Urteilen im 83. und 93. Band, die Sie angedeutet haben, und die wir dann in den Fußnoten sicher im Einzelnen nachvollziehen können, denn sehr viel günstiger aus, wenn Sie ganz andere Urteile des Bundesverfassungsgerichts heranziehen – oder haben wir es eher mit einem allgemeinen Problem richterlicher Sprachformen zu tun?

Das Zweite an *Stephan Kirste*: Sein Referat hat ja die klassische Gegenkritik elegant entfaltet, und auch die weiteren Faktoren neben der persönlichen Legitimation aufgerufen. Da bleibt aber, finde ich, eine konstruktive Grundanfrage bestehen. Dem zugrunde liegt doch letztlich eine sehr

enge Vorstellung: Es gibt die gewohnte demokratische Legitimation und dann anderes, aber der demokratische Ursprungsfehler muss dann immer erst ausgeglichen werden. Die Kontrollfrage wäre für dieses sehr klassische Modell: Ist für neue Formen der Verwaltungsorganisation am Ende doch immer die alte Linienverwaltung der Maßstab, bei der man sehr lange suchen muss, bis man sie in reiner Form findet, und alles andere muss sich als grundsätzlich pathologisch davor rechtfertigen? Oder bräuchte es ein Drittes, eine dritte Kontrollgröße? Aus verwaltungsorganisationsrechtlicher Perspektive müsste man wohl sagen, dass auch die Kettenlegitimation von Voraussetzungen lebt, die sie selbst nicht garantieren kann. Und davon habe ich nicht viel gehört. Was ist denn zum Beispiel mit dem Amt, mit Art. 33 GG, mit der Fachlichkeit? Das gehörte vielleicht auch dazu, um ein vollständiges Bild der Verwaltungsorganisation im demokratischen Staat zu gewinnen.

Wolfgang Durner: Beide meiner Punkte betreffen das schöne Referat von Herrn *Kley*. Sie haben ziemlich zu Beginn Ihres Vortrages von den drei Formen der Legitimation, die das Bundesverfassungsgericht ermittelt hatte, die sachliche und die institutionelle gleich ausgesondert, um sich dann vollständig auf die personelle zu konzentrieren und diese – ich würde sagen, mit schweizerischer Gründlichkeit – dekonstruiert, was ich allein schon als Kontrastfolie ungeheuer erfrischend fand. In Ihrer These 19 steht vereinfacht gesprochen: Parlament und Regierung verfügen über volle Legitimation, haben auch hinreichende Einflussmöglichkeiten, die Kette weiterzuführen besteht gar keine Notwendigkeit. Mich würde interessieren, ob diese These Sie nicht auch dazu führen müsste, das deutsche Modell der sachlichen Legitimation ein Stück weit zu hinterfragen. Denn auch die sachliche Legitimation haben wir in Deutschland über den Vorbehalt des Gesetzes ja sehr weit ausgedehnt und letztlich alle Lebenssachverhalte dem Erfordernis gesetzlicher Regelung unterworfen. Dem stand immer ein stärker angelsächsisches Modell gegenüber, in dem der Gesetzgeber intervenieren kann wo er das für erforderlich hält. Mich würde da Ihre Außenperspektive interessieren. Der zweite Punkt ist eher ein Einwand. Er betrifft Ihre Thesen 21 und 24 zu den unabhängigen Regulierungsbehörden. Diese, und namentlich die Zentralbanken – so kann man dort lesen –, bündeln Sachverstand, der ihnen die effektive Regelung ihrer Aufgaben ermöglicht. Legitimiert werden sie über ihren Output und nicht über den Input. Dem Legitimationskettenmodell haben Sie vorgeworfen, dass es nicht ganz lebenswirklich ist. Ich habe mich dagegen gefragt, ob dieses Bild die Lebenswirklichkeit tatsächlich ganz wiedergibt oder ob es nicht unterschlägt, dass oft genug auch die Frage nach dem richtigen Output schon eine politische ist – und ebenso die Frage, wer darüber entscheidet. Ein aktueller Vorgang hat das, glaube

ich, schön verdeutlicht: Die Regierungen von Frankreich und Italien haben vor Kurzem ihr Veto dagegen angekündigt, dass Herr Weidmann, Chef der Bundesbank, Herrn Draghi an der Spitze der EZB nachfolgt. Meinem Eindruck nach wurde das nicht mit mangelndem Sachwissen von Herrn Weidmann begründet. Zeigt nicht dieses ein Beispiel, das es in Ihrem Modell scheinbar gar nicht zu geben scheint, dass oft genug die eigentlich politische Frage eben doch die nach dem Input ist?

Dietrich Murswiek: Wenn wir über Legitimation von Staatsgewalt und Legitimität sprechen, müssen wir uns klar darüber verständigen, welche Ebene wir meinen. Wir können ja von Legitimität im Sinne philosophischer Rechtfertigung von Herrschaft an außerrechtlichen Letztbegründungskriterien sprechen. Wir können von Legitimität im soziologischen Sinne sprechen im Sinne von tatsächlicher Akzeptanz von Herrschaft. Und im juristischen Sinne können wir von Legitimität sprechen, wenn rechtliche – insbesondere verfassungsrechtliche – Legitimitätskriterien erfüllt sind. In Deutschland sind das vor allen Dingen die Anforderungen an die demokratische Legitimation von Herrschaft. Herr *Kirste* hat schon sehr schön zwischen Legitimität und Legitimation im verfahrensspezifischen Sinne unterschieden. Wenn wir also fragen, wann Herrschaft im rechtlichen Sinne legitim ist, dann müssen wir an die vom Recht vorgegebenen Kriterien anknüpfen. In Deutschland ist Art. 20 Abs. 2 GG diejenige Norm, die uns sagt, wann Herrschaft legitim ist, nämlich dann, wenn sie vom Volke ausgeht. Und diese demokratische Grundnorm, die Volkssouveränität, ist auch das, was das Bundesverfassungsgericht mit seiner Legitimationskettendogmatik rekonstruiert. Das ist nichts, was das Bundesverfassungsgericht willkürlich kreiert hat, sondern die Präzisierung dessen, was sich aus Art. 20 Abs. 2 GG ergibt. Wer Legitimationsketten kritisieren will, der sollte nicht einfach das Bundesverfassungsgericht kritisieren, sondern der sollte das Grundgesetz kritisieren. Ich glaube aber, die meisten Staatsrechtler in Deutschland werden davon ausgehen, dass Art. 20 Abs. 2 GG nicht nur für uns verbindlich ist, sondern dass das eine gute und richtige Norm ist, die keiner kritischen Hinterfragung bedarf. Gehen wir davon aus, dann ist Legitimation eindeutig Input-Legitimation. Output-Legitimation ist keine demokratische Legitimation. Deshalb möchte ich zu den unabhängigen Agenturen und insbesondere zur Europäischen Zentralbank sagen: Wenn der Gesetzgeber eine Institution einrichtet, die unabhängig vom Parlament ist und demokratisch nicht kontrolliert wird, dann ist diese nicht demokratisch legitimiert, sondern vielleicht expertokratisch. Das ist eine Art von vorweggenommener Output-Legitimation, die der Gesetzgeber vorgenommen hat. Aber es ist keine demokratische und deshalb ist es bei der rechtlichen Kontrolle notwendig, dass wir die Kompetenzen eines solchen Organs

sehr eng auslegen, damit die Ausnahme vom Demokratieprinzip beschränkt bleibt.

Michael Germann: Herr *Kley*, alle Staatsrechtslehrer mit kirchenrechtlichen Neigungen müssen natürlich ganz begeistert davon sein, dass Sie die Parallele zu einer kirchenrechtlichen Figur hervorgehoben haben, um das Staatsrecht zu deuten. Das Bild von der ununterbrochenen Kette lädt ja auch geradezu ein, diese Parallele herzustellen. Die Plausibilität der Parallele zum römisch-katholischen Verständnis der apostolischen Sukzession wird auch nicht dadurch gemindert, sondern vielleicht gerade gestärkt, dass die römisch-katholische Kirche ganz „unaufgeregt pragmatisch“ damit zurechtkommt, dass die apostolische Sukzession unterwegs auch von Bischöfen verbürgt wird, die sich als gestandene Renaissancefürsten mehr um ihre Kunstsammlungen und ihre Konkubinen gekümmert haben als um die Apostolizität ihres Amtes. Es ist aber auch einen Hinweis wert, dass es im Kirchenrecht noch andere Modelle für die Legitimation des kirchlichen Amtes gibt. Sie werden dann vielleicht nach Genf schauen und nach Zürich – ich schaue nach Wittenberg. Gemeinsam können wir nach Augsburg schauen, wo 1530 im Augsburgischen Bekenntnis ein Amtsmodell formuliert worden ist, das das kirchliche Amt und die apostolische Sukzession eben nicht über ein sakramental in einer ununterbrochenen Kette von Handauflegungen übertragenes Amt verbürgt, sondern in der Apostolizität der Verkündigung selbst: ein ganz anderes Modell. Nun hat die evangelische Theologie hier nicht auf das Amt überhaupt verzichtet, sie bietet also keine charismatische Anarchie als Gegenmodell an, sondern auch sie bindet die Verkündigung an das kirchliche Amt. Sie schreibt es der ganzen Kirche zu und löst das Problem von Legitimation und Legitimität auf andere Weise. Wenn auch hier eine „Berührung“ stattfindet bei der Übertragung des Amtes, besser: beim Anvertrauen des Amtes, nämlich bei der Ordination, ist es eine symbolische Erinnerung und nicht irgendwie mit der Vorstellung verbunden, dass hier das Amtshandeln oder die Person des Ordinierten „verwandelt“ wird. Großartig, wie Sie das mit der Verwandlung herausgearbeitet haben! Doch hier haben wir ein anderes Modell. Die Parallelen darf man nicht übertreiben, die darf man nicht eins zu eins für das Staatsrecht fruchtbar machen wollen. Aber immerhin hat man ein Parallelproblem: Denn nach evangelischem Verständnis ist die Apostolizität der Verkündigung nicht an der Verkündigung selbst sichtbar und nicht aus ihr ableitbar. Ist das nicht eine Parallele zum Gemeinwohl? Das Gemeinwohl ist auch nicht an sich sichtbar, sondern muss entwickelt werden, wie einige hier schon richtig gesagt haben. Geschrieben haben Sie vom „angestrebten Gemeinwohl“. Gesagt haben Sie „das erkennbare Gemeinwohl“. Ich glaube, das ist ein Bruch, ich glaube das geht nicht. Darauf basiert

aber jede Theorie der Output-Legitimation. Wie löst jetzt das evangelische Amtsverständnis dieses Problem? Indem es auf eine solche Definition verzichtet, auf einen solchen Ausweis der Legitimität; indem es sich darauf beschränkt, die Legitimation des Amtes nur an eine „ordnungsgemäße Berufung“ in das Amt zu binden. Nichts von seiner Legitimität ist dem Amt selbst anzusehen, es gibt nur dieses Verfahren des Anvertrauens. Es leistet vor allem die Delegitimation jeder Selbstermächtigung. Ich halte dies für ein wichtiges Element der Legitimation, auch der demokratischen Legitimation. Wie wollen Sie dieses Element einbringen? Das ist mir nicht deutlich geworden. – Ich habe auf möglichst viele Konsonanten verzichtet und trotzdem zu lange gesprochen. Ich bitte um Entschuldigung.

Uwe Volkmann: Zunächst eine Bemerkung zu Herrn *Kley*. Auch ich fand Ihre Erklärung von Legitimation als theologischem Begriff sehr instruktiv und erhellend, aber wir müssen schon sagen, dass Sie auch dem Bundesverfassungsgericht damit doch etwas Unrecht tun. Die heutigen Legitimitätsanforderungen stammen nicht aus dem Kirchenrecht oder irgendwelchen vormodernen Traditionen, sondern sie sind die Folge spezifisch neuzeitlicher Entwicklungen, nämlich der Herauslösung des Menschen aus vorgegebenen Sozialformen und des mit den bürgerlichen Revolutionen des ausgehenden 18. Jahrhunderts verbundenen Individualisierungsschubs. Damit hat sich die Frage nach der Legitimation neu und im Grunde als solche erstmals gestellt. Um nochmals einen bekannten Philosophen zu zitieren: „Frei wird der Mensch geboren und doch liegt er in Ketten [und nicht in Legitimationsketten!]. Wie hat sich diese Umwandlung zugetragen? Das weiß ich nicht. Was kann ihr Rechtmäßigkeit verleihen? Diese Frage, glaube ich, beantworten zu können.“ Das ist die Frage, die am Anfang des modernen Legitimationsdiskurses steht. Und damit haben sich zwei grundsätzliche Verschiebungen ereignet. Einmal wird Legitimation nicht mehr transzendental vorausgesetzt, sondern sie erscheint überhaupt erst einmal als Problem oder als Frage. Und zum zweiten erfolgt die Legitimation nicht mehr von einer vorausgesetzten Gesamtheit oder der Einbindung in einen göttlichen Schöpfungsplan aus, sondern vom Einzelnen und seiner individuellen Freiheit her. Das sind dann doch zwei sehr grundsätzliche Verschiebungen, die der von Ihnen vorgenommenen Parallelisierung entgegenstehen. Verkürzt dargestellt ist meines Erachtens auch die Input-Seite der, nennen wir sie einmal so, Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts. Diese besteht nicht darin, dass irgendwann formal mal ein Parlament gewählt wird und dies dann irgendwie Legitimation vermittelt, sondern sie baut auch sehr stark auf Elemente einer diskursiven Meinungs- und Willensbildung, an die sich die Willensbildung in den verfassten Organen anzuschließen hat. Auch das kann man an verschiedenen Bereichen zeigen:

an der Rechtsprechung zu den Kommunikationsfreiheiten, zu den Medienfreiheiten, zu den politischen Parteien etwa als Zwischenglieder zwischen Volk und Staat. Die entscheidende Frage ist nur, und da wäre ich wieder bei Ihnen, ob wir Legitimation wirklich weiter auf ein inneres Zentrum, auf einen zentralen Ort von Demokratie beziehen sollen, von dem dann alle Legitimation auszugehen hat. Es ist dann aber andererseits die Frage, und das wäre auch meine an *Stephan Kirste*, ob wir demokratische Legitimation dann wirklich nur als ein Problem der Verwaltungsorganisation behandeln können. Oder ob es nicht vielmehr darum ginge, uns den Legitimationsprozess selbst pluraler, vielleicht auch fragmentierter vorzustellen. Ich habe darauf keine gültige Antwort und schwanke hier auch selbst immer wieder. Ich mache nur darauf aufmerksam, dass es von der anderen Seite des Rheins oder hier vielleicht von der anderen Seite der Saar verschiedene Theorieangebote gibt, die gerade darauf zielen, eine solche Pluralität von Willensbildungsprozessen und ein Nebeneinander verschiedener Orte der Bildung des Gemeinwillens zu erfassen. Das ist meines Erachtens die zentrale Frage.

Alexander Somek: Ich habe auch nur eine kleine Anmerkung zum Referat von Herrn *Kley*. Fasziniert bin ich dem Versuch gefolgt, mir die Wiederverzauberung der Legitimationskette vorzustellen, indem Sie mir die politisch-theologischen Grundlagen vorgeführt haben. Ich habe so etwas gern, denn die Wiederverzauberung beruhigt einen irgendwie über die Welt. Sie kommt einem dann nicht mehr ganz so grau und hässlich vor. Und doch war ich von der Analogie nicht ganz überzeugt. Wenn es um die dynastische Sukzession geht, dann ist sie etwas, das – verzeihen Sie, wenn ich das in der Sprache des 19. Jahrhunderts ausdrücke – durch etwas Natürliches vermittelt ist, durch Fortpflanzung. Natürlich gibt es eine Rechtsregel, die da sagt, dass der Erstgeborene übernimmt, aber sie suchen einen natürlichen Akt. Die Welt des modernen Verfassungsrechts ist doch etwas Prosaischeres und sie kommt aus der angloamerikanischen Welt. In der angloamerikanischen Welt ist der Staat nur die Organisation der Interessen der Bürgerinnen und Bürger und sonst nichts. Und daher ist die Auswahl der Amtsträger immer durch eine Entscheidung und nicht durch einen Zeugungsakt vermittelt (und auch nicht durch die Sukzession der Aposteln). Es muss eine Entscheidung sein, weil wir jemanden haben wollen, der dafür verantwortlich ist. Sie haben zu Recht gesagt, dass das Problem entsteht, dass am Ende der Legitimationskette niemand mehr oben die Verantwortung für das übernehmen kann, was geschieht. Aber dieser Zusammenhang von Entscheidung, Auswahl und Verantwortung, darum geht es dabei und ich glaube, da kann man nicht durch Theologie etwas hineingeheimnissen, was nicht drinnen ist. Zweite Bemerkung: Output-Legitimation hat

man früher zumindest in Österreich „Josephinismus“ genannt. Alles für das Volk und nichts durch das Volk. Wenn Sie mit dem Programm ernst machen – und ich will nicht sozusagen von vornherein in Frage stellen, dass man dies machen kann, dass wir demokratische Legitimation auf der einen Seite haben und dann Output-Legitimation vielleicht auf der anderen – dann müssen wir uns die Frage stellen: Mit was für Wesen haben wir es eigentlich zu tun, die froh sind, wenn sie verwaltet werden, die nicht ihre politische Partizipation, sondern die verwaltet sein wollen? Das ist eine Frage, die man dann rechtphilosophisch vertiefen kann. Ich habe es einmal versucht und da müsste man eigentlich weiterdenken. Danke das wäre es schon.

Benjamin Kneih: Eine ganz naiv einfache Frage an Dich, lieber *Stephan*: Warum genügt es eigentlich nicht, wenn, wer auch immer, durch das Gesetz – also durch Parlamentsgesetz – zur Herrschaftsausübung berufen wird und dies dann auch gesetzmäßig tut?

Jörg Luther: Auch ich wollte mich noch einmal herzlich bedanken und eine Anfrage zum Titel machen. Ich hatte erst überlegt, ob man nicht statt „im Kontext der Demokratie“ „als Kontext der Demokratie“ schreiben sollte. Dann habe ich mich gefragt, was denn eigentlich „arbeitsteilige Herrschaftsausübung“ ist und fand in beiden Referaten die begriffliche Frage gut umgangen, was denn „Herrschaftsarbeit“ sein soll. Da bleiben bei mir Fragezeichen. Das ist ein Kritikpunkt. Ein Lob würde ich aus rechtsvergleichender Sicht aussprechen. Es wurde einmal wieder deutlich, dass die deutsche Judikatur und die deutsche Jurisprudenz zum Demokratieprinzip sehr ausdifferenziert sind und als solche viel Beachtung finden. Ich muss Herrn *Kley* insoweit Recht geben, als die Kettentheorie auch in Italien nicht rezipiert wird. Rechtsvergleichend könnte eine allzu lasche und rein formale Anwendung der Kettendemokratie dazu führen, dass viele der 192 Staaten der Vereinten Nationen Demokratien würden. Wenn alle bereits Demokratien wären, könnte es um die Demokratie nicht gut bestellt sein. Speziell in Italien haben wir auch die Frage, ob nicht eine kettendemokratische Legitimationstheorie auch den Zweck haben kann, den Richtern Legitimation abzusprechen und politische Forderungen – zum Beispiel der Lega Nord – nach einer Wahl der Richter zu legitimieren. Kann es neben oder anstelle der demokratischen Legitimation nicht auch eine genuin rechtstaatliche oder autonome Legitimation der Richter geben? Soweit die „funktionale“ Arbeitsteilung. Eine weitere Frage wäre die nach der territorialen Arbeitsteilung. Vor wenigen Jahren wurde in Italien die Verwaltungsstufe der Provinzen radikal reformiert. Die Kreistage und Landräte werden nun nicht mehr vom Volk in den Provinzen direkt, son-

dern nur noch indirekt von Bürgermeisterversammlungen gewählt. Dies ist eine Strukturreform. Es hieß, die italienische Politik und Demokratie kosteten zu viel, man müsse dort Einsparungen vornehmen. Nach der Legitimationstheorie wäre das wohl in Ordnung. Der Europarat hat aber versucht, kritisch die Absenkung des Legitimationsniveaus abzumachen. Zu Herrn *Kirstes* These 39 daher die Frage: Wie würden Sie in einem solchen Fall das Mindestmaß bestimmen und würden Sie den Satz aufrechterhalten, dass es ausreicht, wenn die Absenkung vom demokratischen Gesetzgeber geregelt wird?

Friedrich Schoch: Ich möchte fragen, ob die Demokratiekonzepte, die uns vorgestellt worden sind und die wir hier diskutieren, eigentlich die Verwaltungsaufgaben, mit denen wir es zu tun haben, erfassen können. Mein Stichwort dazu ist „vernetzte Verwaltung“.

Gehen wir linear, eindimensional an die Thematik heran, dann suchen wir, Herr *Volkman*, nach dem archimedischen Punkt, und wir versuchen die Frage der Verwaltungslegitimation auf den Konzepten aufzubauen, die wir hier vernommen haben. Ich habe Zweifel, ob das gelingt. Als Beispiel nehme ich die Innere Sicherheit als staatliche Gesamtaufgabe. Schon sehen wir die erste Splitting zwischen Bund und Ländern. Dann haben wir beim Bund die Unterscheidung zwischen Nachrichtendiensten und Polizei. Auch auf Landesebene trennen wir zwischen Landesverfassungsschutzämtern und Landespolizeien.

Das Antiterrorurteil des Bundesverfassungsgerichts von 2013 hat das Trennungsprinzip entfaltet: organisatorisch vollständig, weil kein Nachrichtendienst der Polizei angeschlossen werden darf; auch funktional, da – zugespitzt – Nachrichtendienste Wissen haben und keine Handlungsbefugnisse, während Polizeien Handlungsbefugnisse und Wissensdefizite haben. Nächster Schritt: Kooperation. Geht das? Hindert ein informationelles Trennungsprinzip? Das Gericht hat die Dinge grundrechtlich entwickelt und nicht, wie lange diskutiert, staatsorganisationsrechtlich. Die Sachaufgaben zur Inneren Sicherheit sind im neuen BKA-Gesetz und in anderen Gesetzen vorgegeben: klare Aufgabenzuweisungen an Bund und Länder ohne umfassende Kooperation, Zuständigkeiten verschiedener Behörden, ohne Einbeziehung der EU. Mit tradierten Legitimationskonzepten ist die Sachaufgabe Innere Sicherheit nicht zu erfassen.

Nun kommt in diesem Bereich ein Punkt hinzu, der noch gar nicht zur Sprache gekommen ist. Das Bundeskriminalamt hat eine Zentralstellenkompetenz, d.h. es gibt eine Vernetzung auch mit anderen Staaten. Wir haben also nicht nur vertikale Verbünde zwischen Bund und Ländern sowie diagonale Verbünde etwa zwischen Nachrichtendiensten des Bundes und Polizeien der Länder, wir haben auch horizontale Verbünde der Sicherheits-

behörden etwa unter den EU-Mitgliedstaaten, die – wie wir wissen – in ihrer Binnenstruktur unterschiedlich organisiert sind, von zentraler Organisation bis hin zu unserem – hier stark vereinfacht skizzierten – System. Die Frage ist: Müssen wir den Aspekt der Verwaltungslegitimation nicht deutlich weiter fassen, wenn die administrativen Sachaufgaben und die Sachaufgabenerledigung in diesem Punkt nicht vernachlässigt werden sollen?

Zum Verwaltungsrecht eher stichwortartig weitere Bereiche: Wenn Sie grenzüberschreitende Planungen, sei es Fachplanung oder räumliche Gesamtplanung, nehmen, stehen Sie vor ähnlichen Dilemmata. Ähnliches gilt etwa mit Blick auf § 43 AufenthG zur Integration von Ausländern; dort agieren nicht nur Bundesbehörden und Landesbehörden, sondern auch Kommunen mit dem Recht der Selbstverwaltung (Autonomie), so dass mehrere Rechtssubjekte handeln und die Frage der Verwaltungslegitimation bei klaren Aufgabenzuweisungen an die kooperierenden Akteure immer neu aufgeworfen werden kann. Zum Schluss noch ein ganz anderer Gedanke: Nach dem ZDF-Urteil des Bundesverfassungsgerichts sitzen nun vermehrt Bürger in den Aufsichtsgremien des ZDF. Ich weiß nicht, ob jemand von Ihnen schon einmal Unterlagen zu solchen Gremiensitzungen sichten konnte. Ich stelle mir vor: Auf der einen Seite sitzt ein hoch professioneller Stab der Intendanz, auf der anderen Seite Laien, die allein von der Flut der Unterlagen von hunderten von Seiten überwältigt sind. Resultat: „Demokratie pur“, aber „Kontrollverlust total“.

Klaus F. Gärditz: Beide Referenten haben das Thema arbeitsteilige Herrschaftsausübung im Kontext der Demokratie auf Legitimationsfragen reduziert. Das ist möglicherweise unterkomplex, hat aber jedenfalls die ganze Diskussion auf Fundamentalfragen zurückgeführt. Eine Anmerkung zum Referat von Herrn *Kley*: Ihre Tendenz, die Diskussion zu entfundamentalisieren ist zwar zu begrüßen, aber vielleicht im Kern dann doch wieder zu fundamentalistisch. Hinter der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die Sie kritisiert haben, stehen ja materielle Sachgründe, die mir eigentlich zu wenig reflektiert scheinen. Erstens: Ein ganz zentraler Sachgrund ist der Schutz der Egalität von Herrschaft. Hinter den Legitimationketten steckt ein Modell, das die formale Gleichheit aller Mitglieder des Legitimationssubjekts sichern soll, indem nämlich jeder unabhängig von seinen Befähigungen gleichen formalen Einfluss auf die ausgeübte Herrschaft hat. Andere Modelle gewährleisten dies nicht. Das ist auch keine Parlamentsidealisation, wie Sie es gesagt haben, sondern es ist einfach eine pragmatische Lösung, weil wir neben dem Parlament keine andere vergleichbare Einheit haben, in der alle Bürgerinnen und Bürger des Landes mit gleicher Stimme Einfluss auf die Herrschaftsausübung nehmen können. Die Mechanismen, die dahinterstehen, sind eigentlich entwickelt

worden, um Verantwortung zu organisieren. Diese Verantwortung geht in Ihrem Modell meines Erachtens verloren. Zweiter Sachgrund: eine Rückanbindung an die Zeitlichkeit von Herrschaft. Die Legitimationskette führt nicht zurück auf ein ewiges Legitimationssubjekt, wie in Ihren theologischen Herrschaftsmodellen. Sie führt zurück auf ein Volk, dessen Zusammensetzung sich beständig ändert, dessen Interessen sich ändern und das durch periodische Wahlen Herrschaft verzeitlicht. Diese Zeitlichkeit muss übersetzt werden und etwas Besseres als eine formale Rückanbindung an das Legitimationssubjekt haben wir dafür nicht. Dritter Sachgrund: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat immer konsequent die Prozeduralität des Gemeinwohls dadurch gesichert. Das Legitimationssubjekt richtet sich eben gegen materiale – meinerwegen republikanische – Gemeinwohlvorstellungen, die etwas Vorgegebenes konstruieren, eine Ontologie voraussetzen und die Erkennbarkeit dieses Gemeinwohls dann in die Hände von Experten legen. Ihr Modell, wenn ihm denn ein materialer Gemeinwohlbegriff zugrunde liegen sollte, endet letzten Endes in der Expertokratie und ist im Kern antipluralistisch. Das Legitimationssubjekt hingegen ist am ehesten in der Lage, die Voraussetzung einer pluralistischen Demokratie abzubilden. Das zeigt sich meines Erachtens besonders deutlich bei den Beispielen, die Sie gebracht haben. Wenn Sie unabhängige Regulierungsbehörden nationaler wie europäischer Art nach Maßgabe des einschlägigen Unionsrechts nehmen, dann greift dort Ihr Argument, dass ja bereits die Gesetzlichkeit eine demokratische Legitimation sichert, gerade nicht, denn die Gesetzlichkeit wurde in diesen Fällen bewusst ausgedünnt. Wenn man die Rechtsprechung des EuGH betrachtet, wird eine gesetzliche Nachverdichtung gerade mit dem Argument ausgeschlossen, die unabhängigen Behörden sollten möglichst frei gestalten können, was die beste Programmierung des jeweils regulierten Marktes ist. Also auch Ihre Beispiele hierfür passen letzten Endes nicht.

Christoph Bezemek: Ich will meinem lieben Freund *Alexander Somek* in zwei Punkten unbedingt die Gefolgschaft leisten. Und dann möchte ich in einem Punkt Widerspruch anmelden, um aber am Schluss das völlig idente Ergebnis zu präsentieren. Lieber Herr *Kley*. Erster Punkt: Meine große Bewunderung für die elegante Art, wie Sie theologische und mythologische Einflüsse hier eingebettet haben. Ich glaube, das war für uns alle denkbar instruktiv. Der zweite Punkt, in dem ich *Alexander Somek* Recht geben mag, betrifft eine Nachfrage zumindest was Ihre These 12 und die strukturelle Gleichsetzung der dynastischen Generationenfolge und des demokratischen Legitimationsbegriffs anlangt. Und hier ist auch der Widerspruch zu *Alexander Somek* verortet. Ich glaube nicht, dass es um die Zeugung geht. Wir haben bei *Kantorowicz* gelernt, dass der König zwei Körper hat. Zeu-

gen tut er nur mit dem einen, aber nicht mit dem, der relevant für den gegebenen Zusammenhang ist. Für den gegebenen Zusammenhang ist das Charisma des Blutes relevant, das Max Weber schon angesprochen hat. Diese mysteriöse Flüssigkeit, die dann in das Gottesgnadentum eingeht oder im Gottesgnadentum aufgeht; das letztlich legitimitätsstiftend insoweit ist, als es sich nicht um eine bloße Kontingenz handelt, also dass der, der zufällig gezeugt wurde, jetzt dann auch herrschen darf, sondern dergestalt, dass ich so etwas wie eine transzendente Legitimation für mich ins Treffen führen kann, wenn ich einen Herrschaftsanspruch artikuliere. Der demokratische Legitimationsbegriff entzaubert das dann. Hier kommt es zu einer Zäsur, weil ich dann zum ersten Mal so etwas wie ein diesseitiges Zurechnungsmoment habe. Dieses diesseitige Zurechnungsmoment erlaubt mir dann auch erstmalig anders als beim Legitimationsbegriff, der auf das Gottesgnadentum rekurriert – James I. hat schon im Basilikon Doron geschrieben: Verantwortlich niemand anderem gegenüber als Gott selbst – so etwas wie Gemeinwohlorientierung. Input und Output sind vor diesem Hintergrund wechselbezügliche Elemente, so scheint es mir. Wenn das wahr ist – und ich glaube am Ende des Tages ist es genau das, was auch *Alexander Somek* gesagt hat –, dann ist in dieser Wechselbezüglichkeit vielleicht in Ihrem Ansatz, Herr *Kley*, die Entzauberung ein Stück weit zu sehr entzaubert worden.

Rolf Gröschner: Ich hatte mich nicht zur Diskussion angemeldet, weil ich mir im Ruhestand auch die Ruhe des Schweigens gönnen wollte. Aber *Uwe Volkmann* hat mich animiert, um nicht zu sagen provoziert, nun doch kurz etwas zu sagen. Er hat unseren guten Herzensrepublikaner Rousseau so individualistisch vorgestellt, dass ich dem unbedingt widersprechen muss. Es geht im „*Contrat social*“, *Uwe Volkmann* weiß es, nicht darum, *la personne et les biens*, die Person und das Vermögen zu schützen – das kommt auch vor, aber nicht als zentrales Thema –, sondern darum, die Freiheit des Naturzustands auch im politischen Zustand durch diese Transformation des Bourgeois in den Citoyen zu erhalten. Das ist Republikanismus im Geiste Rousseaus und *Stephan Kirste* hat wenigstens an einer Stelle seines schönen Referats auch auf Republik in diesem Sinne verwiesen. Vielen Dank. Und es war eine Ausnahme von der Regel, dass ich in Zukunft in dieser Versammlung schweigen werde.

Oliver Lepsius: Herr *Kley* hat die Formate unserer wissenschaftlichen Arbeit durch die Diskursanalyse heute sehr bereichert. Der Verweis auf die Rhetorik dürfte auch methodisch durchaus großes Innovationspotential haben. Dafür möchte ich ganz herzlich danken und die Dekonstruktion der Legitimationskettenrechtsprechung um das Jahr 1990 durch zwei

kontextuelle Aspekte ergänzen. Rechtsprechung entsteht ja nicht zufällig, sondern sie entsteht aus Zufälligkeiten und die wollen wir uns in Erinnerung rufen, zumal wenn wir nachher geneigt sind, zufällige Ergebnisse von Rechtsprechung zu abstrahieren und zu dogmatisieren. Im Jahr 1985 hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im Brokdorf-Beschluss eine Demokratiekonzeption entwickelt, die sehr individualistisch vorgeht, an einen Grundrechtsträger anknüpft, der sich in Gruppen organisiert, ein Modell, das, wenn man so will, presbyterianisch genannt werden kann. Verantwortlich waren protestantische Richter: *Herzog, Hesse, Simon, Katzenstein*. Darauf nun, könnte man sagen, reagierte der Zweite Senat unter Rückgriff auf einen Beitrag von *Böckenförde*, der zuvor im Handbuch des Deutschen Staatsrechts, einem explizit katholischen Projekt, erschienen war. Dieser Beitrag könnte nun als katholischer Gegenentwurf zu einer protestantischen Demokratiekonzeption verstanden werden. Also wenn man den *Kleyschen* Faden aufgreift, dann kann man ihn auch noch sehr gut weiterspinnen. Nun hat sich die Rechtsprechung des Zweiten Senats aufgrund seiner Zuständigkeit für das Staatsorganisationsrecht durchgesetzt und die des Ersten Senates ist von der deutschen Staatsrechtslehre vergessen worden. Insofern haben wir auch im Fundus der Rechtsprechung weit mehr als nur die Legitimationskette, wenn es darum geht, demokratische Strukturen zu dogmatisieren. Es gibt ein Alternativangebot, das wir nur nicht fruchtbar machen. Der zweite Kontext ist der politische Kontext. Um 1990 entbrannte in Deutschland eine Diskussion um die Integration von, wie man das damals nannte, Gastarbeiterkindern, also in Deutschland Geborenen, die hier aufgewachsen sind und ihr Leben hier verbringen werden, aber aufgrund des Staatsbürgerschaftsrechts kein Wahlrecht haben. Es gab keine doppelte Staatsbürgerschaft. Die Voraussetzungen für die Erlangung der deutschen Staatsbürgerschaft waren hoch. Über diese Frage wurde politisch gerungen. Die CDU/FDP-Regierung lehnte eine Reform des Staatsangehörigkeitsrechts ab, während die Rot-Grünen-Regierungen in den Ländern versucht haben, mit den Mitteln des Landeswahlrechts sozusagen experimentell neue Formate auszuprobieren. Und die Tragik ist, dass das Bundesverfassungsgericht es den Ländern verwehrte, durch eine Ummodellierung des Kreises der Wahlberechtigten auf ja bescheidener lokaler Ebene gewissermaßen den Fundus für die Reform des Staatsbürgerrechts zu erweitern. Insofern ist die Parlamentarisierung, die durch die Karlsruher Rechtsprechung aufgeworfen wurde, mit einem Abschließen der politischen Diskussion einhergegangen, weil natürlich im Jahr 1989 niemand damit rechnen konnte, dass die Regierung Helmut Kohl noch bis 1998 eine Reform des Staatsangehörigenrechts verhinderte. Und die damals unterbliebene Reform des Staatsangehörigkeitsrechts ist der politische Preis, den wir heute noch zahlen. Insofern muss die deutsche Staatsrechtslehre vielleicht den Fundus

der Möglichkeiten, die in der Rechtsprechung des Ersten Senates ja durchaus angelegt sind, auch wieder heben, damit wir das ganze Spektrum des verfassungsrechtlich Möglichen wiedererlangen.

Michael Fehling: Beide Referenten haben das Thema sehr beeindruckend theoretisch abstrakt entwickelt. Ehrlich gesagt hätte ich mir aber doch an der einen oder anderen Stelle noch etwas mehr konkreten Problembezug erhofft. Tendenziell hat das, wenn ich es richtig verstanden habe, ja auch Herr *Schoch* schon angemahnt. Ich möchte dafür zwei Beispiele geben: Erstens denke ich an die Rolle des Kraftfahrtbundesamts im Dieselskandal. Scheinbar handelt es sich um ein relativ einfaches Beispiel der klassischen Ministerialverwaltung. Da sind doch eigentlich die demokratischen Legitimationsketten voll funktionsfähig, vom Parlament, über Bundesregierung und Fachminister bis hin zur nachgeordneten Behörde. Demokratisch scheint alles perfekt. Wirklich? Dies führt mich zu meinen ersten Fragen: Ist wirklich dieses Legitimationskettenmodell in allen Fällen so, wie Herr *Engel* das auch anzudeuten schien, eine gute Versicherung gegenüber Amtsmissbrauch? Oder müssen wir gerade auch in diesem Modell Gefahren der Klientelorientierung bis hin zum *agency capture* stärker in den Blick nehmen? Brauchen wir dazu beim Legitimationsniveau zusätzliche, gar gegenläufige Wertungsgesichtspunkte? An *Klaus Gärditz* gewandt: Kann das Legitimationskettenmodell tatsächlich ohne weiteres Egalität sicherstellen oder werden dabei umgekehrt, wie erneut das Beispiel Kraftfahrtbundesamt zeigt, ökonomische Machtfaktoren eher vernachlässigt mit der Folge einer gerade nicht egalitären Entscheidungsbeeinflussung? Mein ganz anderes zweites Beispiel knüpft ein Stück weit an unser Vormittagsthema an. Oftmals hört man bekanntlich die Sorge, mit Wahlen könne man doch gar nichts richtig verändern und die Menschen hätten keinen wirklichen Einfluss auf politische Entscheidungen. Ich glaube, wir müssen solche Sorgen sehr ernst nehmen, gerade damit sie nicht in rassistisches, homophobes und islamfeindliches Denken oder gar Handeln abgleiten, wie wir es jetzt oft erleben. Spiegeln sich in diesen Sorgen, richtig verstanden, nicht in irgendeiner Form auch Legitimationsfragen? Dabei kommen wieder die Probleme des Mehrebenensystems ins Spiel. Werden dadurch Verantwortungsstrukturen so fragmentiert und undurchsichtig, dass die Bürger sich immer mehr ohnmächtig fühlen gegenüber Politik und Verwaltung, bei der sie nicht mehr wissen, wo man Einfluss nehmen kann, auf kommunaler, nationaler oder europäischer Ebene? Auch insoweit scheint mir Bedarf für die Überlegung zu bestehen, ob wir über das formale Legitimationskettenmodell hinaus – vielleicht beim Legitimationsniveau verankert – eben doch auch materielle Korrekturen brauchen, um in Zeiten der Fragmentierung eine substantielle Herrschaftslegitimation begründen zu können.

Ulrich Jan Schröder: Zu Anfang wollte ich kurz anknüpfen an das, was Herr *Schoch* sagte und was Herr *Fehling* fortführte. Ein Verbot der Mischverwaltung wird ja in Bezug auf die Bundesländer untereinander in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht angenommen, aber als Kompensation wird das Gebot der demokratischen Legitimation der Entscheidung dieser mischverwaltenden Gremien besonders hochgehalten. Das kann man zum Beispiel in der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Glückspielkollegium nachlesen. Das scheint mir aber ein bisschen die Quadratur des Zirkels zu sein, denn wenn ein Ländervertreter in einem jeweils nur mit einem Ländervertreter besetzten Kollegium überstimmt wird, was bleibt dann von der demokratischen Legitimation des Landesvolks übrig? Das wäre dann die Probe aufs Exempel von Herrn *Schochs* kritischer Nachfrage. Ich wollte bei Herrn *Kirste* zu dessen Thesen 39 ff. nachfragen, was es denn für Konsequenzen bei der funktionalen Selbstverwaltung hat. Dort braucht man die autonome Legitimation, weil es bei den Selbstverwaltungseinrichtungen begriffswesentlich diese Steuerungsdefizite geben muss. Das macht die Selbstverwaltung gerade aus. Gibt es denn für die Bereiche der Selbstverwaltung einen Verfassungsvorbehalt oder einen Gesetzesvorbehalt? Die Frage zielt nicht auf Instrumente, mit denen man autonome Legitimation sicherstellt oder die sachliche oder personelle Legitimation noch rettet, sondern auf die Lebensbereiche, in denen funktionale Selbstverwaltung walten darf. Besteht für diese ein Verfassungsvorbehalt, wie das in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anklingt? Selbst die Wasserverbände entsprechen irgendwie noch einem normativ geprägten Bild, das wir 1949 vorgefunden haben. Oder gibt es nur einen Gesetzesvorbehalt, so dass auch ein Umbau in mehr mittelbare Staatsverwaltung möglich wäre und wir entsprechend mehr Bedarf an autonomer Legitimation hätten? Und wenn das so wäre, dass es nur einen Gesetzesvorbehalt gäbe, wie verträgt sich das mit dem verfassungsrechtlichen Rang der Repräsentativität unserer Demokratie? Denn wenn wir den Staat auch in funktionale Selbstverwaltungseinheiten umbauen könnten, dann können wir gleich das Volk unmittelbar entscheiden lassen.

Stephan Kirste: Vielen Dank für die zahlreichen Fragen und Anregungen. Es ist ja ein ganz besonderes Privileg, einen Vortrag hier vor der Staatsrechtslehrervereinigung halten zu dürfen. Das Privileg besteht erstens in der Einladung. Zweitens darin, dass man über einen längeren Zeitraum alle anderen Einladungen ablehnen kann und drittens in dem Privileg, dass so viele Anregungen und kritische Nachfragen aus Ihrem Kreis gestellt werden.

Die Aufgabe, die der Vorstand uns Referenten des heutigen Nachmittags gestellt hat, war – abstrakt gesprochen – vier Begriffe zueinander ins Verhältnis zu setzen. „Fragmentierung“ als Generalthema unserer Tagung, „Kontext der Demokratie“ als Thema des heutigen Tages und „Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung“ für den heutigen Nachmittag. Ich habe das versucht, indem ich insbesondere auf die demokratische Legitimation eingegangen bin, aber sub specie der Frage, ob sie der Fragmentierung der Verwaltung etwas entgegensetzen kann. Mein Anliegen war es, zu zeigen, dass der gesellschaftlich veranlassten faktischen Fragmentierung, die jetzt auch verschiedentlich angesprochen worden ist, eine entsprechende Ausdifferenzierung der Binnenstruktur der Verwaltungsorganisationen, insbesondere eine entsprechende Legitimationsdifferenzierung entgegengesetzt werden kann. Also: So sehr differenziert Organisationen faktisch sein müssen, so können sie doch auch durch die Art ihrer Organisation differenzierte Legitimierung herbeiführen und Fragmentierung verhindern. Soweit würde alles auf ein plurales Legitimationsmodell, wie es etwa *Hans-Heinrich Trute* in seinem Beitrag für das Handbuch „Grundlagen des Verwaltungsrechts“ wunderbar entfaltet hat, hinauslaufen. Nur habe ich mir – stärker als diese Ansätze, glaube ich – die Frage gestellt, was deren normative Verankerung ist. Wir kommen dann nicht umhin, festzustellen, dass Art. 20 Abs. 2 GG der zentrale Ort für die Entscheidung der Frage der Legitimation ist. Die maßgebliche Weichenstellung ist dann, wie diese Bestimmung normtheoretisch einzuordnen ist. Verstehe ich sie als Regel, dann ist mit dieser demokratischen Legitimation auch das Meiste, wenn nicht alles schon entschieden und ich kann mich dann nur noch fragen, ob ich die Konkretisierung des Legitimationsmodells durch monistische Theorien und lange Zeit auch durch das Bundesverfassungsgericht akzeptiere, oder ob es noch andere Konkretisierungsmöglichkeiten gibt. Wenn ich hingegen Art. 20 Abs. 2 GG als Prinzip verstehe, so wie es das Bundesverfassungsgericht relativ beiläufig im Lippeverbands-Beschluss nahelegt, dann habe ich doch größere Möglichkeiten, andere Verfassungsprinzipien mit heranzuziehen, andere Verfassungsprinzipien, und dann kann ich meine normative Basis für die Entscheidung der Frage der Legitimierung von Staatsgewalt ausdehnen. Das war mein Bemühen. Ich wollte nicht weitergehen als diese normative Basis, als diese weiteren Verfassungsprinzipien, aber ich bestehe auch darauf, dass ich weitere Verfassungsprinzipien wie das Rechtsstaatsprinzip für die Verwaltungslegitimierung fruchtbar machen kann. Auf diese Weise habe ich dann freilich ein begriffliches Problem, weil die demokratische Legitimation auf Verfahren bezogen ist, die spezifische Bedingungen haben, nämlich erstens vom Staatsvolk ausgehen und zweitens einen bestimmten Diskurs vorschreiben. Deswegen musste ich begrifflich die Sache etwas weiterentwickeln und den Oberbegriff der

Legitimierung bilden, unterhalb dessen ich dann demokratische Legitimation auf der einen Seite und materiale Legitimität und autonome Formen von Legitimation auf der anderen Seite unterscheiden kann. Mir schien – und das zu den Fragen, die selbstverständlich zu Recht angemerkt haben, dass die Sache sehr theoretisch aufgezogen ist –, das der Ort zu sein, an dem die Diskussion zunächst führen ist. Das Gebiet der demokratischen Legitimation ist seit dem Aufschlag von *Roman Herzog*, dem Beitrag von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* im Handbuch des Staatsrechts bzw. seinen Ausführungen zur Richterlegitimation und einem teilweise erheblich abweichenden Ansatz seines Schülers, *Ernst Thomas Emde*, höchst intensiv vermint. Jeder Millimeter Fußbreit droht zu einer Explosion der gesamten Konstruktion zu führen und diese Herausforderung habe ich zunächst auf theoretischer Ebene anzugehen versucht. Es ist richtig, dass dann Beispiele, wie sie von Herrn *Schoch* und von *Michael Fehling* gebracht worden sind, der Prüfstein sind, ob die Konstruktion auch wirklich hält. Einzelne habe ich angeführt. Das vielleicht doch noch mal zum Grundsätzlichen.

Dann will ich die Bemerkung von *Uwe Volkmann* zu Jean-Jacques Rousseau aufgreifen, weil Rousseau nun wirklich mit dem Kettenbild ein entscheidendes Kriterium versinnbildlicht; ich meine, viel besser als das Legitimationskettenmodell. Der Mensch liegt in Ketten, d.h. in den Ketten feudaler Zwänge. Und Rousseaus Konstruktion ist es – *Rolf Gröschner* hat in seinem Einwurf schon darauf hingewiesen – diese Ketten feudaler ungeordneter Herrschaft, denen er ausgeliefert ist, zu lösen und durch den *contrat social* an ein Legitimationssubjekt anzuknüpfen, das eine klare Zuordnung von Verantwortung und Selbstbestimmung vorsieht. Bezogen auf unsere Themenstellung bedeutet das: soll gesellschaftliche Fragmentierung, die zur Ausdifferenzierung der Verwaltung geführt hat, so notwendig sie ist und so faszinierend die Beschreibung der Verselbständigung von Verwaltungseinheiten ist, zu einer Rückkehr zu diesen verworrenen Legitimierungsformen und dazu führen, dass das Individuum abermals in den Ketten verschiedener Herrschaftsausübungen von Experten, aber auch von nicht mehr koordinierten Verwaltungseinheiten liegt? Das ist natürlich eine polemische Frage. Eine Lösung scheint mir nur auf der Grundlage eines normativ und organisatorisch differenzierten Modells der Verwaltungslegitimierung möglich zu sein, das die Potentiale der Ausdifferenzierung der Verwaltung nutzt und mit verfassungsrechtlich möglichen ergänzenden Legitimierungsformen verbindet.

Andreas Kley: Ich profitiere vom gleichen Privileg, das Herr *Kirste* erwähnt hat, dass man als Referent derart interessante, vielseitige Feedbacks und Kritik bekommt. Ich glaube, es ist nötig, Ihnen als erstes eine Erklärung abzugeben, weshalb ich nicht die Schweiz dargestellt habe.

Auch den Rechtsvergleich mit der Schweiz habe ich nicht herangezogen. Als der Vorstand das Thema gestellt hat, habe ich gedacht: ja, interessant. Wir haben am Vorbereitungstreffen darüber gesprochen und es wurde mir bedeutet, dass es um die Frage der demokratischen Legitimation gehe. Mir ist dazu, bezogen auf die Schweiz, nichts eingefallen. Ich habe in unseren Standardwerken nachgeschaut und da kommt der Ausdruck schlicht und einfach nicht vor. Es gibt die Frage der demokratischen Legitimation in der Schweiz in dieser Form nicht, sie ist nicht vorhanden. Dann habe ich fälschlicherweise gedacht: ja, das ist eine schweizerische Spezialität. Wenn man jetzt rechtsvergleichend arbeitet – verschiedene Votanten haben das angemahnt, rechtsvergleichend zu arbeiten –, dann fällt etwa Frankreich mit der Legitimitätsgeschichte der Bourbonen im 19. Jahrhundert in Betracht. Es ist eine schöne Geschichte, aber sie ist vergangen. Aktuell gibt es in Frankreich keine Diskussion, ob die jetzige Regierung legitim ist oder nicht. Sie ist durch die Nationalversammlung gewählt. Der Präsident ist durch eine Volkswahl bestimmt. Es gibt keine wissenschaftliche Diskussion über die demokratische Legitimation. Das Gleiche gilt auch in Österreich. In Europa haben wir eine demokratische Legitimationswüste; ausgenommen Deutschland, das eine sehr fruchtbare Oase von Legitimationsfragen ist, das ist mir aufgefallen. Damit hatte ich das Thema gefunden. Es ist ein sehr deutsches Thema. Das hängt, wie ich erwähnt habe, mit der deutschen Geschichte zusammen. Es ist auch ein wichtiges Thema, aber aus ausländischer Sicht ist es eben auffällig, wie exzessiv und geradezu rechnerisch-fanatisch diese Frage behandelt wird. Was die doppelte Mehrheit angeht, habe ich Mühe, nachzuvollziehen, dass eine Behörde, die mit der doppelten Mehrheit bestellt worden ist, besser arbeitet als eine Behörde ohne doppelte Mehrheit. Das scheint mir doch etwas übertrieben zu sein. Ich gebe gerne zu, dass meine Kritik gewisse Aspekte weggelassen hat. Ich wollte damit meinen Standpunkt deutlich machen. Selbstverständlich muss man das, was ich gesagt habe, relativieren. Es gibt noch die anderen Legitimationsformen; nicht nur die personelle, das ist klar. Die institutionelle und die sachliche, die haben auch eine grosse Bedeutung.

In Ihren Stellungnahmen kam es zur Kritik an der Output-Legitimation. Ist das überhaupt eine Legitimation? Und dann, wenn wir den Output betrachten, wie können wir das Gemeinwohl feststellen? Das ist tatsächlich ein größeres Problem. Beim Gemeinwohl schwebt mir vor dem geistigen Auge vor allem die Frage der Zentralbank oder EZB vor. Die Entwicklung im 20. Jahrhundert zeigt, dass die Vermeidung von Hyperinflation erste und höchste Aufgabe der Zentralbank ist. Aus diesem Grunde hat man die Zentralbank aus dem politischen Kontext herausgenommen. Sie ist eben nicht von der Legitimationskette erfasst, weil deren Unabhängigkeit tatsächlich sachgerechtere Ergebnisse hervorbringt. Ich denke, man dürfte diese Über-

legung auch für die europäischen Agenturen machen. Die haben ihre Unabhängigkeit deshalb, weil sie gegen den Willen der Staaten oder den Willen von Verwaltungen ihre Aufgabe durchziehen müssen, beispielsweise zeigt das die Frontex-Agentur. Man will hier eben Defizite in den staatlichen Verwaltungen überbrücken. Das geht nur mit politischer Unabhängigkeit in den Fällen, in denen ein Sachziel erreicht werden soll. Ich gebe zu, dass hier ein großer Diskussionsbedarf besteht. Die Legitimationskette – das sei hervorgehoben – ist relativ dünn und wird schwach, wenn sie lang wird. Die deutsche Legitimationskette ist ausgesprochen lang, da sie tief in die Verwaltung hinabreicht. Und damit vermindert sich ihre Tragkraft und auch die Überzeugungskraft, dass die letzten Akte der niederen Beamten demokratisch legitimiert sind. Wie kann man das Problem lösen? Meine Antwort ist: Die Legitimationskette lasse ich bestehen, aber sie hat nur zwei Glieder. Volk–Bundestag und Bundestag–Regierung und dann ist sie beendet. Ich würde dann eben nicht mehr von Kette sprechen, sondern vom wichtigsten demokratischen Mechanismus, der in sämtlichen Verfassungsstaaten in Europa greift. In den anderen europäischen Staaten genügen die Parlamentswahl, allenfalls noch die Regierungswahl und allfällige direktdemokratische Instrumente. Eine weitere Diskussion um die Legitimation ist damit unnötig. Das ist auffällig. Ich wiederhole mich, aber es ist wirklich auffällig, vom Ausland her zu sehen, wie intensiv diese Frage in Deutschland diskutiert wird. Für meinen Geschmack ist es nachgerade unangenehm, auch etwas gefährlich, dass man bei sehr banalen Alltagsfragen auf absolut grundlegende Fragen der Organisation des Staates rekurriert. Ich halte das für keine fruchtbare Sache. Ich halte es sogar für gefährlich. Natürlich gibt es Staatskrisen, da muss man grundlegend diskutieren. Es ist selbstverständlich nicht verboten, über die staatsphilosophischen Grundlagen zu diskutieren, aber ich würde nicht bei jeder Gelegenheit die grundlegende Frage stellen, ob dieser Staat noch demokratisch ist. Ich sage von außen gesehen: Selbstverständlich ist Deutschland demokratisch. Es gibt darüber gar keine ernsthafte Diskussion.

Verschiedene Votanten haben noch etwas Anderes hervorgehoben: Die linguistische Analyse der Gerichtsurteile. Ich habe das Thema zugespielt. Es ist klar: Ich habe ein einziges Urteil des Bundesverfassungsgerichts analysiert. Dort ist auffällig, dass eine obrigkeitstaatliche Sprache in einem Urteil erscheint, das die demokratische Legitimation behandelt. Es ist ein gewisser Widerspruch. Bei den entsprechenden Fragen muss ich natürlich sagen, dass die Analyse sehr ähnlich wäre, wenn wir alle Urteile des Bundesverfassungsgerichts und auch Urteile der Verwaltungsgerichte nähmen. Es ist gerichtsnotorisch, dass ein bestimmter Sprachtypus vorherrscht. Wir merken das als Juristen gar nicht mehr; wir haben das Bewusstsein insofern ausgeschaltet. Wir sind Juristen und gebrauchen diese Worte als seien sie

selbstverständlich. Diese Worte, diese Art von Hoheitlichkeit, die uns entgegentritt, ist alles andere als selbstverständlich. Ich finde es eben beachtlich, dass das Bundesverfassungsgericht diesen Pleonasmus „ununterbrochene Legitimationskette“ benutzt. Das stört mich richtiggehend. Wenn man nur von Legitimationskette spricht, ist das in Ordnung, und das kann man sagen. Aber eine ununterbrochene Kette ist Unsinn. Es ist ein weißer Schimmel, ja klar, aber der wird nicht weißer und die Kette wird nicht stärken, wenn sie ununterbrochen ist. Es ist begriffsimmanent, dass sie ununterbrochen ist. Und das wird auch klar durch Papst Leo den XIII., der eben das Gegenteil gesagt hat, dass die anglikanische Sukzession unterbrochen ist. Sie ist unterbrochen, das darf man sagen. Aber eine ununterbrochene Kette gibt es nicht. Entweder ist sie ganz, oder, wenn sie nicht ganz ist, dann sind es zwei Ketten oder es sind zerschlagene Glieder. Diese Auffälligkeit hat mich dazu geführt, dass ich als Ausländer das Bundesverfassungsgericht vielleicht etwas harsch kritisiert habe. Man könnte noch viel sagen, ich glaube, es gibt sicher noch Gelegenheit hier und anderorts.

Matthias Jestaedt: Gestatten Sie mir zum Abschluss unserer Diskussion noch den Hinweis auf das österreichische Staatswappen. Daran lässt sich meines Erachtens *e contrario* recht treffend erläutern, was eine ununterbrochene Kette ist. Ihnen allen aber darf ich ganz herzlich für die Aussprache danken.

II. Fragmentierungen im Öffentlichen Recht

Dritter Beratungsgegenstand:

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht

1. Referat von *Stefan Griller*, Salzburg

Inhalt

| | Seite |
|--|-------|
| I. Themeneingrenzung | 238 |
| II. Drei Beispiele statt vieler | 239 |
| 1. Vorrang des EU-Rechts | 239 |
| 2. Grundrechtsschutz in der EU und in den Vereinten Nationen | 243 |
| 3. Targeted Killing | 244 |
| III. Fragmentierungsgründe | 245 |
| 1. Zum Rechtsbegriff | 245 |
| a) Grundlegendes | 245 |
| b) Die Rolle der Gerechtigkeit | 248 |
| 2. Normative Beziehungen zwischen Rechtsordnungen und Teilrechtsordnungen | 250 |
| a) Ausgewählte Theoreme | 250 |
| b) Fragmentierungspotenziale | 255 |
| c) Fragmentierung des Völkerrechts – ein verwandtes Phänomen | 265 |
| 3. Juristische Methodenlehre | 268 |
| a) Grundlegung: Rechtswissenschaft | 268 |
| b) Juristische „Methoden“ | 269 |
| c) Sprachphilosophisches | 271 |
| d) Nutzenanwendung: Unterschiede zwischen „Sprach- gemeinschaften“ | 273 |
| IV. Vom Umgang mit Fragmentierungen | 277 |
| 1. Statt eines Epilogs | 277 |
| 2. Eindämmungsstrategien | 277 |
| a) Klassische Kollisionsregeln | 277 |
| b) Rechtsvergleichung | 277 |

| | |
|-----------------------------------|-----|
| c) Hierarchievermeidung | 278 |
| d) Kooperation | 279 |

I. Themeneingrenzung

„Fragmentierungen“ sind, in einer umgangssprachlichen Annäherung, Zerteilungen, in Fragmente Zerlegtes. An themeneinschlägigen Diskursen beteiligen sich insbesondere Rechtswissenschaftler, aber auch gesetzgebende und vollziehende Organe im weitesten Sinne, einschließlich Gerichte. Das Thema wird als Suche nach Gründen für Fragmentierungen in den Diskursen im internationalen Recht, nämlich im Völkerrecht und Europarecht, und im nationalen Recht aufgefasst.¹

Fragmentierungen, nämlich unvollständige, oft aneinander vorbeilaufende Diskurse mit dann divergierenden Auffassungen zu gleichen oder ähnlichen Rechtsfragen gibt es nicht nur zwischen, sondern auch innerhalb aller angesprochenen Rechts- oder Teilrechtsordnungen.² Die im Thema angesprochenen Fragmentierungen dürften sich davon nur graduell unterscheiden.

Dennoch geht es hier primär um Fragmentierungen, die vornehmlich oder mindestens vermeintlich durch den je unterschiedlichen Kontext, nämlich zum einen im internationalen, und zum anderen im nationalen Recht, oder in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen, verursacht oder wesentlich geformt werden. Für die knapp 200 Staaten der Welt, das Allgemeine Völkerrecht und die multilateralen völkerrechtlichen Teilordnungen, namentlich die etwa 250 internationalen staatlichen Organisationen, kommt man auf weit mehr als 10 Millionen Kombinationspaare.³

¹ Ob es vor der Fragmentierung ein „Ganzes“ gab, bleibt umgangssprachlich wie im Thema vage. Ein solches „ehemaliges Ganzes“ wird hier nicht postuliert. Vielmehr sei als Gegenstand der Fragmentierungen der Diskurs über gleiche oder ähnliche Rechtsfragen abgegrenzt, vor allem wenn er zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, häufig unter Vernachlässigung von Aspekten, die im „Nachbardiskurs“ wichtig erscheinen. Freilich mag man Diskursfragmentierungen auch ohne einen solchen Gegenstandsbezug, gleichsam auf der Metaebene, als durch die unterschiedliche „Natur“ der Rechtsordnungen verursacht sehen, was ebenfalls angesprochen werden soll.

² Dies ist geradezu der typische Fall von Auseinandersetzungen im und über das Recht, an deren Ende sich allenfalls einer der Standpunkte durch rechtskräftige Entscheidung, anerkannte Übung oder Entwicklung einer herrschenden Lehre „durchsetzt“.

³ Auf die genauen Zahlen kommt es hier nicht an, ebenso wenig wie auf den korrekten Einsatz der Kombinatorik, insb. ob der Berechnung etwa ein Binomial- oder ein anderer Koeffizient zugrunde zu legen ist, oder ob neben Paaren auch alle Gruppenkombinationen zu bedenken wären.

Daher muss es hier auf *typische* Ursachen und mögliche Abhilfen ankommen.⁴ Angesichts der angesprochenen Vielschichtigkeit meint dieser Autor, nur Leitlinien identifizieren, keinesfalls aber als juristischer Herkules⁵ für alles eine Lösung oder mindestens einen Lösungsweg anbieten zu können.

II. Drei Beispiele statt vieler

1. Vorrang des EU-Rechts

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gilt der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, also die Verdrängung entgegenstehenden nationalen Rechts durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht,⁶ umfassend, d. h. ohne jeden Vorbehalt auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht.⁷

⁴ Angesichts der immer intensiveren Vernetzung sowohl auf der Ebene der Wissenschaft als auch der Rechtspraxis ist der im Thema angedeutete Befund auch Zweifeln ausgesetzt; auf allen Ebenen gibt es Bestrebungen, Fragmentierungen gar nicht erst eintreten zu lassen. Sind sie dennoch zu konstatieren, geht das Thema mit allfälligen „Heilungschancen“ ähnlich offen wie mit der Existenz eines „ehemaligen Ganzen“ um. Solche Chancen sind daher ebenso anzuspüren wie Fragmentierungsgefahren. Weder diese noch jene bieten aber eine scharfe Trennlinie zu ähnlichen Phänomenen innerhalb einer einzigen Ordnung.

⁵ Eine solche, freilich „übermenschliche“ Figur kreierte *Dworkin* nichtsdestotrotz mit dem Anspruch, ein von menschlichen Schwächen freier Jurist könne immer die eine zutreffende Lösung finden: *Ronald Dworkin Taking Rights Seriously*, 1977, 105 ff. Selbst innerhalb ein und derselben Rechtsordnung, wie das Thema von *Dworkin* primär angesprochen wird, ist der Standpunkt nicht überzeugend, schon aus methodischen Gründen.

⁶ Früher „Gemeinschaftsrecht“; vgl. Rs. 106/77, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629, Rn. 17/18: Nach dem „Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts (haben) die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane [...] nicht nur zur Folge, dass allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch [...], daß ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären.“

Klarstellend später Rs. C-10/97 bis C-22/97, *IN.CO.GE.'90 u.a.*, Slg. 1998, I-6324, Rn. 21: „Entgegen dem Vorbringen der Kommission kann [...] aus dem Urteil *Simmenthal* nicht hergeleitet werden, 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.“

⁷ Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125, Rn. 3: Es könne „die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung oder deren Geltung in einem Mitgliedstaat nicht berühren, wenn geltend gemacht wird, die Grundrechte in der ihnen von der Verfassung dieses Staates gegebenen Gestalt oder die Strukturprinzipien der nationalen Verfassung seien verletzt.“

Im Gegensatz dazu gilt dieser Vorrang nach Auffassung des BVerfG – sowie zunehmend weiterer nationaler Höchstgerichte in der EU⁸ – nicht schrankenlos. Vielmehr verbleibt den Mitgliedstaaten, vor allem deren Höchstgerichten, eine Kontrollkompetenz. Diese dient vor allem dem Schutz des „Kerngehalts“ oder der „Identität“ der nationalen Verfassung,⁹ namentlich der Wahrung eines hinreichenden Grundrechtsschutzniveaus¹⁰

Aus jüngerer Zeit insb. Rs. C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 56 ff.

Freilich verschließt sich der EuGH der Anordnung des Art. 4 Abs. 2 EUV nicht, die „jeweilige nationale Identität“ zu achten, was unter Umständen auch zu unterschiedlichen Beschränkungen von Unionsrecht in verschiedenen Mitgliedstaaten führen kann, so zum Beispiel in Rs. C-208/09, Sayn-Wittgenstein, ECLI:EU:C:2010:806, Slg. 2010 I-13693, Rn. 91 ff. Dies dient trotz der Rechtfertigung unterschiedlicher Rechtsfolgen gleichzeitig der Fragmentierungsvermeidung im Sinne einer Zusammenführung des EU-rechtlichen und nationalen Diskurses, ist aber auf die Grundlage im EUV und nicht etwa in der nationalen Verfassung gestützt. Diese erscheint als EU-rechtlich relevantes Faktum. Vgl. aber auch unten Fn. 92.

⁸ Einige Beispiele unten im Text nach Fn. 78.

⁹ So bereits ausführlich im Solange-II-Beschluss, BVerfGE 73, 339 (375 f.): „Die Ermächtigung auf Grund des Art. 24 Abs. 1 GG ist indessen nicht ohne verfassungsrechtliche Grenzen. Die Vorschrift ermächtigt nicht dazu, im Wege der Einräumung von Hoheitsrechten für zwischenstaatliche Einrichtungen die Identität der geltenden Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen, aufzugeben [...]. Dies gilt namentlich für Rechtssetzungsakte der zwischenstaatlichen Einrichtung, die, gegebenenfalls zufolge entsprechender Auslegung oder Fortbildung des zugrundeliegenden Vertragsrechts, wesentliche Strukturen des Grundgesetzes aushöhlten“.

Aus jüngerer Zeit insb. im Lissabon-Urteil des Zweiten Senats vom 30.6.2009, BVerfGE 123, 267 (353 Rn. 240) m.w.N.: es müsse möglich sein „die Integrationsverantwortung im Fall von ersichtlichen Grenzüberschreitungen bei Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die Europäische Union [...] und zur Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes im Rahmen einer Identitätskontrolle einfordern zu können [...]. Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür bereits den Weg der Ultra-vires-Kontrolle eröffnet [...]. Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist, prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 2 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV-Lissabon) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten [vgl. BVerfGE 58, 1 (30 f.); 75, 223 (235, 242); 89, 155 (188): dort zum sogenannten ausbrechenden Rechtsakt]. Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist [vgl. BVerfGE 113, 273 (296)].“

¹⁰ Etwa – in „Umkehrung“ des Solange-I-Beschlusses, BVerfGE 37, 271 – im Solange-II-Beschluss, BVerfGE 73, 339 (375 f.): „Ein unverzichtbares, zum Grundgefüge der geltenden Verfassung gehörendes Essentiale sind jedenfalls die Rechtsprinzipien, die dem Grundrechtsteil des Grundgesetzes zugrundeliegen [...] Art. 24 Abs. 1 GG gestattet nicht vorbehaltlos, diese Rechtsprinzipien zu relativieren. Sofern und soweit mithin einer zwischenstaatlichen Einrichtung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG Hoheitsgewalt eingeräumt

sowie der Vermeidung „ausbrechender“, nämlich krass kompetenzüberschreitender abgeleiteter Rechtsakte.¹¹ Im Extremfall könnte dies zur Unanwendbarkeit des EU-Rechtsakts im nationalen Recht führen.

wird, die im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland den Wesensgehalt der vom Grundgesetz anerkannten Grundrechte zu beeinträchtigen in der Lage ist, muß, wenn damit der nach Maßgabe des Grundgesetzes bestehende Rechtsschutz entfallen soll, statt dessen eine Grundrechtsgeltung gewährleistet sein, die nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im wesentlichen gleichkommt.“ Seit diesem Beschluss verzichtet das BVerfG (auf Widerruf) auf die Kontrolle von sekundärem Gemeinschaftsrecht, indem es im Ergebnis die Zulässigkeit der Überprüfung von sekundärem Unionsrecht von dessen qualifizierter Rechtswidrigkeit abhängig macht – und damit die Frage der Zulässigkeit und der Begründetheit einer Beschwerde vermerkt (387): „Solange die Europäischen Gemeinschaften [...] einen wirksamen Schutz der Grundrechte [...] generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht [...] nicht mehr ausüben [...]; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig.“

Im Wesentlichen bestätigt wurde das im Maastricht-Urteil, BVerfGE 89, 155 (174 f.), und – im Sinne einer Reduktion der Kontrolldichte – weiter entwickelt in der Entscheidung zur Bananenmarktordnung, BVerfGE 102, 147 (164 Rn. 61): „Den verfassungsrechtlichen Erfordernissen ist [...] genügt, wenn die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt.“ Um Erfolg zu haben müsste eine Verfassungsbeschwerde „im Einzelnen darlegen, dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist“ (164 Rn. 62).

¹¹ Schon im Maastricht-Urteil, BVerfGE 89, 155 (210), führt das BVerfG, unter Betonung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und dem Fehlen einer Kompetenz-Kompetenz der Union und der Gemeinschaften aus, „daß der Unions-Vertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.“

Auch diesbezüglich hat das Gericht die Kontrolldichte später reduziert, insb. in Honeywell, BVerfGE 126, 286. Dem EuGH wird „Rechtsfortbildung im Wege methodisch gebundener Rechtsprechung“ zugestanden (305 Rn. 62, vergleiche auch 306 Rn. 64). Eine wesentliche Grenze dafür bilde das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Ferner müsse „die Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht zurückhaltend ausgeübt werden. [...] Dies bedeutet zum einen, dass die unionseigenen Methoden der Rechtsfindung, an die sich der Gerichtshof gebunden sieht und die der ‚Eigenart‘ der Verträge und den ihnen eigenen Zielen Rechnung tragen (vgl. EuGH, Gutachten 1/91, EWR-Abkommen, Slg. 1991, S. I-6079 Rn. 51), zu respektieren sind. Zum anderen hat der Gerichtshof Anspruch auf Fehlertoleranz. Daher ist es nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, bei Auslegungsfragen des Unionsrechts, die bei methodischer Gesetzesauslegung im üblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen zu verschiedenen Ergebnissen führen

Aus der Flut an Beispielen für daraus resultierende Diskursbrüche sei hier stellvertretend der Fall *Åkerberg Fransson*¹² herausgegriffen.¹³ Die in unserem Zusammenhang wichtige Vorfrage war, ob der EuGH angesichts des Umstands, dass in einem Fall von Mehrwertsteuerhinterziehung keine Sanktion konkret EU-rechtlich angeordnet war, überhaupt zuständig war, über das strittige Doppelbestrafungsverbot (Art. 50 GRC) zu entscheiden. Dies bejahte der EuGH.¹⁴ Insgesamt liege bei der Durchführung von Strafverfahren wegen Mehrwertsteuerhinterziehung „Durchführung“ des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta vor,¹⁵ was zur Folge

können, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen. Hinzunehmen sind auch Interpretationen der vertraglichen Grundlagen, die sich ohne gewichtige Verschiebung im Kompetenzgefüge auf Einzelfälle beschränken und belastende Wirkungen auf Grundrechte entweder nicht entstehen lassen oder einem innerstaatlichen Ausgleich solcher Belastungen nicht entgegenstehen.“ (Rn. 66). Ein Fehler des EuGH könne überdies nur aufgegriffen werden, wenn es sich um eine „das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in offensichtlicher und strukturwirksamer Weise verletzende Überschreitung der durch Zustimmungsgesetz auf die Europäische Union übertragenen Hoheitsrechte“ handle (Rn. 68).

¹² Rs. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105. Der EuGH hatte auf Vorlage eines schwedischen Gerichts zu entscheiden, ob das in Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) verankerte Doppelbestrafungsverbot verletzt ist, wenn in einem Fall von Mehrwertsteuerhinterziehung sowohl eine strafgerichtliche als auch eine verwaltungsrechtliche (steuerrechtliche) Strafe verhängt wird.

¹³ Von ähnlicher Qualität wie im Text behandelt sind aus jüngerer Zeit die der Kompetenzabgrenzung und -überschreitung auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Währungsunion zuzuordnenden Fälle. Das sind v.a. der ESM-Fall: EuGH, Rs. C-370/12, Pringle, ECLI:EU:C:2012:756 – BVerfGE 135, 317; der OMT-Fall: EuGH, Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400 – BVerfGE 142, 123; nunmehr die Vorlage des BVerfG betreffend das „Quantitative Easing“-Programm der EZB zum Ankauf von Staatsanleihen: BVerfG, Beschluss vom 18.7.2017, 2 BvR 859/15.

¹⁴ Den dagegen vorgebrachten Einwand, eine „Durchführung“ von Unionsrecht im Sinne von Art. 51 GRC liege nicht vor, verwarf der EuGH. Er verwies auf Art. 6 Absatz 1 EUV, wonach die Charta u.a. „unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten Erläuterungen“ auszulegen ist. In diesen wird ausdrücklich ausgeführt, die Mitgliedstaaten seien an die Grundrechte gebunden, „wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln“, was über die Durchführung im engeren Sinn, nämlich die Umsetzung von EU-rechtlichen Gebotenem, hinausreicht. So Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 19 ff.

Die Mitgliedstaaten seien verpflichtet, alle Vorschriften zu erlassen, um die Einhebung der Mehrwertsteuer zu gewährleisten und Betrug zu bekämpfen; detaillierte Begründung in Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 25 f.

¹⁵ Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 27. Dass die Sanktionsvorschriften nicht unmittelbar der Umsetzung der Mehrwertsteuerrichtlinie dienen, vermochte daran nichts zu ändern. Allerdings hielt der Gerichtshof fest, dass insoweit das Handeln der Mitgliedstaaten nicht vollständig durch Unionsrecht bestimmt wird, was es ermögliche, auch nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, soweit dies

habe, dass die Kumulierung zweier strafrechtlicher Sanktionen – wobei es wesentlich auf den Schweregrad der Sanktion ankommt – unzulässig sei.

Das BVerfG hat darauf in seinem Urteil zur Einrichtung einer Antiterrordatei¹⁶ „geantwortet“. Der Verneinung einer etwaigen Vorlagepflicht zur Klärung der Grundrechtskonformität einer solchen Maßnahme meinte das Gericht hinzufügen zu müssen, selbst nach *Åkerberg Fransson* reiche nicht „jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrecht oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses“ aus, um den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta zu eröffnen.¹⁷

2. Grundrechtsschutz in der EU und in den Vereinten Nationen

In *Kadi* war der EuGH mit der Beschwerde der Grundrechtswidrigkeit des Einfrierens von Bankguthaben befasst.¹⁸

Die Kollision zwischen der UN-rechtlichen Verpflichtung zum Einfrieren der Gelder und den EU-rechtlich geschützten Grundrechten des Herrn *Kadi*, der keine Möglichkeit gehabt hatte, sich in einem fairen, gerichtsförmigen Verfahren gegen die Anschuldigungen zur Wehr zu setzen, entschied der EuGH zu Gunsten des Vorrangs des EU-Grundrechtsschutzes und

ohne Beeinträchtigung des Unionsrechts und unter Einhaltung der Vorlagepflicht möglich ist (Rn. 28 ff.).

¹⁶ BVerfGE 133, 277 (313 Rn. 88 ff.).

¹⁷ BVerfGE 133, 277 (316 Rn. 91): Der Entscheidung in *Åkerberg Fransson* dürfe „keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte [...]. Insofern darf die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechtecharta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrecht oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche“.

¹⁸ Dies geschah durch eine EU-Verordnung, in Umsetzung einer Resolution des Welticherheitsrates der Vereinten Nationen. Alle Staaten sind demnach verpflichtet, Gelder von Al-Qaida-Mitgliedern und Sympathisanten einzufrieren, genauer der namentlich im Anhang genannten Personen und Einrichtungen. Dort fand sich (bis 5.10.2012) auch Herr *Kadi*. Er hatte die erwähnte EU-Umsetzungsverordnung bekämpft, welche der Bank die Freigabe verwehrte. Siehe insb. verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351.

Die ganze „Kadi-Saga“ kann hier nicht dargestellt werden, sondern wird bloß themenspezifisch ausgewertet. Siehe insb. auch noch Rs. T-315/01, Yassin Abdullah Kadi, ECLI:EU:T:2005:332, Slg. 2005, II-3649; Rs. T-85/09, Yassin Abdullah Kadi, ECLI:EU:T:2010:418, Slg. 2010, II-5177; verbundene Rs. C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, Yassin Abdullah Kadi, ECLI:EU:C:2013:518.

damit zu Lasten des Sicherheitsratsbeschlusses. Er erklärte die EU-Verordnung für nichtig.¹⁹

Internationale Übereinkünfte könnten die „Autonomie des Rechtssystems“²⁰ der Union nicht beeinträchtigen, und damit auch nicht ihre Verfassungsgrundsätze. Dazu zähle auch der unionsrechtliche Grundrechtsschutz.²¹

3. Targeted Killing

Im Anschluss an die terroristische Attacke auf das World Trade Center am 11. September 2001 hat sich die Debatte über die Rechtmäßigkeit staatlich angeordneter Tötungen von Individuen ohne vorangegangenen Strafprozess, keineswegs nur, aber besonders wenn die Handlung außerhalb des eigenen Territoriums zur Bekämpfung des Terrorismus stattfindet, erheblich intensiviert.²² Maßstab der Prüfung waren und sind namentlich die völkerrechtlichen Normen über den Einsatz von Gewalt durch Staaten, insbesondere zwischen Staaten, das Humanitäre Völkerrecht, und der Schutz der Grundrechte. Festzustellen ist, dass die zunächst hinsichtlich der Rechtmäßigkeit sehr kritische Beurteilung – insbesondere von präventiven Tötun-

¹⁹ Dies trotz des einschlägigen Art. 103 der Satzung der Vereinten Nationen: „Widersprechen sich die Verpflichtungen von Mitgliedern der Vereinten Nationen aus dieser Charta und ihre Verpflichtungen aus anderen internationalen Übereinkünften, so haben die Verpflichtungen aus dieser Charta Vorrang.“

²⁰ Verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 282. Ferner zur Autonomiethese in diesem Judikat Rn. 316 f.

²¹ Nämlich „der Grundsatz [...], dass alle Handlungen der Gemeinschaft die Menschenrechte achten müssen, da die Achtung dieser Rechte eine Voraussetzung für ihre Rechtmäßigkeit ist, die der Gerichtshof im Rahmen des umfassenden Systems von Rechtsbehelfen, das dieser Vertrag schafft, überprüfen muss.“: Verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 285.

²² Für eine ausführliche Diskussion *Nils Melzer Targeted Killing in International Law*, 2008 m.w.N. Er behandelt in Kapitel II (9 ff.) unter der Überschrift „Current Trend towards Legitimization“ die jüngere Staatenpraxis in Deutschland, der Schweiz, dem Vereinigten Königreich, Israel und der Vereinigten Staaten von Amerika.

Vgl. ferner statt vieler *Philipp Alston Study on targeted killing*, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, UN GA, A/HRC/14/24/Add.6, 2010; *Saby Ghoshray Targeted Killing in International Law: Searching for Rights in the Shadow of 9/11*, *Ind. International & Comparative Law Review*, Bd. 24/2, 2014, 356 ff.; *Susanne Krasmann Targeted Killing and Its Law: On a Mutually Constitutive Relationship*, *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 665 ff.; *Christian Schaller Gezielte Tötungen: Eine völkerrechtliche Betrachtung*, in: Peter Rudolf/Christian Schaller „Targeted Killing“. Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielter Tötens in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung, 2012, 11 ff.

gen von „Zivilisten“²³ – der diesbezüglichen Staatenpraxis in der Literatur zunehmend einer legitimierenden Diskussion gewichen ist. Dies schließt Bemühungen ein, den skizzierten normativen Rahmen durch ein neues „Paradigma“ speziell für extraterritoriale Terrorismusbekämpfung weiterzuentwickeln bzw. zu ersetzen, das auf eine erhebliche Ausdehnung des Selbstverteidigungsrechts zielt.²⁴

III. Fragmentierungsgründe

1. Zum Rechtsbegriff

a) Grundlegendes

Der Blick aufs Recht wird wesentlich durch Gegenstandsabgrenzung und Erkenntnisinteresse geleitet. Es macht einen Unterschied, ob ein positivistischer oder naturrechtlicher Rechtsbegriff, ob Verstehen und Anwenden des Rechts, ob andere Ziele gewählt werden.²⁵

Dieser Autor folgt hinsichtlich des Rechtsbegriffs *Hans Kelsen*,²⁶ was vereinfacht bedeutet: Recht ist ein System von Normen, die von Menschen

²³ Die Anführungszeichen sollen die besondere Schwierigkeit andeuten, die daraus entsteht, dass Terroristen in der Regel keine Kombattanten im Sinne des Kriegsrechts sind, und daher grundsätzlich nach dessen Regeln nur während direkter Teilnahme an Feindseligkeiten angegriffen werden dürfen. Überdies muss die Maßnahme nach den Genfer Konventionen einen Verhältnismäßigkeitstest bestehen.

²⁴ Dieser Autor folgt diesbezüglich im Wesentlichen den sorgfältigen Analysen von *Alston Targeted killing* (Fn. 22), Rn. 29 ff.; *Christine Gray International Law and the Use of Force*, 3. Aufl. 2008; sowie *Melzer Targeted Killing* (Fn. 22), insb. 44 ff. Vgl. ferner, mit ähnlicher Beurteilung, *Betsy Jose Bin Laden's targeted killing and emerging norms*, *Critical Studies on Terrorism* 10 (2017), 44.

Selbstverständlich hängt es von der Zustimmung zu diesem Befund ab, ob das Beispiel für die in diesem Beitrag gezogenen Schlüsse vor allem über die Weiterentwicklung des Völkerrechts passend ist oder nicht.

Im Übrigen lässt die zitierte Literatur vermuten, dass es einen wesentlichen Unterschied für die – auch völkerrechtliche – Rechtmäßigkeitsbeurteilung in verschiedenen Ländern, anders gesagt: für die Fragmentierung des Diskurses zwischen diesen macht, welcher Standard des Grundrechtsschutzes nach den je unterschiedlichen nationalen oder auch EU-rechtlichen Regelungen zu beachten ist. Das legt unter anderem ein Vergleich der Diskussionen in Deutschland, Israel und den USA nahe. Nach Auffassung dieses Autors wäre das ein vertiefungswürdiges Forschungsfeld.

²⁵ An dieser Stelle geht es nicht darum, die möglichen Unterschiede im Detail zu entwickeln, sondern die Konsequenzen für den rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Diskurs und eventuelle Fragmentierungen herauszuarbeiten.

²⁶ Etwa *Hans Kelsen* *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, insb. 3 ff., 31 ff. Siehe dazu aus der jüngeren Lit. insb. *Heinz Peter Rill* *Grundlegende Fragen bei der Entwicklung eines Rechtsbegriffs*, in: *Stefan Griller/Heinz Peter Rill* (Gesamtred.) *Rechtstheorie. Rechtsbe-*

für Menschen gesetzt sowie im Großen und Ganzen zwangsbewehrt und effektiv sind. Eine Norm ist der Sinn eines menschlichen Willensaktes, der auf das Verhalten anderer gerichtet ist, indem er dieses gebietet, verbietet oder erlaubt.²⁷ Der Rechtsbegriff dient gleichzeitig zur Abgrenzung des Gegenstands der Rechtswissenschaft. Diese Grundlegung, vor allem der für sie wesentliche Begriff der Norm, wird auch von namhaften Kritikern des Positivismus „für die tägliche Arbeit“ nicht fundamental in Frage gestellt.²⁸

Hier lohnt es, innezuhalten. Auch wenn die gängigen Definitionen des Rechts und von Rechtsordnungen den Anspruch umfassender Relevanz erheben, sind sie doch vornehmlich für staatliches Recht entwickelt worden. Gegen die Rechtsqualität des Völkerrechts wurden demgegenüber häufig Bedenken wegen seiner vergleichsweise geringeren Effektivität und Zwangsbewehrtheit vorgebracht.²⁹ Auch wer, wie dieser Autor, der wohl vorherrschenden Auffassung folgt, dass dezentrale und graduell weniger effiziente Rechtsdurchsetzung³⁰ keine Gründe sind, die Rechtsqualität zu verneinen, kommt doch nicht umhin, dem Thema im Zusammenhang mit Fragmentierungen von Diskursen Aufmerksamkeit zu schenken. Einflussreiche Schulen im völkerrechtlichen Diskurs betonen, dieses sei weniger ein bestehendes Regelsystem, in dem Normen einerseits anzuwenden sind und andererseits abgeändert werden können. Vielmehr handle es sich eher um einen beständigen „Prozess“ der Erzeugung und Veränderung von Recht,³¹ der unter anderem die Dichotomie zwischen *lex lata* und *lex ferenda* als „falsch“ erscheinen lässt.³² Es gehe mehr um Entscheidungen zur Verwirklichung von Werten, als um die Einhaltung von Regeln. Dies

griff – Dynamik – Auslegung, 2011, 1; *Clemens Jabloner* Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen, ebd., 21.

Zu weiteren positivistischen Ansätzen statt vieler jüngst *Michael Potacs* Rechtstheorie, 2015, 27 ff.

²⁷ *Hans Kelsen* Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979, 1 ff. Freilich sind die Nuancen zahlreich, und vieles im Detail strittig: vgl. etwa *Karl Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, 240 ff. m.w.N.

²⁸ Statt vieler *Franz Bydlinski* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 177 ff., 299 ff.; *Robert Alexy* Begriff und Geltung des Rechts, 3. Aufl. 2011.

²⁹ Statt vieler zu dieser Diskussion – und mit dem auch oben im Text vertretenen Ergebnis – *H.L.A. Hart* The Concept of Law, 3. Aufl. 2012, 213 ff. m.w.N.

³⁰ Gemeint ist in der Regel: weniger als im Allgemeinen innerhalb staatlicher Rechtsordnungen.

³¹ Insb. *Rosalyn Higgins* Problems and Process. International Law and How We Use it, 1994, 1 ff., mit ausführlicher Diskussion auch kontroverser Positionen. Vgl. ferner zur gesamten Diskussion *Antonio Cassese* International Law, 2. Aufl. 2005, 12 f.; *James Crawford* Brownlie's Principles of Public International Law, 8. Aufl. 2012, 6 ff., 18 f.; *Malcolm N. Shaw* International Law, 8. Aufl. 2017, Kapitel 2, alle m.w.N.

³² *Higgins* International Law (Fn. 31), 10.

mag man als „apologetischen“ Ansatz kritisieren,³³ insoweit der rechtswissenschaftliche Diskurs dann vornehmlich das legitimiert, was Völkerrechtssubjekte im Zuge dieses Prozesses tun. Freilich kann die entgegengesetzte Position, Regeln aus „höheren Prinzipien“ wie Gerechtigkeit usw. abzuleiten, demgegenüber als „utopisch“ kritisiert werden, insoweit die Faktenbasis aus der Staatenpraxis fehlt oder spärlich ist. Letztlich erscheint dies als Spielart der alten Auseinandersetzung zwischen Positivismus und Naturrecht,³⁴ trotz aller Nuancen, welche den Blick behindern mögen. Die starke Verbindung der Völkerrechtsdoktrin mit der Staatenpraxis erscheint der Orientierung am positiven Recht geschuldet, welches sich spezifisch gerade in dieser Praxis manifestiert.

Damit eng verbunden, aber dennoch ein Thema mit Eigengewicht ist, dass das Völkergewohnheitsrecht³⁵ als Rechtsquelle ohne formalisiertes Erzeugungsverfahren eine, pointiert ausgedrückt, „Einladung zum Rechtsbruch“ enthält.³⁶ insoweit die beiden Elemente Gewohnheit und Rechtsüberzeugung für diese Rechtsquelle konstitutiv sind, und die Gewohnheit durch allgemeine Übung nachzuweisen ist, kann die Abweichung von der Übung, etwa getragen von der Überzeugung, dass konkret besondere Rechtfertigungsgründe dafür bestehen, zur Bildung von neuem Gewohnheitsrecht, auch *contra legem*, führen.

Diese das Allgemeine Völkerrecht mindestens graduell auszeichnende Besonderheit mag die skizzierte Tendenz in der Einschätzung des „Targeted Killing“³⁷ erklären.³⁸ Im nationalen Recht, aber auch im Europarecht wäre eine derartige, geradezu harmonische „Parallelentwicklung“ zwischen sich

³³ Ausführlich und mit vielen Hinweisen auf die reiche Literatur zum Folgenden *Martti Koskeniemi* *From Apology to Utopia*, 2005, 158 ff., insb. 182 ff.

Vgl. zum Thema ferner etwa die Kontroverse zwischen *Christian Hillgruber* *Braucht das Völkerrecht eine Völkerrechtswissenschaftstheorie?*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.) *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 113, und *Ulrich Haltern* *Die nackte Wahrheit über eine theoriefeindliche Völkerrechtswissenschaft*, ebendort 133, beide m.w.N.

³⁴ Dies erwägt auch *Koskeniemi* *From Apology* (Fn. 33) an mehreren Stellen, insb. 164 f., 218 ff., 616.

³⁵ Art. 38 Abs. 1. des Statuts des IGH.

³⁶ *Higgins* *International Law* (Fn. 31), 18 ff.; *Hillgruber* *Völkerrechtswissenschaftstheorie* (Fn. 33), 123 ff. Interessante, ergänzende Perspektiven bei *Matthias Herdegen* *The Dynamics of International Law in a Globalised World*, 2016, 47 ff., 57 ff. m.w.N.

³⁷ Siehe oben im Text bei und nach Fn. 22.

³⁸ Zahlreiche andere Beispiele lassen sich finden. So lässt sich etwa am Beispiel Österreichs nach dem EU-Beitritt eine schleichende Erosion der immerwährenden Neutralität dartun, bei der innerstaatliche und völkerrechtliche Entwicklung durchaus auseinandergehen. Vgl. dazu statt vieler *Stefan Griller* *Die GASP und das Ende der immerwährenden Neutralität*, in: *Waldemar Hummer* (Hrsg.) *Rechtsfragen in der Anwendung des Amsterdamer Vertrages*, 2001, 261 (272 ff.); *Kirsten Schmalenbach*, *Unionsrecht und Neutralität*, in: *Stefan Griller/Arno Kahl/Benjamin Kneih/Walter Obwexer* (Hrsg.) *20 Jahre EU-Mitglied-*

verstetigender, zunächst heftig kritizierter Staatenpraxis und zunehmender Akzeptanz in der Literatur kaum in gleicher Weise vorstellbar. Damit soll keine leicht identifizierbare qualitative Divergenz behauptet werden. Mindestens aber sind die graduellen Unterschiede so erheblich, dass von einer Fragmentierung der Diskurskultur gesprochen werden kann,³⁹ die mit der unterschiedlichen Nuancierung des Rechtsbegriffs zusammenhängt.

b) *Die Rolle der Gerechtigkeit*

Kontrovers ist die hier vertretene positivistische Definition des Rechts heute hauptsächlich wegen der sog. Trennungsthese, also der Trennung von Recht und Moral. Diese sei nicht durchzuhalten.⁴⁰ Der grundlegende Disput im theoretischen Ansatz – verkürzend: Werte gegen Normen – dürfte nicht unerheblich zu den tatsächlichen Fragmentierungstendenzen (auch) zwischen internationalem und nationalem Recht⁴¹ beitragen. So dürfte mindestens im deutschsprachigen Raum eine unbefangene Berufung auf die Durchsetzung von „übergeordneten Werten“ gegenüber dem positiven Recht nicht in ähnlicher Weise möglich sein wie in der angesprochenen völkerrechtlichen Diskussion.⁴²

schaft Österreichs, 2015, 291 ff. – auf 305 ff. unter anderem auch zur Teilnahme an militärischen Friedensmissionen, die Teil eines solchen Änderungsprozesses sein dürften.

³⁹ Es wurde auch schon darauf hingewiesen, dass sich diese Unterschiede auch in den Diskursen verschiedener Staaten, wahrscheinlich abhängig von dem dort gegebenen normativen Kontext, nachvollziehen lassen; siehe oben Fn. 24.

⁴⁰ Pars pro toto *Alexy* Begriff (Fn. 28), 39 ff.; *Bydlinski* Methodenlehre (Fn. 28), 277 ff.; *Larenz* Methodenlehre (Fn. 27), 73 ff.

Auch wenn es selten ausgesprochen wird geht es dabei regelmäßig um die Relevanz (oder eben nicht) so genannten überpositiven, etwa durch göttliche Autorität, Vorgaben der Natur (Naturrecht) oder der Vernunft (Vernunftrecht) legitimierten und gleichermaßen – oder sogar vorrangig – verbindlichen Rechts. Vgl. dazu auch *Potacs* Rechtstheorie (Fn. 26), 18 ff., der hier eine Grenze zur Rechtsphilosophie ziehen will. Zur kritischen Diskussion der Trennungsthese *Rill* Rechtsbegriff (Fn. 26), 15 ff.

⁴¹ Wobei das Europarecht angesichts seiner Dichte und seines Sanktionssystems dem staatlichen Recht näher steht als dem allgemeinen Völkerrecht. Im Vergleich zur dort immer noch weitgehend freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht in der EU eine obligatorische und sachlich umfassende Zuständigkeit des EuGH (Art. 258 ff. AEUV) samt in jüngerer Zeit verschärfter Sanktionsmöglichkeit (Pauschal- und Zwangsgelder gem. Art. 260 Abs. 2 AEUV, und Beschleunigung bei fehlender RL-Umsetzung gem. Art. 260 Abs. 3 AEUV).

⁴² Siehe oben im Text nach Fn. 31.

Wer es für zulässig oder gar geboten hält, in den Rechtsbegriff Gerechtigkeitsmaßstäbe einzubauen, wird einen anderen Standpunkt gegenüber Abweichungen vom „Buchstaben des Gesetzes“ einnehmen als Positivisten, die nur im positiven Recht nachweisbare Werte rechtlich akzeptieren mögen. Wenn krasses „gesetzliches Unrecht“ keine Geltung erlangen soll, oder in anderen mehr oder weniger außergewöhnlichen Situationen die Geltung „positiven Rechts“ verneint werden kann, hat das selbstverständlich Einfluss auf die Lösung

Das gilt etwa (auch) für die Anhänger der einflussreichen Auffassung, welche „Gerechtigkeit“ nicht primär als von subjektiven Wertungen getragene Setzung, sondern als intersubjektiv valides und operationales Prinzip begreift,⁴³ innerhalb dessen aus der zentralen Idee von Fairness typisch grundrechtliche Garantien wie Demokratie, Gleichheit und Freiheit einen zentralen Platz haben. Verwandt ist insoweit die Prinzipienlehre, welche die zwingende Herleitung von „richtigen“ Entscheidungen mindestens praeter, bisweilen aber auch contra legem für möglich hält.⁴⁴

Sicher geht es auch hier um graduelle Unterschiede. Grundsätzlich steht zu vermuten, dass die unterschiedlichen Plätze, die der Gerechtigkeit nicht nur im Rechtsbegriff, sondern auch in der Anwendung des Rechts zugewiesen werden, von den Gerichten so gut wie nie, und in der rechtswissenschaftlichen Debatte zu konkreten Auslegungsthemen nur sehr selten offengelegt werden. All dies macht die hier gewagte Diagnose, wonach der Rechtsbegriff samt Gerechtigkeitsidee wesentlichen Einfluss auf themeneinschlägige Diskursverläufe hat, riskant, aber nicht weniger relevant. Die unterschiedliche Rolle in verschiedenen Rechts- und damit auch Sprachgemeinschaften⁴⁵ dürfte die Fragmentierung der Diskurse über die Grenzen wesentlich beeinflussen.

„Beweise“ dafür sind, wegen der erwähnten Scheu vieler Juristen und auch Gerichte, sich zu Grundsatzfragen explizit zu äußern, schwer zu erbringen. Die These sei hier dennoch gewagt und „induktiv“ durch Verweis auf den Fall *Kadi*⁴⁶ gestützt. Dort hat sich der EuGH weder zur theoretischen Konzeption des Verhältnisses zwischen Europarecht und Völker-

konkreter Rechtsfragen. Überdies legt ein solcher Zugang eine „gerechtigkeitskonforme“ Auslegung des geltenden Rechts nahe, um solche Ergebnisse zu vermeiden.

Als Stellvertreter der beiden zitierten Positionen seien hier *Radbruch* und *Bydlinski* zitiert. *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, 346 (zuerst: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 [1946], 105 [107]): „[W]o Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“ *Bydlinski* Methodenlehre (Fn. 28), 277 f., 335 ff., 369 ff. m.w.N.

⁴³ Statt vieler, und besonders elaboriert *John Rawls* *A Theory of Justice*, 1971. Vergleiche dazu auch die aufschlussreiche „Hintergrundinformation“ in *John Rawls* *Lecture on the History of Political Philosophy*, 2007.

⁴⁴ *Dworkin* (Fn. 5) insb. 22 ff. Zur Diskussion statt vieler *Stefan Griller* *Der Rechtsbegriff bei Ronald Dworkin*, in: *Stefan Griller/Heinz Peter Rill* (Gesamtred.) *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, 2011, 56 ff. m.w.N.

⁴⁵ Dazu unten im Text nach Fn. 148.

⁴⁶ Oben bei Fn. 18.

recht, noch zum Begriff des Rechts oder der Gerechtigkeitsidee geäußert. Dennoch erweist sich seine Entscheidung wegen der Durchsetzung der „Gerechtigkeitswerte“ des fairen Verfahrens und der Unverletzlichkeit des Eigentums gegenüber dem insoweit defizitären UN-Sicherheitsratsbeschluss als besonders überzeugend.⁴⁷ Das gibt dem Urteil eine starke „materielle Rechtfertigung“. Diese stützt, ohne dass dies explizit gemacht würde, die dualistische Grundthese des EuGH. Auch diese legt er nicht offen, sondern leitet stattdessen sein Ergebnis geradezu „trocken“ aus dem Schutz der Grundrechte im EU-Primärrecht, der höchsten für ihn gültigen Normenordnung, ab. Die sich daraus ergebende Fragmentierung, nämlich die grundsätzlich nicht infrage gestellte völkerrechtliche Verbindlichkeit des Sicherheitsratsbeschlusses, die unverbunden neben der Umsetzungsverweigerung zurückbleibt, nimmt der Gerichtshof in Kauf.⁴⁸

Wenn die These stimmt, haben zwei gleichermaßen unausgesprochene theoretische Grundkonzepte die Entscheidung und damit auch die Fragmentierung wesentlich beeinflusst: einerseits eine dualistische Position zum Verhältnis Europarecht – Völkerrecht, andererseits ein wertaufgeladener Verfassungs- und Rechtsbegriff des EuGH.⁴⁹

2. Normative Beziehungen zwischen Rechtsordnungen und Teilrechtsordnungen

a) Ausgewählte Theoreme

aa) Monismus – Dualismus

Das Verhältnis zwischen Rechtssystemen (Rechtsordnungen, Normenordnungen) kann, vereinfacht ausgedrückt, nach dem Geltungsgrund und einer allfälligen Über-/Unterordnungsrelation folgendermaßen begriffen werden:⁵⁰

⁴⁷ Die Parallele zum Start der sogenannten Solange-Judikatur durch das BVerfG (oben Fn. 10) ist offensichtlich.

⁴⁸ Er verdeckt sie sogar durch die anfechtbare Behauptung, die Aufhebung der EU-Verordnung würde „nicht den völkerrechtlichen Vorrang der betreffenden Resolution in Frage stellen“: Verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-6351, Rn. 288.

⁴⁹ Es drängt sich geradezu der Hinweis auf Art. 19 Abs. 1 EUV auf, der bisweilen als Ermächtigung zur „Überschreitung“ des positiven Rechts begriffen wird: „Er sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge.“

⁵⁰ Die Literatur ist uferlos. Hier eine Auswahl der Klassiker und neuerer Debatten: *Dionisio Anzilotti* Lehrbuch des Völkerrechts, 1929, insb. 36 ff.; *Georg Dahm* Völkerrecht I, 1958, 53 ff.; *Paul Guggenheim* Lehrbuch des Völkerrechts I, 1948, 19 ff.; *Higgins* International Law (Fn. 31), 205 ff.; *Helen Keller* Rezeption des Völkerrechts, 2003; *Hans Kelsen* Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, insb. 102 ff.,

- monistisch, nämlich mit einem einheitlichen Geltungsgrund, der alle Normen des Rechtssystems legitimiert; dies zunächst für die Relation zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht mit zwei Spielarten:
 - mit Primat des Völkerrechts, so dass das staatliche Recht als durch das Völkerrecht eingesetzt (delegiert) gesehen wird,
 - mit Primat des staatlichen Rechts, mit der umgekehrten Delegationskonstruktion; für mehrere (oder alle) staatliche Rechtsordnungen gedacht ist das genau genommen nicht monistisch, sondern „pluralistisch“;⁵¹
- dualistisch, nämlich mit zwei verschiedenen Geltungsgründen für das Völkerrecht und für das staatliche Recht;⁵² es handelt sich dann um zwei verschiedene Rechtsordnungen, deren Beziehungen zueinander durch der jeweiligen Ordnung zugehörige Normen geregelt werden; gibt es solche Regeln nicht, sind die Normen der anderen Rechtsordnung „irrelevant“.

Diese Auffassungen lassen sich auch auf das Europarecht, hier verstanden als das Recht der EU, übertragen. Diesbezüglich ist auch die Beziehung zum (allgemeinen) Völkerrecht zu bestimmen, und es wäre denkbar,

120 ff., 151 ff., 204 ff.; *Kelsen* Reine Rechtslehre (Fn. 26), insb. 328 ff.; *Karl. J. Partsch* Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre, BDGV 6 (1964); *Walter Rudolf* Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, 128 ff.; *Heinrich Triepel* Völkerrecht und Landesrecht, 1899, insb. 111 ff.; *Alfred Verdross* Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923, 36 ff., 162; *Alfred Verdross* Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926, 33 ff.; *Heinz Wagner* Monismus und Dualismus: eine methodenkritische Betrachtung zum Theorienstreit, AöR 89 (1964), 212; *Gustav Adolf Walz* Völkerrecht und staatliches Recht, 1933 1 ff., 11 ff., 40 ff., 64 ff., 104 ff.

Zur Auffassung dieses Autors *Stefan Griller* Völkerrecht und Landesrecht – unter Berücksichtigung des Europarechts, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.) Hans Kelsen und das Völkerrecht. Ergebnisse eines internationalen Symposiums in Wien (1. – 2. April 2004), 2004, 83 ff. m.w.N.

⁵¹ *Walz* Völkerrecht (Fn. 50), 40 spricht von „pseudomonistisch“.

⁵² Nach *Kelsen* Souveränität (Fn. 50), 123 fordert die „Einheit des Erkenntnisgegenstandes [...] gebieterisch eine monistische Anschauung“. Die dualistische Konstruktion sei „schon rein logisch unhaltbar“; vgl. ferner *Kelsen* Reine Rechtslehre (Fn. 26), 329, 332 f. Aus der jüngeren Literatur mit der gleichen Stoßrichtung insb. *Heinz Peter Rill*, Internationales, supranationales und nationales Recht – eine Einheit, Gedenkschrift Robert Walter, 2013, 679; differenziert *Paul Gragl* The Pure Theory of Law and Legal Monism – Epistemological Truth and Empirical Plausibility, ZöR 70 (2015), 665, m.w.N.

Dieser Autor ist anderer Auffassung: *Griller* Völkerrecht (Fn. 50), 87 ff. m.w.N.

in der einen Richtung eine monistische und in der anderen eine dualistische Auffassung zu diagnostizieren.⁵³

ab) Verfassungsppluralismus

Die Monismus-Dualismus-Debatte und ihre Aktualität wird heute teils ignoriert, teils gelehnet,⁵⁴ und durch neuere Rekonstruktionsversuche des Verhältnisses von Normenordnungen zueinander ersetzt. Zu nennen sind vor allem die Idee vom Verfassungsppluralismus und vom Mehrebenen-system.⁵⁵ Gemeinsam haben beide die Vorstellung eines hierarchiefreien Mit-

⁵³ Angesichts der Judikaturentwicklung erscheint das ernsthaft vertretbar; statt vieler zur Relation EU-Recht–Völkerrecht *Grainne De Búrca* The ECJ and the international legal order: a reevaluation, in: dies./J. H. H. Weiler (Hrsg.) *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, 105 (118 ff., insb. 119: „robustly dualist“); *Bodo Fassbender* Triage in Luxemburg, DÖV 2010, 333.

Hingegen war es lange Zeit „gängig“, das Verhältnis EU-Recht – staatliches Recht, trotz der Vorbehalte nationaler Verfassungsgerichte, und namentlich entgegen der Diskussion in Deutschland, als monistisch mit Primat des Europarechts zu konstruieren. Statt vieler der ehemalige Präsident des EuGH, *Rodríguez Iglesias* Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 1997, 289 (295): Die Schranken der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten zeigten „die tiefe Verzahnung von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, mit anderen Worten: eine wechselseitige Durchdringung, die eine Intensität ohne Parallele erreicht hat. Ich bin überzeugt, [...] daß eine dualistische Betrachtung des Verhältnisses beider Rechtsordnungen dieser tiefen Verzahnung nicht gerecht wird.“

⁵⁴ Statt vieler *Armin von Bogdandy* Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law, I•CON, Bd. 6 (2008), 397 (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’.“; *Alexander Somek* Monism: A Tale of the Undead, in: *Matej Avbelj/Jan Komárek* (Hrsg.) *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 2012, 343 ff.: „Monism is dead“ (344), „Dualism as Confused Monism“ (348 ff.).

⁵⁵ Freilich gibt es viele weitere Ansätze mit ähnlicher Stoßrichtung, die hier nicht näher verfolgt werden können. Vergleiche etwa *Christoph Schreuer* Die Behandlung internationaler Organakte durch staatliche Gerichte, 1977, insb. 173 ff. Auch er sucht Alternativen zu Monismus und Dualismus, und erwägt eine Lösung über Zuständigkeitskonstruktionen. Allfällige Konflikte wären dann nicht nach grundsätzlichen dogmatischen Überlegungen, sondern „nach den Erfordernissen der besonderen Umstände“ zu beantworten (180). Dazu die Kritik bei *Stefan Griller* Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen, 1989, 360 ff.

einander, in dem Widersprüche durch wechselseitige Rücksichtnahme und/oder praktische Vernunft vermieden oder aufgelöst werden.⁵⁶

Nach den – hier etwas vereinfachten, in Wahrheit sehr verzweigten – Grundgedanken des Verfassungsppluralismus⁵⁷ sollte das Zusammenspiel mehrerer Normenordnungen, insbesondere von Völkerrecht und nationalem Recht, aber auch Europarecht und nationalem Recht, auf der Basis eines liberalen demokratischen Konstitutionalismus und in einem Ausgleich zwischen konkurrierenden Prinzipien stattfinden. Diese leitenden Prinzipien sollten insbesondere Rechtsstaatlichkeit, Subsidiarität, Demokratie und Grundrechtsschutz sein.⁵⁸ Konflikte bzw. vermeintliche Konflikte sollten nicht unter Orientierung an Über- und Unterordnungskonstruktionen, son-

⁵⁶ Zum Verfassungsverbund sogleich. Trotz der postulierten Hierarchiefreiheit plädieren seine Vertreter für die strikte Beachtung des Anwendungsvorrangs.

⁵⁷ Aus der inzwischen sehr reichen und diversen Literatur vergleiche nur von *Bogdandy* Pluralism (Fn. 54), 397; *Julio Baquero Cruz* The Legacy of the Maastricht Urteil and the Pluralist Movement, *European Law Journal* 14 (2008), 389; *Giulio Itzcovich* Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts, *European Law Journal* 18 (2012), 358; *Matthias Kumm* The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, *European Law Journal* 11 (2005), 262; *Franz C. Mayer* Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, *VVDStRL* 75 (2016), 7 (28 ff.); *Miguel Pinares Maduro* Contrapunctal Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in: Neil Walker (Hrsg.) *Sovereignty in Transition*, 2003, 501; *Neil Walker* The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review* 2002, 317; *Neil Walker* Constitutional Pluralism Revisited, *European Law Journal* 22 (2016), 333.

Sehr skeptisch inzwischen *Julio Baquero Cruz* Another Look at Constitutional Pluralism in the European Union, *European Law Journal* 22 (2016), 356 (368 ff.): „Somebody once wrote that we need false ideas because they are dynamic and generate movement, [...] Constitutional pluralism was exactly this sort of false idea. It came. It stirred things up, to the point where it amounted to a proposal to subvert integration and the very structure of law. But its force is now spent. We should turn to something else.“

Zu weiterer Kritik *Mayer* Verfassung (Fn. 57), 35 f. Den weltweiten Kontext und verwandte Phänomene innerhalb einzelner Rechtsordnungen diskutiert *Herdegen* Dynamics (Fn. 36), 143 ff. m.w.N.

⁵⁸ Vgl. etwa zur EU *Kumm* Jurisprudence (Fn. 57), 282 ff. („From Ultimate Legal Rules to the Principle of Fit“), 304 ff. Die Leistungsfähigkeit des „Constitutionalism Beyond the State“ (CBS) fasst er folgendermaßen zusammen: „First, it addresses questions of constitutional conflict by asking: what are the conflict rules that are best calculated to realise the ideals underlying legal practice in the European Union and its Member States? Second, it claims that there is no one absolute principle [...]. On closer analysis there are four potentially competing principles in play: the formal principle of legality, jurisdictional principles of subsidiarity, the procedural principle of democracy, and substantive principle of the protection of basic rights or reasonableness. The realisation of these principles is a question of degree [...]. Any set of conflict rules must be the result of striking a balance between these competing principles that realises each of them optimally, given legal and factual constraints.“

dern unter dem Gesichtspunkt der Optimierung von Prinzipien („best fit“) entschieden werden.

ac) Verfassungsverbund

Federführend hat *Ingolf Pernice* die Idee vom „Europäischen Verfassungsverbund“⁵⁹ entwickelt, nicht zuletzt als Gegenkonzept zum „Staatenverbund“⁶⁰ des BVerfG. „Europäisches und nationales Verfassungsrecht bilden zwei Ebenen eines materiellrechtlich, funktional und institutionell zu einer Einheit verbundenen Systems.“⁶¹ Die Verfassung der EU sei ein Prozess, das deutsche Zustimmungsgesetz nicht der Rechtsanwendungsbefehl für das EU-Recht, „wohl aber Form der Teilnahme am europäischen Gesellschaftsvertrag über die Verfassung, deren Normen aus sich heraus unmittelbar gegenüber dem Bürger gelten.“⁶² Das Bild von getrennten, autonomen Rechtsordnungen wird verworfen. Vielmehr sind europäische und nationale Verfassungen „Teilordnungen eines einheitlichen Systems [...], das für jeden Einzelfall letztlich eine rechtliche Lösung produziert.“⁶³ Nationale und europäische Verfassungsebene verbinden sich in ihrem „Aufeinander-Angewiesensein“ zu einem einheitlichen System, europäisches und nationales Verfassungsrecht „bilden materiellrechtlich eine Einheit“.⁶⁴

Die Einheit des Rechtssystems bedinge die „Anerkennung einer Kollisionsnorm für Konflikte“, und das ist das „vom Gerichtshof in aller Schärfe verteidigte [...] Prinzip des Anwendungsvorrangs“. Dieses „ist damit ein Grundpfeiler der Verfassungsarchitektur der EU.“⁶⁵ Nichtsdestotrotz bewirke das Prinzip „kein Über-Unterordnungsverhältnis von europäischem und nationalem (Verfassungs-)Recht im Sinne einer

⁵⁹ Vgl. nur *Ingolf Pernice* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 (163 ff.). Zahlreiche weitere Nachweise von Arbeiten, in denen der Ansatz entwickelt wurde, ebendort, 164 Fn. 83. Ferner weitere Nachweise, Details und Diskussion bei *Christian Calliess* Zum Denken im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: ders. (Hrsg.) Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, 187 ff.

⁶⁰ Insb. BVerfGE 89, 150 (190).

⁶¹ *Pernice* Verfassungsrecht (Fn. 59), 153.

Das Konzept wurde vornehmlich für die Europäische Integration (die EU) entwickelt, wird aber auch für die Globalisierung fruchtbar gemacht: *Ingolf Pernice* The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation, in: Pierre Dupuy/Bodo Fassbender/Malcom N. Shaw/Karl P. Sommermann (Hrsg.) Common Values in International Law, FS Christian Tomuschat, 2006, 973.

⁶² *Pernice* Verfassungsrecht (Fn. 59), 171.

⁶³ *Pernice* Verfassungsrecht (Fn. 59), 172.

⁶⁴ *Pernice* Verfassungsrecht (Fn. 59), 173 f.

⁶⁵ *Pernice* Verfassungsrecht (Fn. 59), 182.

Normenhierarchie.⁶⁶ Der Verfassungsverbund sei gerade nicht hierarchisch strukturiert, trotz seiner Mehrebenenstruktur.

b) Fragmentierungspotenziale

aa) Grundlegung

Als „Theorie“ versteht man üblicherweise „ein Gebäude nomologischer Hypothesen [...], [...] hinter dem bestimmte zentrale theoretische Ideen stehen“.⁶⁷ Theoreme sind aus Theorien abgeleitete oder auf solche bezügliche Lehrsätze.⁶⁸

Alle skizzierten Theoreme sind gedankliche Rekonstruktionen des Verhältnisses zwischen Rechtssystemen, Modelle der Lehre mit einem sowohl theoretischen als auch analytischen, teilweise offenbar aber auch *norma-*

⁶⁶ Pernice Verfassungsrecht (Fn. 59), 185.

⁶⁷ Hans Albert Kritik der reinen Erkenntnislehre, 1987, 105. In einer – ausnahmsweise „blumigen“ – Formulierung von Karl R. Popper Logik der Forschung, 11. Aufl. 2005, 36: „Die Theorie ist das Netz, das wir auswerfen, um ‚die Welt‘ einzufangen, – sie zu rationalisieren, zu erklären und zu beherrschen.“

Immer hängt der Wert einer Theorie von ihrer „Erklärungskraft“ ab, also von ihrer Leistungsfähigkeit, ein *explicandum* durch ein *explicans* zu erhellen. Statt vieler zu dem Thema noch Karl R. Popper Die Zielsetzung der Erfahrungswissenschaft, in: Hans Albert (Hrsg.) Theorie und Realität, 2. Aufl. 1972, 3 ff.; ferner Hans Albert Theorien in den Sozialwissenschaften, ebendort 3 ff.; Ernest Nagel Probleme der Begriffs- und Theoriebildung in den Sozialwissenschaften, ebendort, 67 ff.; und auch schon alle Beiträge in: Theodor W. Adorno/Ralf Dahrendorf/Jürgen Habermas/Karl R. Popper Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, 5. Aufl. 1976 – ohne hier Stellung zu beziehen zur Einordnung der Rechtswissenschaft in die Geistes- oder Sozialwissenschaften.

Zur Relevanz dieser Diskussion – und der damit bezogenen Theorie des Kritischen Rationalismus – auch für die Rechtswissenschaft statt vieler (und mit erheblichen Unterschieden im Detail) Potacs Rechtstheorie (Fn. 26), 143 ff.; Rudolf Thienel Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, 1991. Ferner weiterführend Matthias Jestaedt Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, insb. 16 ff., 27 ff. m.w.N.

Oben im Text geht es nicht um „die Rechtstheorie“, sondern konkret um Theorien innerhalb der Rechtswissenschaft, die aus der methodengeleiteten, rechtsdogmatischen Arbeit, aber dennoch aus der Beobachterperspektive entstehen. Ein gutes Beispiel der Umsetzung eines solchen Ansatzes, das sein Programm auch im Titel führt: Eberhard Schmidt-Aßmann Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004. Dort heißt es (1), das allgemeine Verwaltungsrecht sei „eine *Ordnungsidee*, die dazu beitragen soll, sich immer wieder der größeren Zusammenhänge, der durchlaufenden Entwicklungslinien und der Adäquanz der in den einzelnen Rechtsinstituten getroffenen Zuordnungen zu vergewissern. Dem liegt die Einsicht in die rationalisierende Kraft eines analytischen und der Verallgemeinerungsfähigkeit seiner Aussagen verpflichteten Denkens zu Grunde.“

⁶⁸ So der Gebrauch des Terminus in diesem Beitrag. Er dient hier hauptsächlich zur Vermeidung einer Diskussion, ob alle hier zur Debatte stehenden Auffassungen den Ansprüchen an eine wissenschaftliche „Theorie“ genügen.

tiven Anspruch. Sie können vom „außenstehenden Betrachter“ auf das Verhältnis von Normenordnungen und/oder auf konkrete Fragestellungen angewendet werden, und sind in ihrer Erklärungskraft mehr oder weniger leistungsfähig.⁶⁹ Monismus und Dualismus destillieren Handlungsanweisungen für die Lösung von Konflikten (Fragmentierungen) aus der hierarchischen Über- und Unterordnung der jeweiligen Normenordnungen. Verfassungspluralismus, aber auch Verfassungsverbund als Ordnungsideen bieten stattdessen etwa die Optimierung von Prinzipien, oder vernünftiges Argumentieren unter Berücksichtigung solcher Prinzipien, an, freilich dann aber doch auch – so im Verfassungsverbund – mit dem „Vorrangprinzip“ einen hierarchischen Zugang. Hier dürfte eine wesentlich normative Komponente neben die analytische treten. Aus der Sicht dieses Autors birgt dies die Gefahr einer Grenzüberschreitung, in der Wissenschaftler nicht primär erklären, sondern der Versuchung erliegen, die Welt nach ihren Vorstellungen (mit) zu gestalten.

In einer anderen Situation als jeder Wissenschaftler befindet sich ein Rechtsanwendungsorgan einer der beteiligten Ordnungen, etwa der EuGH, oder ein nationales Höchstgericht. Diese beiden Perspektiven sollten

⁶⁹ Für alle hier in Rede stehenden Theoreme dürfte gelten: was nichts erklärt und konkrete Probleme nicht lösen hilft (siehe auch die Zitate in Fn. 67), ist kein leistungsfähiges Konzept, und daher überflüssig. Dies im Sinne von „Occams Rasiermesser“, einem vor allem in den Naturwissenschaften verbreiteten Grundsatz, wonach „überflüssige Wesenheiten“ aus wissenschaftlichen Erklärungen eliminiert werden sollen: „Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem“ – *Wilhelm von Occam* stellte diese Forderung im 13. Jahrhundert auf; zu einer (besonders scharfen) Exemplifikation siehe etwa *Hans Hahn* Überflüssige Wesenheiten (Occams Rasiermesser), in: Brian F. McGuinness (Hrsg.) Empirismus, Logik, Mathematik, 1988, 21 ff. [zuerst in: Veröffentlichungen des Vereines Ernst Mach (1930)]. Dieser Autor meint, dass „normative Vorgaben“ für Gesetzgebung und Vollziehung, die von der Rechtswissenschaft, etwa im Theorem des Verfassungspluralismus, „gefunden“ werden, diesem Verdikt unterfallen.

Etwas anders stellt sich das für die gemäßigten Formen des Monismus und Dualismus dar. Sie „schreiben nicht vor“, sondern analysieren und erklären, und erheben insoweit den Anspruch auf Verallgemeinerungsfähigkeit; immer aber sind sie überprüf- und falsifizierbar am positiven Recht.

Es ist hier nicht der Ort, den Theorienstreit breit zu diskutieren oder gar zu entscheiden. Dieser Autor hält sowohl gemäßigt monistische als auch gemäßigt dualistische Rekonstruktionen unter allen vertretenen Ansätzen nach wie vor für am überzeugendsten; *Griller* Völkerrecht (Fn. 50), insb. 84 f. m.w.N.; zuletzt *Stefan Griller* Die Bindung der Europäischen Union an das Recht der Vereinten Nationen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtswirkungen von Beschlüssen des Sicherheitsrates im Unionsrecht, *Europarecht Beiheft* 2/2012, 103 (116 ff.) m.w.N. Statt vieler ferner etwa *Michael Potacs* Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle, *ZöR* 2010, 117 ff. m.w.N. Die These, Monismus und Dualismus seien „tot“ (siehe die Zitate oben Fn. 54) – was für sich eine interessante methodische Kategorie ist –, teilt dieser Autor nicht.

auseinandergehalten werden.⁷⁰ Rechtsanwendungsorgane einschließlich Gerichte können definitionsgemäß zunächst nur auf der Grundlage jener Rechtsordnung entscheiden, durch die sie eingesetzt wurden.⁷¹ Inwieweit die insoweit bedingende Norm die Verbindlichkeit von Normen aus anderen Erzeugungszusammenhängen anordnet oder zulässt, möglicherweise sogar mit höherer derogatorischen Kraft,⁷² ist eine Auslegungsfrage.

Zweifellos werden *alle* skizzierten Theoreme tatsächlich vertreten. Unweigerlich führen sie, je nach eingenommener Position, zu Meinungsverschiedenheiten und damit im weiteren zu einer Fragmentierung des Diskurses. Die Gerichte nehmen daran durchaus teil, wenn auch in der Regel verschämt und nicht explizit.⁷³

Es steht keineswegs fest, welches der skizzierten Theoreme größeres Fragmentierungspotenzial hat. Auf den ersten Blick mögen das, wegen ihrer hierarchischen Konstruktion, Dualismus und Monismus mit Primat des Staatsrechts sein. Bei fehlender Übereinstimmung über den konkreten Bestand und den Vorgang der Abwägung zwischen Prinzipien gilt ein mindestens gleiches Fragmentierungspotenzial für den Verfassungsspluralismus.⁷⁴ Höhere „unitarisierende Kraft“ hat demgegenüber das Theorem vom Verfassungsverbund, weil es den Anwendungsvorrang zum wesentlichen Bestandteil hat. Freilich gibt es damit das Postulat der Hierarchiefreiheit

⁷⁰ Den Unterschied zwischen diesen beiden Perspektiven betonen – wenngleich mit Variationen gegenüber dem hier vertretenen Standpunkt, und in unterschiedlichen Kontexten – unter anderem auch *Alexy* Begriff (Fn. 28), 47 f. (Beobachter- und Teilnehmerperspektive); *Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk* Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 9. Aufl. 2016, Rn. 22; *Hart* Concept (Fn. 29), 88 ff.; *Jestaedt* Theorie (Fn. 67), 17 f.

⁷¹ Mitgliedstaatliche Gerichte können also, anders als Rechtswissenschaftler, nicht „zwei Schritte zurücktreten“ und konstatieren, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, das Zusammenwirken von Rechtsordnungen zu beschreiben. Sie müssen ganz konkret auf der Grundlage ihrer Verfassungsordnung und der dort enthaltenen Ermächtigungen und Begrenzungen entscheiden. Wenn sie dort die Ermächtigung finden, unter Orientierung an Prinzipien zu entscheiden, die eine „offene, vernünftige Abwägung“ zwischen konfligierenden Geltungsansprüchen erlauben, ist das selbstverständlich unbedenklich. So weit zu sehen gibt es derartige Behauptungen aber nicht. Das ist insoweit nicht erstaunlich, als sie eine weitestgehende Ermächtigung bedeuten würden, von den Grenzen der die eigenen Befugnisse konstituierenden Verfassungsordnung abzusehen.

⁷² Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass eine nach der rechtlichen Bedingtheit untergeordnete Norm die gleiche oder höhere derogatorische Kraft aufweist wie bzw. als die bedingende Norm.

⁷³ Es ist auch nicht ihre Aufgabe, die Theoriebildung voranzutreiben. Es genügt schon, wenn sie sich dieses Kontextes bewusst sind, was bisweilen allerdings auch bezweifelt werden kann.

⁷⁴ Anders aber *Mayer* Verfassung (Fn. 57), 54 f.

auf, begibt sich auf die Gleise von Monismus und Dualismus, aber nicht primär analytisch, sondern normativ.

ab) Nationale Höchstgerichte

Wenn das BVerfG hervorhebt, dass der Anwendungsbefehl für das EU-Recht einschließlich der Vorrangwirkung durch das nationale Verfassungsrecht erteilt wird,⁷⁵ so ist das nach h.A. als dualistische Position einzuordnen,⁷⁶ wobei auch eine monistische mit Primat des Staatsrechts argumentierbar wäre. Umgekehrt läuft die Position des EuGH zum Verhältnis EU-Recht – nationales Recht „bestenfalls“ auch auf eine dualistische, eher aber auf eine monistische mit Primat des EU-Rechts hinaus.⁷⁷ Es erscheint insoweit schlicht unzutreffend, dass Monismus und/oder Dualismus inzwischen „ausgedient“ hätten. Freilich mag man die Judikatur für unzutreffend halten. Darauf wäre aber mit Argumenten aus der Interpretation der Verfassung und/oder des EU-Rechts zu reagieren, nicht mit normativen Theoremen.

Entsprechend der skizzierten Grundpositionen gestalten sich dann auch die Diskurse über allfällige Integrationsschranken einschließlich dem Grundrechtsschutz,⁷⁸ als auch über die sogenannte ultra-vires-Doktrin. Das BVerfG entnimmt die Schranken, welche der EU und ihren Organen gesetzt sind, dem nationalen Verfassungsrecht.

Dabei hat es in Europa zweifellos eine tonangebende Rolle. Ein Stück des Weges, so könnte man sagen, sind ihm die Höchstgerichte in Dänemark,⁷⁹ Spanien,⁸⁰ Frankreich,⁸¹ Polen,⁸² und Tschechien⁸³ gefolgt.

⁷⁵ Vgl. oben Fn. 9.

⁷⁶ So jedenfalls die allgemeine, grundsätzliche Position des BVerfG für das Verhältnis von Völkerrecht zum nationalen Recht, die insoweit mit der Judikatur zum Anwendungsvorrang zusammenpasst: BVerfGE 111, 307 (318). Statt vieler *Matthias Herdegen* in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hrsg.) *Grundgesetz, Lfg. 77* (2016), Art. 25 Rn. 3 ff.

⁷⁷ Vgl. oben Fn. 7.

⁷⁸ Knappe Übersicht m.w.N. bei *Thomas von Danwitz* *Gerichtlicher Schutz der Grundrechte* in: *Christoph Grabenwarter* (Hrsg.) *Europäischer Grundrechtsschutz*, 2014, § 6 Rn. 9 ff.

⁷⁹ *Højesteret*, 6.4.1998, I 361/1997 (Vertrag von Maastricht), Übersetzung: *EuGRZ* 1999, 49.

⁸⁰ *Tribunal Constitucional*, 13.12.2004, Erklärung DTC 1/2004, Übersetzung: *EuR* 2005, 339.

⁸¹ *Conseil constitutionnel*, 27.6.2006, Décision n° 2006-540 DC.

⁸² *Trybunał Konstytucyjny*, 16.11.2011, SK 45/09 <http://www.trybunal.gov.pl/sk4509_DE.pdf> (Stand 31.10.2017), insb. 19 ff. In der Sache bejahte der Verfassungsgerichtshof aber die Vereinbarkeit von Art. 41 der VO (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000, *ABl. (EG)* 2001, L 12/01 vom 16.1.2001, mit der polnischen Verfassung.

⁸³ *Tschechischer Verfassungsgerichtshof*, 31.1.2012, Pl. ÚS 5/12, abrufbar unter <<http://www.usoud.cz/view/GetFile?id=6416>> (Stand 31.10.2017); die Entscheidung „verwirft“

Das heißt aber nicht, dass die vergleichbaren Judikate deckungsgleich wären. Eher ist das Gegenteil der Fall. Darin spiegelt sich wohl teilweise manches Missverständnis,⁸⁴ teilweise aber auch die ganz unterschiedliche nationale Verfassungslage wider, die zu unterschiedlichen „Vorbehalten“ und damit zu einer Fragmentierung der Debatte in einzelnen Mitgliedstaaten führt.⁸⁵ Es darf auch nicht übersehen werden, dass manche Mitgliedstaaten, nicht zuletzt solche ohne zentralisierte Verfassungsgerichtsbarkeit, eine vergleichbare Debatte weder in der Literatur noch in der Judikatur kennen.⁸⁶

Überall erscheinen die jeweiligen, teilweise expliziten, teilweise impliziten Verfassungsgrundlagen für die EU-Mitgliedschaft⁸⁷ so gut wie allen Höchstgerichten gleichzeitig auch als Konfliktlösungsregeln. Ungeachtet der Schwierigkeiten im Detail erfüllen doch alle die gleiche Funktion: Sie gewährleisten – angesichts der Unterschiede mit großem Fragmentierungspotenzial – die „Öffnung“ der nationalen Rechtsordnung gegenüber dem EU-Recht, zugleich aber auch die Schranken dieser Öffnung.⁸⁸

Ins Allgemeine gewendet dürfte sich das Fragmentierungspotenzial von die Rechtserzeugung bedingenden Verfassungsbestimmungen universell vermitteln lassen. Wer seine Augen nicht schließt, wird zugeben müssen, dass die verschiedenen Rechtsordnungen der Welt ganz unterschiedliche Traditionen aufweisen, die zu zentralen Institutionen wie universellem und/

das Urteil des EuGH, Rs. C-399/09 (Landtová), Slg. 2011, I-5573, und erklärt es für unbeachtlich.

⁸⁴ Das gilt wohl für das zitierte Urteil des tschechischen Verfassungsgerichts, das sich wohl auf das BVerfG beruft, dessen strenge Standards für die Verwerfung eines EuGH-Urteils selbst aber nicht beachtet.

⁸⁵ Vgl. statt vieler *Monica Claes* Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway?, in: dies./Maartje de Visser/Patricia Popelier/Catherine Van de Heyning (Hrsg.) *Constitutional Conversations in Europe*, 2012, 205 (222 ff.), die einige der erwähnten Entscheidungen der nationalen Höchstgerichte als unterschiedliche Emanationen von nationaler Identität und Verfassungsidentität begreift.

⁸⁶ Prominentes Beispiel sind zweifellos die Niederlande; vgl. dazu bereits *Monica Claes/Bruno de Witte* Report on the Netherlands, in: Anne-Marie Slaughter/Alec Stone Sweet/G. Slaughter (Hrsg.) *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, 1998, 171 ff.

⁸⁷ Aus der Literaturflut der letzten Jahrzehnte hier nur der gute Überblick bei *Franz C. Mayer/Matthias Wendel* Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.) *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, 2014, § 4 m.w.N.

⁸⁸ Selbst in Mitgliedstaaten ohne erkennbare Schrankendogmatik, wie etwa in den Niederlanden, wäre es kaum denkbar, der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der Aufgabe der Eigenstaatlichkeit das Wort zu reden.

oder unteilbaren Grundrechtsschutz oder dem Verhältnis von Staat zu privat ganz unterschiedliche Diskurse gebildet haben.⁸⁹

ac) *Die Perspektive des EuGH*

Der EuGH leitet die These vom Vorrang gegenüber nationalem Recht, und zuvor schon die unmittelbare Anwendbarkeit des EG-Rechts,⁹⁰ hauptsächlich aus der Eigenständigkeit („Autonomie“) der Unionsrechtsordnung ab. Die Terminologie hat der Gerichtshof in einem zentralen Punkt geändert. Sprach er zunächst von einer neuen Rechtsordnung *des Völkerrechts*,⁹¹ fiel dieser bedeutsame Zusatz wenig später weg. Was blieb, war die neue autonome Rechtsordnung.⁹²

⁸⁹ Eindrucksvoll *H. Patrick Glenn* *Legal Traditions of the World*, 2000. Er unterscheidet sieben verschiedene Traditionen: Chthonic [am ehesten zu charakterisieren als autochthone, ursprüngliche Traditionen, bevor sie äußeren Einflüssen ausgesetzt sind], Talmudic, Civil Law, Islamic, Common Law, Hindu und Asian. Monismus mit Primat des Völkerrechts müsste auf eine Einebnung der daraus resultierenden Fragmentierungen sowohl der grundlegenden Konzeptionen als auch vieler Einzelfragen hinauslaufen. Eine solche Tendenz lässt sich bestenfalls in Ansätzen diagnostizieren. Monismus mit Primat des Staatsrechts und Dualismus erklären hingegen leichter die zahlreichen fundamentalen Unterschiede.

Auf 331 ff. bemüht sich *Glenn*, die Vereinbarkeit der unterschiedlichen Traditionen aufzuweisen. Das läuft teilweise auf die auch hier erörterten Strategien der Fragmentierungsvermeidung hinaus.

⁹⁰ Siehe oben Fn. 6.

⁹¹ Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 1963, 1, Rn. 10: Die Gemeinschaft sei „eine *neue Rechtsordnung des Völkerrechts* [...], zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind.“ – Hervorhebung vom Verfasser.

⁹² Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1241 (1269 f.): Der EWG-Vertrag habe „eine eigene Rechtsordnung geschaffen“; unter anderem daraus folge, dass „dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“

Auf die – fragmentierungsbegrenzende – Rücksichtnahme auf nationale Besonderheiten wurde bereits hingewiesen: oben Fn. 7.

Nicht nur unter historischen, sondern vor allem auch unter methodischen Gesichtspunkten besonders bemerkenswert ist der Stellenwert, den der EuGH den mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen im Zusammenhang mit der Absicherung des Grundrechtsschutzes, aber darüber hinaus grundsätzlich, eingeräumt hat. Bekanntlich hat der Gerichtshof ursprünglich die Erkennbarkeit der Verankerung von Grundrechtsschutz im Primärrecht rundweg abgelehnt: Rs. 1/58, Stork, ECLI:EU:C:1959:4, Slg. 1959, 45 (63 f.), wo Artt. 2 und 12 GG ins Treffen geführt worden waren, was der Gerichtshof – ganz im Sinne der oben im Text vertretenen Thesen – unter Hinweis auf die Irrelevanz nationaler Vorschriften für unbeachtlich erklärte. In Rs. 29/69, Stauder, Slg. 1969, 419 Rn. 7, „entdeckte“ der

Der Unterschied zwischen den beiden zitierten Judikaten ist von besonderer Bedeutung für die rechtliche Qualifikation der Union bzw. der Gemeinschaften, und damit auch für das Ausmaß der Fragmentierung: handelt es sich um eine partikularrechtliche Völkerrechtsordnung, oder um eine dritte, neue Rechtsordnung zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht? Der EuGH und mit ihm ein großer Teil der Lehre,⁹³ zunächst auch das BVerfG,⁹⁴ vertritt die zuletzt genannte Auffas-

Gerichtshof dann die Grundrechte lapidar und ohne jede Ableitung als „allgemeine Grundsätze der Gemeinschaftsrechtsordnung“. In Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125 Rn. 4, spricht er bereits, unmittelbar im Anschluss an die Betonung des absoluten Vorrangs, von den Grundrechten als „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“, deren Gewährleistung „von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen seien“ und in die Struktur und Ziele der Gemeinschaft eingefügt werden müsse. Siehe heute die Formulierung in Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 51 Abs. 4 GRC.

Diese Entwicklung, zunächst durch den EuGH eingeleitet und dann primärrechtlich „bekräftigt“, ist gleichzeitig fragmentierungs- und konfliktmindernd, insb. im Hinblick auf die Solange-Judikatur des BVerfG. Methodisch ist hervorzuheben, dass der EuGH damit ein Argument der Vertragsinterpretation angewendet hat, das einige Jahre später von GA *Jean-Pierre Warner* Schlussanträge Rs. 7/76, IRCA, Slg. 1976, 1213 (1236), noch schärfer formuliert wurde: er sah den Grund für die Anerkennung der Grundrechte im Gemeinschaftsrecht darin, dass dieses „seine Existenz eigentlich der teilweisen Übertragung von Hoheitsrechten durch alle Mitgliedstaaten [...] verdankt. Meines Erachtens ist nicht davon auszugehen, daß irgendein Mitgliedstaat in diese Übertragung auch die Befugnis für die Gemeinschaft mit eingeschlossen hat, Recht zu setzen unter Verstoß gegen die von der eigenen Verfassung geschützten Rechte. Eine andere Auffassung würde bedeuten, daß den Mitgliedstaaten die Fähigkeit zuerkannt wird, die eigene Verfassung bei der Ratifizierung des Vertrages zu umgehen“.

Die Herausarbeitung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts ist eine besondere Leistung der Verfassungsinterpretation, die gleichsam als Gegenstück zu den von den nationalen Höchstgerichten angewendeten nationalen Öffnungsklauseln fragmentierungsreduzierend wirkt. Vgl. zu diesem Gedanken auch *Takis Tridimas* *The General Principles of EU Law*, 2. Aufl. 2006, 553, 556 f.

⁹³ Beginnend mit *Hans-Peter Ipsen* *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 70 f. Vgl. statt vieler zum aktuellen Meinungsstand *Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim* *Europarecht*, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 1 ff., § 9 Rn. 5 ff. m.w.N.

⁹⁴ BVerfGE 22, 293 (296): „Die Organe der EWG üben Hoheitsgewalt aus, deren sich die Mitgliedstaaten zugunsten der von ihnen gegründeten Gemeinschaften entäußert haben [...]. Damit ist eine neue öffentliche Gewalt entstanden, die gegenüber der Staatsgewalt der einzelnen Mitgliedstaaten selbstständig und unabhängig ist [...]. Die von den Gemeinschaftsorganen im Rahmen ihrer vertragsgemäßen Kompetenzen erlassenen Rechtsvorschriften, das ‚sekundäre Gemeinschaftsrecht‘, bilden eine eigene Rechtsordnung, deren Normen weder Völkerrecht noch nationales Recht der Mitgliedstaaten sind.“

Deutlich anders ist der Akzent später im Solange-II-Beschluss, BVerfGE 75, 223 (244): „Ein innerstaatlicher Geltungs- oder Anwendungsvorrang ergibt sich allein aus einem dahingehenden innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl, und zwar auch bei Verträgen, die

sung.⁹⁵ Auch das folgt hierarchischem Denken und damit den Kategorien von Monismus und Dualismus.

Bemerkenswert und in sich stimmig sind die Vorbehalte, die der EuGH gegen die „Unterordnung“ unter das Völkerrecht, einschließlich der Judikatur des EGMR, äußert.⁹⁶ Die juristische Logik seiner Argumentation entspricht genau jener der nationalen Höchstgerichte gegenüber dem EU-Recht: er sucht die Ermächtigung in den seine Befugnisse konstituierenden Normen des EU-Rechts, und er findet dort gleichzeitig Grenzen.

Durch die „Theoriebrille“ betrachtet ist das wohl am ehesten dualistisch, insbesondere seit dem Fall *Kadi*.⁹⁷ Auch hier ist das Fragmentierungspotenzial offensichtlich: die Einhaltung selbst von Beschlüssen des Sicherheitsrats der VN findet an der „EU-Verfassung“ ihre Grenze, die unter anderem durch ihre „Autonomie“ gekennzeichnet ist.⁹⁸

ad) Normgebundenes Argumentieren

Im Folgenden soll, in dem Versuch, dem „Schulenstreit“ zu entkommen, eine Problemskizze unter weitgehender Abstraktion von den theorieverhafteten Begrifflichkeiten unternommen werden.

ihrem Inhalt zufolge die Parteien dazu verpflichten, den innerstaatlichen Geltungs- und Anwendungsvorrang herbeizuführen“.

⁹⁵ Darstellung und Kritik z.B. bei *Stefan Griller* Die Europäische Union. Ein staatsrechtliches Monstrum?, in: Gunnar Folke Schuppert/Ingolf Pernice/Ulrich Haltern (Hrsg.) Europawissenschaft, 2005, 202 (210 ff. m.w.N.). Das Thema kann hier nicht vertieft werden; vgl. aber die ähnliche Kritik bei *Bruno de Witte* European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?, ZöR 65 (2010), 141 ff.

Daraus ergeben sich weitere, für „Folgefragmentierungen“ ebenso bedeutsame Fragen, etwa jene nach der Geltung des Völkerrechts innerhalb des Unionsrechts, aber vor allem jene nach der Veränderung der Rechtsstellung der Mitgliedstaaten, die auf diese Weise durch eine neue Rechtsordnung gegenüber dem Völkerrecht „mediatisiert“ werden.

⁹⁶ Zuletzt GA 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁹⁷ Statt vieler *De Búrca* The ECJ, in: dies./Weiler (Hrsg.) European Constitutionalism (Fn. 53), 105 (118 ff., insb 119: „robustly dualist“); *Fassbender* Triepel in Luxemburg (Fn. 53), 333.

⁹⁸ Vgl. oben Fn. 20. Wenig überraschend hat das BVerfG dies sogleich entdeckt und im Lissabon-Urteil, BVerfGE 123, 267 (401 Rn. 340) darauf hingewiesen: Eine Art von Identitätskontrolle habe auch der EuGH seinem Urteil im Fall *Kadi* zugrunde gelegt, „wonach dem völkerrechtlichen Geltungsanspruch einer Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen grundlegende Rechtsprinzipien der Gemeinschaft entgegengehalten werden können [...]. Damit hat der Gerichtshof in einem Grenzfall die Selbstbehauptung eigener Identität als Rechtsgemeinschaft über die ansonsten respektierte Bindung gestellt: Eine solche Rechtsfigur ist nicht nur im Völkerrechtsverkehr als Berufung auf den *ordre public* als Grenze vertraglicher Bindung vertraut; sie entspricht jedenfalls bei einem konstruktiven Umgang auch der Idee von nicht strikt hierarchisch gegliederten politischen Ordnungszusammenhängen“.

Jedes Entscheidungsorgan, auch jedes Gericht, agiert auf der Grundlage von Normen, die sein Verhalten gebieten oder es zumindest erlauben, nicht auf der Grundlage von Theoremen.⁹⁹ Die Normen entnimmt es jener Rechtsordnung, durch die es eingesetzt wurde.¹⁰⁰ Normen, die nicht auf die Erzeugungsregeln der eigenen Rechtsordnung gestützt werden, hat es zu beachten oder kann es berücksichtigen, wenn dies durch „seine“ Rechtsordnung geboten oder erlaubt ist. Theoretisch könnten solche Ermächtigungen „grenzenlos“ sein.¹⁰¹ Dann bestünden keine Beschränkungen, Normen aus einem anderen Rechtssystem, Prinzipien oder vernünftige Abwägungsgesichtspunkte anzuwenden. Solche weitreichenden Ermächtigungen müssten gleichwohl nachgewiesen werden. In unserem Kontext wären sie schrankenlose „Öffnungsklauseln“¹⁰². Soweit solchen Klauseln jedoch im Wege der Auslegung Schranken zu entnehmen sind, müssen diese bei der Entscheidungsfindung ebenfalls berücksichtigt werden. Aus diesen Zusammenhängen ergibt sich zwingend eine Über- und Unterordnungsrelation. Das mag man, muss man aber nicht als „hierarchisch“ kennzeichnen. Es ist einfach die zentrale Funktion von Normen, zu gebieten, verbieten, oder erlauben, und solche Normen enthalten regelmäßig Grenzen der Gebote, Verbote, und Erlaubnisse. Um diese geht es. Im Einzelnen mögen solche Grenzen sehr schwierig zu erkennen und daher strittig sein. Es sind aber genau solche Grenzen, nämlich jene der „Öffnungsklauseln“ die sowohl die nationalen Gerichte als auch der EuGH suchen und anwenden,¹⁰³ wenn es um die Verbindlichkeit von Normen geht, die außerhalb der Erzeugungsbedingungen der „eigenen“ Rechtsordnung entstanden sind.¹⁰⁴ Insoweit sind die wechselseitigen „Vorbehalte“ weder künstlich kreiert noch interpretativ eliminierbar.

⁹⁹ Anders gäbe es auch keine Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit zu beurteilen. Dann blieben in der Tat hauptsächlich Kriterien wie „problemadäquat“ oder „prinzipienorientiert“. Es ist schwer zu sehen, was das noch mit rechtlicher Argumentation zu tun hätte.

¹⁰⁰ Sicherheitshalber sei bemerkt, dass auch auf der Grundlage eines positivistischen Rechtsbegriffs die Annahme einer Grundnorm überflüssig ist; siehe dazu statt vieler *Potacs* Rechtstheorie (Fn. 26), 83 ff. m.w.N. Im Text wesentlich ist, dass die Ermächtigung bzw. das Gebot einer effektiven Rechtsordnung entnommen werden.

¹⁰¹ Rechtsstaatlich wäre das wohl problematisch, worauf hier nicht näher eingegangen werden soll.

¹⁰² Das soll hier auch die Berücksichtigung von Einschränkungen, also etwa die Berücksichtigung der „nationalen Identität“ durch den EuGH, was zur Beschränkung des Vorrangprinzips führt, einschließen.

¹⁰³ Siehe oben bei Fn. 75, 91 und 96.

¹⁰⁴ Dies mindestens implizit auf der Grundlage, dass die fraglichen Normen der eigenen Rechtsordnung nicht gleichzeitig deren Beendigung, etwa durch Eingliederung in einen Bundesstaat, regeln.

Es sind diese Eigenheiten von Normen, durch die Entscheidungsorgane eingesetzt und deren Befugnisse geregelt werden, welche eine Antwort auf die Frage einfordern, inwieweit „fremdes Recht“ angewendet werden darf oder muss. Daraus ergibt sich die angesprochene Über- und Unterordnungsrelation. Sie kann weder durch die Optimierung von Prinzipien, deren Berücksichtigung weder geboten noch erlaubt ist, noch durch ein – unhinterfragtes – Vorrangprinzip oder ein nicht-hierarchisches Mehrebenensystem überspielt werden.

Diese Überlegungen unterminieren – um nun wieder zu den Theoremen zurückzukehren – mindestens tendenziell, die theoretischen Grundlagen der Ideen vom Verfassungsverbund¹⁰⁵ und des Verfassungsppluralismus.¹⁰⁶ Wenn auf diese Weise aber Monismus und Dualismus brauchbare Rekonstruktionen bleiben,¹⁰⁷ so enthalten sie doch gleichzeitig die ausgewiesenen Fragmentierungspotenziale.

Scharf zu unterscheiden von dieser Grundlegung ist, ob der jeweilige Diskurs, etwa zu Öffnungs- oder Identitätsschutzklauseln, frei von Fehlern ist. Das Risiko solcher Fehler und ihr tatsächliches Vorkommen hebeln den grundlegenden methodischen und rechtsdogmatischen Befund nicht aus.¹⁰⁸

So lassen sich, um einige Beispiele anzusprechen, die „Solange-Argumentation“ sowohl des BVerfG gegenüber dem EuGH,¹⁰⁹ als auch jene

¹⁰⁵ Im Ergebnis gleich wie hier, aber noch schärfer formuliert: *Matthias Jestaedt* Der Europäische Verfassungsverbund. Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Christian Calliess (Hrsg.) Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, 93, insb. 117 ff. m.w.N. Dieser Autor teilt allerdings nicht die von *Jestaedt* (im Gefolge von *Kelsen*) vertretene These der Notwendigkeit einer monistischen Sichtweise als Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Normenkollisionsregeln.

Armin von Bogdandy Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik, *JZ* 2005, 529 (533 Fn. 43) bescheinigt dem „Verfassungsverbund“ als Begriff, der keine Vergleichsebene eröffnet, er sei „nur begrenzt erkenntnisstiftend“.

¹⁰⁶ *Theodor Schilling* The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Mattias Kumm, *European Law Journal* 12 (2006), 173 ff. m.w.N.

Es kann hier nur angemerkt werden, dass die zeitweilig sehr intensiv geführte „Final-Arbitr-Debatte“ nach Auffassung dieses Autors an manchen Stellen an der Ausblendung dieser normlogischen Zusammenhänge litt. Hingewiesen sei dazu nur auf *Mattias Kumm* Who is the Final Arbitr of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice, *Common Market Law Review* 36 (1999) 351; *Joseph H.H. Weiler* The Constitution of Europe, 1999, 286 ff. m.w.N.

¹⁰⁷ Vgl. schon oben Fn. 69.

¹⁰⁸ Die im Einzelnen jeweils entscheidende Frage ist stets die Reichweite des im Interesse der Kooperation verfassungsrechtlich eingestandenen Kompromisses bezüglich der ungeschmälernten Durchsetzung der eigenen Standards.

¹⁰⁹ Oben Fn. 10 und im Text nach Fn. 75.

des EuGH etwa gegenüber dem UNO-Sicherheitsrat¹¹⁰ auf dem Boden der soeben angestellten Überlegungen mindestens im Ansatz überzeugend rechtfertigen. Den verallgemeinerungsfähigen Grundgedanken hat der EGMR klar formuliert: „Öffnungsklauseln“ wären bedeutungslos und so gut wie unanwendbar, wenn internationale Verpflichtungen nur dann eingegangen werden dürften, wenn dem jeweiligen Partner genau die jeweils eigene Verfassungslage aufgezwungen werden müsste.¹¹¹ Paradoxerweise könnte die Argumentation des EGMR gerade bezüglich der EMRK zweifelhaft sein, insoweit sie zu einer Privilegierung der EU-Mitglieder gegenüber allen anderen EMRK-Mitgliedstaaten führt.¹¹² Zweifelhaft mögen auch die Details des verfassungsrechtlichen Identitätsschutzes erscheinen, den das BVerfG entwickelt hat.¹¹³

c) *Fragmentierung des Völkerrechts – ein verwandtes Phänomen*

Das Allgemeine Völkerrecht kennt aus den letzten beiden Jahrzehnten eine intensive Debatte zum Thema Fragmentierung, die unter anderem die International Law Commission (ILC) der Vereinten Nationen (VN)

¹¹⁰ Die man, wenn überhaupt, korrekt als Solange-I-Argumentation bezeichnen muss – siehe oben Fn. 10, Fn. 18, und im Text nach Fn. 96.

¹¹¹ EGMR, *Bosphorus v Ireland*, Application no. 45036/98, 30 June 2005, Rn. 155: „In the Court’s view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides [...]. By ‘equivalent’ the Court means ‘comparable’: any requirement that the organisation’s protection be ‘identical’ could run counter to the interest of international cooperation pursued“.

Zur – dem korrespondierenden – grundsätzlichen EU- und verfassungsrechtlichen Auffassung dieses Autors bereits *Stefan Griller* Grundrechtsschutz in der EU und in Österreich, 12. Österreichischer Juristentag, Band I/2, 1995, 7 (14 ff. m.w.N.).

Vgl. ferner zur Funktion der allgemeinen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten in der Judikatur des EuGH als fragmentierungsreduzierendes Element oben Fn. 92.

¹¹² Ähnlich *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 4, Rn. 4 m.w.N., die von einer pragmatischen, übergangsweise hinnehmbaren Rechtsprechung des EGMR sprechen.

¹¹³ Dieser Autor teilt die Auffassung, dass die Judikatur des BVerfG zur deutschen Verfassungsidentität nicht überzeugt und vergleichsweise nicht weniger „rechtsfortbildend“ ist als jene des EuGH zum Vorrang des EU-Rechts. Die Literatur dazu ist uferlos; statt vieler aus jüngerer Zeit kritisch und m.w.N. *Claus Dieter Classen* Europäische Rechtsgemeinschaft à l’allemande? Anmerkungen zum Urteil des BVerfG vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., *Europarecht* 2016, 529.

Gravierend fehlerhaft dürfte jedenfalls das Urteil des tschechischen Verfassungsgerichts im Fall *Landtová* sein (Fn. 83).

beschäftigte und in einen ausführlichen Bericht mündete.¹¹⁴ Im Kern geht es um die Entwicklung von „relativ autonomen“ Regelsystemen und Institutionen wie Internationales Handelsrecht, Umweltschutzrecht, Investitionsschutzrecht, Flüchtlingsrecht, Menschenrechte, aber auch WTO-Recht¹¹⁵ oder Europarecht,¹¹⁶ die bisweilen als „self-contained regimes“ bezeichnet werden, also in sich geschlossene Systeme, unter anderem räumlich, funktionell und/oder organisatorisch abgegrenzt.

Diese Entwicklung verläuft teils parallel sowie in komplexer Weise verschränkt mit der Debatte über die „Konstitutionalisierung“ und „Pluralisierung“ des Völkerrechts.¹¹⁷ Diese kann zum Teil als Manifestation sich selbstständigender Teilsysteme, zum Teil aber auch als Gegenbewegung zur „Bewahrung“ der Einheit¹¹⁸ verstanden werden.

¹¹⁴ Report of the International Law Commission (ILC), Fifty-eighth session, General Assembly, Official Records, Supplement No. 10 (A/61/10), 2006, 400 ff., Rn. 233 ff.; Literaturhinweise 404 Fn. 1011. Der unter Federführung von *Martti Koskeniemi* entstandene Bericht der Studiengruppe: Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, ist ein begleitendes Dokument der VN: A/CN.4/L.682, 13 April 2006; erhältlich unter <http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/CN.4/L.682> (Stand 31.10.2017).

Ferner aus der jüngeren Literatur *Christina Binder* Einheit oder Fragmentierung des Völkerrechts, ZöR 70 (2015) 737; *Mario Prost* The Concept of Unity in Public International Law, 2012.

¹¹⁵ Verglichen mit dem EuGH sind die WTO-Streitschlichtungsorgane, sowohl Panels als auch der Appellate Body, viel zurückhaltender, und behaupten die Entstehung einer „autonomen Ordnung“ nicht. Schon früh hat der Appellate Body deutlich formuliert, die WTO-Übereinkommen könnten nicht in klinischer Isolation vom Allgemeinen Völkerrecht verstanden werden – „clinical isolation from public international law“: United States – Standards of Reformulated and Conventional Gasoline, 20 May 1996, WT/DS2/AB/R, DSR 1996:1, 16.

In der bezüglichen Literatur findet sich eine ausführliche Debatte über die Frage, ob die WTO als „self contained regime“ zu qualifizieren ist. Zu alledem statt vieler *Koskeniemi* Fragmentation (Fn. 114), Rn. 165 ff.; *Mitsuo Matsushita/Thomas J. Schoenbaum/Petros C. Mavroidis/Michael Hahn* The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy, 3. Aufl. 2015, 47 ff., insb. 79 ff. m.w.N.

¹¹⁶ Besonders befördert durch die ständige Rechtsprechung des EuGH, der das EU-Recht als „autonome Rechtsordnung“ qualifiziert, was inzwischen sowohl für das Verhältnis zu den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (oben bei Fn. 92 und Fn. 98), als auch zum allgemeinen Völkerrecht (oben Fn. 20) bedeutsam ist.

¹¹⁷ Pars pro toto die Beiträge in *Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein* The Constitutionalization of International Law, 2009 m.w.N.; zu den Fragen Fragmentierung, Pluralisierung, Vertikalisation (und Privatisierung) konzeptiv *Jan Klabbers*, Setting the Scene, ebd., 1 (11 ff.).

¹¹⁸ Eindrucksvoller Verfechter einer einheitlichen Ordnung, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der vielen Spezialisierungen *Pierre-Marie Dupuy* L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public, Recueil des Cours 297 (2002), 9.

Nach der hier vertretenen Auffassung muss diesen Entwicklungen der Diversifizierung und Spezialisierung hauptsächlich mit sorgfältiger Anwendung der Instrumente der juristischen Methodenlehre begegnet werden. Regelmäßig geht es um die Interpretation von Verträgen,¹¹⁹ deren Abgrenzung zueinander und deren Besonderheiten gegenüber dem Allgemeinen Völkerrecht. Die *Lex-specialis*- sowie die *Lex-generalis*-Regel spielen dabei eine wichtige Rolle, insbesondere auch was die Anwendung von Regelungen des Allgemeinen Völkerrechts innerhalb dieser besonderen Regime betrifft.¹²⁰ Bei den teils sehr diffizilen Abgrenzungsfragen zwischen Spezialität und Einheit kommt insbesondere gerichtlichen Organen sowohl innerhalb dieser speziellen Regime, aber auch in den daran beteiligten Staaten, besondere Bedeutung zu.¹²¹ Besonders herausfordernd sind solche Bemühungen, wo im Ergebnis die Entstehung einer neuen, „autonomen“ Rechtsordnung postuliert wird, was die Inkorporation von Allgemeinem Völkerrecht ebenso wenig ausschließt wie die Relevanz sorgfältiger Vertragsauslegung.¹²² Überdies ist die – durchaus in sich schillernde – Grenze des völkerrechtlichen *ius cogens* zu berücksichtigen, welche den Fragmentierungstendenzen Grenzen, freilich durchaus vage, setzt.¹²³

Es steht außer Zweifel, dass es sich bei diesen Entwicklungen und dem Umgang damit samt und sonders um Gratwanderungen zwischen Fragmentierung und Einheit handelt, nicht selten mit der Bestätigung des ersten Eindrucks der Fragmentierung.¹²⁴

¹¹⁹ Insoweit es um besondere Regime auf der Grundlage völkerrechtlicher Verträge geht, sind daher die Art. 30–32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge zentral.

¹²⁰ Statt vieler *Koskenniemi* Fragmentation (Fn. 114), Rn. 484 ff.

¹²¹ Dies betont unter anderem *Dupuy* *L'unité* (Fn. 118), 481 ff. Aus der jüngeren Lit. *Binder* Einheit (Fn. 114), 737 ff., m.N. zur These (774 f.), dass die auftretenden Fragen größtenteils im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts lösbar seien, die Beziehung zwischen besonderen Vertragsregimen aber brisant sei, und etwa der EGMR wie auch Investitionsschiedsgerichte zu einer eher „geschlossenen Sicht“ tendieren.

¹²² So namentlich in der EU; vgl dazu etwa EuGH, Rs. C-162/96, *Racke*, Slg. 1998, I-3655, Rn. 42, 45; Rs. 104/81, *Kupferberg*, Slg. 1982, 3641, Rn. 17 u. 18. Anders aber zum WTO-Recht – ständige Judikatur seit der Leitentscheidung EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat, Vereinbarung mit Pakistan u. Indien), Slg. 1999, I-8395, Rn. 42 ff. Zu alledem etwa *Astrid Epiney* Die Bindung der Europäischen Union an das allgemeine Völkerrecht, *EuR Beiheft* 2/2012, 25 ff. m.w.N.

¹²³ Siehe Art. 53 und 64 Wiener Vertragsrechtskonvention, und dazu im Zusammenhang mit der Fragmentierungsdebatte *Koskenniemi* Fragmentation (Fn. 114), Rn. 361 ff. m.w.N.

¹²⁴ Es ist dennoch mehr eine Geschmacksfrage, diese Aspekte hier und nicht unter den Eindämmungsstrategien (siehe unten bei und nach Fn. 164) zu behandeln.

3. Juristische Methodenlehre

a) Grundlegung: Rechtswissenschaft

Rechtswissenschaft als „Jurisprudenz“ beschäftigt sich mit dem Verstehen und der (richtigen) Anwendung, bisweilen auch der Fortentwicklung des Rechts.¹²⁵ Die Perspektive bzw. die institutionelle Einbindung sind allerdings, verglichen mit der Rechtsanwendung, gänzlich unterschiedlich. Die Außenperspektive der Rechtswissenschaft kontrastiert zur Innenperspektive der Rechtsanwendung.¹²⁶ Anwendungsorgane denken und agieren entscheidungsorientiert, müssen „den Fall“ regeln bzw. erledigen, können Vagheit und Mehrdeutigkeiten somit nicht „offen“ lassen. Rechtswissenschaftler hingegen können (und sollten!) mit den Methoden der Rechtswissenschaft nicht lösbare Schwierigkeiten bloß aufzeigen. Nicht alles lässt sich wissenschaftlich „erkennen“.

Freilich berühren wir hier einen Kern der rechtswissenschaftlichen Methoden- und gleichzeitig Positivismusdebatte. Behauptet wird auch, dass sich, unter Umständen unter Zuhilfenahme allgemein gültiger Rechtsprinzipien, so gut wie immer eine „richtige“ Lösung finden lässt, und zwar auch durch die Jurisprudenz.¹²⁷ Durchaus nicht deckungsgleich, aber zu ähnlichen Ergebnissen führend ist die These, ein herrschaftsfreier Diskurs könne häufig wahrheitsfähige Ergebnisse hervorbringen, auch bei sprach-

¹²⁵ Etwas vereinfacht gesagt systematisiert die Rechtswissenschaft die Normenflut und analysiert die Inhalte, einschließlich aller Unklarheiten; versucht, diese zu reduzieren; nimmt auf diese Weise an der Anwendung und Konkretisierung teil; und wirkt auf die Fortentwicklung der Gesetzgebung ein. Dabei dürften die gedanklichen Vorgänge beim Verstehen und Konkretisieren von Normen einerseits durch Rechtswissenschaftler und andererseits durch Organe der Rechtsanwendung (etwa Gerichte und Verwaltungsbehörden, aber auch Bürger untereinander) so gut wie identisch sein.

Dazu und zu anderen Disziplinen wie der Rechtsphilosophie, der Rechtstheorie, der Rechtsgeschichte und der Rechtssoziologie vgl. *Larenz Methodenlehre* (Fn. 27), 181 ff. Ferner etwa *Matthias Jestaedt Vom Nutzen der Rechtstheorie in der Europäischen Integration*, in: Günter Herzig/Marcus Klamert/Rainer Palmstorfer/Roman Puff/Erich Vranes/Paul Weismann (Hrsg.) *Europarecht und Rechtstheorie*, 2017, 1 (2 ff.); *Potacs Rechtstheorie* (Fn. 26), 15 ff., 18 ff.

Längst nicht erledigt ist der durch die Entstehung der empirisch orientierten Naturwissenschaften verschärfte Disput, ob die Bezeichnung „Wissenschaft“ überhaupt gerechtfertigt erscheint, oder ob es sich eher um eine „Kunst“ oder eine praktische Tätigkeit handelt. Dazu mit teils neuen Fragestellungen die Beiträge in *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* (Hrsg.) *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen 2008.

¹²⁶ Dazu auch schon oben bei Fn. 70.

¹²⁷ Vgl. insb. *Dworkin Taking Rights* (Fn. 5). Kritisch dazu: *Griller Rechtsbegriff*, in: Griller/Rill (Gesamtred.) *Rechtstheorie* (Fn. 44), 56–79.

lich unklaren Normen.¹²⁸ Aus diesen Unterschieden ergeben sich erhebliche Fragmentierungspotenziale, nicht zuletzt wenn sie nicht offengelegt werden.

b) *Juristische „Methoden“*

Die traditionelle juristische Methodenlehre¹²⁹ – mindestens jene in Kontinentaleuropa – kennt die Auslegungsmethoden oder besser -canones innerhalb¹³⁰ und außerhalb des so genannten möglichen Wortsinns.¹³¹ Diese bedürfen besonderer Voraussetzungen und Rechtfertigung, nämlich zum Beispiel die Analogie zur Schließung einer Regelungslücke. Verbreitet heißt es, was jenseits des möglichen Wortsinns liege, könne nicht als „Inhalt“ des Gesetzes gelten; eine solche Instrumente einschließende Auslegung wird gern als „ergänzende Rechtsfortbildung“¹³² oder „richterliche Rechtsfortbildung“ bezeichnet.¹³³

Ungeachtet der weit reichenden Akzeptanz der soeben skizzierten traditionellen „juristischen Methoden“ dem Grundsatz nach ist – wohl nicht erst heute – sowohl hinsichtlich der Grundlegung als auch der Details ein Methodenpluralismus festzustellen.¹³⁴ Die Ansätze unterscheiden sich hauptsächlich im Gewicht, dem der Teleologie, also der am Zweck und weniger am Ausdruck orientierten Interpretation, und auch danach, welche Rolle überpositiven „Gesichtspunkten“, meist im Interesse der Gerechtigkeit, zugemessen wird.

Mehr oder weniger *communis opinio* ist, dass unterschiedliche Rechtsgemeinschaften unterschiedlich mit den Auslegungscanones umgehen – also etwa, dass der EuGH viel stärker als nationale Höchstgerichte die

¹²⁸ Ziemlich am Beginn der Rezeption dieser Debatte in der Jurisprudenz stand die einflussreiche Dissertation von *Robert Alexy* *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt 1978.

¹²⁹ Zum Folgenden z.B. *Bydlinski* *Methodenlehre* (Fn. 28), 428 ff., *Larenz* *Methodenlehre* (Fn. 27), 298 ff.

¹³⁰ Das sind im Wesentlichen die grammatikalische oder Wortsinninterpretation, die systematische, die historische, und die teleologische Auslegung.

¹³¹ Die Auslegungscanones gelten weithin als Ergebnis einer Selbstreflexion, manche meinen: einer hermeneutischen Selbstreflexion, der Jurisprudenz: *Larenz* *Methodenlehre* (Fn. 27), 233 ff.

¹³² *Bydlinski* *Methodenlehre* (Fn. 28), 472 ff.

¹³³ *Larenz* *Methodenlehre* (Fn. 27), 329, 351.

¹³⁴ Von traditionellen über „postpositivistische“ bis zu philosophisch-linguistisch beeinflussten Ansätzen findet sich „beinahe alles“. Eher traditionell: *Bydlinski* *Methodenlehre* (Fn. 28); *Larenz* *Methodenlehre* (Fn. 27); „postpositivistisch“: *Alexander Somek/Nikolaus Forgó* *Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts*, 1996; philosophisch-linguistisch: *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann* *Juristische Begründungslehre*, 1982.

teleologische Interpretation in der Ausprägung des *effet utile* pflegt,¹³⁵ aber auch sonst Besonderheiten des EU-Rechtssystems zu berücksichtigen hat,¹³⁶ und dass Ähnliches für den EGMR gilt.¹³⁷ Ferner werden gänzlich unterschiedliche Begründungsstile gepflegt, von knapper cartesianischer Begründung bis zu lehrbuchartiger Breite, mit vielen Variationen dazwischen.¹³⁸

Es liegt auf der Hand, dass eine derart unterschiedliche Methodenpraxis zu unterschiedlichen Ergebnissen bis hin zu Fragmentierungen führen kann. Man wird nicht fehlgehen, die Spannungen zwischen dem EuGH und dem BVerfG im Zusammenhang mit dem Fall *Åkerberg Fransson* auch darauf, nämlich eine einerseits pointiert historisch-teleologische Interpretation des EuGH, und andererseits eine stärker am (möglicherweise sogar innerstaatlichen) Wortsinn orientierte Interpretation des BVerfG zurückzuführen.¹³⁹

¹³⁵ Grundlegend *Michael Potacs* Auslegung im öffentlichen Recht. Eine vergleichende Untersuchung der Auslegungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und der österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, 1994, passim; ferner etwa *Michael Potacs* *Effet utile* als Auslegungsgrundsatz, *Europarecht* 2009, 465 ff.; *Rudolf Streinz* Der „*effet utile*“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: *Ole Due* (Hrsg.) *FS Ulrich Everling*, 1995, 1491 ff.

¹³⁶ Etwa *Rudolf Streinz* Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw. Unionsrechts durch den EuGH. Eine kritische Betrachtung, in: *Stefan Griller/Heinz Peter Rill* (Gesamtred.) *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, 2011, 223 (241 ff.), der unter anderem auf die fehlende Verfügbarkeit der „Gesetzesmaterialien“, auf die Teleologie und die besondere Bedeutung der Rechtsvergleichung eingeht.

Pointiert kritisch aus jüngerer Zeit *Robert Rebhahn* Nach §§ 6, 7, in: *Attila Fenyves/Ferdinand Kerschner/Andreas Vonkilch* (Hrsg.) *ABGB, Klang-Kommentar*, 3. Aufl. 2014, insb. Rn. 125 ff. m.w.N.; weniger kritisch *Stefan Griller* „Verfassungsinterpretation“ in der Europäischen Union, in: *Georg Lienbacher* (Hrsg.) *Verfassungsinterpretation in Europa*. *Heinz Schäffer Gedächtnissymposium*, Wien 2011, 115 ff.

¹³⁷ Statt vieler *Grabewarter/Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention (Fn. 112), § 5 Rn. 1 ff., insb. Rn. 14 ff.

¹³⁸ Reiches Anschauungsmaterial bei *András Jakab/Arthur Dyevre/Giulo Itzcovich* (Hrsg.) *Comparative Constitutional Reasoning*, 2017; die Breite des Spektrums wird ungeachtet des Umstands sichtbar, dass die Herausgeber in ihren Schlussfolgerungen (761 ff.) vereinheitlichende Trends zu erkennen meinen.

Statt vieler ferner *Mher Arshakyan* *The Impact of Legal Systems on Constitutional Interpretation: A Comparative Analysis: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, *German Law Journal* 14 (2013), 1297 ff.; *Philippe Nouel* „Cartesian Pragmatism“: Look in French and English Law, *International Business Lawyer* 24 (1996) 22 ff.; die Beiträge in *Anne-Marie Slaughter/Alec Stone Sweet/J. H. H. Weiler* (Hrsg.) *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, 1998.

¹³⁹ Hier wie bei vielen Fragmentierungsgründen kämpft der Beobachter mit dem Schweigen der Gerichtshöfe. Selbstverständlich vermeiden sie jeden Eindruck, dass man

c) *Sprachphilosophisches*

Diesem Beitrag liegt eine von der herrschenden juristischen Methodenlehre im Ansatz, freilich nicht hinsichtlich des „normalen Tagesgeschäfts“ abweichende Auffassung zugrunde. Sie nimmt auf die linguistische Wende in der Philosophie (*Ludwig Wittgenstein*) Bezug und plädiert für deren reflektierte Rezeption durch die Rechtswissenschaft.¹⁴⁰ Damit können, so die These, manche hier auf dem Prüfstand stehende Diskursphänomene und Fragmentierungen besser erklärt werden als durch die traditionelle Methodenlehre.¹⁴¹

Der Ansatz wird häufig als so genannte Gebrauchstheorie der Bedeutung bezeichnet: „Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache.“¹⁴² Die Bedeutung eines Wortes oder Satzes ergibt sich je und je aus dem konkreten Gebrauch, und kann sich im Lauf der Zeit ändern. Dies geschieht im jeweiligen sozialen Umfeld, im „Sprachspiel“,¹⁴³ in dem sich Sprachgebrauch und bestimmte Tätigkeiten verbinden. Pragmatische, also vor allem situativ abhängige Gehalte können nicht von vornherein als bedeutungsstranzendierend ausgeschlossen werden.

Vermeintlichen, vorgefundenen Gewissheiten des „korrekten“ Sprachgebrauchs, nämlich Wortbedeutung und möglicher Wortsinn als Ausgangs-

mit – eventuell genauso gut vertretbaren Variationen der Methodenwahl – zu anderen Ergebnissen kommen könnte.

¹⁴⁰ Das Folgende ist eine knappe Zusammenfassung bisheriger Überlegungen dieses Autors sowie deren Weiterentwicklung. Vgl. *Stefan Griller/Michael Potacs* Zur Unterscheidung von Pragmatik und Semantik in der juristischen Hermeneutik, in: Helmuth Vetter/Michael Potacs (Hrsg.) Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 1990, 66–105; *Stefan Griller* Gibt es eine intersubjektiv überprüfbare Bedeutung von Normtexten? Bemerkungen zur Sprachphilosophie Ludwig Wittgensteins, in: ders./Karl Korinek/Michael Potacs (Hrsg.) Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts, FS Heinz Peter Rill, 1995, 543 ff.

Aus der umfangreichen Lit. zum Thema ferner *Rainer Hegenbarth* Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, 1982; *Koch/Rießmann* Begründungslehre (Fn. 134); *Peter Schiffauer* Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1978.

¹⁴¹ Dieser liegt, so kann man vereinfachend sagen, die so genannte gegenstandstheoretische Gebrauchstheorie zu Grunde. Danach bildet ein sprachlicher Ausdruck gleichsam die Welt ab. Damit eng verbunden ist die geläufige Auffassung, ein Wort habe eine irgendwie von vornherein feststehende Bedeutung – in der Auslegung wäre das dann die „Wortbedeutung“, mit der traditionellerweise alle Auslegung beginnt. Diese könne allenfalls „an den Rändern“ gewisse Unschärfen aufweisen, was wiederum die Redeweise vom „Begriffskern“ und „Begriffshof“ nahelegt. Im Begriffskern sei die Auslegung unproblematisch beziehungsweise „klar“, im Begriffshof könne es dagegen Schwierigkeiten geben.

¹⁴² *Ludwig Wittgenstein* Philosophische Untersuchungen, Werkausgabe I, 1984, § 43. Das gilt auch für Sätze: *Wittgenstein*, ebendort, §§ 20, 421.

¹⁴³ *Wittgenstein* Untersuchungen (Fn. 142), § 7.

punkt und Grenze der Auslegung, wird gleichsam der Boden entzogen.¹⁴⁴ Die Bedeutung entwickelt sich im Sprachspiel der Rechtsgemeinschaft, an dem – abhängig von der konkreten Verfasstheit der jeweiligen Gemeinschaft – die Staaten, internationale Organisationen, Verfassungsgesetzgeber, einfache Gesetzgeber, Gerichte, die akademische Lehre, die Bürger (Normadressaten) usw. beteiligt sind. Eine von vornherein feststehende Grenze für die Entwicklung dieses „Spiels“ gibt es nicht.

Allerdings kennt jedes Spiel Regeln, auch das Sprachspiel. Sie können verletzt werden, wenn der Spieler sie falsch anwendet oder durch seine Aktion vielleicht gar das Spiel verlässt.¹⁴⁵

Die Bandbreite des korrekten Gebrauchs – hier: der korrekten Rechtsanwendung – dürfte auf dem Boden der Gebrauchstheorie der Bedeutung dennoch größer sein als nach der traditionellen Auffassung. Die säuberliche Trennung der juristischen Auslegungscanones¹⁴⁶ ist bestenfalls eine gedankliche Stütze der einzelnen Untersuchungsschritte, diese können aber weder eine besondere Reihen- noch Rangfolge beanspruchen. Der *vorweg feststehende* „mögliche Wortsinn“ bietet keine Sicherheit, es gibt ihn nicht. Überdies sind Gebrauchs- und damit Bedeutungsänderungen durch die am Spiel Beteiligten niemals auszuschließen.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Manches im juristisch-methodischen Diskurs lässt sich in diesem Sinne als hyper-skeptische Bedeutungstheorie kennzeichnen, derzufolge so gut wie alles möglich ist (anything goes). Es lässt sich argumentieren, dass z.B. die antipositivistische Stoßrichtung des Prinzipienarguments *Dworkins* so rekonstruiert werden kann, vgl. *Griller* Rechtsbegriff, in: *Griller/Rill* (Gesamtred.) *Rechtstheorie* (Fn. 44), 77 f. Die Bedeutung einer Norm ist dann das, was auf einer konkreten Entwicklungsstufe des Sprachspiels von einem mehr oder weniger einflussreichen Spieler dafür gehalten und entsprechend praktiziert (gebraucht) wird.

¹⁴⁵ *Wittgenstein* Untersuchungen (Fn. 142), §§ 80 ff. Es gibt also, so könnte man auch sagen, Regeln für den korrekten Gebrauch eines Wortes oder Satzes. Sie mögen nicht einfach durch das Nachschlagen im Wörterbuch ermittelbar sein, welches ebenfalls nur eine Momentaufnahme durch einen bestimmten Spieler darstellt. Nichtsdestotrotz bildet die im (bisherigen) Sprachspiel entwickelte Regel zugleich den Maßstab für die Beurteilung des Gebrauchs. Es kann auch falschen Gebrauch geben.

Das findet sich auch in der klassischen juristischen Formulierung von *Adolf Merkl* Das doppelte Rechtsantlitz, *JBl* 1918, 425, 444, 463, wieder abgedruckt und hier zitiert nach Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (Hrsg.) *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 1968, 1091 (1106), lange vor der linguistischen Wende: „Ist die Rechtsanwendung dem Belieben des Rechtsanwenders anheimgegeben [...], dann ist damit etwas Anzuwendendes bestritten, dann sind die Schranken, die dem Rechtsanwender [...] errichtet sind, hinweggeräumt, dann ist er unter dem verschämten, ja falschen Titel des Rechtsanwenders zum Rechtserzeuger umgedichtet.“

¹⁴⁶ Oben Fn. 130.

¹⁴⁷ Die Erlassung und die Anwendung von Rechtsnormen kann somit als kompliziertes Sprachspiel oder besser vielleicht als Lebensform gelten, worauf die Verfasstheit der jeweiligen Rechtsgemeinschaft erheblichen Einfluss hat, und woran nicht nur der Rechtsetzer, son-

Sogar die Auslegung *praeter* und bisweilen auch *contra legem* wird auf diese Weise in ein neues Licht gerückt: Fehlerhafte Rechtsanwendungspraxis ist zwar zunächst – als Verstoß gegen die Spielregeln – rechtswidrig, kann bei entsprechender Reaktion der Mitspieler (Gesetzgeber, Höchstgerichte usw.) aber gleichzeitig eine Regel- und damit Bedeutungsänderung bewirken. Darauf ist zurückzukommen.

d) *Nutzanwendung: Unterschiede zwischen „Sprachgemeinschaften“*

aa) *Allgemeines*

Weder die Integration in der EU, noch die Globalisierung mit allfälligen Tendenzen der „Konstitutionalisierung“ des Allgemeinen Völkerrechts haben die vorher bestehenden, teilweise über Jahrhunderte entwickelten Sprachgemeinschaften aufgelöst oder obsolet werden lassen.¹⁴⁸ Deren Besonderheiten betreffen nicht „bloß“ die natürliche Sprache sowie die juristische Fachsprache, sie betreffen das Verständnis einzelner Rechtsinstitute, aber insbesondere auch die identitätsstiftende Kraft der nationalen Verfassung.¹⁴⁹

Das ändert sich, zunächst einmal im EU-Recht, durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU und die Kreation des EuGH als jedenfalls dem Grundsatz nach unstrittig auch zur Entscheidung von Verfassungsfragen berufenen Gericht.¹⁵⁰ Aber diese Änderung beseitigt die fortbestehende Wirkmacht der nationalen Diskurse nicht, sie muss danach trachten, sie kontinuierlich zu beeinflussen. Ähnliches gilt auch für die EMRK.¹⁵¹

dem auch die Rechtsanwender mit bedeutungsgebendem Einfluss teilnehmen. Das schließt die Präzisierung von Spielräumen ebenso ein wie die Weiterentwicklung der Bedeutung.

¹⁴⁸ Dabei lassen sich zweifellos vielfältige „Schichten“ differenzieren, von der nationalen über regionale bis zu kontinentalen Gemeinschaften mit unterschiedlichen verbindenden Elementen.

¹⁴⁹ Solange diese nicht in einer internationalen oder supranationalen Gemeinschaft aufgehen, werden vor allem nationale Gerichte und namentlich nationale Höchstgerichte europarechtliche, völkerrechtliche und andere „außerstaatliche“ Normen durch die Brille der eigenen Rechtsordnung sehen. Es ist dies die auf die Interpretation gewendete Konsequenz der fortbestehenden Hierarchie, nach der die „Spieler“ und vor allem die zu verbindlichen Entscheidungen berufenen Gerichte ihre Autorität aus der nationalen Verfassung ableiten, die ihnen daher gleichzeitig auch die Grenzen setzt und den methodischen Weg weist.

¹⁵⁰ Zum EuGH als Verfassungsgericht statt vieler *Griller* Verfassungsinterpretation (Fn. 136), 115 ff. m.w.N.

¹⁵¹ Die aktuellen Konflikte zwischen Deutschland und der Türkei über das Grundverständnis und die Reichweite des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung – aktuell dazu etwa *Götz Hamann* Die schmutzige Säuberung, *Zeit online*, 5.8.2017 <<http://www.zeit.de/2016/33/tuerkei-europa-medien-meinungsfreiheit-saeuberung>> (Stand 31.10.2017); *Bülent Mumay* Angriff auf den Journalismus, *Spiegel online*, 27.7.2017 <<http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/tuerkei-und-meinungsfreiheit-ein-gastbeitrag-von-buelent-mu>

Im internationalen Recht fehlt es darüber hinaus an einer zentralisierten, einheitsstiftenden Interpretation bzw. Autorität zu einer solchen Interpretation.¹⁵² Angesichts der Vielfalt der juristischen Methoden und der Vagheit der zur Verfügung stehenden Auslegungscanones ergibt dies in Kombination unabweislich die Gefahr von Divergenzen, die zunächst offenbleiben. Reduziert wird diese Gefahr in zwischenstaatlichen Einrichtungen, die über Organe mit verbindlicher Entscheidungsgewalt verfügen.¹⁵³

Verbunden und eng verwandt mit diesen grundsätzlichen, methodischen Problemen, bestehen auch konkrete Übersetzungsprobleme in mehrsprachigen Rechtsgemeinschaften, die das Phänomen ganz handfest greifbar machen. Es können sehr komplexe Auslegungsfragen entstehen, die bisweilen an den Turmbau zu Babel erinnern mögen.¹⁵⁴ Pars pro toto auch hier

may-a-1159781.html> (Stand 31.10.2017) – sind nach Auffassung dieses Autors eines von vielen Beispielen dafür, wie rasch ein (bloß) vermeintlich erreichtes gemeinsames Diskursniveau, konkret: durch die gemeinsame Mitgliedschaft in der EMRK, in die Brüche gehen kann.

¹⁵² Dazu und zum folgenden jeweils mit zahlreichen Nachweisen *José E. Alvarez* International Organisations as Law-makers, 2005, insb. 65 ff.; *Henry G. Schermers/Niels M. Blokker* International Institutional Law, 4. Aufl. 2003, §§ 1344 ff.

¹⁵³ Freilich reduziert dies die Gefahr der Zersplitterung nur innerhalb dieser Einrichtung, nicht aber übergreifend.

¹⁵⁴ Das gilt für Spruchkörper, die aus Angehörigen mit unterschiedlicher Muttersprache zusammengesetzt sind, und/oder Entscheidungen fällen, die auf Rechtstexte gestützt werden, die in mehreren Sprachen gleichermaßen verbindlich sind, und/oder diese Entscheidungen wiederum ebenfalls in mehreren, gleichermaßen verbindlichen Sprachen verkünden.

Hier muss ein Hinweis auf weiterführende Literatur genügen: *Tamara Čapeta* Multilingual Law and Judicial Interpretation in the EU, CYELP 5/2009, 1 ff.; *Ralph Christensen/Michael Sokolowski* Juristisches entscheiden unter der Vorgabe von Mehrsprachigkeit, in: Friedrich Müller/Pascale Berteloot (Hrsg.) Rechtssprache Europa. Reflexion der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht, 2004, 113 ff.; *Silvia Ferreri* Multilingual interpretation of European Union law, CDCT working paper 40-2015; *Olga Lachacz/Rafał Mańko* Multilingualism at the Court of Justice of the European Union: Theoretical and Practical Aspects, Studies in Logic, Grammar and Rhetoric 34 (2013), 75 ff.; *Sieglinde E. Pommer* Interpreting Multilingual EU Law: What Role for Legal Translation? European Review of Private Law 20 (2012), 1241 ff.

Methodisch mindestens ebenso herausfordernd ist es, geläufige Begriffe, etwa „Verfassung“ oder „Kompetenzgrenze“, aus einem gewohnten Kontext, etwa einer bestimmten nationalen Rechtsordnung, in einen anderen Kontext, etwa das EU-Recht oder das Völkerrecht, zu übersetzen. Die Gefahr von unbeabsichtigten „Übersetzungsfehlern“ ist groß und erschwert jeden Diskurs.

Vgl. nur *Neil Walker* Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation, in: Joseph H.H. Weiler/Marlene Wind (Hrsg.) European Constitutionalism Beyond the State, 2003, 27 ff. Zahlreiche Beispiele bietet insb. die Konstitutionalisierungsdebatte, vergleiche nur *Klabbers/Peters/Ulfstein* Constitutionalization (Fn. 117).

Åkerberg Fransson: es bedarf schon eines Muttersprachlers, um verlässlich sagen zu können, dass für die weite Auslegung des Terminus „Durchführung“ bzw. „implementing“ in Art. 51 GRC auch der Umstand spricht, dass „tillämpa“ im schwedischen als „apply“ („anwenden“) zu übersetzen ist.¹⁵⁵

ab) *Beispiel Åkerberg Fransson*¹⁵⁶

Der Eindruck mag täuschen: während unter Europarechtlern¹⁵⁷ und in vielen Mitgliedstaaten, darunter im Ursprungsland des Falles, Schweden,¹⁵⁸ aber auch zum Beispiel in Frankreich,¹⁵⁹ trotz mancher Kritik relativ leidenschaftslos über das Judikat und seine Einordnung berichtet wurde, war das in Deutschland definitiv anders. Vor allem das BVerfG¹⁶⁰ argwöhnte sogleich die Gefahr einer neuerlichen Grenzüberschreitung, nämlich ein ultra-vires-Judikat des EuGH.

Dies lässt sich wohl am besten mithilfe der erheblichen Unterschiede erklären, die zwischen den – trotz aller Gemeinsamkeiten – immer noch fortbestehenden mehreren Sprachgemeinschaften bestehen. Methodisches

¹⁵⁵ *Ulf Bernitz* The Åkerberg Fransson Case. Ne bis in idem: Double Procedures for Tax Surcharge and Tax Offences not Possible, in: Joakim Nergelius/Eleonor Kristoffersson (Hrsg.) *Human Rights in Contemporary European Law*, 2015, 191 (197).

Dies ist also ein Beispiel dafür, dass der in mehreren Sprachen verbindliche Text (hier des Art. 51 GRC) in der Sprache jenes Landes, aus dem die Vorlagefrage kam, die Entscheidung des EuGH stützt, ohne dass dieser seinerseits in seiner Entscheidungsbegründung darauf eingegangen wäre.

¹⁵⁶ Oben im Text nach Fn. 12.

¹⁵⁷ Pars pro toto, „sogar“ in Deutschland: *Rudolf Streinz* Streit um den Grundrechtsschutz? Zum Grundrechtsschutz in der Europäischen Union nach den Urteilen des EuGH in den Fällen Åkerberg Fransson und Melloni und des BVerfG zur Antiterrordatei, in: Daniela Heid/Rüdiger Stotz/Arsène Verny (Hrsg.) *FS Manfred A. Dausen*, 2014, 429 ff.

¹⁵⁸ Z.B. *Bernitz* Åkerberg Fransson Case (Fn. 155), 191 ff.; *Eleonor Kristoffersson* The Future of the Swedish Tax Sanction System after Ne Bis in Idem, in: Joakim Nergelius/Eleonor Kristoffersson (Hrsg.) *Human Rights in Contemporary European Law*, 2015, 211 ff.; *Joakim Nergelius* Human Rights in EU Law 2014: Two Key Cases of 2013, ebendort, 1 ff. Dies trotz der – aufgrund der erstmaligen konkreten Anwendung des Vorrangprinzips durch den Obersten Gerichtshof (Högsta Domstolen) – großen verfassungsrechtlichen Bedeutung des Falles in Schweden: *Bernitz* Åkerberg, in: Nergelius/Kristoffersson (Hrsg.) *Human Rights* (Fn. 155), 208 f.; *Nergelius*, in: ebd., 1.

¹⁵⁹ Pars pro toto: *Antoine Bailleux* Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin – A propos des arrêts Stefano Melloni et Åkerberg Fransson de la Cour de justice. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bd. 2014, Nr. 97, 215 ff.; *Peter Olivier/Thomas Bombois* „Ne bis in idem“ en droit européen: un principe à plusieurs variants, *Journal de droit européen* 9 (2012), 266 ff.; *Dominique Ritleng* The Contribution of the Court of Justice to the Structuring of the European Space of Fundamental Rights, *New Journal of European Criminal Law* 5 (2014), Issue 4, 507 ff.

¹⁶⁰ Oben im Text bei Fn. 16.

und Rechtssystematisches fließen ineinander. Während Europarechtler, geschult an der über Jahrzehnte entwickelten Judikatur zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte im „Anwendungsbereich“ des Unionsrechts sowie an der teleologischen Interpretation (*effet utile*) des EuGH, keine großen Schwierigkeiten ausmachen,¹⁶¹ ist das für das BVerfG und einen Teil der deutschen Rechtswissenschaft, die unter „Durchführung“ etwas Engeres verstehen, wesentlich anders. Dazu kommt noch ein über die Jahre geschulter „Generalverdacht“,¹⁶² EU-Recht und EuGH-Judikate könnten kompetenzwidrig sein und müssten regelmäßig darauf geprüft werden.¹⁶³

Das Beispiel ist zugleich eines für die Nuancierung der Diskurse: Auch das BVerfG hat nicht behauptet, es liege konkret ein *ultra-vires*-Judikat vor. Es hat bloß klargestellt, man dürfe es nicht so lesen, und damit eine klare Warnung für die Zukunft ausgesprochen. Diesen Diskurs versteht man nur im Gesamtkontext der Vorrangdebatte. Insoweit dürften die immer noch fortbestehenden Grenzen zwischen den Sprachgemeinschaften im oben erläuterten Sinn wirken. Das Europarecht mag den Sprachgebrauch tendenziell vereinheitlichen, das ist aber ein langer und wechselvoller Prozess, der noch lange nicht abgeschlossen erscheint. So wenig präzise die Unterschiede greifbar sein mögen, so wirkmächtig ist diese Art der Fragmentierung der Diskurse.

¹⁶¹ Charakteristische Ambivalenz eines deutschen Europarechtlers bei *Streinz* Grundrechtsschutz (Fn. 157), 434 ff. m.w.N.; er stellt die Zusammenhänge, insb. den Unterschied zwischen „Durchführung“ und „Anwendungsbereich“ zutreffend dar, meint aber gleichzeitig, die Entstehungsgeschichte belege, dass die Mitgliedstaaten gegenüber der älteren EuGH-Judikatur eine Einschränkung vornehmen wollten. Freilich passt das mit der historisch-systematischen Analyse nicht zusammen, wonach die Erläuterungen zur Auslegung des Begriffs „Durchführung“ heranzuziehen sind (oben bei Fn. 14). Aus diesen ergibt sich sehr deutlich die vom EuGH angewendete weitere Auslegung (vgl. ferner das Argument der Fortgeltung der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze bei *Streinz* Grundrechtsschutz [Fn. 157], 436). Nach Auffassung dieses Autors kann dem EuGH methodisch kein Vorwurf gemacht werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob dies nicht sogar ein zwingendes Auslegungsergebnis ist. Mindestens ist es eine zulässige Entscheidung des zuständigen Gerichts zwischen zwei in Betracht kommenden Auslegungshypothesen. Dem entspricht dann aber wieder die Schlussfolgerung von *Streinz*, wonach die weitergehende Auffassung des EuGH nicht überraschen konnte und konsequent sei.

¹⁶² Siehe die Judikate oben im Text nach Fn. 9.

¹⁶³ In Mitgliedstaaten ohne eine solche Tradition, namentlich auch in solchen ohne eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit Kassationsbefugnis, ist die Bereitschaft größer, ein EuGH-Judikat als rechtmäßige Konkretisierung des Primärrechts hinzunehmen.

IV. Vom Umgang mit Fragmentierungen

1. *Statt eines Epilogs*

Es sollte deutlich geworden sein: Abhängig von der jeweiligen Rolle im Diskurs werden Fragmentierungen entdeckt, „zelebriert“, verdeckt, oder „geheilt“. Für den juristischen, und zwar sowohl wissenschaftlichen wie auch rechtspraktischen Diskurs am „störendsten“ sind tatsächliche oder vermeintliche Normwidersprüche. Juristen werden dazu ausgebildet, solche zu identifizieren, aber auch, sie „aus dem Weg zu räumen“. Abhängig vom Zeitpunkt der Betrachtung kann man, im Fall des Erfolges solcher Bemühungen, meinen, es gäbe gar keine Fragmentierung, weil sie durch kundigen Einsatz des juristischen Instrumentariums vermieden oder aufgelöst werden kann. Wenn eine Spannungslage oder gar ein Widerspruch letztlich ausgeräumt werden kann, lag dann überhaupt eine Fragmentierung oder vielleicht nur eine Prima-facie-Fragmentierung vor? Das kann nur von Fall zu Fall beantwortet werden und muss auf der hier im Zentrum stehenden Metaebene offenbleiben. Denn im Grunde dreht sich das gesamte Thema um Bemühungen, dauerhafte Fragmentierung zu vermeiden. Die hauptsächlichsten Instrumente dafür sollen schlagwortartig zusammengefasst werden, ohne in die oft schwierigen Einzelfälle eintreten zu können, an denen sich die Leistungsfähigkeit und deren Grenzen zeigen.

2. *Eindämmungsstrategien*

a) *Klassische Kollisionsregeln*

Antinomien (Normwidersprüche) werden nach der gängigen Methodenlehre durch Regeln wie „*lex specialis derogat legi generali*“ und „*lex posterior derogat legi priori*“ verhindert bzw. behoben.¹⁶⁴ Hier wurde bereits auf die Bedeutung für die Reduktion der Gefahren für die Fragmentierung im Völkerrecht hingewiesen.¹⁶⁵ Freilich ist die Lösungskapazität der klassischen Kollisionsregeln auf Konflikte innerhalb einer Rechtsordnung beschränkt.

b) *Rechtsvergleichung*

Rechtsvergleichung hat Konjunktur, auch als Instrument zur Fragmentierungsvermeidung.¹⁶⁶ Freilich wirft dies regelmäßig das Problem auf, inwie-

¹⁶⁴ Z.B. *Bydlinski* Methodenlehre (Fn. 28), 463 ff., 572 ff.

¹⁶⁵ Oben im Text bei Fn. 119.

¹⁶⁶ Weiterführend sowohl für die Judikatur des EuGH, als auch des EGMR statt vieler *Rudolf Streinz* Richterrecht in der europäischen Integration – Die Rolle der Verfassungsver-

weit das „fremde“, in den Vergleich einbezogene Recht normative Kraft entfalten kann. Dafür bedarf es einer entsprechenden Anordnung, mindestens Ermächtigung. Diese liegt etwa, und zwar geradezu als Auftrag, vor in Fällen wie Art. 6 Abs. 3 EUV, wonach unter anderem die Grundrechte, „wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben“, als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts zu gelten haben.¹⁶⁷

Eine besondere Spielart von Rechtsvergleichung sind die zunehmenden wechselseitigen Zitierungen zwischen Gerichten oder gerichtsähnlichen Einrichtungen, die hauptsächlich bloß der Legitimationsverstärkung dienen.¹⁶⁸ Im Vordergrund steht hier die Bekräftigung des eigenen Standpunkts durch stützenden Verweis auf eine andere Autorität, verbunden mit der ökonomischen Übernahme der Argumentation, die eigene Ableitungen erspart.¹⁶⁹

c) *Hierarchievermeidung*

Vermeintlich konfliktvermeidend sind Ansätze wie jener des Verfassungspluralismus und des Verfassungsverbundes, die Über- und Unterordnungskonstruktionen vermeiden, wie sie für Monismus und Dualismus typisch sind. Es wurde schon darauf hingewiesen,¹⁷⁰ dass dies nicht überzeugt: Ob Konflikte vermieden werden oder in geringerem Ausmaß auftreten hängt wesentlich davon ab, ob die alternativen „Rezepte“ wie Optimierungsgelüste, aber auch ein etwaiger Anwendungsvorrang, konsensfähig sind.

gleichung, in: Günter Herzig/Marcus Klamert/Rainer Palmstorfer/Roman Puff/Erich Vranes/Paul Weismann (Hrsg.) *Europarecht und Rechtstheorie*, 2017, 47 (68 ff., 74 ff. m.w.N.).

Vgl. ferner etwa *Anne van Aaken* Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 482 (ohne den Standpunkt der Autorin zu teilen).

Zu den Erklärungsansätzen der Rechtsvergleichung betreffend die Fragmentierung im Öffentlichen Recht siehe *Uwe Kischel*, in diesem Band.

¹⁶⁷ *Streinz* Grundrechtsschutz (Fn. 166), 68.

¹⁶⁸ *Christoph Grabenwarter* Die Kooperation zwischen EuGH und EGMR, in: *Christoph Grabenwarter/Erich Vranes* (Hrsg.) *Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund. Grundfragen und neueste Entwicklungen*. 12. Österreichische Europarechtstag 2012, 2013, 35 (37 f.). Ausführlich zum Thema ferner *Matthias Wendel* Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform, *Der Staat* 52 (2013), 339.

¹⁶⁹ Rezent Beispiele etwa bei *Mayer/Wendel* *Grundlagen* (Fn. 87), Rn. 307 ff.

¹⁷⁰ Oben im Text nach Fn. 73.

d) Kooperation

„Kooperation“ im Sinne wechselseitiger Rücksichtnahme zur Vermeidung von Konflikten findet nicht zuletzt zwischen Gerichten in vielfältiger Weise statt.¹⁷¹ Eine besondere Spielart ist das Zusammenwirken¹⁷² zwischen Gerichten durch (nicht paktierte, einseitig festgelegte) Aufgabenteilungen in der Form der Rücknahme oder Reduktion der Kontrolldichte. Das gibt es wie skizziert in der EU, etwa in der „Solange-Judikatur“ des BVerfG,¹⁷³ in welcher die Grundrechtskontrolle gegenüber dem EuGH zurückgenommen wird, „solange“ dieser selbst „ausreichend“ kontrolliert. Ähnliches praktiziert der EGMR gegenüber dem EuGH. Diese Vorgangsweise, die unter dem Vorbehalt eines Kontrollrestes steht, reduziert die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen.

Dies ist der für das Thema vielleicht wichtigste Eindämmungsmechanismus. Zentral bleibt die Frage nach der rechtlichen Überzeugungskraft dieser Vorgangsweise, sowohl dem Grunde als auch der Reichweite nach, anders ausgedrückt: die Tragweite der jeweiligen Rechtsgrundlage, Fragmentierung durch Kontrollreduktion einzudämmen.¹⁷⁴

¹⁷¹ Statt vieler *Peter M. Huber* Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen, *EuZW* 1997, 517; *von Danwitz* Grundrechtsschutz (Fn. 78), § 6 Rn. 11 ff.; zu Idee und Details des „kooperativen Verfassungspluralismus“ *Mayer* Verfassung (Fn. 57), 38 ff. m.w.N.

Ferner die Beiträge in *Christoph Grabenwarter/Erich Vranes* (Hrsg.) Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund. Grundfragen und neueste Entwicklungen. 12. Österreichischer Europarechtstag 2012, 2013, m.w.N.

¹⁷² *Grabenwarter* Kooperation (Fn. 168), 36 f.

¹⁷³ Oben Fn. 10. Das BVerfG selbst spricht von „Kooperation“ mit dem EuGH, etwa im Maastricht-Urteil: BVerfGE 89, 155 (174 f.).

¹⁷⁴ Oben im Text bei und nach Fn. 99.

Häufig wird im Zusammenhang mit Konfliktvermeidung auch „Pragmatik“, nämlich in der Kooperation, eingefordert: vgl. statt vieler *Streinz* Grundrechtsschutz (Fn. 157), 441 ff.; *Daniel Thym* Separation versus Fusion – or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice, *European Constitutional Law Review* 9 (2013), 391 ff. Das dürfte allerdings, für sich genommen, in keiner der hier zur Debatte stehenden Rechtsordnungen eine methodische Kategorie sein, die argumentativ durchsetzungsfähig wäre. Praktisch gesprochen mag das anders sein.

Leitsätze des I. Referenten über:

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht

I. Themeneingrenzung

(1) „Fragmentierungen“ sind, in einer umgangssprachlichen Annäherung, Zerteilungen, in Fragmente Zerlegtes. An themeneinschlägigen Diskursen sind insbesondere Rechtswissenschaftler, aber auch gesetzgebende und vollziehende Organe im weitesten Sinne, einschließlich Gerichte, beteiligt. Das Thema wird als Suche nach Gründen für Fragmentierungen in den Diskursen im internationalen Recht, nämlich im Völkerrecht und Europarecht, und im nationalen Recht aufgefasst, wie auch als Suche nach Vermeidungsstrategien.

II. Beispiele

III. Fragmentierungsgründe

1. Zum Rechtsbegriff

*(2) Dieser Autor vertritt einen positivistischen Rechtsbegriff. Auch auf dieser Grundlage sind die Nuancen zwischen staatlichem Recht und Völkerrecht hinsichtlich Effektivität und Zwangsbewehrtheit wesentlich. Wenn das Völkerrecht weniger ein Regelsystem ist, in dem Normen einerseits anzuwenden sind und andererseits abgeändert werden können, sondern eher ein beständiger „Prozess“ der Erzeugung und Veränderung von Recht, der die Dichotomie zwischen *lex lata* und *lex ferenda* als „falsch“ erscheinen lässt (Higgins), folgt daraus ein anderer Diskurs als im nationalen Recht. Beispiel „Targeted Killing“: Im nationalen Recht, aber auch im Europarecht wäre eine derartige, geradezu harmonische „Parallelentwicklung“ zwischen sich verstetigender, zunächst heftig kritizierter Staatenpraxis und zunehmender Akzeptanz in der Literatur kaum in gleicher Weise vorstellbar.*

(3) *Wer es für zulässig oder gar geboten hält, in den Rechtsbegriff Gerechtigkeitsmaßstäbe einzubauen, wird einen anderen Standpunkt gegenüber Abweichungen vom „Buchstaben des Gesetzes“ einnehmen als Positivisten. Rechtsbegriff samt Gerechtigkeitsidee haben wesentlichen Einfluss auf themeneinschlägige Diskursverläufe.*

2. *Normative Beziehungen zwischen Rechtsordnungen und Teilrechtsordnungen*

(4) *Monismus, Dualismus, Verfassungspluralismus und Verfassungsverbund sind die einflussreichsten Theoreme, welche das Verhältnis zwischen Rechtsordnungen oder Teilrechtsordnungen zu erklären suchen. Sie konkurrieren miteinander. Entgegen manchen Behauptungen ist die Monismus-Dualismus-Debatte nicht tot.*

(5) *Diese Theoreme sind gedankliche Rekonstruktionen des Verhältnisses zwischen Rechtssystemen, mit einem sowohl theoretischen als auch analytischen Anspruch. Sie können vom „außenstehenden Betrachter“ auf das Verhältnis von Normenordnungen und/oder auf konkrete Fragestellungen angewendet werden, und sind in ihrer Erklärungskraft mehr oder weniger leistungsfähig.*

(6) *In einer anderen Situation befindet sich ein Rechtsanwendungsort einer der beteiligten Ordnungen, etwa der EuGH, oder ein nationales Höchstgericht. Diese beiden Perspektiven sollten auseinandergehalten werden.*

(7) *Das BVerfG entnimmt die Schranken, welche der EU und ihren Organen gesetzt sind, dem nationalen Verfassungsrecht. So etwa, wenn es hervorhebt, dass der Anwendungsbefehl für das EU-Recht einschließlich der Vorrangwirkung durch das nationale Verfassungsrecht erteilt wird. Entsprechend gestalten sich dann auch die Diskurse über allfällige Integrationsschranken einschließlich dem Grundrechtsschutz, als auch über die sogenannte ultra-vires-Doktrin. Nach h.A. ist das eine dualistische Position, wobei auch eine monistische mit Primat des Staatsrechts argumentierbar wäre. Es ist schwer auszumachen, wie diese Judikatur mit den Theoremen vom Verfassungsverbund oder Verfassungspluralismus rekonstruierbar wäre.*

(8) *Methodisch vergleichbar leitet der EuGH die These vom Vorrang gegenüber nationalem Recht, und zuvor schon die unmittelbare Anwendbarkeit des EG-Rechts, hauptsächlich aus der Eigenständigkeit („Autonomie“) der Unionsrechtsordnung ab.*

(9) *Es ist – was die Parallelität der Denkungsart betrifft – bemerkenswert und stimmig, dass der EuGH ähnliche Vorbehalte wie nationale Höchstgerichte hat, wenn es um die Einordnung ins oder gar Unterordnung*

unter das Völkerrecht geht. Durch die „Theoriebrille“ betrachtet ist auch das wohl am ehesten dualistisch zu qualifizieren.

(10) Jedes Entscheidungsorgan agiert auf der Grundlage von Normen, die sein Verhalten gebieten oder es zumindest erlauben. Diese Normen entnimmt es jener Rechtsordnung, die es eingesetzt hat. Normen, die nicht auf die Erzeugungsregeln der eigenen Rechtsordnung gestützt werden, hat es zu beachten oder kann es berücksichtigen, wenn dies durch „seine“ Rechtsordnung geboten oder erlaubt ist. Soweit dieser Schranken zu entnehmen sind, müssen diese bei der Entscheidungsfindung ebenfalls berücksichtigt werden. Aus diesen Zusammenhängen ergibt sich zwingend eine Über- und Unterordnungsrelation. Das mag man, muss man aber nicht als „hierarchisch“ kennzeichnen. Es folgt jedenfalls aus der zentralen Funktion von Normen, zu gebieten, verbieten, oder erlauben. Insoweit sind die wechselseitigen „Vorbehalte“ weder künstlich kreiert noch interpretativ eliminierbar.

(11) Diese Überlegungen unterminieren, mindestens tendenziell, die theoretischen Grundlagen der Ideen vom Verfassungsverbund und des Verfassungsp pluralismus. Insoweit Monismus und Dualismus brauchbare Rekonstruktionen bleiben, weisen sie doch gleichzeitig auf die ausgewiesenen Fragmentierungspotenziale hin.

(12) In der verwandten Debatte um die Fragmentierung des Völkerrechts muss der Diversifizierung und Spezialisierung hauptsächlich mit sorgfältiger Anwendung der Instrumente der juristischen Methodenlehre begegnet werden. Regelmäßig geht es um die Interpretation von Verträgen, deren Abgrenzung zueinander, und deren Besonderheiten gegenüber dem Allgemeinen Völkerrecht. Die *Lex-specialis*- sowie die *Lex-generalis*-Regel spielen dabei eine wichtige Rolle, insbesondere auch was die Anwendung von Regelungen des Allgemeinen Völkerrechts innerhalb dieser besonderen Regime betrifft.

3. Juristische Methodenlehre

(13) Ungeachtet der weitreichenden Akzeptanz der traditionellen „juristischen Methoden“ dem Grundsatz nach ist sowohl hinsichtlich der Grundlegung als auch der Details ein Methodenpluralismus festzustellen. Die Ansätze unterscheiden sich hauptsächlich im Gewicht, dem der Teleologie, also der am Zweck und weniger am Ausdruck orientierten Interpretation, und auch danach, welche Rolle überpositiven „Gesichtspunkten“, meist im Interesse der Gerechtigkeit, zugemessen wird.

(14) Unterschiedliche Methodenpraxis kann zu unterschiedlichen Ergebnissen bis hin zu Fragmentierungen führen. Die Spannungen zwischen dem EuGH und dem BVerfG im Zusammenhang mit dem Fall Åker-

berg Fransson können auch darauf, nämlich eine einerseits pointiert historisch-teleologische Interpretation des EuGH, und andererseits eine stärker am Wortsinn orientierte Interpretation des BVerfG, zurückgeführt werden.

(15) Dieser Disput lässt sich gut mithilfe der erheblichen Unterschiede erklären, die zwischen den – trotz aller Gemeinsamkeiten – immer noch fortbestehenden mehreren Sprachgemeinschaften bestehen. Methodisches und Rechtssystematisches fließen ineinander. Während Europarechtler, geschult an der teleologischen Interpretation (*effet utile*) des EuGH, keine großen Schwierigkeiten ausmachen, ist das für das BVerfG, das unter „Durchführung“ etwas Engeres versteht, wesentlich anders. Dazu kommt noch ein über die Jahre geschulter „Generalverdacht“, EU-Recht und EuGH-Judikate könnten kompetenzwidrig sein und müssten regelmäßig darauf geprüft werden.

(16) Diese Zusammenhänge lassen sich mittels einer sprachphilosophischen Grundlegung der juristischen Methodenlehre besser erklären. Danach ist „[d]ie Bedeutung eines Wortes [...] sein Gebrauch in der Sprache.“ (Wittgenstein). Die Bedeutung eines Wortes oder Satzes ergibt sich je und je aus dem konkreten Gebrauch, und kann sich im Lauf der Zeit ändern. Dies geschieht im jeweiligen sozialen Umfeld, im „Sprachspiel“, in dem sich Sprachgebrauch und bestimmte Tätigkeiten verbinden. Pragmatische, also vor allem situativ abhängige Gehalte können nicht von vornherein als bedeutungstranzendierend ausgeschlossen werden.

4. Vom Umgang mit Fragmentierungen

(17) Abhängig von der jeweiligen Rolle im Diskurs werden Fragmentierungen entdeckt, „zelebriert“, verdeckt, oder „geheilt“. Abhängig vom Zeitpunkt der Betrachtung kann man, im Fall des Erfolges der Eindämmungsstrategien meinen, es gäbe gar keine Fragmentierung. Im Grunde dreht sich das gesamte Thema um Bemühungen, dauerhafte Fragmentierung zu vermeiden.

(18) Die wirkmächtigsten Eindämmungsstrategien sind – mit je unterschiedlicher Erfolgsaussicht – klassische juristische Kollisionsregeln, Rechtsvergleichung, Hierarchievermeidung, vor allem aber „Kooperation“. Letztere vor allem als Ausdruck verfassungsrechtlicher „Öffnungsklauseln“. Die entscheidende Frage ist immer die Reichweite des im Interesse der Kooperation verfassungsrechtlich, namentlich durch die systematisch interpretierten Öffnungsklauseln, zugestandenen Kompromisses.

Dritter Beratungsgegenstand:

**Fragmentierungen im Öffentlichen Recht:
Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht**

2. Referat von *Uwe Kischel*, Greifswald

Inhalt

| | Seite |
|---|-------|
| I. Diversität der Diskurse – Gründe und Hintergründe | 286 |
| 1. Sprache und materielles Recht | 286 |
| 2. Methodik und Interdisziplinarität | 288 |
| 3. Der erweiterte Kontext | 292 |
| II. Reichweite der Diversität | 296 |
| 1. Relativität der Fremdartigkeit | 296 |
| 2. Multidiskursive Rechtsordnungen | 298 |
| 3. Entwicklungsrichtungen? | 302 |
| III. Konsequenzen der Diversität | 304 |
| 1. Überwindbarkeit | 304 |
| a) Praktische Funktionsfähigkeit internationaler Zusammenarbeit und ihre Grenzen | 304 |
| b) Die Unübersetzbarkeitsthese | 306 |
| c) Diversität als Problem? | 308 |
| 2. Beschränkte Möglichkeiten von Rechtsübertragungen. | 309 |
| 3. Diskursiver Imperialismus | 311 |
| 4. Internationalisierung im deutschen Rechtswesen? | 313 |
| a) Internationalisierung der Ausbildung? | 313 |
| b) Rechtssprache Englisch? | 314 |
| c) Methodik und Anschlussfähigkeit. | 316 |
| d) Internationalisierung der wissenschaftlichen Aktivitäten. | 318 |
| IV. Schluss | 320 |

Der Kontakt mit fremdem Recht und fremden Juristen kann unbefriedigend sein. Man hört zu, man spricht, man liest, man hat ein gemeinsames Thema, aber doch schleicht sich nicht selten das Gefühl ein, nicht wirklich zueinander durchzudringen. Der Diskurs scheint jeweils anderen Regeln zu folgen, die Kommunikation auf einer tieferen Ebene gestört zu sein.¹ Dieses verbreitete Gefühl der Verschiedenheit, des gegenseitigen Nichtverstehens ist vielen international tätigen Juristen und jedem Rechtsvergleicher zutiefst vertraut. Die Verschiedenheit bedarf zunächst einer näheren Analyse (I), bevor nach ihrer Reichweite (II) und schließlich nach ihren Konsequenzen gefragt werden kann (III).

I. Diversität der Diskurse – Gründe und Hintergründe

1. Sprache und materielles Recht

Ein erster Grund für die Diversität der Diskurse liegt in der Verschiedenheit der Sprachen, nicht nur allgemein der Fremdsprachen, sondern gerade auch der Fachsprachen. Das Problem liegt dabei oft weniger im schlichten Nichtverstehen, sondern vor allem im Scheinverstehen, etwa wenn ein Wortstamm wie Dogmatik² oder Jurisprudenz in der Fremdsprache wiedererkannt wird, aber etwas ganz anderes bedeutet. Am Scheinver-

¹ Schon für das Verhältnis zu unserem Nachbarn Frankreich hat *Michel Fromont* als ausgewiesener Kenner beider Welten mit großer Deutlichkeit festgestellt: „l'état d'esprit des juristes des deux pays est resté très différent“, *Michel Fromont Les droits français et allemand se rapprochent-ils?*, *Le Forum franco-allemand*, 1er trimestre 1999, 135 (137).

² Zum Unterschied zwischen deutscher Dogmatik, französischer doctrine und englischem case law vgl. kurz *Daniel Thym* Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, *EuR* 2015, 671 (695 Fn. 143); *Oliver Lepsius* Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht, in: Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, 53 (86); speziell zur französischen doctrine auch *Christoph Schönberger* Der „German Approach“ – Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, in: Christoph Schönberger Der „German Approach“ – Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015, 1 (39 ff.); zur Verwendung des Begriffs der doctrine im englischen Recht vgl. etwa *Peter Goodrich* *Reading the Law – A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*, 1986, 121; zur Vielschichtigkeit des Begriffs der Dogmatik auch innerhalb des deutschen Rechts vgl. etwa *Christian Waldhoff* Kritik und Lob der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.) *Was heißt Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, 2012, 17 (21 ff.); *Matthias Jestaedt* Wissenschaft vom Recht – Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, *JZ* 69 (2014), 1 (5 ff.); vgl. beispielhaft auch den Versuch einer Begriffsverengung auf ein in sich gerichtetes Handwerk bei *Lepsius* Problemzugänge (Fn. 2), 73 ff., und die ausdrückliche, erheblich weitere Gegenposition bei *Andreas von Arnould* Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität – Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, *VVDStRL* 74 (2015), 39 (69 ff.).

stehen dürfte es auch liegen, dass Deutschland und Österreich gern einmal als zwei Rechtsordnungen beschrieben werden, die durch die gleiche Sprache getrennt sind.³ Gänzlich verschiedene Sprachräume bieten aber ebenfalls breiten Raum für Missverständnisse. Die Rechtsstaatsdebatte mit der Volksrepublik China etwa krankt teilweise daran, dass das chinesische Wort für „Rechtsstaat“ – „fazhi“ – bei gleicher Transkription und Aussprache für zwei sehr verschiedene Schriftzeichenkombinationen stehen kann, von denen die eine (法制) das Recht und die Institutionen, die andere (法治) Recht und Herrschaft zusammenbringt.⁴ Ob fazhi die Herrschaft des Rechts oder die bloße Herrschaft durch das Recht meint, hängt eng mit solchen terminologischen Feinheiten zusammen.⁵

Ein zweiter Grund sind Unterschiede im materiellen Recht. Wir sprechen also nicht nur unterschiedlich, weil wir verschiedene *Sprachen* verwenden, sondern auch weil wir *über* verschiedene Dinge sprechen. Erneut ist das Hauptproblem die vermeintliche Ähnlichkeit. Wer glaubt, dass der Unterschied zwischen Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff „rechtologisch“ vorgegeben sei, kommt international kaum weiter.⁶ Dass es genau drei gleichgeordnete Staatsgewalten gibt, wird weder in Frankreich⁷ noch in Taiwan⁸ uneingeschränkt akzeptiert werden. Selbst eine so elementare

³ So Ewald *Wiederin* Denken vom Recht her – Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung 2007, Beiheft 7, 293 (294); in diese Richtung auch Konrad Lachmayer Eine Sprache, zwei Rechtskulturen – Deutsches und österreichisches Verfassungsrechtsdenken, in: Uwe Kischel (Hrsg.) Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt – Bedeutung, Grenzen Zukunftsperspektiven, 2014, 65 (65, 71).

⁴ Vgl. dazu Deborah Cao Fazhi vs/and/or Rule of Law? – A Semiotic Venture Into Chinese Law, International Journal for the Semiotics of Law 14 (2001), 223 (234 ff.); Randall Peerenboom China's Long March Toward Rule of Law, 2002, 63 ff.; Shan Gao „Fazhi“ – „Rule by Law“ or „Rule of Law“? – A Common but Serious Mistake Among Many Writers <<http://lbackerblog.blogspot.de/2013/04/fazhi-and-in-china-rule-of-law-rule-by.html>> (Stand 17.5.2017).

⁵ Zum Ganzen auch Uwe Kischel Rechtsvergleichung, 2015, § 9 Rn. 122 ff.

⁶ Zu diesem Standardbeispiel vgl. nur statt aller Armin Hatje/Peter Mankowski „Nationale Unionsrechte“ – Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen, EuR 2014, 155 (164 f.) m.w.N.

⁷ Zu Legislative und Exekutive als „pouvoir“ im Unterschied zur Judikative als bloßer „autorité“ vgl. etwa Michel Troper The Judicial Power and Democracy, European Journal of Legal Studies 1 (2007), 316 (316 ff.); auch zur historischen Entwicklung Louis Favoreu et al. Droit constitutionnel, 12. Aufl. 2009, Rn. 510 ff.; kurz und deutlich Héléne Simonian-Gineste Le droit constitutionnel en schémas, 3. Aufl. 2010, 224; deutlich, wenn auch sehr kritisch Olivier Gohin Droit constitutionnel, 2010, 1296; aus der Außenperspektive etwa Landon Wade Magnusson Article V versus Article 89 – Why the U.S. Does not Overturn Supreme Court Rulings Through Amendment, Syracuse Law Review 62 (2012), 75 (101).

⁸ Zur Lehre von den fünf Gewalten – neben den drei üblichen auch die Kontroll- und die Prüfungsgewalt – vgl. ausführlicher Tzong-li Hsu Die Idee der Gewaltenteilung in China –

Abgrenzung wie die zwischen Recht und Tatsache wird in Deutschland und England, aber durchaus auch in Frankreich ganz verschieden angegangen.⁹ Und was eigentlich mit dem stets eingeforderten Rechtsstaat gemeint ist, bleibt oft ganz im Ungefähren.¹⁰

2. Methodik und Interdisziplinarität

Weit unerwarteter, gravierender und störender als Unterschiede in der Sprache oder im materiellen Recht sind oft Unterschiede in der Methodik. Denn hier sprechen wir verschieden, weil wir sogar verschieden vorgehen und *denken*. So sprechen englische Juristen ganz anders über Gesetzesauslegung, u.a. weil es dort nach einem Bonmot gar keine Auslegungsregeln gibt, sondern nur 1001 Interpretationskriterium,¹¹ und sich teleologi-

Unter besonderer Berücksichtigung der Lehre von Dr. Sun Yat-sen, in: Christian Starck (Hrsg.) Staat und Individuum im Kultur- und Rechtsvergleich, 2000, 115 (117 ff.); vgl. weiter *Chang-fa Lo* Taiwan: External Influences Mixed With Traditional Elements to Form Its Unique Legal System, in: Ann Black/Gary F. Bell (Hrsg.) Law and Legal Institutions of Asia – Traditions, Adaptations and Innovations, 2011, 91 (101 f.); *Tzu-hui Yang* Gesetzgebungsverfahren in Taiwan, in: Werner Heun/Christian Starck (Hrsg.) Das Gesetz – Fünftes Deutsch-Taiwanesisches Kolloquium am 1. und 2. April 2011 an der Georg-August-Universität Göttingen, 2012, 65 (65 f.); *Tzu-hui Yang* Chinesisches Verfassungsrechtsdenken und freiheitliche Demokratie – Taiwan zwischen chinesischer Tradition und modernem Anspruch, in: Uwe Kischel/Christian Kirchner (Hrsg.) Ideologie und Weltanschauung im Recht, 2012, 89 (100 f.); auch zum Hintergrund in der Lehre Sun Yat-Sens vgl. *Li-Ming Yao* Die Frage der Verfassungsdurchbrechung in der Verfassungswirklichkeit Nationalchinas, JöR 35 (1986), 620 (628 f.); *Yueh-Sheng Weng* Die Reformierung des Justizsystems der Republik China, in: AöR 121 (1996), 578 (579 Fn. 5).

⁹ Zu England vgl. etwa *Steven H. Bailey/Jane P.L. Ching/Nick W. Taylor Smith, Bailey and Gunn on the Modern English Legal System*, 5. Aufl. 2007, 11 ff., 476 f.; zu Frankreich vgl. grundlegend *Jean-Louis Bergel* Méthodologie juridique, 2001, 102 ff. sowie bereits *Jean Rivero* La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français, *Dialectica* 15 (1961), 462 (462 ff.); zu den Besonderheiten der sog. qualification als Schnittstelle zwischen Recht und Tatsachen in Frankreich vgl. zusammenfassend *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 6 Rn. 141 ff.; *François Terré* Introduction générale au droit, 9. Aufl. 2012, 336.

¹⁰ Zur internationalen Rechtsstaatsdebatte und dem Rechtsstaatsbegriff vgl. beispielhaft *Karl-Peter Sommermann* Entwicklungsperspektiven des Rechtsstaats – Europäisierung und Internationalisierung eines staatsrechtlichen Leitbegriffs, in: Siegfried Magiera (Hrsg.) Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa, 2007, 75 (75 ff.); *Daniel Mockle* Rule of Law, in: Michel Troper/Dominique Chagnollaude (Hrsg.) Traité international de droit constitutionnel, 2012, 671 (671 ff.); *Martin Krygier* Rule of Law, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.) The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012, 233 (233 ff.); vgl. auch kurz *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 3 Rn. 208 f., 211, § 9 Rn. 125, 127 f., 131.

¹¹ Die bekannte Formulierung geht zurück auf *Francis Alan Roscoe Bennion* Statutory Interpretation – A Code, 4. Aufl. 2002, 4; auch in den später von anderen Autoren fortge-

sche Gesichtspunkte auch heute noch nur mit Vorsicht einbringen lassen.¹² Juristische Definitionen etwa gibt es auch in Frankreich, doch dienen sie dort gerade nicht dazu, einen Begriff in gleichsam subsumtionsfähiger Weise möglichst vollständig zu erfassen.¹³ Die Unterschiede können je nach Rechtsordnung aber noch bedeutend weiter gehen. Während etwa die verschiedenen Rechtsquellen in westlichen Rechtsordnungen jedem Juristen wie selbstverständlich zur Anwendung offenstehen, ist die als *ijtihad* bekannte Anwendung der hochkomplexen islamischen Rechtsquellen den islamischen Juristen nach traditioneller Auffassung im Wesentlichen verbaut. Denn das Tor des *ijtihad* ist geschlossen – und zwar seit rund 1000 Jahren.¹⁴ Der islamische Diskurs, etwa zur Frage des Rechtsstaats, wird

fürten Auflagen dieses Grundlagenwerks wird sie immer wieder zitiert, vgl. *Francis Alan Roscoe Bennion/Kay Goodall/Geoffrey Morris* *Bennion on Statutory Interpretation – A Code*, 6. Aufl. 2013, xxxii f.

¹² Zum langsamen Wandel hin zu einem *purposive approach* vgl. *Konrad Zweigert/Hein Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung, 260 f.; kritisch zur ganz vorherrschenden Ansicht, dass die Teleologie einen Hauptunterschied macht, *Stefan Vogenauer* Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2 Bände, 2001, passim, zusammengefasst 1295 ff., 1334; dagegen aber etwa aus englischer Binnensicht *Lord Alfred Thompson Denning* *The Discipline of Law*, 1979, 9 ff.; ähnlich etwa *Lord Kenneth Diplock* in *Henn and Darby v Director of Public Prosecutions* [1981] AC 850 HL 905 f.; zur Gesetzesauslegung nach englischem Recht vgl. etwa *Bailey/Ching/Taylor* *English Legal System* (Fn. 9), 402 ff., speziell zur teleologischen Auslegung ebd., 417 ff.; bezeichnenderweise werden in diesem Grundlagenwerk von 71 Seiten zum Thema Gesetzesauslegung der *purposive interpretation* nur 3 Seiten gewidmet; ausdrücklich auch ebd., 418 „The increased frequency in the use of the term [= purposive construction] by judges coincides with a discernible change in emphasis, but the magnitude of the change should not be exaggerated.“; zur Gesetzesauslegung nach englischem Recht auch *Bennion/Goodall/Morris* *Bennion on Statutory Interpretation* (Fn. 11), 503 ff., zur *purposive construction* ebd., 845 ff. mit Anmerkungen zum Unterschied zur europäischen teleologischen Auslegung ebd., 866 ff. („Lord Denning tried hard to persuade the House of Lords to adopt this Continental form of purposive construction, but failed.“, ebd., 866); *Goodrich* *Reading the Law* (Fn. 2), 54 ff., 105 ff., zum *purposive approach* ebd., 55 f.

¹³ Vgl. *Bergel* *Méthodologique* (Fn. 9), 109; *Jean Dabin* *Théorie générale du droit*, 1969, 288 f.

¹⁴ Zum Schließen des Tors vgl. *Mohammad Hashim Kamali* *Principles of Islamic Jurisprudence*, 3. Aufl. 2003, 493; für eine Verlegung in das 13. Jahrhundert n. Chr. *Mohamed Charfi* *Islam et liberté – Le malentendu historique*, 1998, 135; zum Ganzen auch kurz *Wael B. Hallaq* *Was the Gate of Ijtihad Closed?*, *International Journal of Middle East Studies*, 16 (1984), 3 (3 f.); klassische westliche Darstellung bei *Joseph Schacht* *An Introduction to Islamic Law*, 1964, 69 ff.; zu den verbleibenden Fähigkeiten von Juristen nach dem Schließen des Tors vgl. nur eindrücklich die traditionelle Darstellung aus dem 14. Jahrhundert von *Muhammed Abu Zahrah* *Usul al-fiqh*, 1377, Nachdruck 1958, 316, zit. und Übersetzung nach *Kamali* *Islamic Jurisprudence* (Fn. 14), 493: „They do not distinguish between the lean and the fat, right and left, but get together whatever they find, like the one who gathers wood in the dark of the night.“

sich so traditionell auf taqlid beschränken, also die bloße Nachahmung bereits gefundener Ergebnisse¹⁵ – und schon die Debatte, ob dies wirklich so sein muss,¹⁶ ist für westliche Juristen nur schwer zu verstehen.

Besonders wirkmächtig und für den weltweiten Diskurs zwischen den Rechtsordnungen auch ganz praktisch besonders bedeutsam ist der Sonderfall US-amerikanischen Rechtsdenkens, das dem kontinentaleuropäischen und vor allem auch deutschen Diskurs sehr fremd ist. Dem sog. legal realism¹⁷ geht es im Kern um einen umfassenden Regelskeptizismus. Der Rechtsrealist glaubt also weder an die steuernde Kraft rechtlicher Regeln als solcher, noch an eine deduktive juristische Argumentation aus den Regeln heraus, noch an eine Systematik des Rechts oder auch nur deren Wünschbarkeit.¹⁸ Er lehnt so unter dem Stichwort „formalism“ das ab, wofür gerade auch der deutsche Rechtsdiskurs fast idealtypisch steht, u.a. die Auffassung, dass es spezifisch rechtliche Argumentationsformen gibt, die gerade Teil der juristischen Ausbildung sind; dass es Fälle gibt, die schlicht aus dem Recht selbst heraus lösbar sind; dass das Recht aus rechtlichen Quellen stammt und man zur Rechtserkenntnis nicht auf moralische oder politische Argumente zurückgreifen muss.¹⁹ An den U.S. law schools mit den älteren critical legal studies und den vielerlei „law and ...“-Bewe-

¹⁵ Zu taqlid vgl. *Abdullah Saeed* Islamic Thought – An Introduction, 2006, 53; *Abdur Rahman I. Doi* Shari'a – The Islamic Law, 1984, 453, 470; *Irshad Abdal-Haq* Islamic Law – An Overview of Its Origin and Elements, in: Hisham M. Ramadan (Hrsg.) Understanding Islamic Law, 2006, 1 (20).

¹⁶ Vgl. einerseits zur Frage, ob taqlid nicht möglicherweise ähnlich anspruchsvoll und kreativ sei wie ijthad *Bernard G. Weiss* The Spirit of Islamic Law, 2006, 134 ff.; andererseits zu den Zweifeln, ob das Tor des ijthad wirklich geschlossen ist, etwa *Hallaq* Gate of Ijthad (Fn. 14), 4 ff.; dagegen etwa auch *Doi* Shari'a (Fn. 15), 69; zur traditionell abweichenden Ansicht der Schiiten und der hanbalitischen Rechtsschule vgl. *Kamali*, Islamic Jurisprudence (Fn. 14), 493; zur Bedeutung der Fortgeltung von ijthad für Reformer vgl. etwa *Mathias Rohe* Das islamische Recht, 2. Aufl. 2009, 191; *Hallaq* Gate of Ijthad (Fn. 14), 22 ff.; *Saeed* Islamic Thought (Fn. 15), 53.

¹⁷ Zur nur generischen Verwendung dieses Begriffs im Sinne eines „we are all realists now“ vgl. *Joseph William Singer* Legal Realism Now, California Law Review 76 (1988), 465 (467); zur heute fehlenden technischen Bedeutung des Begriffs auch *Lynn M. LoPucki* Legal Culture, Legal Strategy, and the Law in Lawyer's Heads, Northwestern University Law Review 90 (1996), 1498 (1498 Fn. 3).

¹⁸ Grundlegend etwa *Jerome Frank* Law and the Modern Mind, 1930, 100 ff.; vgl. weiter etwa *Anthony Arnulf* The Americanization of EU Law Scholarship, in: Anthony Arnulf/Piet Eeckhout/Takis Tridimas (Hrsg.) Continuity and Change in EU Law – Essays in Honour of Sir Francis Jacob, 2008, 415 (421 f.); *Michael D.A. Freeman* Lloyd's Introduction to Jurisprudence, 8. Aufl. 2008, 988 ff.

¹⁹ Vgl. zum formalism ausführlich *Martin Stone* Formalism, in: Jules Coleman/Scott Shapiro (Hrsg.) The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2002, 166 (166 ff.), mit einer der seltenen Zusammenstellungen möglicher Begriffsbedeutungen ebd., 170 f.; zur Auseinandersetzung der Rechtsrealisten mit den Formalisten vgl. auch *Brian H.*

gungen wird die Grundeinstellung des Rechtsrealismus noch vertieft. Praktischer Effekt der akademischen Überzeichnung ist eine weitgehende Bedeutungslosigkeit der Rechtswissenschaft für die Praxis.²⁰ Da also nach amerikanischer Ansicht juristische Entscheidungen und Wertungen nicht aus dem Recht selbst heraus gefällt werden können, ist dafür letztlich auf andere Gebiete zurückzugreifen, etwa die Politologie, die Soziologie, die Ökonomik oder die Psychologie.²¹ Darin liegt ein Hauptgrund für die in den USA so ausgeprägte Interdisziplinarität der Rechtswissenschaft. Die Unterschiedlichkeit der Diskurse wird dabei gerade von deutschen Juristen leicht unterschätzt. Denn schließlich sehen sie sich selbst nicht als formalistisch, sondern als offen für Wertungen und Interessenabwägungen an. Insbesondere deutsche Rechtswissenschaftler²² werden, wie auf unserer Düsseldorfer Tagung,²³ auch das Stichwort der Internationalisierung und Interdisziplinarität für sich in Anspruch nehmen. Mit der Radikalität des US-Regelskeptizismus,²⁴ seiner Ablehnung von Systematik und Arbeit an

Bix Law as an Autonomous Discipline, in: Peter Cane/Mark Tushnet (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Legal Studies*, 2003, 975 (978 ff.).

²⁰ Vgl. sehr deutlich und aus richterlicher Sicht schon *Harry T. Edwards* *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, *Michigan Law Review* 91 (1992), 34 (34 ff.); vgl. auch etwa *William Twining/Ward Farnsworth/Stefan Vogenauer/Fernando Tesón* *The Role of Academics in the Legal System*, in: Peter Cane/Mark Tushnet (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Legal Studies*, 2003, 920 (929 ff.); *Oliver Lepsius* Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) *Staatslehre als Wissenschaft*, Die Verwaltung 2007, Beiheft 7, 319 (346 f.).

²¹ Vgl. nur zum Untergang des Glaubens an das Recht als autonome Disziplin und zum Übergang auf andere Disziplinen *Richard A. Posner* *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987*, *Harvard Law Review* 100 (1987), 761 (761 ff.); vgl. auch ebd., 763: „the keys to understanding law were held by disciplines other than law.“; kritisch etwa *Edwards* *Disjunction* (Fn. 20), 36: „Our law reviews are now full of mediocre interdisciplinary articles. Too many law professors are ivory tower dilettantes, pursuing whatever subject piques their interest, [...] whether or not they have the scholarly skills to master it.“

²² Zu den möglichen Unterschieden zu österreichischen Rechtswissenschaftlern vgl. prononciert *Wiederin* *Modus austriacus* (Fn. 3), 294 („Österreichische Autoren, die sich selbst als progressiv, den Nachbarwissenschaften gegenüber offen [...] verstehen, fänden sich [...] in Deutschland wohl als textfixierte Fachvertreter mit einem Hang zu rigide-anti-quietem Argumentationsstil eingestuft.“).

²³ Vgl. *Hans Christian Röhl* *Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität – Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen*, *VVDStRL* 74 (2015), 7 (7 ff.); *von Arnould* *Öffnung* (Fn. 2), 39 ff.

²⁴ Vgl. nur beispielhaft *Stone* *Formalism* (Fn. 19), 187, der trotz seiner durchaus abgewogenen Haltung – und ohne jeglichen Vorbehalt etwa für einfache Fälle – ausführt: „judges do not deduce their decisions from legal rules. The problem is to motivate the felt need to expose this, given the obviousness of the fact that logic is silent about the chief task of legal reasoning, the classification of particulars.“; vgl. typisch etwa auch *Gary Peller* *The*

der Norm²⁵ sowie der Ersetzung²⁶ der Rechts- durch Sozialwissenschaften hat diese moderate deutsche Öffnung aber kaum etwas zu tun.²⁷

3. *Der erweiterte Kontext*

Wir sprechen verschieden, nicht nur weil wir verschiedene Sprachen sprechen, weil wir über Verschiedenes sprechen und weil wir verschieden denken, sondern *auch* weil wir vor völlig verschiedenen Hintergründen, in völlig verschiedenen Kontexten arbeiten. Man kann hier Leitmotive, den Einfluss von Mythen und Tabus und die Bedeutung der Lebensumstände unterscheiden.

Leitmotive sind aggregierte und abstrahierte, oft historisch gewachsene Grundüberzeugungen und Grundannahmen, die den Umgang mit dem Recht und so zugleich den rechtlichen Diskurs in einem Land mitbestimmen. So ist etwa Osteuropa vielfach von einem übertriebenen Formalismus gekennzeichnet, also einer rigiden Form des Positivismus, der sich an den Wortlaut der Norm klammert und Entscheidungsspielräume nicht wahrnimmt.²⁸ Skandinavische Juristen sind demgegenüber oft von einer

Metaphysics of American Law, California Law Review 73 (1985), 1151 (1152): „It is commonplace that law is ‘political’. [...] legal analysis cannot be neutral and determinate [...]. Some policy judgment or value choice necessarily intervenes. It is ‘transcendental nonsense’ to believe that it could be any other way.“

²⁵ Vgl. auch deutlich einerseits die für US-Juristen schlicht selbstverständliche Erkenntnis, dass es beim Recht um soziale Fakten, um social engineering geht – vgl. nur *Max Rheinstein* The Case Method of Legal Education. The First One Hundred Years, in: Hans G. Leser (Hrsg.) *Max Rheinstein, Gesammelte Schriften*, Bd. 1, 1979, 321 (326) – mit andererseits der klaren Feststellung bei *Lepsius* Problemzugänge (Fn. 2), 57: „Deutsche Juristen behandeln Rechtsprobleme, nicht gesellschaftliche Probleme.“

²⁶ Zur fehlenden Autonomie des Rechts nach rechtsrealistischer Vorstellung vgl. *Bix* Autonomous Discipline (Fn. 19), 978 ff.; *Arnold* Americanization (Fn. 18), 421 f.; differenzierend *Posner* Decline (Fn. 21), 761 ff.

²⁷ Entsprechend deutliche Unterschiede sieht auch *Lepsius* Problemzugänge (Fn. 2), 56 ff.; *Lepsius* Staatsrechtslehre (Fn. 20), 319 ff.; zur fortgesetzten Dominanz der Rechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre vgl. etwa *Helmuth Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre als Wissenschaft – Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: *Helmuth Schulze-Fielitz* (Hrsg.) *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos – Bausteine zu einer Soziologie und Theorie der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts*, 2013, 219 (228 f.); *von Arnould* Öffnung (Fn. 2), 45 f., bejahend 65 ff.; lehrreich etwa die durchaus verblüfften Reaktionen eines moderaten, dem systematischen, strukturierenden Arbeiten nicht völlig abgeneigten US-Verfassungsrechtlers auf die Ausführungen *Armin von Bogdandys*, der seinerseits durchaus offen für interdisziplinäre Ansätze ist, in *Robert C. Post* Constitutional Scholarship in the United States, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 416 (419 ff.).

²⁸ Vgl. etwa *Pavel Holländer* Hypertrophie der Gesetzgebung – Entmachtung der Richter?, in: *Jürgen Schwarze* (Hrsg.) *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Teilband 1,

besonders entspannten, pragmatischen Haltung geprägt,²⁹ kontinentaleuropäische Juristen und insbesondere deutsche von einem ausgeprägten Hang zur Systematik.³⁰ Leitmotive können auch etwas konkreter sein, etwa für Frankreich mit abnehmender Tendenz das gewisse Misstrauen gegenüber Richtern, aber auch gegenüber dem Parlament;³¹ für Skandinavien und vor allem Schweden die geringe praktische Beachtung und Bedeutung der Verfassung,³² oder für Deutschland der Rückgriff auf die Menschenwürde und das Vertrauen in gerade gerichtliche Entscheidungen.³³

2008, 91 (97 f., 100); *Herbert Küpper* Einführung in das ungarische Recht, 2011, 30; *Ewa Łętowska* Der Zugang zum Recht in Polen, in: Claus Dieter Classen/Helmut Heiss/Anna Suproń-Heidel (Hrsg.) Polens Rechtsstaat am Vorabend des EU-Beitritts, 2004, 107 (110); *Jacek Franek* Der Zugang des Bürgers zum Recht – Die Sicht des Rechtsanwalts, in: ebd., 131 (143 ff.); vgl. auch *Stefan Pürner* Der „rote“ Osten ist tot. Muß deshalb auch die Ostrechtswissenschaft sterben?, in: Herbert Küpper (Hrsg.) Von Kontinuitäten und Brüchen: Ostrecht im Wandel der Zeiten, FS Friedrich-Christian Schroeder, 2011, 431 (437, 447).

²⁹ Vgl. etwa *Joakim Nergelius* Konstitutionellt rättighetsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv, 1996, 729; *Zweigert/Kötz* Rechtsvergleichung (Fn. 12), 280.

³⁰ Näher *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 6 Rn. 58 ff.

³¹ Vgl. zur klassischen Angst vor einem gouvernement des juges vgl. etwa *Michel Troper/Otto Pfersmann*, Existe-t-il un concept de gouvernement des juges?, in: Séverine Bronde/Norbert Foulquier/Luc Heuschling (Hrsg.) Gouvernement des juges et démocratie, 2001, 21 (21 f.); *François Terré* Introduction générale au droit, 9. Aufl. 2012, 210 f.; zum historischen Hintergrund *Georges Dupuis/Marie-José Guédon/Patrice Chrétien* Droit administratif, 11. Aufl. 2009, 41 f.; zum Misstrauen gegenüber dem Parlament in Form des parlamentarisme rationalisé vgl. etwa *Yoan Vilain/Mattias Wendel* Parlament – Präsident – Regierung, in: Nikolaus Marsch/Yoan Vilain/Mattias Wendel (Hrsg.) Französisches und deutsches Verfassungsrecht, 2015, § 4 Rn. 11 ff., 186; aus historischer Perspektive *Aurore Gaillet* Verfassungsgeschichtliche Grundlagen, in: ebd., § 2 Rn. 38 f.; zu den unabhängigen Behörden in Frankreich, die durchaus auch als Ausdruck eines Misstrauens sogar gegenüber der Regierung gesehen werden können, vgl. *Johannes Masing* Unabhängige Behörden in der „république indivisible“ – die französische Staatsrechtswissenschaft im Spiegel von Reformen der Verwaltungsorganisation in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung 2007, Beiheft 7, 367 (367 ff.).

³² Vgl. für Schweden *Bo Rothstein* Ta grundlagen på allvar, Advokaten [Schweden] 73 (2007), 14 (14 f.); speziell für die Grundrechte auch *Rolf Nygren* Vad är egentligen „riktigt svenskt“ i den svenska rätten?, Svensk Juristtidning 1998, 103 (108 f.); zum restlichen Skandinavien *Joakim Nergelius* New Tendencies in Modern Nordic Constitutional Doctrine or the Development of Nordic Constitutional Law – Introduction and General Background, Scandinavian Studies in Law 50 (2007), 11 (11); zurückhaltender dazu *Kjell Å. Modéer* Harmonization or Separation? – Deep Structures in Nordic Legal Cultures, Scandinavian Studies in Law 50 (2007), 179 (180 f.).

³³ Interessant aus der Außenperspektive zum Menschenwürdebezug der deutschen Konzeption des Schutzes der Privatsphäre *James Q. Whitman* The Two Western Cultures of Privacy – Dignity versus Liberty, Yale Law Journal 113 (2004), 1151 (passim); zum Strafvollzug ebd., 1195; zur sexuellen Belästigung *Gabrielle S. Friedman/James Q. Whitman* The European Transformation of Harassment Law – Discrimination Versus Dignity, Columbia Journal of European Law 9 (2003), 241 (242 ff.); zum deutschen „Urvertrauen“ in die

Während Leitmotive immer mitschwingen, aber meist nicht ausgesprochen werden, da sie dem jeweiligen Sprecher als Selbstverständlichkeiten erscheinen, bezeichnen *Tabus* Gegebenheiten, die zwar existieren, über die aber etwa aus sozialen oder politischen Gründen ungern gesprochen wird. In Afrika beispielsweise war nach der Dekolonisierung für längere Zeit, und teilweise noch heute, die Existenz des traditionellen Rechts ein Thema, auf das sich gerade die Eliten – mit denen der westliche Ausländer üblicherweise Kontakt hat – ungern einließen.³⁴ Die überragende Rolle der Partei in China scheint ein Thema zu sein, das vielfach gern aus verfassungsrechtlichen Diskussionen ausgeblendet wird.³⁵ Diskussionen mit islamischen Juristen können daran scheitern, dass diese bestimmte Lösungen und Analysen nicht thematisieren wollen, weil sie sich damit in die Gefahr der Apostasie begeben.³⁶ Dabei sollten westliche Juristen sich vor Überheblichkeiten hüten: Es ließe sich mit guten Gründen behaupten, dass der bei manchen ausgeprägte Hang zur *political correctness* nichts anderes ist als

Gerichtbarkeit etwa *Claus Dieter Classen* Wie deutsch ist das Europarecht? – Zum deutschen Einfluss auf das Unionsrecht und seine Grenzen, in: Uwe Kischel (Hrsg.) *Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt – Bedeutung, Grenzen Zukunftsperspektiven*, 2014, 93 (122).

³⁴ Zu dieser Ablehnung durch afrikanische Rechtswissenschaftler vgl. etwa *Salvatore Mancuso* *The New African Law – Beyond the Difference Between Common Law and Civil Law*, *Annual Survey of International and Comparative Law* 14 (2008), 39 (54); *Évariste Boshab* *Pouvoir et droit coutumier à l'épreuve du temps*, 2007 (121); für die Eliten insgesamt *Abdumumini A. Oba* *The Future of Customary Law in Africa*, in: Jeanmarie Fenrich/Paolo Galizzi/Tracy Higgins (Hrsg.) *The Future of African Customary Law*, 2011, 58 (71); *Fatou Kiné Camara* *La justice au Sénégal – Des tentatives pour remédier à l'opposition entre les modèles autochtones et importés*, in: Manfred O. Hinz (Hrsg.) *In Search of Justice and Peace – Traditional and Informal Justice in Africa*, 2010, 73 (89); zum Wiedererstarken des traditionellen Rechts vgl. *Oba* *Customary Law* (Fn. 34), 72; *Rodolfo Sacco* *Le droit africain – Anthropologie et droit positif*, 2009, 242; speziell zu Südafrika *Thomas W. Bennett* *Re-introducing African Customary Law to the South African Legal System*, *The American Journal of Comparative Law* 57 (2009), 1 (7 ff.).

³⁵ Sehr kritisch zur Ausblendung schon *Harro von Senger* *Einführung in das chinesische Recht*, 1994, 203 ff., 207 ff.; kritisch zu Tendenzen der Selbstzensur im Allgemeinen *Hélène Piquet* *Le „rêve chinois“ en question – Le débat sur le constitutionnalisme en Chine*, *Revue française de droit constitutionnel* 98 (2014), 389 (410); zur Bedeutung der Kommunistischen Partei vgl. etwa *Mo Zhang* *The Socialist Legal System With Chinese Characteristics – China's Discourse for the Rule of Law and a Bitter Experience*, *Temple International and Comparative Law Journal* 24 (2010), 1 (49 ff., 58 ff.); *Albert Hung-yee Chen* *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, 3. Aufl. 2004, 74 ff.; ausführlicher zum Ganzen *Kischel* *Rechtsvergleichung* (Fn. 5), § 9 Rn. 67 ff.

³⁶ Vgl. das Beispiel bei *Rohe* *Islamisches Recht* (Fn. 16), 268, der auch die breitflächigen Wirkungen solcher Drohungen betont.

ein modernes Tabu,³⁷ mit allen negativen und irrationalen Folgen. Umgekehrt wird über *Mythen* gern und viel gesprochen, ihr Gegenstand existiert aber gerade nicht. Sie behindern das gegenseitige Verständnis indem sie die Wahrnehmung verzerren. Sie reichen von durchaus verbreiteten Mythen – vom fehlenden Verwaltungsrecht im common law,³⁸ von der Fortwirkung der Begriffsjurisprudenz in Deutschland,³⁹ von der geringen Klageneigung in Asien⁴⁰ – bis hin zu Privatmythen bestimmter Personen, etwas dass das deutsche Recht nur verstehen könne, wer Kant und Herder gelesen habe.⁴¹

Schließlich wird die Art, über das Recht zu sprechen, auch durch die etwa sozialen, politischen oder ökonomischen Lebensumstände und Fakten beeinflusst, deren Vorhandensein implizit unterstellt wird. Schon bei uns so nahen Staaten wie Frankreich kann es so zu erheblichen Diskursunter-

³⁷ In diese Richtung *Peter Mankowski* Rechtskultur, 2016, 175; markant auch ebd. 176: „Angeblich herrschaftsfreie Diskurse führen zur diskursfreien Herrschaft der sie Definierenden.“

³⁸ Klassisch dazu *Albert V. Dicey* Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10. Aufl. 1959 (im Text unveränderter Abdruck der 7. Aufl. 1908), 203 „there can be with us nothing really corresponding to the ‘administrative law’ [...] of France.“; zuletzt etwa noch *Eibe Riedel* Kontrolle der Verwaltung im englischen Rechtssystem, 1976, 174, aber auch schon kritisch zu *Diceys* Fehlern ebd. 246 f.; *Dicey* selbst musste später, 1915, erkennbar widerwillig einräumen, dass England auf dem Weg zu einem Verwaltungsrecht fortgeschritten sei, vgl. *Albert V. Dicey* The Development of Administrative Law in England, in: *Dicey*, ebd., 493 (499); deutlich gegen den Mythos etwa *Thomas Henry Bingham* „There is a World Elsewhere“ – The Changing Perspectives of English Law, *International & Comparative Law Quarterly* 41 (1992), 513 (523); entscheidend für die Etablierung unterschiedlicher Klagewege im Privatrecht und im öffentlichen Recht *O’Reilly v Mackman* [1983] 2 AC 237 (HL); zu dieser Entscheidung etwa *Neil Parpworth* Constitutional and Administrative Law, 7. Aufl. 2012, 255 ff.; zur frühen Entwicklung des Verwaltungsrechts in den USA vgl. *Oliver Lepsius* Verwaltungsrecht unter dem common law, 1997, 37 ff.; zum fehlenden Einfluss *Diceys* dort vgl. ebd., 23 f.

³⁹ In diese Richtung *Jan Hendrik Dalhuisen* Legal Orders and Their Manifestation – The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria, *Berkeley Journal of International Law* 24 (2006), 129 (151); zurückhaltender *Edward J. Eberle* Equality in Germany and the United States, *San Diego International Law Journal* 10 (2008), 63 (69); *Basil S. Markesinis* The Legacy of History on German Contract Law, in: *Basil S. Markesinis* (Hrsg.) *Foreign Law and Comparative Methodology – A Subject and a Thesis*, 1997, 68 (77).

⁴⁰ Vgl. speziell für Japan *Yosiyuki Noda* Introduction au droit japonais, 1966, 175 f.; allgemein für Asien etwa *Carl J. Green* APEC and Trans-Pacific Dispute Management, Law and Policy in International Business 26 (1995), 719 (729 f.); trotz gewisser Zurückhaltung ebenfalls in diese Richtung *Zweigert/Kötz* Rechtsvergleichung (Fn. 12), 294 ff.; contra für Japan schon vom Titel her deutlich *John Owen Haley* The Myth of the Reluctant Litigant, *Journal of Japanese Studies* 4 (1978), 359 (359 ff.); zum Ganzen und zur entscheidenden Empirie auch *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 9 Rn. 165 ff.

⁴¹ Vgl. *William Ewald* Comparative Jurisprudence (I) – What Was It Like to Try a Rat?, *University of Pennsylvania Law Review* 143 (1995), 1889 (2107).

schieden kommen, etwa wenn dort stets von einer engen, auch personellen Verzahnung von Staat und Wirtschaft ausgegangen wird oder ein gewisses Grundvertrauen in eine entpolitisierte Elite besteht.⁴² In anderen Ländern vor allem Afrikas, Südamerikas und Asiens schwingen in den Debatten stets Korruption oder auch mangelnde Funktionalität des Rechtssystems mit.⁴³

II. Reichweite der Diversität

1. Relativität der Fremdartigkeit

All diese Gründe und Hintergründe führen aber nicht zu absoluten, immer klar trennbaren Diskursräumen, sondern zu einem verschachtelten System relativer Fremdartigkeit im Hinblick auf vier Faktoren:

Erstens können die Diskursunterschiede vom betrachteten *Rechtsgebiet* abhängen. Während Kapitalmarktrecht⁴⁴ oder Gesellschaftsrecht⁴⁵ etwa weltweit auf ähnlichen Gedanken und Grundlagen beruhen, so dass Diskursunterschiede eher subtil sind,⁴⁶ sind in anderen Bereichen wie dem allgemeinen Verwaltungsrecht die nationalen Eigenheiten weit ausgeprägter.

Relativ sind die Diskursdivergenzen zweitens auch im Hinblick auf die individuellen *rechtstheoretischen Grundeinstellungen* der einzelnen Juristen. Sie beeinflussen nicht nur die Wahrnehmung vom Ausmaß der Diversität,⁴⁷ sondern können vor allem zu Annäherungen quer zu den nationalen Diskursräumen führen. So werden etwa deutsche Juristen, die den

⁴² Vgl. *Masing* Unabhängige Behörden (Fn. 31), 379 f.

⁴³ Vgl. für Afrika nur *Sacco* Droit africain (Fn. 34), 241 f.; für Südamerika nur *Mauricio García Villegas* Disobeying the Law – The Culture of Non-Compliance With Rules in Latin America, *Wisconsin International Law Journal* 29 (2011), 263 (263 ff.); *Juan E. Méndez/Guillermo O'Donnell/Paulo Sérgio Pinheiro* (Hrsg.) *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, 1999, passim.

⁴⁴ Zur Rolle des US-Wertpapierrechts als weltweites Modell seit den 1930er Jahren vgl. kurz *Klaus J. Hopt* Comparative Company Law, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 1161 (1179 f.).

⁴⁵ Vgl. *Hopt* Company Law (Fn. 44), 1188, der von einem „considerable amount of convergence towards the shareholder-oriented model of the corporation“ spricht.

⁴⁶ Dazu kurz *Hopt* Company Law (Fn. 44), 1188 f.

⁴⁷ Anhänger der Postmoderne werden die verschiedenen Diskurse tendenziell für unüberwindlich halten (vgl. zur Unübersetzbarkeitsthese noch infra III.1.b), 306, während nicht nur diejenigen, die sich in ihrem Wirken der Rechtsharmonisierung verschrieben haben, sondern vor allem auch etwa international tätige Anwälte, die bevorzugt auf Rechtsgebieten arbeiten, in denen ein hohes Maß an Ähnlichkeit erreicht ist, tendenziell von eher geringen Problemen ausgehen, vgl. beispielhaft *Francis Neate* Mystification of the Law, *International Business Lawyer* 25 (1997), 5 (7); *Alain de Foucaud* Civil Law and Common

critical legal studies nahestehen, die das US-amerikanische Rechtsdenken für vorbildlich halten oder die auch nur die deutsche Zentrierung auf Dogmatik und Norm kritisieren,⁴⁸ tendenziell weniger Diskursprobleme mit Kollegen aus den USA haben. Umgekehrt gibt es auch in den USA noch Juristen, denen black letter law, die Arbeit an den Normen und vielleicht sogar ihr systematisches Verständnis naheliegen,⁴⁹ so dass sie in der Diskussion mit kontinentaleuropäischen Juristen weit weniger fremdeln.

Drittens betrifft die Relativität auch unterschiedliche *Standesgruppen* von Juristen. So dürften Tendenzen zur methodischen Internationalisierung und Interdisziplinarität unter deutschen Professoren deutlich öfter zu finden sein als in der weit größeren Gruppe der Richter, Anwälte oder Verwaltungsjuristen.⁵⁰ Noch weit ausgeprägter kann in den USA ein Großteil der praktisch tätigen Juristen mit den theoretischen Höhenflügen der dortigen Professoren kaum etwas anfangen.

Viertens ist die Diskursdiversität relativ bezüglich der jeweils gewählten *Vergleichsrechtsordnung*. Das heißt, es gibt Stufen der Verschiedenheit, bei denen Rechtsordnungen, die aus der Binnensicht recht unterschiedlich sind, aus der Außenperspektive sehr ähnlich erscheinen. Deutsche und Österreicher werden ihre Unterschiede betonen, die aus französischer Perspektive oder beim gemeinsamen Auftritt in Frankreich aber nur Marginalien sind, ebenso wie die Unterschiede zwischen Deutschland und Frankreich aus US-amerikanischer oder die zwischen Deutschland und den USA aus islamischer Perspektive.

Law in Paris as in New York, *International Business Lawyer* 25 (1997), 15 (15); dazu auch die Warnung bei *Hein Kötz* Abschied von der Rechtskreislehre?, *ZEuP* 6 (1998), 493 (500).

⁴⁸ Versuch einer Gruppenbildung für die deutsche Staatsrechtslehre bei *Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre (Fn. 27), 243 f.; kurze Zusammenstellung möglicher Forschungsperspektiven jenseits der Dogmatik bei *von Arnould* Öffnung (Fn. 2), 48 f.

⁴⁹ Dazu etwa *Twining/Farnsworth/Vogenauer/Tesón* Role of Academics (Fn. 20), 932; *Arnulf* Americanization (Fn. 18), 424; zur verbreiteten Missachtung dogmatischer Arbeit vgl. die frühen plastischen Beispiele bei *Richard A. Posner* The Present Situation in Legal Scholarship, *Yale Law Journal* 90 (1981), 1113 (1117 ff.); demgegenüber stellt *Posner* Decline (Fn. 21), 777 – inzwischen nicht mehr als Professor, sondern als Richter – selbst nochmals deutlich klar: „Disinterested legal-doctrinal analysis of the traditional kind remains the indispensable core of legal thought, and there is no surfeit of such analysis today. I daresay that many legal scholars who today are breathing the heady fumes of deconstruction, structuralism, moral philosophy, and the theory of the second best would be better employed studying the origins of the Enelow-Ettelson doctrine or synthesizing the law of insurance.“; vgl. auch *LoPucki* Legal Culture (Fn. 17), 1498 f., der bei US-amerikanischen Praktikern einen hohen Grad an Formalismus sieht, den die akademische Lehre allerdings nicht anzuerkennen bereit sei.

⁵⁰ Zur Verbreitung des klassischen Auslegungskanons in der Praxis vgl. *Peter Raisch* Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung, 1988, 28 ff.; kurz auch *Uwe Kischel* Die Begründung, 2003, 6, 15.

2. *Multidiskursive Rechtsordnungen*

Bei aller Relativität ist der herrschende Diskurs etwa in Deutschland, in Frankreich oder in den USA weitgehend einheitlich. Das muss nicht so sein. Schon in der Schweiz etwa funktioniert zwar die typisch schweizerische Mehrsprachigkeit recht gut.⁵¹ Dennoch schauen die deutschsprachigen Juristen dort oft eher nach Deutschland, die französischsprachigen eher nach Frankreich, so dass es zu deutlichen Unterschieden in Forschung und Lehre kommt.⁵² Das Phänomen zeigt sich auch ganz praktisch etwa in unserer Vereinigung, in der nach meiner Durchsicht kein welschschweizerischer Staatsrechtslehrer Mitglied ist. Weit ausgeprägter kann das Phänomen des Auseinanderfallens der Diskurse in gemischten Rechtsordnungen⁵³ wie etwa Kanada, Mauritius oder den Seychellen sein, muss es aber nicht.⁵⁴ Für

⁵¹ Als rein praktisches Hilfsmittel dient etwa der Thesaurus Jurivoc, zu finden unter <<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-jurivoc-home.htm>> (Stand 17.05.2017).

⁵² So *Eleanor Cashin-Ritaine* L'expérience de l'Institut suisse de droit comparé, in: Marie Cornu/Michel Moreau/Xavier North (Hrsg.) Traduction du droit et droit de la traduction, 2011, 61 (71), die ebd., Fn. 60 auch auf den nicht unerheblichen Einfluss der Association Henri Capitant hinweist; in diese Richtung auch *Walter Stoffel* L'enseignement du droit comparé en Suisse, *Revue internationale de droit comparé* 40 (1988), 729 (730); vgl. auch den Hinweis bei *Pierre Tschannen* Wissenschaft vom Verwaltungsrecht – Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.) *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4, 2011, § 65 Rn. 18, dass im Verwaltungsrecht Deutschschweizer die Arbeiten der Westschweizer nur ungenügend berücksichtigt.

⁵³ Zu gemischten Rechtsordnungen allgemein vgl. nur *Jacques du Plessis* Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 477 (477 ff.).

⁵⁴ Auf Mauritius und den Seychellen scheint es eher zu einer gewissen Verschweißung der englischen und französischen Elemente gekommen zu sein, die gerade nicht dazu geführt hat, dass unterschiedliche Diskursräume entstanden sind, was allerdings in Anbetracht der geringen Größe der Länder auch sehr unwahrscheinlich wäre, vgl. dazu *Michael Bogdan* *The Law of Mauritius and Seychelles*, 1989, 24 ff.; in Kanada ist allein das materielle Privatrecht im französischsprachigen Québec kontinentaleuropäischen Ursprungs, während das Recht im Übrigen auf dem common law beruht, vgl. nur einführend *Gerald Gall* *The Canadian Legal System*, 5. Aufl. 2004, 263 ff.; Englisch und Französisch sind zwar offiziell gleichgeordnet, doch werden keineswegs immer beide Sprachen von allen Juristen gesprochen, so dass gerade der jeweils anderssprachige Diskurs nicht vollauf berücksichtigt wird, vgl. schon zur Berücksichtigung anderssprachigen Gesetzeswortlauts *Michel Bastarache* Bilingual Interpretation Rules as a Component of Language Rights in Canada, in: Peter M. Tiersma/Lawrence M. Solan (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Law and Language*, 2012, 159 (166 f.); im Fall Kanadas ist zudem die sprachliche und die rechtskontextuelle Grenze nicht deckungsgleich, was zu einer Vervielfältigung der Problemkonstellationen führt, vgl. ebd., 170 ff. und allgemeiner *Michel Doucet* *The Canadian Unity Debate and Its Impact on Atlantic Canada*, University of New Brunswick Law Jour-

uns unmittelbar interessant sind aber vor allem Unionsrecht und Völkerrecht als multidiskursive Rechtsordnungen.

Das Unionsrecht ist zunächst im ganz wörtlichen Sinne durch eine Mehrsprachigkeit geprägt. Da alle Primär- und Sekundärquellen in allen 24 Amtssprachen⁵⁵ vorliegen, ist niemand gezwungen, seinen Sprachraum zu verlassen. Das Nebeneinander mehrerer Sprachversionen als solches führt gelegentlich zu Problemen,⁵⁶ kann aber aus rechtslinguistischer Sicht auch die Auslegung verbessern.⁵⁷ Viel wichtiger trägt die Mehrsprachigkeit aber zu einer Fragmentierung des Unionsrechts in verschiedene nationale und vor allem sprachlich getrennte Diskursräume bei, so dass völlig zu Recht schon im Plural von „nationalen Unionsrechten“ gesprochen wurde.⁵⁸ Das Phänomen ist allgemein bekannt: Deutsche ebenso wie Engländer oder Franzosen befassen sich nur selten und ausnahmsweise mit der unionsrechtlichen Literatur in anderen Sprachen.⁵⁹ Die sich daraus ergebenden, abgeschlossenen Diskursräume stehen unter starkem Einfluss des

nal 51 (2002), 265 (266 ff.) („The problem in Canada right now is that people from various backgrounds don't know enough about the other communities.“, ebd., 266).

⁵⁵ Vgl. Art. 55 EUV; zum Sprachenregime der EU gerade auch in der Praxis vgl. etwa *Wolfgang Kahl* Sprache als Kultur- und Rechtsgut, *VVDStRL* 65 (2006), 386 (446 ff., 456 ff.).

⁵⁶ Zu den Gründen für ein Abweichen der Sprachfassungen kurz *Kahl* Sprache (Fn. 55), 455 m.w.N.

⁵⁷ Rechtslinguisten sind zu dem Schluss gekommen, dass die Mehrsprachigkeit der Rechtsnormen einerseits zu einem Nebeneinander verschiedener Rechtsverständnisse führen kann, andererseits gerade die Mehrsprachigkeit auch besonders geeignet ist, Mehrdeutigkeiten aufzudecken und im Prozess der Auslegung zu vermeiden, vgl. *Lawrence M. Solan* Die Auslegung mehrsprachigen Rechts – Einige Vor- und Nachteile, *GreifRecht* 2016, 38 (38, 41 ff.); *Lawrence M. Solan* The Interpretation of Multilingual Statutes by the European Court of Justice, *Brooklyn Journal of International Law* 34 (2009), 277 (289 ff.); zum Umgang des EuGH mit unterschiedlichen Sprachfassungen *Cornelis J.W. Baaij* Fifty Years of Multilingual Interpretation in the European Union, in: Peter M. Tiersma/Lawrence M. Solan (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Law and Language*, 2012, 217 (217 ff.). Diese linguistischen Phänomene sollten allerdings nicht überbewertet werden, denn in sachlicher Hinsicht lassen sich nur rund fünf Fälle pro Jahr nachweisen, in denen der EuGH überhaupt auf einen Vergleich verschiedener Sprachversionen zurückgreift (vgl. *Baij* Multilingual Interpretation [Fn. 57], 219) und in dogmatischer Hinsicht scheint die positive Wirkung der Mehrsprachigkeit auf die Auslegung nur diejenigen Probleme zu lösen, die überhaupt erst durch die Mehrsprachigkeit hervorgerufen werden.

⁵⁸ Grundlegend *Hatje/Mankowski* „Nationale Unionsrechte“ (Fn. 6), 155 ff.; zustimmend etwa *Claus Dieter Classen* Zur heutigen Bedeutung der Rechtsvergleichung für das europäische Verwaltungsrecht, in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) *Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts*, *EuR* 2016, Beiheft 1, 79 (83); der Sache nach auch *Thym* *Europarechtswissenschaft* (Fn. 2), 673 ff.

⁵⁹ Statistische Auswertung bei *Thym* *Europarechtswissenschaft* (Fn. 2), 674 ff.; zur Aufteilung der je nationalen Autoren auf bestimmte Zeitschriften vgl. *Bruno de Witte* *European*

je nationalen Rechtsdiskurses. Manche These wird sogar überhaupt nur in einem Diskursraum diskutiert und in den anderen ignoriert.⁶⁰ Zugleich wird das Unionsrecht ganz überwiegend durch nationale Verwaltungen und Gerichte angewandt, und auch hier entscheidend von nationalen Sichtweisen mitbestimmt, etwa zu Prüfungsumfang und Kontrolldichte vor Gericht, zur Konditional- oder Finalorientierung von Ermächtigungsnormen oder zu den Voraussetzungen für den Zugang zum Gericht in Form einer Rechts- oder bloßen Interessenverletzung.⁶¹ Neben den Einfluss solch eingefahrener dogmatischer Denkmuster tritt in Wissenschaft und Praxis wie immer der subtile, aber weitreichende Einfluss unterschiedlicher methodischer Vorverständnisse und des erweiterten Kontexts.⁶² Das heißt aber nicht, dass der unionsrechtliche Diskurs nicht auch eigenständige, hinreichend einheitliche Merkmale aufwies. Auf höherer Abstraktionsstufe ist er vielmehr recht klar der kontinentaleuropäischen Tradition im Sinne einer systematischen, begrifflichen Durchdringung des Rechts und der Suche nach innerer Kohärenz ebenso zuzuordnen⁶³ wie einem regelbasierten An-

Union Law – A Unified Academic Discipline?, EUI Working Papers, RSCAS 2008/34, 8 ff., 13 ff.

⁶⁰ Vgl. *Classen* Europarecht (Fn. 33), 96 ff., der als Beispiel für national verselbständigte Diskussionen auf das Schema Schutzbereich-Eingriff-Schranke für die Grundfreiheiten und auf die Frage der Bindung Privater durch Art. 45 AEUV hinweist, als Beispiel für Thesen, die überhaupt nur in einem bestimmten Rechtsraum diskutiert werden, auf die These, dass Art. 291 AEUV ein Primat des nationalen Vollzugs postuliere; zum letztgenannten Beispiel auch *Ulrich Stelkens*, Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten, EuR 2012, 511 (521 Fn. 45).

⁶¹ Vgl. *Classen* Rechtsvergleichung (Fn. 58), 83 ff.; vgl. auch zum je abweichenden Grundverständnis von Recht und insbes. der Rolle des Richters *Classen* Europarecht (Fn. 33), 114 ff.; allgemeiner *Hatje/Mankowski* „Nationale Unionsrechte“ (Fn. 6), 161.

⁶² Vgl. beispielhaft die bekannte Reaktion im englischsprachigen Raum auf die englische Übersetzung *Armin von Bogdandy/Jürgen Bast* (Hrsg.) *Principles of European Constitutional Law*, 1. Aufl. 2006, durch *Michelle Everson* *Is it just me, or is there an Elephant in the Room?*, *European Law Journal* 13 (2007), 136 (136 ff.), z.B. ebd., 136: „The doctrinal manoeuvrings of individual contributors are intricately practised but perhaps, in all their perfection, equally veil the true extent of fundamental fissures that mark contemporary German constitutional debate from the eyes of those less tutored in the dark doctrinal arts.“ und ebd., 137: „give a non-German audience a much-needed entrée into peculiarly German areas of debate“.

⁶³ Vgl. etwa *Armin von Bogdandy* *Wissenschaft vom Verfassungsrecht – Vergleich*, in: *Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber* (Hrsg.) *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 2, 2008, § 39 Rn. 27, 31 unter ausdrücklicher Einbeziehung des Vereinigten Königreichs und in Abgrenzung zum US-amerikanischen Rechtsrealismus; *David A. O. Edward* *The Role and Relevance of the Civil Law Tradition in the Work of the European Court of Justice*, in: *David L. Carey Miller/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.) *The Civilian Tradition and Scots Law*, 1997, 309 (309 f., 315 ff.); deutlich auch *Thym* *Europarechtswissenschaft* (Fn. 2), 694 ff., der in Anwendungsbezogenheit und analytisch-deskriptiver

satz.⁶⁴ Dennoch: Der unionsrechtliche Diskurs ist fragmentiert. Darin liegt aber nicht etwa ein bedauernswerter, vielleicht unvermeidlicher Unfall, sondern im Gegenteil gerade eine seiner typischsten, prägenden Eigenheiten: Die diffuse Mischung unterschiedlicher Herangehensweisen, die dadurch entstehenden Unklarheiten und Widersprüche in der Wahrnehmung und Behandlung, das Mit- und Gegeneinander der unterschiedlichen kontextuellen Vorprägungen bestimmen gerade seinen Charakter.

Auch das Völkerrecht weist eine solche Diskursfragmentierung auf,⁶⁵ wenn auch deutlich schwächer, da die gegenseitige Wahrnehmung der Völ-

Beschreibung der Rechtsentwicklung ein gemeinsames Wissenschaftsverständnis der Mitgliedstaaten auch des common law sieht, das eine gemeinsame Gesprächsgrundlage bildet; zum ebenfalls kontinental geprägten Gesetzgebungsstil und zur Normauslegung vgl. *John A. Usher* The Influence of the Civil Law, via Modern Legal Systems, on European Community Law, in: Miller/Zimmermann (Fn. 63), 321 (325 f.); anders aufgrund der kasuistischen Fortentwicklung *Matthias Ruffert* Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europarechtswissenschaft im europäischen Ausland lernen?, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung 2007, Beiheft 7, 253 (257 f.); aufgrund der Sprache *Alexander Somek* The Indelible Science of Law, International Journal of Constitutional Law 7 (2009), 424 (428).

⁶⁴ Vgl. etwa *Martijn W. Hesselink* The New European Legal Culture – Ten Years on, in: Geneviève Helleringer/Kai Purnhagen (Hrsg.) Towards a European Legal Culture, 2014, 17 (17 ff., 23), der seine frühere, gegenteilige These zurücknahm; *Stefan Vogenauer* Foreword, in: ebd., v (vi); aus der älteren Literatur auch deutlich für den formalismus des Europarechts *Harm Schepell/Rein Wesseling* The Legal Community – Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe, European Law Journal 3 (1997), 165 (166 f.).

⁶⁵ Das wurde schon früh erkannt und entsprechend eine Rechtsvergleichung innerhalb des Völkerrechts vorgeschlagen, vgl. etwa *Ignaz Seidl-Hohenveldern* Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, in: Friedrich August von der Heydte/Ignaz Seidl-Hohenveldern/Stephan Verosta/Karl Zemanek (Hrsg.) Völkerrecht und rechtliches Weltbild, FS Alfred Verdross, 1960, 253 (257 ff.); aus jüngerer Zeit etwa *Boris N. Mamlyuk/Ugo Mattei* Comparative International Law, Brooklyn Journal of International Law, 36 (2011), 385 (385 ff.); *Marco Benatar* International Law, Domestic Lenses, Cambridge Journal of International and Comparative Law, 2014, 357 (357 ff.); mit dem üblichen Stichwort der Fragmentierung im Völkerrecht hat dies allerdings kaum etwas zu tun, da es hierbei im Wesentlichen um eine Ausdifferenzierung nach Sachbereichen wie Umweltvölkerrecht, Wirtschaftsvölkerrecht oder Menschenrechte geht, vgl. zur Fragmentierung grundlegend *Marti Koskeniemi* Fragmentation of International Law – Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 v. 13.4.2006; aus der umfangreichen Literatur etwa *Mads Adenas* Reassertion and Transformation – From Fragmentation to Convergence in International Law, Georgetown Journal of International Law, 46 (2015), 685 (691 ff.); *Isabelle Buffard* Une relecture de la théorie des sous-systèmes en droit international, in: Isabelle Buffard/James Crawford/Alain Pellet/Stephan Wittich (Hrsg.) International Law Between Universalism and Fragmentation – Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, 2008, 13, (13 ff.); Überblick etwa bei *Alejandro Rodiles* La fragmentación del derecho internacional – ¿Riesgos o oportunidades para México?, Anuario mexicano de

kerrechtler und ihrer Literatur untereinander traditionell stärker ausgeprägt ist.⁶⁶ Divergenzen verlaufen zum Teil quer zu Nationalitäten und erklären sich oft auch durch das Aufeinandertreffen diverser Schulen.⁶⁷ Darüber hinaus entzieht sich das Völkerrecht weit deutlicher als das Unionsrecht einer Zuordnung zu den typischen diskursiven Eigenschaften etwa des kontinentaleuropäischen Rechts oder des common law. Die Eigenheiten des Völkerrechts – wie konsensuale Rechtsetzung, beschränkte Rechtssubjektivität von Individuen, indirekte Rechtsdurchsetzung, Ausdifferenzierung und möglicherweise Konstitutionalisierungsprozesse – prägen weit mehr als die nationalen Traditionen der Völkerrechtler. *Jeder* nationale Jurist, der sich erstmals mit dem Völkerrecht befasst, wird zunächst mit einer grundlegenden Fremdartigkeit des Diskurses konfrontiert, bei dem sich etwa deutsche Juristen zunächst an die stärkere Verwebung von Recht und Tatsachen, an die größere Bedeutung der Politik und an die weniger rechtstechnische Herangehensweise an Normen gewöhnen müssen.

3. *Entwicklungsrichtungen?*

Aber befindet sich die Diversität der Diskurse insgesamt nicht ohnehin auf dem Rückzug? Führt die stetige Verbesserung der Kommunikationsmöglichkeiten und der Verfügbarkeit von Informationen nicht zu einer immer besseren gegenseitigen Verständigung und allmählichen Angleichung? Kaum. Der Kommunikationsgewinn führt im Gegenteil eher dazu, dass die Diskursräume öfter und intensiver aufeinandertreffen, die Divergenzen sich also tatsächlich realisieren und vor allem bemerkt werden. Wie bei kulturellen Unterschieden im Allgemeinen⁶⁸ führt auch im Recht die

derecho internacional, 9 (2009), 373 (374 ff., 380 ff.); kurz *Michael Bothe* Wandel des Völkerrechts – Herausforderungen an die Steuerungsfähigkeit des Rechts im Zeitalter der Globalisierung, *KritV* 2008, 235 (240 f.).

⁶⁶ Zum Gegenbeispiel der russischen Völkerrechtslehre, die klar einen eigenen, überwiegend und bewusst abgeschlossenen Diskursraum bildet, der sich vom westlichen deutlich unterscheidet, vgl. *Lauri Mälksoo* Russian Approaches to International Law, 2015, 87 ff.

⁶⁷ Zu solchen Schulen vgl. beispielhaft *Andreas L. Paulus* Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland – Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, *ZaöRV* 67 (2007), 695 (702 ff., 708 ff.); zur Relativität der Diskursunterschiede vgl. schon *supra* II.1., 291.

⁶⁸ Zu den Auswirkungen unterschiedlicher Kulturen im Wirtschaftsverkehr und den Bemühungen um die Lösung der Probleme, die etwa durch verschiedene, mono- oder polychrone Zeitauffassungen, verschiedene Grade der Zielorientiertheit bei der Informationsvermittlung, verschiedene Ausprägungen der Langfristigkeitsorientierung oder verschiedene Machtdistanz entstehen, vgl. *Edward T. Hall/Mildred Reed-Hall* Understanding Cultural Differences, 1990, Nachdruck 2004, 3 ff.; *Eberhard Dülfer/Bernd Jöstingmeier* Internationales Management in unterschiedlichen Kulturbereichen, 2008, 521 ff.; *Fons*

gelegentliche Übernahme einzelner fremder Institute nicht zu Angleichungen in den dahinterstehenden Denkgewohnheiten⁶⁹ und führt der Kontakt mit fremden Denkstrukturen vielfach nur zu einem Scheinverständnis.

Eine klassische Ausprägung der Angleichungsvermutung⁷⁰ findet sich in der Rechtsvergleichung mit der seit Jahrzehnten kontrovers diskutierten These von der Konvergenz zwischen common law und kontinental-europäischem Recht. Bei genauerer Betrachtung erweist sich diese These aber schnell als viel zu undifferenziert und unspezifisch, um in allgemeiner Form bejaht oder verneint werden zu können. Es kommt vielmehr darauf an, welcher zeitliche Horizont, welche genauen Rechtsordnungen und welche Rechtsgebiete betrachtet werden, wieweit neben Normen auch der rechtliche Kontext mit bedacht wird und vor allem auch wie stark die Effekte einer eventuellen Konvergenz überhaupt sind.⁷¹ Historisch gesehen etwa ist eine Konvergenz im Hinblick auf die Abwendung des common law von einem prozessual geprägten, auf die forms of action konzentrierten Recht im 19. Jahrhundert⁷² kaum zu bestreiten. Ebenso deutlich ist aber, dass die Unterschiede im Denken und Sprechen, im rechtlichen Kontext weiterhin so groß und grundlegend sind, dass von irgendeiner Nähe nur unter Anlegung äußerst weicher und letztlich kaum aussagekräftiger Maßstäbe gesprochen werden könnte.⁷³ Paradoxe Weise ist es gerade das Ausmaß der Unterschiede und das daraus resultierende fehlende Verständnis,

Trompenaars Handbuch globales Management, 1993, 12 ff.; *Geert Hofstede/Gert Jan Hofstede/Michael Minkov* Cultures and Organizations – Software of the Mind – Intercultural Cooperation and Its Importance for Survival, 3. Aufl. 2010, 388 ff.; *Richard West/Lynn H. Turner* Understanding Interpersonal Communication – Making Choices in Changing Time, 2011, 92 ff.

⁶⁹ Zu den Auswirkungen von Rechtsübertragungen kurz infra III.2., 309.

⁷⁰ Zu den viel weiter gesteckten, allgemeinen rechtlichen Konvergenzhypothesen, als deren Teil die übliche Konvergenzhypothese gesehen werden kann, vgl. *Ugo Mattei/Luca G. Pes* Civil Law and Common Law – Toward Convergence?, in: Keith E. Whittington/R. David Kelemen/Gregory A. Caldeira (Hrsg.) The Oxford Handbook of Law and Politics, 2008, 267 (270); *Peter de Cruz* Comparative Law in a Changing World, 3. Aufl. 2007, 507 ff., jeweils für das „Ende der Geschichte“ mit Verweis auf die bekannten Thesen von *Francis Fukuyama* The End of History and the Last Man, 1992; zu diesen weiterreichenden Konvergenzphilosophien auch schon *John Henry Merryman* On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law, Stanford Journal of International Law 17 (1981), 357 (359 ff.).

⁷¹ Vgl. *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 7 Rn. 234 ff.

⁷² Zu diesem Abwendungsprozess vgl. *H. Patrick Glenn* La civilisation de la common law, Revue internationale de droit comparé 45 (1993), 559 (560 ff.); *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 5 Rn. 65 ff.

⁷³ Ähnlich *Mathias Reimann* Die Fremdheit des amerikanischen Rechts – Versuch einer historischen Erklärung, in: Knud Krakau/Fritz Streng (Hrsg.) Konflikt der Rechtskulturen? – Die USA und Deutschland im Vergleich, 2003, 23 (35).

das manchmal verhindert, dass die Unterschiede hinreichend wahrgenommen werden.⁷⁴

III. Konsequenzen der Diversität

1. Überwindbarkeit

a) *Praktische Funktionsfähigkeit internationaler Zusammenarbeit und ihre Grenzen*

Aber sind die praktischen Konsequenzen der Diversität wirklich so groß, wie es die bisherige Darstellung vermuten lässt? Denn schließlich, so könnte man meinen, leisten doch beispielsweise deutsche Juristen im Ausland Hervorragendes und funktionieren auch gemischt zusammengesetzte internationale Gerichte sehr gut. Werden diese naheliegenden Beispiele aber konkreter betrachtet, so ergibt sich ein erheblich differenzierteres Bild.

Für die Leistung deutscher Juristen im Ausland stehen als besonders auffälliges Beispiel die deutschen Emigranten im Dritten Reich – *Hans Kelsen*, *Ernst Rabel*, *Gustav Radbruch*, um nur ganz wenige zu nennen. Bei allen Leistungen und auch Verklärungen werden aber die Schwierigkeiten, mit denen die Emigranten zu kämpfen hatten, allzu leicht übersehen: Von den emigrierten Professoren gelang zwar beachtlichen 2/3 irgendeine wissenschaftliche Karriere im Ausland. Von diesen waren jedoch die meisten eher in den Grundlagenfächern als im dogmatischen Recht aktiv⁷⁵ und sie erlangten oft auch keine dauerhaften Positionen oder kamen nicht an law schools, sondern an anderen Fakultäten unter.⁷⁶ Erhebliche Probleme hat-

⁷⁴ Deutlich *Pierre Legrand* *European Legal Systems are not Converging*, *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 52 (76).

⁷⁵ Vgl. *Leonie Breunung* *Rechtswissenschaften*, in: Claus-Dieter Krohn et al. (Hrsg.) *Handbuch der deutschsprachigen Emigration 1933–1945*, 1998, Spalte 869 (874 f.); *Reinhard Zimmermann* ‚Was Heimat hieß, nun ist es Hölle‘ – The Emigration of Lawyers From Hitler’s Germany: Political Background, Legal Framework, and Cultural Context, in: Jack Beatson/Reinhard Zimmermann (Hrsg.) *Jurists Uprooted – German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-Century Britain*, 2004, 1 (54); ebenso *M. Rainer Lepsius* *Juristen in der sozialwissenschaftlichen Emigration*, in: Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael Hoeflich (Hrsg.) *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, 1993, 19 (23 ff.), der auch auf die Abwanderung in Politikologie und Sozialwissenschaften hinweist.

⁷⁶ Vgl. für England *Jack Beatson* *Aliens, Enemy Aliens, and Friendly Enemy Aliens – Britain as a Home for Émigré and Refugee Lawyers*, in: Jack Beatson/Reinhard Zimmermann (Hrsg.) *Jurists Uprooted – German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-Century Britain*, 2004, 73 (87 f.); zu den Hintergründen dort beispielhaft ebd., 86, 89 f.; für die USA

ten auch Anwälte oder Verwaltungsjuristen;⁷⁷ in England etwa galten Juristen als die am schwierigsten zu vermittelnde Gruppe aller Emigranten.⁷⁸ Die Erfolgreichen waren oft noch jung, anpassungsfähig und absolvierten nicht selten eine neue Ausbildung.⁷⁹ Gerade unter den arrivierten Professoren blieb hingegen oft ein ausgeprägtes Gefühl der Fremdheit zurück.⁸⁰ Allen Juristen bereitete die Umgewöhnung besondere, oft unüberwindliche Schwierigkeiten.⁸¹ Selbst *Kelsen* beispielsweise fühlte sich nach eigenen Aussagen in den USA wissenschaftlich eher isoliert.⁸²

Auch die Zusammenarbeit der Juristen aus verschiedenen Diskursräumen in internationalen Gerichten erweist sich bei näherer Betrachtung als zumindest vielschichtig. Im Fall des EuGH kann beispielsweise der weiterhin eher knappe Begründungsstil auch als Ausdruck der schwierigen Abstimmung unter ganz verschieden sozialisierten Juristen gesehen wer-

Ernst C. Stiefel/Frank Mecklenburg Deutsche Juristen im amerikanischen Exil (1933–1950), 1991, 69 ff., 77 ff.

⁷⁷ Vgl. für die Anwälte in den USA *Stiefel/Mecklenburg* Deutsche Juristen (Fn. 76), 113 f., 118 ff.

⁷⁸ Vgl. *Beatson Aliens* (Fn. 76), 85; zu einigen eher zufälligen ökonomischen, rechtlichen und politischen Hintergründen der Aufnahme von Juristen in den USA vgl. *Stefan A. Riesenfeld* Die neue Heimat – Roosevelt’s Amerika, in: Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael Hoeflich (Hrsg.) Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, 1993, 9 (10 ff.); deutlich für die Schwierigkeiten der emigrierten Wissenschaftler aufgrund der unterschiedlichen Rechtskulturen auch *Breunung* Rechtswissenschaften (Fn. 75), Spalte 879 f., mit äußerst zurückhaltender Einschätzung ihrer langfristigen Wirkung im Aufnahmeland ebd., Spalte 883.

⁷⁹ *Stiefel/Mecklenburg*, Deutsche Juristen (Fn. 76), 44, 55; das gilt gerade auch für die späteren juristischen Professoren, von denen etwa in England kaum einer zuvor bereits Professor in Deutschland gewesen war, vgl. *Beatson Aliens* (Fn. 76), 89; zum zentralen Einfluss des Alters auch *Lepsius* Juristen (Fn. 75), 30; *Breunung* Rechtswissenschaften (Fn. 75), Spalte 877 f., 881 f.

⁸⁰ Deutlich auch *Bernhard Großfeld/Peter Winship* Der Rechtsgelehrte in der Fremde, in: Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael Hoeflich (Hrsg.) Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, 1993, 183 (184 ff.).

⁸¹ *Stiefel/Mecklenburg* Deutsche Juristen (Fn. 76), 69.

⁸² Vgl. Radio Bremen (Hrsg.), Auszug des Geistes – Bericht über eine Sendereihe, 1962, 84, in dem die Ergebnisse eines Interviews zusammengefasst werden: „Unter den Fachkollegen fand *Kelsen* in der Emigration keinen, der die gleichen Interessen an diesen rechtstheoretischen Fragen hatte. Für das, was ihm am Herzen lag, war er auf Bücher angewiesen. Geistigen Austausch im Gespräch gab es nur selten“; ebenso *Stiefel/Mecklenburg* Deutsche Juristen (Fn. 76), 49; vgl. zu *Kelsen* auch *Breunung* Rechtswissenschaften (Fn. 75), Spalte 880, die eine „gleichgültige bis ablehnende Haltung der einheimischen Fachkollegen gegenüber den von ihm vertretenen theorielastigen Positionen“ feststellt; für *Ernst Rabel* vgl. *Großfeld/Winship* Rechtsgelehrte (Fn. 80), 189 ff.; *Breunung* Rechtswissenschaften (Fn. 75), Spalte 881.

den.⁸³ Im Übrigen ergeben empirische Studien, dass die Diversität keineswegs nur die Vorteile gegenseitiger Befruchtung hat, sondern auch zu erheblichen Schwierigkeiten und Spannungen führt, etwa weil Grundlagen immer wieder hinterfragt werden.⁸⁴ Wie etwa die Osterweiterung des EGMR gezeigt hat, steigen die Probleme dabei mit dem Grad der Diversität.⁸⁵ Wie gravierend sie letztlich sind, wird von den Richtern individuell ganz verschieden eingeschätzt. Größere Einigkeit herrscht hingegen darüber, dass die Schwierigkeiten weniger auf Unterschieden im materiellen Recht beruhen, sondern in der Grundeinstellung etwa zu rechtlichen Gewohnheiten und Verfahrensweisen liegen.⁸⁶ Dass die Zusammenarbeit letztlich doch recht gut funktioniert, lässt sich auf dreierlei zurückführen: Erstens die vereinheitlichende Wirkung der Arbeit an einer gemeinsamen Rechtsmasse;⁸⁷ zweitens einen gewissen Korpsgeist, eine gemeinsame Identität;⁸⁸ und drittens die Ähnlichkeit in Herkunft, Ausbildung und Einstellung, die die Richter schon bei ihrer Berufung typischerweise kennzeichnet: Richter am EuGH haben regelmäßig schon vorher ein eng nationales Denken hinter sich gelassen und ihr Engagement für die gemeinsame europäische Idee demonstriert, Richter an völkerrechtlichen Gerichten ihren Glauben an universelle Rechtsprinzipien.⁸⁹

b) *Die Unübersetzbarkeitsthese*

In der rechtsvergleichenden Literatur finden sich aber auch Zweifel, ob sich Recht überhaupt übersetzen lässt, ob also ein echter Diskurs, ein echtes

⁸³ Für einen weiteren, sprachlichen Erklärungsansatz *Uwe Kischel Legal Cultures – Legal Languages*, in: Frances Olsen/Alexander Lorz/Dieter Stein (Hrsg.) *Translation Issues in Language and Law*, 2009, 7 (16).

⁸⁴ Vgl. die interdisziplinäre Studie von *Daniel Terris/Cesare P.R. Romano/Leigh Swigart The International Judge*, 2007, 62 ff.; zu den gravierenden Problemen der Verwendung von Fremdsprachen und Übersetzungen anschaulich ebd., 71 ff.

⁸⁵ Vgl. *Terris/Romano/Swigart Judge* (Fn. 84), 78.

⁸⁶ Vgl. *Terris/Romano/Swigart Judge* (Fn. 84), 68, 70; dass Richter immer wieder einmal den Einfluss der heimatischen Rechtskultur auf die eigenen Ansichten negieren oder zumindest für minimal halten, mag dabei auch an der Bedeutung der Außendarstellung und Neutralität liegen, vgl. *Benatar Domestic Lenses* (Fn. 65), 368 ff.

⁸⁷ Vgl. dazu auch das Zitat aus einem Interview mit *Thomas Buergenthal* in: *Terris/Romano/Swigart Judge* (Fn. 84), 99; speziell für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit vgl. auch *Carsten Kern Internationale Schiedsverfahren zwischen Civil Law und Common Law*, *ZVglRWiss* 109 (2010), 78 (80 ff.), der auf die Herausbildung kompromisshafter Standards v.a. im Verfahrensrecht hinweist.

⁸⁸ Vgl. zum Korpsgeist *Terris/Romano/Swigart Judge* (Fn. 84), 50, 65, mit dem zusätzlichen Hinweis, dass an dieser Identität teils auch bewusst gearbeitet wird und sich etwa neue Richter auch erst neu daran anpassen müssen.

⁸⁹ Vgl. *Terris/Romano/Swigart Judge* (Fn. 84), 65, 99, 100, 230.

gegenseitiges Verständnis möglich ist.⁹⁰ Zu Recht wird dieser typisch postmoderne Gedanke aber meist nur mit Vorsicht vorgebracht, denn er drückt im Wesentlichen nur Selbstverständlichkeiten überspitzt aus: Dass zunächst die „schlichte“ Übertragung in eine Fremdsprache ungemein komplex ist, ist allgemein bekannt. Ein einfaches Beispiel: Wenn ein einheimischer Zeuge vor dem internationalen Strafgerichtshof für Ruanda dasselbe Auto mal als blau, mal als grün beschreibt, mag er unzuverlässig scheinen – bis sich herausstellt, dass auf Kinyarwanda kein sprachlicher Unterschied zwischen beiden Farben gemacht wird.⁹¹ Oder: Ist das „geistig-religiöse (...) Erbe“ in der Präambel der Grundrechtecharta eine besonders genaue Übersetzung von „patrimoine spirituel“ oder ein (bewusster) Fehler?⁹² Ebensovienig überraschend ist die Einbindung jeder Sprache in einen kulturellen Kontext, der bei einer Übersetzung unweigerlich verlorengeht:⁹³ Wer den Verwaltungsrichter mit „administrative law judge“ übersetzt, nimmt ihm in den USA einen Teil seines Status.⁹⁴ „Traduire, c’est donc

⁹⁰ Sehr kritisch etwa *Pierre Legrand* Sur l’analyse différentielle des juriscultures, *Revue internationale de droit comparé*, 51 (1999), 1053 (1062, 1070); *Legrand* Legal System (Fn. 74), 76 ff.; vgl. auch *Nora V. Demleitner* Challenge, Opportunity and Riks: An Era of Change in Comparative Law, *American Journal of Comparative Law* 46 (1998), 647 (654); *Vivian Grosswald Curran* Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law, *American Journal of Comparative Law* 46 (1998), 43 (56 f., 58); ähnlich wie hier im Ergebnis *Dominik Richers* Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?, *ZaöRV* 67 (2007), 509 (527); eine Skepsis gegenüber simplistischem Übersetzungsglauben gab es schon sehr früh, vgl. etwa *Adhémar Esmein* Le droit comparé et l’enseignement du droit, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 24 (1900), 489 (496).

⁹¹ Für dieses Beispiel vgl. *Terris/Romano/Swigart* Judge (Fn. 84), 76; zu möglichen Hintergründen dieser auch bei anderen Sprachen auftretenden Eigenart vgl. *Jochen Paulus* Der blüne Ozean, *DIE ZEIT* vom 27.2.2003.

⁹² Vgl. dazu den Überblick bei *Jürgen Meyer* Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Präambel Rn. 25, 32 m.w.N.; *Isolde Burr/Thomas Mann* Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Paradigma einer sprachenvergleichenden Auslegung im Europarecht, in: *Isolde Burr/Gertrud Gréciano* (Hrsg.) Europa – Sprache und Recht, 2003, 33 (43).

⁹³ Vgl. *Pierre Legrand* The Impossibility of „Legal Transplants“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (1997), 111 (117); deutlich zur fehlenden Neuartigkeit solcher Gedanken, die sie mit der Notwendigkeit eines Eintauchens in die fremde Kultur umschreibt, auch *Grosswald Curran* Cultural Immersion (Fn. 90), 52. Interessanterweise sieht sie den Grund für die heute ausdrückliche Formulierung einer an sich selbstverständlichen Forderung der Rechtsvergleichung, etwa unter dem Einfluss der Postmoderne, vor allem in der beschränkten persönlichen internationalen Erfahrung heutiger Rechtsvergleicher in den USA im Vergleich zu der vorherigen Generation, die von Emigranten geprägt war, ebd., 52 f.; es ginge demnach also um ein typisches US-Phänomen, vielleicht ein weiterer Ausdruck des vielbeschworenen US-exceptionalism.

⁹⁴ Zum Status des administrative law judge (ALJ) in den USA, der zwar gewisse Freiheiten besitzt, aber formal meist Angestellter seiner Behörde bleibt und kein Richter im

trahir⁹⁵: Übersetzen ist Verrat – ja, aber es funktioniert doch zumindest annähernd, wenn man sich Mühe gibt. Und dies müssen auch die Kritiker immer wieder zugeben.⁹⁶ Dass dabei fast immer ein letztes bisschen Erstaunen und Unverständlichkeit bezüglich des fremden Rechts und seiner gesamten Funktionsweise übrig bleibt, ist in Anbetracht der begrenzten Einarbeitungskapazitäten kaum verwunderlich; für volles Verständnis müsste man zum einheimischen Juristen werden.⁹⁷

c) *Diversität als Problem?*

Die Diversität der Diskurse sollte insofern auch weniger als Problem denn als Bereicherung verstanden werden. Sie ist ein Aspekt der kulturellen Vielfalt in Europa und der Welt und als solche nicht nur unvermeidlich, sondern zu begrüßen. Sie bietet uns, wie etwa die Erfahrung der Richter an internationalen Gerichten bestätigt,⁹⁸ einen reichhaltigen Fundus unterschiedlichster Arten, an das Recht heranzugehen und damit auch über das Recht zu sprechen, die einander den Spiegel vorhalten, eine Stagnation verhindern und einander befruchten, aber auch das Erreichte bestätigen können. Vor allem aber ist die Diversität der Diskurse keineswegs unüberwind-

Sinne der US-Verfassung ist, zumal seine Entscheidungen meist von der Behördenleitung revidiert werden können, vgl. etwa *Russell L. Weaver/Linda D. Jellum* Neither Fish Nor Fowl – Administrative Judges in the Modern Administrative State, *Windsor Yearbook of Access to Justice* 28 (2010), 243 (245 ff.); *Karen S. Lewis* Administrative Law Judges and the Code of Judicial Conduct: A Need for Regulated Ethics, *Dickinson Law Review* 94 (1990), 929 (944 ff.); zur Unabhängigkeit der ALJ vgl. etwa *James E. Moliterno* The Administrative Judiciary's Independence Myth, *Wake Forest Law Review* 41 (2006), 1191 (1191 ff.), vgl. auch ebd., 1196 ff. zur Frage, inwieweit sie als Richter bezeichnet werden können; zu Befugnissen und Status des ALJ im Einzelnen vgl. *Morell E. Mullins* Manual for Administrative Law Judges, *Journal of the National Association of Administrative Law Judges* 23 (2004), special issue 3, 1 ff.; in deutscher Sprache *Franz Erath* Förmliche Verwaltungsverfahren und gerichtliche Kontrolle – Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung Deutschlands und der USA, 1995, 146 ff.

⁹⁵ Für dieses geflügelte Wort etwa *Legrand* Analyse différentielle (Fn. 90), 1062.

⁹⁶ Vgl. etwa *Demleitner* Challenge (Fn. 90), 655; auch *Grosswald Curran* Cultural Immersion (Fn. 90), 34, 50; selbst *Legrand* Legal Systems (Fn. 74), 78 räumt ein: „It is not that a civilian lawyer cannot understand the English legal experience“; von außerhalb des Kreises der Kritiker vgl. etwa *Diana Zacharias* Verfassungsrechtliche Terminologie und Begrifflichkeit im europäischen Rechtsraum, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg.) *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 2, 2008, § 40 Rn. 72; *Susan Šarčević* Challenges to the Legal Translator, in: Peter M. Tiersma/Lawrence M. Solan (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Law and Language*, 2012, 187 (187 ff.).

⁹⁷ So wohl der Kerngedanke bei *Legrand* Legal Systems (Fn. 74), 77 f., vgl. etwa ebd. 78: „The English lawyer will [...] never understand Italian law on its own terms, that is, in the way Italians do given the way it appears to them“.

⁹⁸ Vgl. *Terris/Romano/Swigart* Judge (Fn. 84), 63, 65.

bar. Vielmehr geht es darum, durch ein hermeneutisch geprägtes, langsames Sicheinarbeiten nach und nach Atmosphäre, Stil und damit den Diskurs des fremden Rechts zu erfassen, langsam die dafür notwendige Erfahrung und Intuition zu entwickeln oder doch zumindest ein gewisses Grundgespür für den größeren Kontext zu bekommen. Anders gesagt: Man benötigt die Erkenntnisse der kontextuellen Rechtsvergleichung.⁹⁹

2. *Beschränkte Möglichkeiten von Rechtsübertragungen*

Die Diversität der Diskursräume mahnt zugleich zur Vorsicht, wenn es um die Übertragung von Rechtsnormen und -instituten zwischen den Rechtsordnungen geht. Zwar ist bis heute ungeklärt, welche etwa politischen, geographischen oder sozialen Faktoren einen Einfluss auf den Erfolg eines solchen legal transfer haben¹⁰⁰ und woran dieser Erfolg überhaupt gemessen werden soll.¹⁰¹ Klar ist aber, dass die Übertragung grundlegend durch den rechtlichen Kontext und damit auch durch die Art, über Recht zu sprechen, beeinflusst wird, dass also bei übernommemen Recht stets mit dessen Veränderung in der übernehmenden Rechtsordnung gerechnet werden muss. Reiches Anschauungsmaterial lieferte hier der schwierige Transformationsprozess in Osteuropa,¹⁰² der etwa für Russland dazu führte, dass von einer regelrechten semantischen Unterwanderung der aus dem

⁹⁹ Zur kontextuellen Rechtsvergleichung näher *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 3 Rn. 146 und passim; kurze Einführung in *Uwe Kischel* La méthode en droit comparé – L'approche contextuelle, *Revue internationale de droit comparé* 68 (2016), 907 (907 ff.).

¹⁰⁰ Vgl. beispielhaft den bekannten Streit zwischen *Otto Kahn-Freund* und *Alan Watson* über die Bedeutung von politischen und nicht-politischen Faktoren *Otto Kahn-Freund* On Uses and Misuses of Comparative Law, *The Modern Law Review* 37 (1974), 1 (8 ff.); *Alan Watson* Legal Transplants and Law Reform, *The Law Quarterly Review* 92 (1976), 79 (79 ff.); *Alan Watson* Legal Transplants – An Approach to Comparative Law, 2. Aufl. 1993, 16 ff., 107 ff.; Zusammenfassung und eigener Lösungsvorschlag bei *Eric Stein* Uses, Misuses – and Nonuses of Comparative Law, *Northwestern University Law Review* 72 (1998), 198 (198 ff.).

¹⁰¹ Vgl. *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 2 Rn. 37.

¹⁰² Vgl. beispielhaft für die Probleme der Übernahme unionsrechtlicher Vorschriften ins polnische Recht *Wladyslaw Czaplinski* Harmonisation of Laws in the European Community and Approximation of Polish Legislation to Community Law, *Polish Yearbook of International Law* 25 (2001), 45 (54); für die Verallgemeinerbarkeit von *Czaplinskis* Aussagen auf ganz Osteuropa *Zdeněk Kühn* Development of Comparative Law in Central and Eastern Europe, in: *Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 215 (228); zum Versuch der Rechtsetzung durch misslungene Übersetzungen vgl. etwa *Holländer* Hypertrophie (Fn. 28), 94, 98; vgl. insgesamt *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 7 Rn. 38 ff.

Westen importierten Rechtsbegriffe gesprochen wird.¹⁰³ Ebenso lehrreich ist der klassische Fehlschlag des Versuchs der USA, ihre Rechtsvorstellungen im Rahmen der law and development-Bewegung in den 1960er- und 1970er-Jahren nach Südamerika zu exportieren.¹⁰⁴ Die Mahnung zur Vorsicht gilt, auch für Deutschland, in beide Richtungen: Einerseits können wir nicht davon ausgehen, dass ein *Export* deutscher Rechtsgedanken auch zu denselben Ergebnissen wie bei uns führt. So knüpft etwa Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention bewusst an deutsche Vorstellungen an, wenn er für die Klagebefugnis ein ausreichendes Interesse oder eine Rechtsverletzung fordert; die sehr deutsche Vorstellung, dass dann auch der materielle Prüfungsumfang entsprechend beschränkt sein müsse, erwies sich trotzdem als auf europäischer Ebene alles andere als selbstverständlich, wenn sie sich auch letztlich durchsetzen konnte.¹⁰⁵ Umgekehrt sollte bei allen Rechtsim-

¹⁰³ Vgl. *Angelika Nußberger* Die Frage nach dem tertium comparationis – Zu den Schwierigkeiten einer rechtsvergleichenden Analyse des russischen Rechts, *Recht in Ost und West* 42 (1998), 81 (83); allgemeiner sprechen *Hatje/Mankowski* „Nationale Unionsrechte“ (Fn. 6), 160 von der versteckten Re-Nationalisierung durch die Hintertür als Lebenslüge auch der Rechtsvereinheitlichung und Vergemeinschaftung.

¹⁰⁴ Zu dieser law and development-Bewegung *Jorge L. Esquirol* Continuing Fictions of Latin American Law, *Florida Law Review* 55 (2003), 41 (46 ff.); zu ihren Nachfolgern *Jorge L. Esquirol* The Failed Law of Latin America, *American Journal of Comparative Law* 56 (2008), 75 (94 ff.); allgemeiner zu diesem Fehlschlag vgl. *Daniel Berkowitz/Katharina Pistor/Jean-Francois Richard* The Transplant Effect, *American Journal of Comparative Law* 51 (2003), 163 (163) m.w.N.; zum weiteren Beispiel der Konkurrenz von deutschem und US-amerikanischem Rechtsdenken etwa in Japan und Taiwan vgl. etwa *Hiroshi Nishihara* Die Renaissance des deutschen rechtswissenschaftlichen Denkens im japanischen Verfassungsrecht – Analyse und Ausblick, in: Uwe Kischel (Hrsg.) *Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt – Bedeutung, Grenzen Zukunftsperspektiven*, 2014, I (8 ff.) und kurz *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 9 Rn. 160 f.; das Beispiel Japans zeigt aber mit dem Rechtswandel seit dem späten 19. Jahrhundert zugleich, dass eine erfolgreiche Rechtsübertragung trotz großer kultureller Unterschiede möglich ist, vgl. dazu etwa *Hans-Peter Maruschke* Einführung in das japanische Recht, 2. Aufl. 2010, 29 ff., 85 ff., 307 f.; *Koresuke Yamauchi* Die Rezeption ausländischen Rechts in Japan – Beispiele aus dem Wirtschafts- und dem Familienrecht, in: *Koresuke Yamauchi* (Hrsg.) *Japanisches Recht im Vergleich*, 2012, 383 (393 ff.); *Tsuyoshi Kinoshita* Legal System and Legal Culture in Japan, *Zeitschrift für japanisches Recht* 11 (2001), 7 (21 f.).

¹⁰⁵ Vgl. zu den Zweifeln am Rechtswidrigkeitszusammenhang auf europäischer Ebene EuGH, 12.05.2011, Trianel Kohlekraftwerk Lühnen, Rs. C-115/09, Slg. 2011, I-3673, Rn. 44 ff.; dazu näher *Classen* Europarecht (Fn. 33), 111 ff.; vgl. auch *Friedrich Schoch* Verwaltungsgerichtsbarkeit, quo vadis?, *VBIBW* 2013, 361 (368), der von einer drohenden „kleinen Revolution“ sprach; zu dieser Entscheidung des EuGH auch *Annette Kleinschnittger* Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 12.5.2011 zum Verbandsklagerecht für Umweltverbände, *Zeitschrift für Immissionsschutzrecht und Emissionshandel* 2011, 280 (280 ff.); zu weiteren Problemen im Zusammenhang mit der Umweltverbandsklage auch nach Umsetzung der Trianel-Entscheidung vgl. *Martin Gellermann* Verbandsklagen im Umweltrecht – aktueller Stand, Perspektiven und praktische Probleme, *DVBl.* 2013, 1341

porten nicht nur geprüft werden, ob die im Ausland erzielten Ergebnisse für uns wünschenswert sind, sondern auch stets die Möglichkeit ganz anderer und unerwarteter Ergebnisse in unserem rechtlichen Kontext beachtet werden. Man denke z.B. an die verfehlte Einführung des Bachelor, bei der sich allerdings trefflich sinnieren ließe, ob hier bereits die für uns wenig wünschenswerten Ergebnisse dieser Studienform im anglo-amerikanischen Bereich oder doch erst seine konkreten Auswirkungen im deutschen Umfeld übersehen wurden.

3. *Diskursiver Imperialismus*

Schon mit der Verwendung einer bestimmten Sprache geht im Recht regelmäßig ein gewisser Import des mit dieser Sprache verbundenen Rechtsdenkens einher. So weisen auch Richter am EuGH immer wieder einmal darauf hin, dass das Französische als Arbeitssprache nicht unerheblich zu einer am französischen Recht orientierten Denkweise im Gericht beitrage,¹⁰⁶ ebenso wie entsprechend die Verwendung der englischen Sprache zu einem vor allem US-amerikanisch orientierten Diskurs bei vielen internationalen Gerichten und Schiedsgerichten.¹⁰⁷ Das Rechtsdenken und

(1341 ff.); gegen den deutschen Rechtswidrigkeitszusammenhang sprach sich später auch noch GA Wathelet, Schlussanträge v. 21.5.2015 zu Rs. C-137/14, BeckRS 2015, 80676, Rn. 30 ff. aus, der sich damit der Sichtweise der Kommission anschloß; den Rechtswidrigkeitszusammenhang akzeptierte dann aber letztlich deutlich EuGH, 15.10.2015, Europäische Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rs. C-137/14, NJW 2015, 3495 Rn. 28 ff., der ebd., 90 ff. die frühere Trianel-Entscheidung klar auf die Rügemöglichkeiten speziell von Umweltverbänden beschränkte; dazu schon im Untertitel deutlich *Markus Ludwigs* Bausteine des Verwaltungsrechts auf dem Prüfstand des EuGH – Die Revolution ist ausgeblieben, NJW 2015, 3484 (3485); deutlich auch der Präsident des EuGH *Vassilios Skouris* Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf die Funktion der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 2016, 937 (941 ff.).

¹⁰⁶ Vgl. *Terris/Romano/Swigart* Judge (Fn. 84), 77 f.; ähnlich für den sprachlichen Startvorteil von Rechtsinstituten französischsprachiger Mitgliedstaaten *Thomas von Danwitz* Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuR 2008, 769 (779); soweit wissenschaftliche Mitarbeiter am EuGH zwar ihre Arbeitsergebnisse in die französische Sprache übersetzen, nicht aber auf Französisch denken und arbeiten, gilt dies entsprechend beschränkt, vgl. *Karen McAuliffe* Language and Law in the European Union – The Multilingual Jurisprudence of the ECJ, in: Peter M. Tiersma/Lawrence M. Solan (Hrsg.) *The Oxford Handbook of Law and Language*, 2012, 200 (205, 208 f.); insgesamt hat sich das am EuGH verwendete Französisch allerdings formalisiert und gegenüber dem „echten“ Französisch verselbständigt, vgl. ebd., 205 f.

¹⁰⁷ Vgl. auch *Cesare P.R. Romano* The Americanization of International Litigation, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 19 (2003), 89 (115 ff.); *Terris/Romano/Swigart* Judge (Fn. 84), 78 (Englisch als Transmissionsriemen der US-Rechtskultur); entsprechend für den transnationalen wissenschaftlichen Teildiskurs im Europarecht *Thym* Europarechtswissenschaft (Fn. 2), 681; ähnlich *Somek* Indelible Science (Fn. 63), 428.

der damit verbundene Diskurs können aber auch als solche und sogar ganz bewusst exportiert werden, weil man das eigene Recht für schlicht überlegen hält oder sich durch seine Verbreitung zumindest einen Marktvorteil verspricht; der Export stellt dann eine Form des diskursiven Imperialismus als Unterform des rechtskulturellen Imperialismus¹⁰⁸ dar. Als heute schon klassisches Beispiel mag hier der Wettbewerb zwischen vor allem US-amerikanischen und kontinentaleuropäischen Rechtsberatern nach dem Zerfall des Ostblocks dienen, die jeweils ihr eigenes Recht als probates Modernisierungsmittel anpriesen.¹⁰⁹ In globalerer Sicht fällt nicht zuletzt eine gewisse Tendenz zur Verbreitung von US-amerikanischen Rechtsdiskursen auf, die teils mit erstaunlichem Nachdruck und Selbstbewusstsein, manchmal sogar Sendungsbewusstsein betrieben wird.¹¹⁰ Dem gilt es, schon im Sinne der rechtskulturellen Vielfalt,¹¹¹ aber auch um einseitige Dominanz zu verhindern, den Eigenstand und Eigenwert aller Rechtsdiskurse entgegenzuhalten. Dadurch lassen sich auch Auswüchse verhindern, etwa wenn

¹⁰⁸ Zum rechtskulturellen Imperialismus vgl. *Kischel* Rechtsvergleichung (Fn. 5), § 2 Rn. 11 ff.

¹⁰⁹ Vgl. etwa *Lado Chanturia* Recht und Transformation – Rechtliche Zusammenarbeit aus der Sicht eines rezipierenden Landes, *RabelsZ* 72 (2008), 114 (116 ff.); aus Beratersicht etwa *Rolf Knieper* Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht – Juristische Zusammenarbeit aus der Sicht eines Beraters, *RabelsZ* 72 (2008), 88 (88 ff.); zu den Hintergründen der Übernahme bestimmter Modelle etwa *Gianmaria Ajani* Transfer of Legal Systems From the Point of View of „Export Countries“, in: Ulrich Drobnig et al. (Hrsg.) Systemtransformation in Mittel- und Osteuropa und ihre Folgen für Banken, Börsen und Kreditsicherheiten, 1998, 37 (37 ff.); aus polnischer Sicht etwa *Stanislaw Soltysiński* Transfer of Legal Systems as Seen by the „Import Countries“: A View from Warsaw, in: ebd., 69 (insbes. 76 f.); prägnant für die Ukraine *Matthias Weckerling* Erfahrungen der IRZ-Stiftung in Mittel-, Ost- und Südosteuropa, *RabelsZ* 72 (2008), 43 (48).

¹¹⁰ Vgl. beispielhaft die Auffassung, dass es der noch vorhandene Mangel an praktischer Erfahrung mit Fällen zur Meinungsfreiheit sei, der eine bloße, weiche Verhältnismäßigkeitsprüfung statt einer strikteren, regelbasierten dogmatischen Strukturierung nach US-amerikanischem Vorbild hervorbringe, bei *Frederik Schauer* Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States – A Case Study in Comparative Constitutional Architecture, in: Georg Nolte (Hrsg.) European and U.S. Constitutionalism, 2005, 49 (57 ff.); *Frederick Schauer* The Exceptional First Amendment, in: Michael Ignatieff (Hrsg.) American Exceptionalism and Human Rights, 2005, 29 (54 ff.); vgl. auch die herablassende Bemerkung von *Martin Shapiro* Comparative Law and Comparative Politics, *Southern California Law Review* 53 (1980), 537 (538) zu einer dogmatischen Analyse im Europarecht: „it represents a stage of constitutional scholarship out of which American constitutional law must have passed about seventy years ago [...]. It is constitutional law without politics.“, die den Ton seines ganzen Beitrags bestimmt.

¹¹¹ Vgl. auch etwa *Ino Augsberg* Let Us Compare Methodologies – Methodenvergleich und Europäisches Verwaltungsrecht, in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts, *EuR* 2016, Beiheft 1, 55 für einen Vergleich aber gegen eine Harmonisierung der Methoden.

südamerikanische Juristen über lange Zeit viel mit ihren deutschen oder amerikanischen Kollegen gesprochen haben, aber kaum je untereinander. Womit auch deutlich wird, dass der diskursive Imperialismus nicht nur als Fremdimperialismus, sondern unter Umständen in der noch gefährlicheren Version des Selbstimperialismus auftreten kann.

4. *Internationalisierung im deutschen Rechtswesen?*

Dass es gut wäre, wenn wir einander besser verstünden, dürfte in dieser Allgemeinheit kaum jemand bestreiten. Doch welche Maßnahmen wären dazu konkret für Deutschland sinnvoll?

a) *Internationalisierung der Ausbildung?*

Erstens ließe sich an eine Internationalisierung der Ausbildung denken. Der beste und direkteste Weg, den Blick auf fremde Arten des Rechtsdiskurses zu verbessern, wäre eine Aufnahme der Rechtsvergleichung als Pflichtfach für höhere Semester.¹¹² Das wäre zugleich eine wertvolle Ergänzung zu allen europarechtlichen Veranstaltungen, da dadurch das Verständnis für Einfluss und Bedeutung der verschiedenen nationalen Sichtweisen auf diese multidiskursive Rechtsordnung gestärkt würde.¹¹³ Das Europarecht *als solches* hingegen ist zunächst in Deutschland geltendes Recht und kann daher, ähnlich wie das Völkerrecht, zu einer auf besseres Verständnis zwischen den Diskursräumen gerichteten Internationalisierung nur mittelbar beitragen.¹¹⁴ In Betracht käme auch die vermehrte Berücksichtigung fremder Perspektiven in den jeweiligen dogmatischen Fächern, am Beispiel des Verfassungsrechts etwa bei der Meinungs- oder Religionsfreiheit ebenso wie beim Rechtsstaatsprinzip oder der Ewigkeitsklausel. Wovor

¹¹² Vgl. auch die Resolution der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht vom 16.3.2016, veröffentlicht unter <<http://www.dgfir.de/gesellschaft/ag-lehre/>> (Stand 2.6.2017); interessanterweise beziehen sich Aufrufe, die Internationalität der Lebenswirklichkeit weiter in die Juristenausbildung zu integrieren, aktuell eher auf das IPR als auf die mindestens ebenso naheliegende Rechtsvergleichung, vgl. etwa den Aufruf von *Heinz-Peter Mansel/Jan von Hein/Marc-Philippe Weller* Reform der Juristenausbildung – Staatsexamen ohne Internationales Privatrecht, *JZ* 2016, 855 (855 f.) und *Reinhard Zimmermann* Resolution Studienreform und IPR, *IPRax* 2017, 209.

¹¹³ Deutlich für die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Europarecht *Classen* Rechtsvergleichung (Fn. 58), (80 ff., insbes. 95 ff.); Ähnliches gilt für das Völkerrecht und in abgewandelter Form für das IPR.

¹¹⁴ Ob Europarecht und Völkerrecht zu einem verbesserten Gespür für die Möglichkeit anderer Denkweisen und Diskurse beitragen, hängt dabei vor allem davon ab, ob in der Lehre der multidiskursive Charakter betont oder eher eine nationale Sichtweise eingenommen wird; vgl. zum multidiskursiven Charakter *supra* II.2., 298.

aber bei aller Internationalisierungsfreundlichkeit vehement gewarnt werden muss, ist der Gedanke¹¹⁵, auf Internationalisierung zu Lasten einer umfassenden, grundständigen dogmatischen Ausbildung im deutschen Recht (und im Europarecht) zu setzen. Denn nicht nur würde das zu einem qualitativen Abstieg der international in höchstem Maß angesehenen deutschen Juristenausbildung und ihrer Bedeutung für die Rechtspraxis führen. Vor allem auch ist die umfassende Kenntnis des eigenen Rechts – und das heißt in Deutschland vor allem der Dogmatik, der Systematik und deren Anwendung – unabdingbare Basis für jede sinnvolle Befassung mit fremden Diskursen. Wer das eigene Recht nicht bestens kennt, kann das fremde kaum erfassen.

b) *Rechtssprache Englisch?*

Im weiteren Umfeld der Internationalisierung finden sich auch Bemühungen, Englisch als Rechtssprache zu fördern. Soweit es um fremdsprachliche Vorlesungen oder Sprachkurse im Sinne von § 5a Abs. 2 S. 2 DRiG geht, ist dies eher ein Feigenblatt, das aber nicht schaden kann.¹¹⁶ Fremdsprachenkenntnisse einschließlich der Fachsprache sind sicherlich äußerst sinnvoll, gehören aber eher zu den traditionellen Aufgaben des Studium Generale als zu denen rechtswissenschaftlicher Fakultäten. Erheblich sinnvoller wären demgegenüber längere Studienaufenthalte im Ausland, die noch weiter gefördert werden sollten.

Englisch als Gerichtssprache ist ein Thema, das für kleine, wirtschaftsbezogene Teile des Zivilrechts eine Rolle spielt,¹¹⁷ aber nicht zuletzt am

¹¹⁵ In diese Richtung *Michael Stürner* Zwölf Thesen zur Internationalisierung der Juristenausbildung, in: Cordula Stumpf/Friedemann Kainer/Christian Baldus (Hrsg.) *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration*, FS Peter-Christian Müller-Graff, 2015, 1476 (1481 f.); allgemein und ohne spezifischen Bezug auf die Ausbildung *Lepsius* Problemzugänge (Fn. 2), 90 f., der den Verlust der „rechtsdogmatischen Mitte“ ohne weiteres hinnehmen will; anders etwa *Thym* *Europarechtswissenschaft* (Fn. 2), 694, der eine Gefahr darin sieht, dass eine Konzentration auf den transnationalen Diskurs die Distanz zur innerstaatlichen Rechtsanwendung erhöht; die Vorschläge des Wissenschaftsrats scheinen eher auf eine nur moderate Straffung des grundständigen Prüfungsstoffes hinauszulaufen, vgl. *Wissenschaftsrat* (Hrsg.), *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland – Situation, Analysen, Empfehlungen*, 2012, 61; ähnlich etwa die Gedanken bei *Andreas Voßkuhle* *Das Leitbild des „europäischen Juristen“ – Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland*, *Rechtswissenschaft* 2010, 326 (339 ff.).

¹¹⁶ Kritisch etwa *Peter A. Windel* Scheinspezialisierung und Verzettlung als mögliche Folgen der Juristenausbildungsreform, *Jura* 2003, 79 (81 f.).

¹¹⁷ Zu dem einschlägigen Gesetzesprojekt vgl. etwa *Christian Armbrüster* *Englischsprachige Zivilprozesse vor deutschen Gerichten?*, *ZRP* 2011, 102 (102 ff.); *Wolfgang Ewer* *Das Öffentlichkeitsprinzip – ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensual-*

öffentlichen Recht gemessen wird.¹¹⁸ Generell kranken die dort gemachten Vorschläge daran, dass sie – linguistisch veraltet¹¹⁹ – davon ausgehen, dass Sprache ein austauschbares Werkzeug sei und nicht ein Medium, das selbst Wirklichkeit konstituiert.¹²⁰ Sie übersehen die enormen praktischen Probleme einer bloßen Scheinübersetzung deutschen Rechts in eine englische Rechtssprache, die aber weiterhin dem deutschen Rechtsverständnis ent-

optionaler Gerichtssprache?, NJW 2010, 1323 (1323 ff.); *Tobias Handschell* Die Vereinbarkeit von Englisch als Gerichtssprache mit dem Grundgesetz und europäischem Recht, DRiZ 2010, 395 (395 ff.); *Ingo von Münch* Rechtspolitik und Rechtskultur – Kommentare zum Zustand der Bundesrepublik Deutschland, 2011, 80 ff.; aus anwaltspraktischer Sicht etwa *Hanns-Christian Salger* Handelssprache Englisch auch als Gerichtssprache, AnwBl 2012, 40 (40 ff.); *Bernd Hirtz* Englisch sollte nicht zu einer deutschen Rechtssprache werden, AnwBl 2011, 41 (41); der erste Gesetzentwurf ist dann mit dem Ende der Legislaturperiode im Sande verlaufen, vgl. dazu und zu den begrenzten praktischen Erfahrungen mit dem Kölner Modellversuch *Johannes Riedel* Englisch als Verhandlungssprache vor Gericht, in: Mathias Habersack/Karl Huber/Gerald Spindler (Hrsg.), FS Eberhard Stolz, 2014, 501 (501, 502 ff.); auch der 2014 erneut eingebrachte Entwurf (BR-Drucks. 93/14 v. 6.3.2014) wurde nicht weiterverfolgt, vgl. *Maximilian Pika* Die Kammer für internationale Handelssachen – Eine einmalige Chance nach dem Brexit, IWRZ 2016, 206 (209); zu einem weitergehenden Vorschlag der Verwendung des Englischen z.B. in allen harmonisierten Bereichen vgl. *Thomas M. J. Möllers* Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, 85 ff.

¹¹⁸ Die rechtlichen Bedenken gegen die Einführung kommen vielfach aus dem Verfassungsrecht und betreffen v.a. Gerichtsöffentlichkeit und Anspruch auf rechtliches Gehör, vgl. dazu etwa *Handschell* Englisch als Gerichtssprache (Fn. 117), 396 ff.; *Ewer* Öffentlichkeitsprinzip (Fn. 117), 1323 ff.; vgl. auch *Axel Flessner* Deutscher Zivilprozess auf Englisch, NJOZ 2011, 1913 (1914 ff.).

¹¹⁹ Grundlegend *Karl Bühler* Sprachtheorie – Die Darstellungsfunktion der Sprache, Auflage 1934, III („Die Sprache ist dem Werkzeug verwandt“), 151; dazu etwa *Ludger Hoffmann* Reflexionen über die Sprache – Saussure, Chomsky, Bühler, in: Kulturwissenschaftliches Institut (Hrsg.) Jahrbuch 2004, 79 (94 ff.).

¹²⁰ Zur Wirklichkeitskonstituierung durch Sprache vgl. grundlegend schon im Titel *Peter L. Berger/Thomas Luckmann* Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit – Eine Theorie der Wissenssoziologie, 16. Aufl. 1999, 164; vgl. auch *Thomas Luckmann* Aspekte einer Theorie der Sozialkommunikation, in: Hans Peter Althaus/Helmut Henne/Herbert Ernst Wiegand (Hrsg.) Lexikon der Germanistischen Linguistik, 2. Auflage 1980, S. 28 (39); *Michael A.K. Halliday* Anti-Languages, *American Anthropologist* 78 (1976), 570 (574 f., insbes. 579); *Reiner Keller* Das Wissen der Wörter und Diskurse – Über Sprache und Wissen in der wissenssoziologischen Diskursanalyse, in: Willy Viehöver/Reiner Keller/Werner Schneider (Hrsg.) Diskurs, Sprache, Wissen – Interdisziplinäre Beiträge zum Verhältnis von Sprache und Wissen in der Diskursforschung, 21 (24 ff., 37 ff.); *Ingo H. Warnke* Diskurs als Praxis und Arrangement – Zum Status von Konstruktion und Repräsentation in der Diskurslinguistik, in: ebd., 97 (101 f.); ausführlich zu Entwicklung und Kritik der Theorie der kommunikativen Konstruktion *Hubert Knoblauch* Die kommunikative Konstruktion der Wirklichkeit, 2017, 19 ff., 55 ff.

sprechen soll, und gefährden so das diskursive Kontinuum des deutschen Rechts.¹²¹

c) *Methodik und Anschlussfähigkeit*

Eine Internationalisierung wird immer wieder auch im Hinblick auf die deutsche rechtswissenschaftliche Methode gefordert, regelmäßig mit dem Hinweis auf die Eigentümlichkeiten des deutschen Rechtsdiskurses und seine angeblich fehlende Anschlussfähigkeit. Die Lösung soll in einem Wechsel von klassischer, normzentrierter Dogmatik hin zu verstärkter Interdisziplinarität liegen¹²² und greift so einen Dauerbrenner der öffentlich-rechtlichen Diskussion der letzten Jahrzehnte¹²³ auf. Aus der hier eingenommenen, vergleichenden Perspektive ist dies wenig überzeugend. Denn das deutsche öffentliche Recht ist gerade aus der Außenperspektive bereits durch eine nicht unerhebliche Öffnung gegenüber interdisziplinärem Input,¹²⁴ durch eine Vielfalt der Ansätze gekennzeichnet, seine „Pluralität“ beispielsweise aus japanischer Sicht ein herausragendes Qualitätsmerkmal.¹²⁵ Dass die deutsche Rechtswissenschaft einen eigenen Diskursraum

¹²¹ Dazu näher *Philipp Dreesen/Lars Hoffmann* Sprache als immanenter Teil der Rechtsordnung, *KritV* 94 (2011), 194 (200 ff.); zur sprachlichen Gebundenheit des Rechts auch *Jestaedt* Wissenschaft (Fn. 2), 9.

¹²² Vgl. dazu etwa *Jestaedt* Wissenschaft (Fn. 2), 1 f.; u.a. diese Begründung liefert auch *Lepsius* Problemzugänge (Fn. 2), 86 f., 91; mit klarer Rückführung einer weltweiten auf eine rein europäische Perspektive *Oliver Lepsius* Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, 4 ff.

¹²³ Deutlichst *Lepsius* Problemzugänge (Fn. 2), 55: „Die Forderung nach Interdisziplinarität und Internationalität ist ein fast schon abgedroschenes Dauerdesiderat der deutschen Staatsrechtslehre“.

¹²⁴ Zu Recht weist *Lepsius* Problemzugänge (Fn. 2), 72 f. darauf hin, dass es dabei um eine Integration, also eine Einspeisung der Erkenntnisse anderer Disziplinen in den juristischen Diskurs geht, nicht um eine Beteiligung am Diskurs der fremden Disziplinen. *Lepsius* bemängelt, dass es sich um eine „Selbstermächtigung der Juristen für sozialwissenschaftlich informiertes interdisziplinäres Arbeiten“ handle, die zulasten der Arbeitsteilung in der Wissenschaftswelt gehe, ebd., 73; dabei scheint nicht berücksichtigt zu werden, dass Arbeitsteilung gerade bedeuten kann, dass jede Wissenschaft ihre spezifische Perspektive einbringt, nicht aber dass die Wissenschaftler in der je anderen Wissenschaft – für die sie gar nicht ausgebildet sind – wildern und mitzutun versuchen; positiver Blick auf Interdisziplinarität als bloßes Schnittstellenmanagement hingegen bei *von Arnould* Öffnung (Fn. 2), 54.

¹²⁵ Vgl. etwa allgemein und speziell zu Japan *Atsushi Tadada* Die Eigenschaften der deutschen Staatsrechtslehre und ihre künftigen Herausforderungen, in: Christoph Schönberger (Hrsg.) *Der „German Approach“ – Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*, 2015, 64 f., 68; dass solche Faktoren u.a. das allgemeine internationale Ansehen der deutschen Rechtswissenschaft erklären, räumt auch *Lepsius* Problemzugänge (Fn. 2), 73, 74, 77 ein; zur schon seit Jahrzehnten bestehenden, typischen methodischen Vielfalt der deutschen Staatsrechtslehre auch *von Arnould* Öffnung (Fn. 2), 42 ff.; ähnlich *Martin Mor-*

bildet und deshalb ein internationales Anschlussproblem hat, ist zwar unbestreitbar – sie teilt dieses Schicksal aber schlicht mit allen anderen Rechtsordnungen der Welt. Denn wie gesehen sind die Übersetzungs- und Kommunikationsprobleme universell.

Vielen Stimmen scheint es aber letztlich auch gar nicht um eine wirklich weltweite Anschlussfähigkeit zu gehen; eine Anpassung an polnische, französische, brasilianische, taiwanesisch oder auch nur britische Rechtsdiskurse wird schließlich selten verlangt.¹²⁶ Vielmehr geht es zumindest implizit in der Regel um die Anpassung an den einen Rechtsdiskurs der Welt, der die Interdisziplinarität bis zur Selbstaufgabe auf die Spitze getrieben hat – den US-amerikanischen. Er aber bildet im internationalen Maßstab nur einen Diskursraum unter vielen. Er hat zudem mit seiner prägenden Absage an eine spezifisch rechtswissenschaftliche, eigenständige Perspektive und seiner mangelnden Praxisnähe¹²⁷ selbst wiederum ein Anschlussproblem¹²⁸

lok Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung 2007, Beiheft 7, 49 (62); vgl. auch die damit zusammenhängende, wenig haltbare, aber umso bemerkenswertere Ansicht, dass Deutschland – wie Frankreich – nicht mehr typisch für den kontinentaleuropäischen Kontext sei, bei *John Henry Merryman/Rogelio Pérez-Perdomo* The Civil Law Tradition – An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America, 3. Aufl. 2007, ix; speziell zur Interdisziplinarität in der deutschen Europarechtswissenschaft positiv etwa *Ruffert* Europarechtslehre (Fn. 63), 254.

¹²⁶ Im Bereich des Unionsrechts kann es allerdings auch um die Forderung nach Anpassung und Berücksichtigung anderer Sichtweisen der verschiedenen anderen Mitgliedstaaten gehen, vgl. etwa *Classen* Europarecht (Fn. 33), 114 ff.

¹²⁷ Vgl. *supra* I.2., 288; beispielhaft etwa die Entwicklung *Richard Posners*, der nach seiner Berufung zum Richter immer zurückhaltender wurde, seine zuvor entwickelten Theorien auch in der Praxis uneingeschränkt anzuwenden; vgl. dazu etwa die Einschätzung von *Jed Handelsman Shugerman* Affirmative Duties and Judges' Duties – United States v. Stockberger, Harvard Law Review 120 (2007), 1228 (1235) zum Fall *Stockberger v. United States*, 225 F. Supp. 2d 949 (S.D. Ind. 2002): „In other words, Judge Posner did not permit Professor Posner to intervene on Stockberger's behalf.“; vgl. auch *ebd.*, 1228, 1232, 1233 f.; vgl. weiter *Dawinder S. Sidhu* A Crisis of Confidence and Legal Theory – Why the Economic Downturn Should Help Signal the End of the Doctrine of Efficient Breach, Georgetown Journal of Legal Ethics 24 (2011), 357 (393 f.) („Indeed, proponents of the doctrine in academic contexts, most notably Judge Posner, decline to rely on the doctrine in resolving real cases before them.“; vielzitiert etwa *Posners* Äußerung in *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (1985) 1289: „But however this may be, we must be on guard to avoid importing our own ideas of sound public policy into an area where our proper judicial role is more than usually deferential.“

¹²⁸ Deutlich selbst *Lepsius* Staatsrechtslehre (Fn. 20), 347; anders wohl *Armin von Bogdandy* Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, JZ 66 (2011), 1 (3 ff.), der selbst innerhalb Europas für eine Orientierung an US-amerikanische Herangehensweisen plädiert, obwohl er *ebd.*, 4 f. deutlich ausspricht, dass die dogmatische Ausrichtung im europäischen Mainstream liege.

in großen Teilen der Welt, etwa in Osteuropa, Südamerika oder Asien. Im selben wirklich internationalen Maßstab sollte die deutsche Rechtswissenschaft ihre Rolle und ihr Ansehen nicht kleinreden: Gerade die systematische, normzentrierte, begrifflich klare deutsche Staatsrechtslehre, die sich für Erkenntnisse aus anderen Disziplinen offen hält, ohne sich diesen zu ergeben, und bei alledem im engsten Austausch mit der Praxis steht, genießt in weiten Teilen der Welt allerhöchstes Ansehen und hat eine gewisse Vorbildfunktion für Teile der Rechtswissenschaft, etwa in Japan, in Spanien oder in Brasilien.¹²⁹ Die dogmatische Denkweise als unseren Markenkern¹³⁰ sollten wir nicht zugunsten eines nur vermeintlich wissenschaftlicheren Elfenbeinturms¹³¹ aufgeben.

d) *Internationalisierung der wissenschaftlichen Aktivitäten*

Damit soll aber keineswegs einem Rückzug des deutschen öffentlichen Rechts auf sich selbst das Wort geredet werden. Im Gegenteil sollte seine Sichtbarkeit im internationalen Raum nachhaltig ausgebaut werden. Probates Mittel dazu sind vermehrte Publikationen in ausländischen und internationalen Zeitschriften, auch in fremden Sprachen, eine verstärkte Teilnahme an internationalen Konferenzen, Wahrnehmung von Gastvorlesungen und Vorträgen und die Ausbildung ausländischer Studenten und Doktoranden. Es geht um die Darstellung und Verbreitung des deutschen Rechtsdiskurses nicht nur, aber gerade auch in seinem mainstream vor einem ausländischen Publikum.¹³² Wird dies gepaart mit einer Toleranz und Offenheit gegenüber ganz anderen Ansätzen, die aus einem rechtsvergleichend angeleiteten Grundverständnis entspringt, so entspricht es einem international vielfach geäußerten Wunsch. Eine politische, nicht zuletzt auch finanzielle Förderung wäre dazu dringend notwendig. Das alles gilt mit besonderem

¹²⁹ Vgl. etwa zu Japan *Nishihara Renaissance* (Fn. 104), 8 ff.; zu Spanien *Antonio López Castillo* Das deutsche Vorbild in Spanien – Kontinuität oder schwindende Bedeutung, in: Uwe Kischel (Hrsg.) *Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt – Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven*, 2014, 49 (49 ff.); für Brasilien *Mônia Clarissa Hennig Leal* Die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen US-amerikanischer Institutionalisierung und deutschem Rechtsdenken, in: ebd., 27 (27 ff.); allgemein etwa *Jestaedt Wissenschaft* (Fn. 2), 2.

¹³⁰ Formulierung nach *Jestaedt Wissenschaft* (Fn. 2), 4; ähnlich von *Arnauld* Öffnung (Fn. 2), 45 f. („Gravitationszentrum“).

¹³¹ Forderung nach einer „Elfenbeinmentalität“ anstelle von Praxismentalität *Lepsius* Problemzugänge (Fn. 2), 79.

¹³² Für eine solche „Werbung“ auch *Jestaedt Wissenschaft* (Fn. 2), 11 f.; ähnlich v.a. für das Europarecht *Kahl Sprache* (Fn. 55), 427 f.; ähnlich wohl auch *Thym* Europarechtswissenschaft (Fn. 2), 697 f.; in diese Richtung für das Europarecht auch *Ruffert* Europarechtslehre (Fn. 63), 260, 262 unter Betonung des gegenseitigen Austauschs.

Nachdruck im Sonderfall des Europarechts. Da es hier um die juristische Arbeit an einer gemeinsamen Rechtsmasse geht, besteht ein umso größeres Interesse, die Wahrnehmung deutscher Herangehensweisen, Positionen und Stimmen zu erhöhen.¹³³ Das gilt umso mehr, als der deutsche, systematisierende Zugriff besonders geeignet sein dürfte, den zunehmend ausufernden und unübersichtlichen unionalen Rechtsstoff zu erfassen.¹³⁴ Pragmatisch betrachtet kann dies nur durch Beteiligung am fremdsprachigen, vor allem auch englischen Europarechtsdiskurs gelingen.¹³⁵ Die rou-

¹³³ Vgl. etwa auch *Thym* Europarechtswissenschaft (Fn. 2), 682 f.; in diese Richtung auch *Rainer Wahl* Die Rechtsfortbildung in Europa als Entwicklungslabor, JZ 2012, 861 (866 f.), der u.a. auf die praktische Notwendigkeit hinweist, nicht eine „Rundum-Werbung für ein mitgliedstaatliches Recht“ (ebd., 866) zu betreiben, sondern zu entscheiden, welche Teile der deutschen Rechtsordnung in die Diskussion eingebracht werden sollten und welche nicht.

¹³⁴ Vgl. *Thym* Europarechtswissenschaft (Fn. 2), 698; vgl. auch *Ruffert* Europarechtslehre (Fn. 63), 260 mit dem Hinweis, dass der frühere Vorsprung des kasuistischen, an das common law angelehnte Denken mit zunehmender systematischer Verdichtung des EU-Rechts schwindet; vgl. auch *Mark van Hoecke/Mark Warrington* Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine – Towards a New Model for Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998), 495 (526 f.); *von Arnould* Öffnung (Fn. 2), 67; in diese Richtung wohl auch *Armin von Bogdandy* The Past and Promise of Doctrinal Constructivism – A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), 364 (365, 367, 376, 400), der andeutet, eine zwar fortentwickelte, aber weiterhin klar rechtswissenschaftliche Methode („doctrinal constructivism“) sei in Anbetracht der Stimmenvielfalt in Europa gut für die weitere Entwicklung geeignet.

¹³⁵ Deutlich zur an den jeweiligen Autoren gemessenen, nationalitätenübergreifenden Bedeutung allein der englischsprachigen Fachzeitschriften zum Europarecht *Thym* Europarechtswissenschaft (Fn. 2), 676 ff.; vgl. auch ebd., 679 f. eingängig zu den Gründen für den Siegeszug der englischen Sprache; was die Rezeptionsperspektive betrifft, so geht etwa *Classen* Europarecht (Fn. 33), 95 davon aus, dass die Generalanwälte vor allem das zitieren, wofür sie eine hinreichende Sprachkompetenz haben; zu einer gewissen Verankerung der Generalanwälte und auch Richter in ihrer heimatlichen Rechtsordnung vgl. *Michael Fehling* Rechtsvergleichende Methode und europäisches Verwaltungsrecht, in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.) *Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts*, *EuR* 2016, Beiheft 1, 73 f.; zu Generalanwälten auch *Jürgen Schwarze* *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2005, CXVI; *de Witte* *European Union Law* (Fn. 59), 10; zu Richtern auch *Hatje/Mankowski* „Nationale Unionsrechte“ (Fn. 6), 161; *von Danwitz* Funktionsbedingungen (Fn. 106), 778; zur unterschiedlichen Wahrnehmung unionsrechtlicher Zeitschriften durch alle Gruppen des EuGH-Personals vgl. die empirische Studie durch *Hugues Bouthinon-Dumas/Antoine Masson* *Quelles sont les revues juridiques qui comptent à la Cour de justice de l'Union européenne?*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2013, 781 (794 ff.), die allerdings ebd., 799 zu dem Ergebnis kommen, dass es zwischen den französisch- und englischsprachigen Zeitschriften keinen nennenswerten Unterschied in der Wahrnehmung gibt; kritisch zur methodischen Tragfähigkeit speziell dieses Ergebnisses der Studie *Thym* Europarechtswissenschaft (Fn. 2), 681 Fn. 44; für eine ältere Studie, die die

tinemäßige, forcierte Veröffentlichung fremdsprachiger Aufsätze durch deutsche Europarechtler gehört so ebenso zum Desiderat wie etwa ganz praktisch die zunehmende englische Übersetzung großer deutscher Kommentare.¹³⁶ Dafür kann die zunächst belächelte, jetzt aber weithin begrüßte und kopierte neue Kommentarpraxis im Völkerrecht¹³⁷ ein Vorbild sein. Dass möglicherweise ein Rechtsgespräch zwischen Wissenschaft und Gerichten, wie wir es aus Deutschland kennen, auf europäischer Ebene so nicht möglich ist,¹³⁸ sollte uns nicht davon abhalten, das Gespräch in der Wissenschaft zu verstärken und das Gespräch mit den Gerichten zumindest zu versuchen.

IV. Schluss

Juristen sprechen verschieden, weil sie in verschiedenen Sprachen über verschiedene Gegenstände sprechen, verschieden denken und in verschiedenen Kontexten arbeiten. Ist das eine Fragmentierung? Nicht, wenn mit diesem Begriff die Idee einer vorherigen oder auch nur wünschenswerten Einheit verbunden ist, die leider zerfällt.¹³⁹ Die Unterschiedlichkeit der Diskursräume ist Ausdruck der unterschiedlichen Kulturen und verdient als solche Respekt. Sie macht uns das Leben nicht leicht und muss im interna-

Autoren nach Institutionen statt nach Nationalität aufschlüsselt vgl. *Schepel/Wesseling Legal Community* (Fn. 64), 171 ff.

¹³⁶ Bisläng auf Englisch erschienen *Christopher Geiger/Daniel-Erasmus Khan/Markus Kotzur* (Hrsg.) *European Union Treaties – A Commentary*, 2014; unter deutscher Mitherausgeberschaft *Hermann-Josef Blanke/Stello Mangiameli* (Hrsg.) *The Treaty on European Union (TEU) – A Commentary*, 2013; zur Scharnierfunktion englischsprachiger Veröffentlichungen deutscher Autoren im Unionsrecht auch *Thym Europarechtswissenschaft* (Fn. 2), 686.

¹³⁷ Ausgangspunkt der vielbeachteten Entwicklung dürfte der Kommentar von *Bruno Simma* *The Charter of the United Nations – A Commentary*, 1994 gewesen sein, der inzwischen in zwei Bänden in 3. Aufl. 2012 erschienen ist; bei Oxford University Press besteht inzwischen eine eigene Reihe „Oxford Commentaries on International Law“.

¹³⁸ So *Classen* *Europarecht* (Fn. 33), 95; *Schönberger* „German Approach“ (Fn. 2), 49; in diese Richtung auch *de Witte* *European Union Law* (Fn. 59), 10; anders aber deutlich schon für die Vergangenheit *Thym* *Europarechtswissenschaft* (Fn. 2), 692 ff. („Ein Kennzeichen der Europarechtswissenschaft war und ist die enge Verknüpfung von Wissenschaft und Praxis.“); anders auch *Bouthinon-Dumas/Masson* *Revue juridiques* (Fn. 135), 783 f.; der Möglichkeit positiv gegenüberstehend auch *Armin von Bogdandy* *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht*, *Der Staat* 40 (2001), 3 (41).

¹³⁹ Vgl. zu dieser häufigen Implikation etwa *Christoph Möllers* *Fragmentierung als Demokratieproblem*, in: *Claudio Franzius/Franz Mayer/Jürgen Neyer* (Hrsg.) *Strukturfragen der Europäischen Union – Recht und Politik in der Europäischen Union*, 2010, 150 (150 ff., 156 ff.).

tionalen wie europäischen Rahmen stets berücksichtigt werden, sollte aber weniger als Plage denn als Herausforderung und Bereicherung verstanden werden. Vor allem aber ist die Diversität ubiquitär und trifft alle Juristen aus allen Rechtsordnungen. Sie zwingt uns daher weder, uns an einzelne fremde Diskurse anzupassen, noch unsere Diskurse zu verändern. Wozu sie uns zwingt ist jedoch, den fremden Diskursen stets mit Respekt, möglicherweise auch mit Verständnis zu begegnen, was es uns zugleich erlaubt, denselben Respekt und vielleicht auch dasselbe Verständnis für unseren Diskurs zu erwarten.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht

I. Diversität der Diskurse – Gründe und Hintergründe

(1) Im Kontakt mit fremdem Recht und fremden Juristen scheint der Diskurs nicht selten anderen Regeln zu folgen, die Kommunikation auf einer tieferen Ebene gestört zu sein. Gründe und Hintergründe dieses Phänomens sind vielschichtig:

1. Sprache und materielles Recht

(2) Ein Grund für die Diversität der Diskurse liegt in der Verschiedenheit der (Fremd- oder Fach-)Sprachen, in denen wir sprechen, und der Verschiedenheit der (materiellrechtlichen) Gegenstände, über die wir sprechen. In beiden Fällen liegt das Problem oft weniger im schlichten Nichtverstehen als im Scheinverstehen.

2. Methodik und Interdisziplinarität

(3) Weit unerwarteter, gravierender und störender sind Unterschiede in der Methodik, denn hier sprechen wir verschieden, weil wir sogar verschiedenen denken und vorgehen.

(4) Besonders wirkmächtig und bedeutsam ist dabei der Sonderfall des US-amerikanischen Rechtsdenkens, das dem kontinentaleuropäischen und vor allem auch deutschen Rechtsdenken sehr fremd ist.

(5) Dem US-amerikanischen legal realism geht es im Kern um einen umfassenden Regelskeptizismus, der unter dem Stichwort „formalism“ das ablehnt, wofür gerade auch der deutsche Rechtsdiskurs fast idealtypisch steht. Praktischer Effekt der üblichen akademischen Überzeichnung des Rechtsrealismus ist die weitgehende Bedeutungslosigkeit der US-amerikanischen Rechtswissenschaft für die Praxis.

3. *Der erweiterte Kontext*

(6) *Die Diskurse unterscheiden sich auch, weil wir vor völlig verschiedenen Hintergründen sprechen und arbeiten. Hier lässt sich etwa der Einfluss unterschiedlicher Leitmotive im rechtlichen Diskurs, die Wirkung von unterschiedlichen Tabus und Mythen sowie die Bedeutung implizit unterstellter Lebensumstände sozialer, politischer oder ökonomischer Art unterscheiden.*

II. *Reichweite der Diversität*

1. *Relativität der Fremdartigkeit*

(7) *Die Diskursunterschiede führen nicht zu absoluten, immer klar trennbaren Diskursräumen, sondern zu einem verschachtelten System relativer Fremdartigkeit.*

(8) *Diskursunterschiede hängen erstens vom betrachteten Rechtsgebiet ab; zweitens von den individuellen rechtstheoretischen Grundeinstellungen der einzelnen Juristen, die die Wahrnehmung der Diversität beeinflussen und zu Annäherungen quer zu nationalen Diskursräumen führen können; drittens von der betrachteten juristischen Standesgruppe; viertens im Sinne der Stufen der Verschiedenheit von der jeweils gewählten Vergleichsrechtsordnung.*

2. *Multidiskursive Rechtsordnungen*

(9) *Der Diskurs innerhalb einer Rechtsordnung muss nicht einheitlich sein.*

(10) *Speziell das Unionsrecht ist von verschiedenen, vor allem sprachlich getrennten Diskursräumen geprägt („nationale Unionsrechte“), die jeweils unter starkem Einfluss des je nationalen Rechtsdiskurses stehen und auch inhaltlich von nationalen Sichtweisen mitbestimmt werden.*

(11) *Dennoch weist der unionsrechtliche Diskurs auch eigenständige, hinreichend einheitliche Merkmale auf, die ihn recht klar als Teil der kontinentaleuropäischen Tradition im Sinne einer systematischen, begrifflichen Durchdringung des Rechts und der Suche nach innerer Kohärenz sowie eines regelbasierten Ansatzes erkennen lassen.*

(12) *Die diskursive Fragmentierung des Unionsrechts ist kein bedauernderer Unfall, sondern prägt seinen Charakter.*

(13) *Auch das Völkerrecht weist eine Diskursfragmentierung auf, die aber deutlich schwächer ausgeprägt ist.*

(14) *Das Völkerrecht entzieht sich weit deutlicher als das Unionsrecht einer Zuordnung zu den typischen diskursiven Eigenschaften etwa des kontinentaleuropäischen Rechts oder des common law.*

3. *Entwicklungsrichtungen?*

(15) *Die stetige Verbesserung der Kommunikationsmöglichkeiten und der Verfügbarkeit von Informationen führt nicht zu einer besseren Verständigung und Angleichung, sondern eher dazu, dass die Diskursräume öfter und intensiver aufeinandertreffen, die Divergenzen sich also tatsächlich realisieren und vor allem bemerkt werden.*

(16) *Die seit Jahrzehnten kontrovers diskutierte These von der Konvergenz zwischen common law und kontinentaleuropäischem Recht ist viel zu undifferenziert und unspezifisch, um in allgemeiner Form bejaht oder verneint werden zu können.*

III. *Konsequenzen der Diversität*

1. *Überwindbarkeit*

(17) *Diskursunterschiede setzen der praktischen Funktionsfähigkeit internationaler Zusammenarbeit Grenzen, die gerade auch in scheinbaren Gegenbeispielen deutlich werden. So werden bei allen Leistungen leicht die enormen Schwierigkeiten und Beschränkungen übersehen, mit denen die aus dem Dritten Reich emigrierten deutschen Juristen zu kämpfen hatten. Auch die Zusammenarbeit von Juristen aus verschiedenen Diskursräumen in internationalen Gerichten verläuft keinesfalls spannungsarm; dass sie im Ergebnis funktioniert, liegt an einem Zusammenspiel bestimmter Einzelfaktoren.*

(18) *Der typisch postmoderne Gedanke, dass sich Recht möglicherweise überhaupt nicht übersetzen lässt, ein echtes gegenseitiges Verständnis gar nicht möglich ist, drückt im wesentlichen nur Selbstverständlichkeiten überspitzt aus.*

(19) *Die Diversität der Diskurse sollte weniger als Problem denn als Bereicherung, als Aspekt der kulturellen Vielfalt in Europa und der Welt verstanden werden. Sie kann Stagnation verhindern, aber ebenso das Erreichte bestätigen.*

(20) *Die Diversität ist durch einen kontextuellen Ansatz überwindbar, bei dem durch ein hermeneutisch geprägtes, langsames Sicheinarbeiten nach und nach Atmosphäre, Stil und damit der Diskurs des fremden Rechts erfassbar werden, sich langsam die notwendige Erfahrung und Intuition entwickeln.*

2. Beschränkte Möglichkeiten von Rechtsübertragungen

(21) Die Übertragung von Rechtsnormen und -instituten zwischen Rechtsordnungen wird grundlegend durch den Charakter der jeweiligen Rechtsdiskurse beeinflusst, so dass stets mit Veränderungen des übernommenen Rechts gerechnet werden muss. Das mahnt zur Vorsicht sowohl beim Rechtsexport als auch beim Rechtsimport.

3. Diskursiver Imperialismus

(22) Der Glaube an die Überlegenheit des eigenen Rechtsdiskurses oder der Wunsch nach einem Marktvorteil können auch zu einem diskursiven Imperialismus führen. Im Sinne der rechtskulturellen Vielfalt ist dem der Eigenstand und Eigenwert aller Rechtsdiskurse entgegenzuhalten.

4. Internationalisierung im deutschen Rechtswesen?

(23) Eine Verbesserung des gegenseitigen Verständnisses zwischen den Rechtsordnungen ließe sich in der Ausbildung am besten durch Aufnahme der Rechtsvergleichung als Pflichtfach für höhere Semester erreichen, in deutlich geringerem Maße durch eine stärkere Betonung von Europa- und Völkerrecht oder die Berücksichtigung fremder Ansätze in den dogmatischen Fächern.

(24) Keinesfalls darf eine solche Internationalisierung aber zu Lasten der umfassenden, dogmatischen Ausbildung im deutschen Recht (und im Europarecht) gehen.

(25) Die Förderung von Auslandsaufenthalten ist erheblich sinnvoller als schlichte Ausbildung in Fremdsprachen.

(26) Englisch als Gerichtssprache ist ein für das öffentliche Recht marginaler Gedanke, der Sprache fälschlich als bloßes austauschbares Werkzeug statt als wirklichkeitskonstituierendes Medium ansieht. „Englisch als Rechtssprache“ gefährdet das diskursive Kontinuum des deutschen Rechts.

(27) Die Forderung nach verstärkter Interdisziplinarität aufgrund angeblich fehlender Anschlussfähigkeit geht aus rechtsvergleichender Perspektive fehl, da das deutsche Recht bereits durch interdisziplinäre Öffnung gekennzeichnet ist und Anschlussprobleme in allen Rechtsordnungen der Welt auftreten.

(28) Dieser Forderung nach verstärkter Interdisziplinarität geht es oft gar nicht um eine wirklich weltweite Anschlussfähigkeit, sondern um eine Anpassung an spezifisch US-amerikanische Vorstellungen. Der entsprechende Rechtsdiskurs in den USA aber hat mit seiner Absage an eine spezifisch rechtswissenschaftliche Perspektive und seiner fehlenden Praxis-

nähe selbst wieder ein Anschlussproblem. Das deutsche Recht sollte sein internationales Ansehen und seine dogmatische Denkweise als Markenkern nicht aufgeben.

(29) Die Sichtbarkeit des deutschen Rechtsdiskurses im internationalen Raum sollte nachhaltig ausgebaut werden. Das gilt auch und mit besonderem Nachdruck im Europarecht.

IV. Schluss

(30) Die Unterschiedlichkeit der Diskurse ist Ausdruck unterschiedlicher Kulturen. Sie zwingt uns, fremden Diskursen mit Respekt zu begegnen, und erlaubt gleichzeitig, denselben Respekt auch für unseren Diskurs zu erwarten.

3. Aussprache und Schlussworte

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht

Matthias Jestaedt: Liebe Kolleginnen und Kollegen, darf ich Sie bitten, Platz zu nehmen? Aufgrund der Anzahl der Wortbeitragsmeldungen können wir heute die Redezeit auf vier Minuten anpassen.

Alexander Somek: Ich habe zwei, vielleicht drei Bemerkungen. Die erste an *Stefan Griller*. Eigentlich will ich nur nochmal eins drauflegen. *Stefan*, Du hast sehr vorsichtig, höflich und umsichtig die Möglichkeit des Pluralismus in Frage gestellt und angedeutet, dass im Ernstfall dann doch so etwas wie Dualismus herauskommen müsste. Wenn das Deine These war, muss ich sagen, ich teile Deinen Eindruck. Zwar erzählen Pluralisten wie Daniel Halberstam uns immer wieder, dass es so eine *grammar of justification* gibt, mit der man dann wechselseitig Rücksichtnahme gegeneinander pflegen kann, wenn man auf eine Kollision zugeht. Aber ich glaube, im Ernstfall muss dann entschieden werden, was Vorrang hat, und dann wird es wahrscheinlich die eigene Rechtsordnung sein. Und diesen Ernstfall wollen die Pluralisten immer ausschließen, aber er könnte eintreten, und davor schrecken sie zurück. Das ist nur das Eine. Das Zweite natürlich, Entschuldigung, kraft meiner Biografie fühle ich mich herausgefordert, etwas zur intellektuellen Situation des Rechtsdenkens in den Vereinigten Staaten zu sagen. Erstens: Es ist richtig, dass der amerikanische Rechtsrealismus wichtig ist, um den gegenwärtigen Zustand der amerikanischen Rechtswissenschaft zu erklären. Sie ist aber überhaupt nicht ko-extensiv mit dem amerikanischen Rechtsrealismus. Was sich vom amerikanischen Rechtsrealismus erhalten hat, ist nicht der Regelskeptizismus des Jerome Frank, das würden viele zurückweisen, auch jene, die sich heute als Rechtsrealisten verstehen; sondern die Ablehnung der Begriffsjurisprudenz, übersetzt als *conceptualism*, wie man sie exemplarisch bei Felix Cohen findet. Damit geht ein Grundverdacht einher oder sagen wir eine Perspektive auf die Begründung der juristischen Entscheidung, die immer unterstellt, dass nicht genügend Entscheidungsgründe in ihnen eigentlich aufscheinen. Dass irgendetwas verborgen bleibt, sei es aus pragmatischen Grün-

den – wie Zeitdruck –, sei es, weil etwas verschleiert werden muss. Daher das Bemühen in der amerikanischen Rechtswissenschaft, zunächst einmal eine zureichende soziologische Erklärung für das Entscheidungsverhalten zu finden und zweitens eine gute oder bessere Rechtfertigung. Das erklärt auch, warum die Sozialwissenschaften so wichtig sind in der amerikanischen Rechtswissenschaft; und das erklärt auch, warum die praktische Philosophie und politische Philosophie eine so große Rolle spielen, weil das gesamte Erklärungs- und vor allem Rechtfertigungspotential da nun einmal ausgepackt wird. Dritter Punkt: Es gibt schon einen Botschafter des deutschen Verfassungsrechts in den Vereinigten Staaten. Sein Name ist Russell Miller. Er hat das Buch von Donald Kommers fortgesetzt. Er hat eine unglaubliche Leistung erbracht. Eine unübersetzbare Sprache hat er ins Englische übersetzt, auf eine Art und Weise, dass sie dem englischsprachigen Publikum wirklich zugänglich ist. Ich möchte ihn an dieser Stelle ausdrücklich loben. Was natürlich passiert, wenn diese Übersetzung gelingt, ist, dass aus dem deutschen Verfassungsrecht *case law* wird. Das ist daraus geworden. Ich bin daher ein bisschen skeptisch, was die Möglichkeit betrifft, dass sich die deutsche Kommentarkultur gut mitteilen lässt im angloamerikanischen Kontext. Das wird nicht funktionieren. Aber die Grundgedanken des deutschen Verfassungsrechtsdenkens lassen sich so sehr gut kommunizieren und in die Welt ausbreiten, und Russel Miller, wie gesagt, ist der große Botschafter.

Oliver Lepsius: Ich beziehe mich in erster Linie auf das Referat von Herrn *Kischel*, das mir ganz ausgezeichnet gefallen hat. Das war ein wunderbarer, ausgewogener Bericht in geschliffener Sprache – bis zur Minute 37. Seitdem wundere ich mich über die orthodoxe Wagenburgmentalität, die zum Schluss, wie ich fand, das Referat verdarb. Der Respekt vor der Dogmatik, der eingefordert wurde, trifft nun gar nicht meine Befindlichkeit. Denn die deutsche Rechtswissenschaft wird durch Herrn *Kischel* hier auf einen dogmatischen Zugriff reduziert, den ich so in unserer Rechtswissenschaft nicht sehe. In der Weimarer Republik haben wir keine Dogmatik betrieben und das war sicherlich für das Öffentliche Recht ein Höhepunkt der deutschen Rechtswissenschaft. In den Fünfzigerjahren, als etwa *Ernst Forsthoff* sein Lehrbuch zum Verwaltungsrecht schrieb, hatten wir auch kein dogmatisches Selbstverständnis. Ich glaube, der Begriff fällt in seinem Lehrbuch überhaupt nicht. Und wenn wir fragen, welche Neuerungen die deutsche Rechtswissenschaft so wirklich vorangebracht haben in den letzten 30 Jahren, dann war das die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, also keine genuin dogmatische Leistung, sondern eine kasuistisch-judikative, sowie der Anstoß des Europarechts, also auch nicht gerade das, was wir unter Dogmatik verstehen. Insofern verstehe ich nicht, wie man die deut-

sche Rechtswissenschaft auf Dogmatik reduzieren kann, weil sich damit weder im Vergleich noch in der Geschichte, eine Fortschrittsbeschreibung verbindet. Ich finde, man sollte im Gegenteil die Rechtsvergleichung verwenden, um unser vielleicht etwas verengtes Rechtswissenschaftsverständnis wieder bewusst um jene Elemente zu öffnen, mit denen die deutsche Rechtswissenschaft ihr Ansehen in der Welt erlangt hat. Und das ist zum Beispiel die komparatistische Methode gewesen. Das ist die Öffnung zu den Nachbardisziplinen gewesen, für die ja Weimar immer noch steht. Das ist vielleicht auch eine rechtssoziologische Tradition gewesen, die wir dann im Namen einer Hyperdogmatisierung ab den 1980er-Jahren aufgeben haben. Von daher ist die Strategie, die *Uwe Kischel* empfiehlt, nämlich die deutsche Rechtswissenschaft durch Respekt vor der Dogmatik im komparativen Vergleich zu festigen und zu sichern, genau die falsche Strategie, weil es eine Strategie ist, die uns nicht den Fortschritt im Weltdiskurs sichert und auch nicht die Aufmerksamkeit in Brüssel. Es hilft nichts, dass unsere Rechtswissenschaft in Brasilien und in Ostasien bewundert wird, wenn wir uns in Luxemburg und in Brüssel nicht mehr verständlich machen können. Es hilft nichts, dogmatisch in Brüssel in Schönheit zu sterben. Nun mag man einwenden, wir hätten unterschiedliche Dogmatikverständnisse. Aber ich glaube, was Herr *Kischel* mit Dogmatik meinte, ist insbesondere im Kontrast zum angelsächsischen Recht deutlich geworden, eine Abgrenzung gegenüber dem angelsächsischen Rechtsdenken. Die Selbstbeschreibung des deutschen Dogmatikers erschließt sich aus der Fremdbeschreibung des amerikanischen Rechts. Dazu muss man sagen, Herr *Somek* hat darauf eben schon hingewiesen: Das amerikanische Recht ist in sich sehr viel pluralistischer als wir es wahrscheinlich wahrnehmen. Es gibt nicht *die* amerikanische Rechtswissenschaft und insofern wüsste ich auch nicht, worauf sich sozusagen ein Imperialismusverdacht oder eine Abwehr gegenüber dem amerikanischen Rechtsdenken richten sollte, weil es in sich so viele Zugänge vereint, dass ich nicht verstehe, wer abgewehrt werden soll. Die Aufgaben der Zukunft liegen doch im Folgenden und sie stellen sich in Brüssel und in Luxemburg. Und die Frage ist, ob ein angelsächsisches Vorgehen oder ein dogmatisches mit diesen Umständen besser umgehen kann. Erstens: Gerichte sind Akteure geworden. Die deutsche Dogmatik allerdings ist akteurlos. Zweitens: Die Tatsachen sind viel wichtiger geworden für das Verständnis der Rechtsentwicklung. Die deutsche Dogmatik hat eine strukturelle Schwäche bei der Behandlung von Tatsachen. Drittens: Wir kommen immer mehr in eine Präjudizienrechtskultur und darauf sind wir als deutsche Dogmatiker einfach methodologisch nicht vorbereitet. Ich muss nicht erläutern, dass in all diesen drei Punkten das angelsächsische Rechtsdenken – wie immer man es beurteilen kann – überlegen ist. Insofern sollten wir uns stärker öffnen und nicht auf

dem Respekt vor deutschen Dogmatiken bestehen, denn das ist nicht der Zukunftsweg.

Ute Sacksofsky: Auch ich bedanke mich sehr für die beiden Vorträge. Meine Bemerkungen stoßen in vielem ins gleiche Horn wie die meiner Vordrner, an die ich daher gut anschließen und einen Punkt deutlich kürzer als geplant halten kann. Die US-amerikanische Rechtsordnung scheint mir von Dir, *Uwe*, in einer Weise dargestellt, die ich nicht teile; Herr *Somek* hat die Kritik daran sehr treffend dargestellt. Daher insoweit nur noch eine ergänzende Bemerkung: Das deutsche Gegenmodell zum US-amerikanischen, welches Du so beschrieben hast, dass sich deutsche Gerichte in permanentem Gespräch mit den Professoren des Rechts befinden, kommt wesentlich dadurch zustande, dass eine ganze Reihe deutscher Professorinnen und Professoren Mitglieder von Gerichten, also selbst richterlich tätig sind. Ob die Rechtswissenschaft sonst so intensiv von der Praxis zur Kenntnis genommen würde, wie Du behauptest, bezweifle ich. Und umgekehrt möchte ich im Hinblick auf die USA daran erinnern, dass es auch in den USA, gerade im Verfassungsrecht, viele Professoren gibt, die als Prozessvertreter auftreten, und dadurch durchaus ins Gespräch mit den Gerichten treten. Ich hege also erhebliche Zweifel an Deiner Zustandsbeschreibung und verzichte darauf, Deine Darstellung des Diskurses in der Rechtswissenschaft in den USA weiter kritisch zu hinterfragen. Einen grundlegenden Einwand möchte ich jedoch im Hinblick auf die Art des Sprechens über Rechtsdiskurse erheben: Du sprichst immer von *dem* französischen Diskurs, *dem* deutschen Diskurs, *dem* amerikanischen Diskurs. Offen gestanden: das schaudert mich geradezu, weil es impliziert, dass es einen einheitlichen Diskurs gibt. Heute Nachmittag werden wir ja vielleicht ein bisschen was dazu hören, dass diese Diskurse gerade nicht monolithisch sind. Problematisch an einer solchermaßen vereinfachenden Darstellung ist, dass man Diskussionen innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung nicht wahrnimmt; Gegenstimmen, Stimmen von Minderheiten werden marginalisiert. Parallele Phänomene finden wir manchmal, wenn unsere Nachbardisziplinen schlechte Interdisziplinarität betreiben und sich einen Rechtswissenschaftler, z.B. *Böckenförde*, heraussuchen und dann Rechtswissenschaft darüber definieren, wie *Böckenförde* sie versteht. Damit können sie dann affirmativ oder kritisch umgehen, aber das Grundproblem bleibt, dass die Rechtswissenschaft nur aus einer Perspektive wahrgenommen wird. Dies ist zu kurz gegriffen. Denn das Herausgreifen eines Teils des Diskurses als einzig relevant bringt Hierarchisierung und Kanonisierung mit sich. Dann muss man nämlich entscheiden: Wer ist eigentlich der deutsche Diskurs? Und das finde ich problematisch; immerhin bringen wir den Studierenden auch bei, an der h.M. zu zweifeln. Schließlich mein letzter Punkt: zu Deinen Thesen (27) und (28)

zur Frage der Rolle der Interdisziplinarität. Dein Zurückweisen von „mehr Interdisziplinarität“ kann man in zwei Weisen verstehen: Man kann es lesen, wie es in These (28) klingt. Da wird jedoch ein Feindbild aufgebaut, welches meines Erachtens ein Popanz ist. Keiner tritt für mehr Interdisziplinarität mit dem Ziel ein, Anschlussfähigkeit an die USA herzustellen; die Abwehr einer solchen Position ist daher überflüssig. Dann aber bleibt die Frage: warum dieses Hervorheben von weniger Interdisziplinarität? Mir scheint dies nicht der Weg der Zukunft. Was ich daran schade finde, ist – *Oliver Lepsius* hat es Wagenburgmentalität genannt – die Botschaft Deines Vortrages: Lasst uns so weitermachen wie bisher; allenfalls die Studierenden wollen wir mit mehr Internationalität vertraut machen. Das kann nicht überzeugen. Viele werden vermutlich zustimmen, dass das Potential des deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurses international nicht hinreichend vertreten ist. Die Antwort auf dieses Problem kann aber doch nicht sein: Wir fordern Respekt von den anderen ein. Im Gegenteil muss die Frage doch lauten: Was können wir tun? Klar: Mehr auf Englisch oder in anderen Sprachen zu publizieren, mag hilfreich sein, aber ob es ausreicht, bezweifle ich doch sehr. Insgesamt also: Den Anfang des Vortrags fand ich großartig, insofern kann ich mich *Oliver* anschließen, aber die Konsequenzen am Schluss kann ich nicht teilen.

Tonio Klein: Mit ein paar Anmerkungen zum hervorragenden Referat von Ihnen, Herr *Griller*, möchte ich beginnen. Alle Rechtswissenschaft ist auf die Erkenntnis der Gerechtigkeit gerichtet. Mit diesem Zitat vom Kollegen *Jörn Ipsen* möchte ich versuchen, ein paar Entgegensetzungen, insbesondere ausgehend vom Rechtsbegriff in These 3, ein bisschen die Schärfe zu nehmen. Auch Positivisten sehen die Gesetzesbefolgung nicht als Selbstzweck, sondern als Postulat der Gerechtigkeit. Das ist keine Alternative, das ist ein Oberbegriff. Um welche Gerechtigkeit geht es? Diese Debatte gibt es ja nicht nur auf der internationalen, sondern auch auf der nationalen Ebene, z.B. der Abschuss einer Passagiermaschine, die für einen Terroranschlag missbraucht werden soll. In der aus Theater und Fernsehen bekannten Adaption des Falles von Ferdinand von Schirach wirft die Staatsanwältin dem angeklagten Schützen vor – ich kann das nicht ganz so schneidig wie Martina Gedeck –: „Sie haben entschieden.“ Und genau darum geht es bei der Gerechtigkeit des Positivismus. Gerech ist, mangels objektiver Bestimmbarkeit, was bestmöglich legitimierte Institutionen und eben nicht einzelne Akteure dafür halten. Von daher ist ein anderes Zitat aus diesem Film falsch. Die Staatsanwältin sagt auch: Recht und Moral seien strikt voneinander zu unterscheiden. Nein, da hat sie Unrecht. Die positivistische ist auch eine moralische Position. Von daher sind die Ebenen der Diskurse und die Unterschiede der Rechtsbegriffe ein bisschen zu nivellieren, wenn

auch nicht vollständig anzugleichen. Auf nationaler Ebene sind wir vielleicht im Legitimationsgrad der Entscheider der völkerrechtlichen Ebene ein bisschen voraus. Der Armenienresolution des Bundestages vertraue ich beispielsweise mehr als einer israelkritischen Resolution oder Erklärung des UN-Menschenrechtsrates, dessen Zusammensetzung und tendenziöse Ausrichtung in dieser Hinsicht ja bekannt ist, oder jedenfalls nach meinem Ermessen nicht ganz geleugnet werden kann. Die Unterschiede der Ebenen sind damit nur graduell. Und hinzukommt, dass auch auf der nationalen Ebene die normative Kraft des Faktischen vielfach diskutiert wird. Denken wir an den Begriff der Ehe. Denken wir im genannten Flugzeugabschussfall an den gerade „übergesetzlich“ genannten Notstand. Denken wir an die gestern schon angesprochene Frage nach der Grenzöffnung im Herbst 2015 – Herrschaft des Rechts oder Herrschaft des Unrechts? Denken wir auf der EU-Ebene an die *no bail out*-Klausel und den teilweise „Uminterpretation“ oder „Weginterpretation“ genannten Umgang hiermit. Ich möchte beileibe nicht die Unterschiede und die Fragmentierungsgefahren einebnen, möchte dem aber dann doch ein wenig die Schärfe nehmen. Die Ebenen einerseits und die Rechtsbegriffe andererseits haben meines Erachtens etwas mehr Gemeinsamkeiten als es in Ihrem Referat, Herr *Griller*, angeklungen ist.

Karsten Nowrot: Zunächst einmal auch von meiner Seite herzlichen Dank für die beiden wirklich vortrefflichen Referate. Meine Frage bzw. wohl eher fragende Bemerkung richtet sich an Herrn *Griller*. Lieber Herr *Griller*, Sie haben zum einen zu Recht die strukturellen Unterschiede zwischen dem Völkerrecht einerseits und dem innerstaatlichen Recht andererseits hervorgehoben, welche sich im Prinzip wohl auch nicht bestreiten lassen. Zum anderen haben Sie – wohl ebenfalls im Grundsatz vollkommen zu Recht – herausgestellt, dass die Diskurse über Fragmentierung in der Rechtswissenschaft gerade auch bezogen auf das Völkerrecht primär charakterisiert sind durch das Bemühen, Fragmentierungen zu vermeiden, abzuschaffen, auszublenken bzw. zu überwinden. Gleichwohl halte ich es jedoch für hervorhebenswert, dass dies nicht die einzig mögliche oder auch nur einzig vertretbare Diskursausrichtung oder Diskursperspektive zur Fragmentierung im Völkerrecht bildet. Den Begriff der Fragmentierung kann man nämlich – selbst wenn er, wie wir ja gestern schon gehört haben, eher negativ besetzt ist – durchaus auch positiv wahrnehmen, wenn man ihn aus einer inhaltsbezogenen Perspektive als einen Prozess ansieht – und das führt dann meine beiden eingehenden Bemerkungen zusammen – der zu einer Angleichung des Völkerrechts an das innerstaatliche Recht führt. Um nur drei Beispiele zu nennen: Erstens, die Ausweitung der Regelungsbereiche bzw. der Politikfelder, für die das Völkerrecht zumindest mitbestimmend

ist. Zweitens, die mit dieser Entwicklung einhergehende Ausdifferenzierung der Treffräume – so hatten wir das gestern, glaube ich, genannt – oder Diskursräume durch Spezialisierung innerhalb der Völkerrechtslehre. Drittens, die Zunahme und Ausdifferenzierung gerichtlicher sowie gerichtsähnlicher Institutionen im Völkerrecht. Das sind ja alles Erscheinungen, die als Fragmentierungsphänomene wahrgenommen werden bzw. werden können. Zusammengenommen lassen sie jedoch auch die Deutung zu, dass sich hier das Völkerrecht bezogen auf seine Ordnungsstrukturen und seine Diskursstrukturen in gewissem Umfang an das innerstaatliche Recht angleicht. Und diese Annäherung wird ja aus völkerrechtlicher Perspektive durchaus auch von vielen begrüßt. Dies lässt sich schon auf einer sehr grundsätzlichen Ebene erklären, weil man dadurch eben dem auch in Ihrem Referat angeklungenen, uralten und lästigen sowie gerade für Rechtswissenschaftler natürlich auch etwas decouragierenden Vorwurf entgeht, dass man sich, wenn man sich mit Völkerrecht beschäftigt, eigentlich gar nicht mit Recht befasst. Und wenn man die Fragmentierung aus dieser Perspektive im Sinne einer „Fragmentierung als Fortschritt“ oder eines „Fortschritts durch Fragmentierung“ betrachtet, dann muss man sich natürlich immer noch den methodischen Herausforderungen im Umgang mit diesen Fragmentierungsphänomenen im Völkerrecht stellen, die Sie ja auch angesprochen haben. Aber diese Herausforderungen werden vielleicht – und ich lasse mal ganz bewusst offen, ob ich diese Sichtweise auch teile oder nicht – in ihrer Bedeutung etwas relativiert. Denn der Betrachtungsansatz „Fragmentierung als Fortschritt“ führt dann ja dazu, dass die Fragmentierungsphänomene nicht primär als zu überwindende Krisenerscheinungen wahrgenommen werden, sondern eher als Bestandteil der sogenannten großen Fortschritts-erzählung, die die Völkerrechtswissenschaft in zentraler Weise prägt. Dies wäre dann doch zweifelsohne eine gänzlich andere Perspektive auf diese Fragmentierungsprozesse auf internationaler Ebene.

Franz Mayer: Danke an die Referenten, insbesondere an *Uwe Kischel*, weil ich meine, dass er gezeigt hat, dass die Rechtsvergleichung zu wichtig ist, um sie den Zivilrechtlern zu überlassen. Da würde ich – anders als der Kollege *Lepsius* – auch nicht bei Minute 37 innehalten. Zu der Frage, welche Fragmentierungsphänomene für das Europarecht und das europäische Verfassungsrecht von besonderem Interesse sind, habe ich doch meine Zweifel, ob die Theorienstreitigkeiten rund um den Monismus, den Dualismus, die Verfassungspluralisten und den Verfassungsverbund hier im Vordergrund stehen sollten. Meine Sicht dazu habe ich im 75. Band niedergelegt, und dass wir hier zum Teil von intellektuellen Zombies sprechen, dazu stehe ich nach wie vor. Aus Sicht des Europarechts und des europäischen Verfassungsrechts ist aus meiner Sicht viel wichtiger, die Diversi-

tät der Europarechtsdiskurse in den Blick zu nehmen – *Uwe Kischel* hat das angesprochen als Diversität der Unionsrechtsdiskurse. Wir haben in Deutschland einen anderen Europarechtsdiskurs als in Frankreich und in Großbritannien und in Dänemark und in Polen usw. Ich meine allerdings, *Uwe*, diese Diversität ist doch noch immer viel verdeckter, als Du uns das präsentiert hast. Wenn man in Deutschland die Rechtssachen Viking Laval und Åkerberg Fransson – Du hast sie erwähnt – mit einer enormen Energie diskutiert, übrigens im Ausgangspunkt gar keine deutschen Fälle, steht, glaube ich, bis heute vielen gar nicht vor Augen, dass diese Urteile anderswo in Europa überhaupt keine große Sache waren. Andersherum: Das EuGH-Urteil in der Rechtssache Melloni ist in Deutschland kaum zur Kenntnis genommen worden. Es lassen sich weitere zahlreiche Beispiele zu der These nennen, die Du formuliert hast. Nun, warum ist das so divers? Es hat etwas zu tun mit den unterschiedlichen Rechtskulturen. Es liegt also nicht nur an den verschiedenen Sprachen, auch das ist bereits gesagt worden. Wir haben jedenfalls auch in Europa offenbar enorme Unterschiede, die nebeneinander bestehen. Ist das ein Problem? Ist das zu überwinden? Auch das sehe ich wie *Uwe Kischel*. Es geht nicht um etwas, das überwunden werden muss, sondern um eine Gegebenheit, die man anzunehmen hat und mit der man eben umgehen muss. Man muss diese Widersprüche aushalten. Das bedeutet auch: Man muss wissen, dass etwas Unübersetzbares bleibt. In diesem Sinne hat der französische Staatspräsident Macron gerade in seiner Europarede letzte Woche von *intraduisibles*, von „Unübersetzbarkeiten“ gesprochen. Er hat das in den Kontext einer Daueraufgabe gestellt, die nie zu Ende ist, und die an den Mythos des Sisyphos erinnert. Man kann demnach versuchen, sich auch Rechtsvergleicher als glückliche Menschen vorzustellen. Was Macron in seiner Rede auch gesagt hat und was ich auch in unserem Kontext wichtig finde, ist, dass wenn man etwas Gemeinsames, wie etwa eine Rechtsgemeinschaft, bauen will, gerade angesichts dieser unauflösbaren Differenz eine Grundvoraussetzung bestehen muss: gegenseitiges Vertrauen. Was die Rolle Deutschlands angeht, so muss man in Deutschland besser verstehen, dass man als größter Mitgliedsstaat immer unter Hegemonialverdacht steht. Und das führt mich zu einem Gesichtspunkt, den ich als Frage an *Uwe Kischel* formulieren möchte: Müssen wir nicht doch deutlicher in den Vordergrund rücken, dass es hier vor allem auch um Sensibilität gegenüber diesen Unterschieden geht? Wenn es denn zutrifft, dass Bild von der Wagenburg – da bin ich mir nicht so sicher –, muss es nicht zumindest eine sehr offene Wagenburg sein? Dazu möchte ich als Beispiel den Topos der nationalen Identität, der nationalen Verfassungsidemität nennen, der ja im europäischen Verfassungsrecht seit einiger Zeit eine wichtige Rolle spielt und dort gut etabliert ist. Diese Entwicklung sehe ich im Grundsatz auch durchaus positiv. Zugleich muss man

sich darüber im Klaren sein, dass man woanders – man denke an Spanien, man denke an Katalonien – möglicherweise Entwicklungen von enormer Tragweite auslöst, wenn man so etwas wie nationale Identität als Verfassungsthema derart in den Vordergrund rückt, wie wir das getan haben.

Matthias Mahlmann: Vielen Dank auch von mir für die Referate. Ich habe drei Anmerkungen. Eine allgemeine vorneweg zur Idee der Fragmentierung: Ich frage mich, was eigentlich der Bezugspunkt der Fragmentierungsdebatte ist? Dahinter steht ja manchmal die Idee, dass diese Fragmentierung zugenommen hätte. Wenn wir jetzt in die Historie blicken und, sagen wir mal, 60, 70 Jahre zurück, gab es eine Fragmentierung, die sich z.B. auch darauf erstreckte, dass die Europäische Menschenrechtskonvention auf Kolonien nicht anwendbar war – also eine fundamentale Fragmentierung, die sich auch auf solche wichtigen Grundrechte bezog. Und ich frage mich deswegen, ob nicht jedenfalls die These, dass da etwas zugenommen habe, sich auf eine imaginierte, vergangene Welt der Rechtseinheit bezieht, die nie bestand. Und das könnte helfen unsere ganze Diskussion in eine bestimmte Perspektive zu rücken. Die zweite Frage bezieht sich auf das interessante Referat von Herrn *Griller* und den Rechtsbegriff. Sie hatten dargestellt, dass es eine Tendenz gäbe, überrechtliche Prinzipien dem gesetzten Recht vorzuziehen und, dass Positivisten auf den Buchstaben des Gesetzes pochten. Aus meiner Sicht ist die Diskussion um den Rechtsbegriff anders gelagert. Die Frage ist: Wie verstehen wir, was der Buchstabe des Gesetzes eigentlich bedeutet? Und es gibt, glaube ich, eine weitverbreitete Wahrnehmung, dass man diese Frage nicht dadurch beantworten kann, dass man auf den Buchstaben des Gesetzes starrt, sondern indem man auf Hintergrundannahmen, auch theoretische Hintergrundannahmen rekurriert. Und Ihr Beispiel des *targeted killings* scheint mir das sehr deutlich zu illustrieren. Die Entwicklung, die dort existiert und die Sie, so habe ich es verstanden, beklagt haben und mit Recht beklagt haben, wird man nicht dadurch bekämpfen, dass man auf Buchstaben von Gesetzen blickt, sondern dadurch, dass man klärt, wie die bestehenden Normen mit einem bestimmten theoretischen Hintergrundapparat, unter anderem grundrechtstheoretischen Grundrechtsapparat, bearbeitet werden können, z.B. zur Bedeutung des Tötungsverbotes. Sie haben gesagt, in der Türkei sei jetzt ein Problem, dass Meinungsfreiheit aufgrund eines anderen Sprachgebrauchs der Meinungsfreiheit eingeschränkt werde. Ich glaube, es ist kein Problem der türkischen Sprache, das wir da erleben. Es ist das Problem eines autoritären Regimes, das das tut, was autoritäre Regime machen, nämlich Meinungsfreiheit zu beschränken. Und auch hier ist die Antwort der Rückgriff auf solche Hintergrundannahmen, genauer grundrechtstheoretische Annahmen, die aus meiner Sicht der eigentliche

Kern der Sache sind. Die dritte Bemerkung richtet sich an Herrn *Kischel*. Ich möchte ein kleines konkretes Beispiel aus dem amerikanischen Verfassungsrecht nennen. Ich gehöre auch zu den Leuten, die sich nur sehr wenig in Ihrer Beschreibung wiedergefunden haben. Ich kann auch nicht wahrnehmen, dass in den Law Schools, an denen ich schon Teile meines Lebens verbracht habe, eine längere Zeit irgendwie der Rechtsrealismus die herrschende Doktrin gewesen sei. Dort finden Sie alles Mögliche, von Verhaltensökonomie bis zu Tugendjurisprudenz, aber aus meiner Sicht relativ wenig Rechtsrealismus in der Form, in der er einmal formuliert wurde. Ein konkretes Beispiel, das mir einfällt, ist die Auseinandersetzung um *emolument*. Die entsprechenden Klagen – vier Stück gibt es – drehen sich um die *emoluments clause*, die in der amerikanischen Verfassung verankert ist, also um das Verbot von Vorteilsannahmen. Und da gibt es die Frage, was heißt *emolument*? Riesige, historische Analysen auf höchstem Niveau, eine Methodendiskussion um *originalism* und die Frage, ob vielleicht eine teleologische Auslegung im Verhältnis zu einer Wortlautinterpretation wichtiger ist, prägen diese Debatte – und dabei geht es um das große Thema der amerikanischen Präsidentschaft! Und wenn Sie sich eine solche Diskussion anschauen, dann ist das, wenn ich das sagen darf, mindestens auf so hohem rechtswissenschaftlichen Niveau wie irgendwo sonst auf der Welt. Das führt aus meiner Sicht zu einer wichtigen Erkenntnis: Sie haben sich, Herr *Kischel*, auf postmoderne Sprachtheorie bezogen. Ich glaube, in der Welt gibt es sehr viele Leute, die der Meinung sind, dass diese postmoderne Sprachtheorie keine große Lebendigkeit ausstrahlt. Und dahinter steht die Annahme, dass es eben so etwas wie ein geteiltes Sprachvermögen gibt. Und es liegen dafür viele Theorieangebote vor, die das auch reflektieren. Meine These oder meine Frage ist dann: Geht es bei diesen Diskussionen nicht um die Gefahr, eine sozusagen kultur- und sprachessentialistische Verdeckung der eigentlichen normativen und eben auch politischen Fragen zu betreiben? Also: Geht es nicht um diese themen- und grundsatzbezogenen Analysen? Und wenn das so ist, würde mich interessieren: Ist das eine Gegenthese zu Ihrem Referat oder vielleicht kompatibel mit ihren Überlegungen?

Markus Kotzur: Erlauben Sie eine doppelte Nachfrage an die beiden sehr inspirierenden Referate. Insbesondere Herr *Kischel* hat den Zusammenhang zwischen der Diversität des Befassungsgegenstandes und der Diversität der Diskurse über den Befassungsgegenstand differenziert ausgearbeitet und anschaulich gemacht. Es bestehen da sicherlich wichtige Interdependenzen, aber ich glaube, es bestehen keine Kongruenzen. Denn die Metaebene der Betrachtung von etwas mag ganz andere Diversitäten aufweisen. Man kann sehr unterschiedliche Gegenstände aus ein und derselben gemeinsa-

men Perspektive betrachten und umgekehrt ein und denselben Gegenstand aus sehr unterschiedlichen Perspektiven. Und daher meine Frage an beide Referenten: Ist Ihnen bei Ihrer Recherche zum heutigen Thema gerade hier auch unter Umständen eine Fragmentierung aufgefallen? Gibt es unterschiedliche Perspektiven, so dass die Diversität des Befassungsgegenstandes nicht unbedingt durch die gleichen Diversitäten der Diskurse reflektiert würde? Daran schließt sich meine zweite Frage an. Herr *Lepsius* hat es schon angedeutet: Diskurse werden von Akteuren geführt. Akteure, die Diskurse anregen, adressieren ein bestimmtes Publikum. Sie verfolgen bestimmte strategische Ziele und ich glaube, das ist für unsere Diskussion von großer Bedeutung. Wenn wir ins Völkerrecht schauen: Diejenigen, die den Völkerrechtskonstitutionalismus betreiben, diejenigen, die mit einem *critical legal studies*-Ansatz an das Völkerrecht herangehen, diejenigen, die aus der Perspektive der *postcolonial studies* auf völkerrechtliche Fragen blicken, tun das nicht nur mit einem theoretischen Anspruch und aus innerer Überzeugung, sondern durchaus mit strategischer Zielsetzung. Sie lassen sich ein in einen Wettbewerb um Gestaltungsmacht. Sie wollen Einfluss gewinnen. Sie wollen auch ein Stückchen weit internationale Diskursforen beherrschen. Und hier meine Frage: Ich fände es sehr interessant zu erforschen – vielleicht ist das allerdings mit dem Handwerkszeug des Juristen gar nicht festzustellen – ob die Diskursakteure auf völkerrechtlicher, auf europarechtlicher, auf nationalrechtlicher Ebene unterschiedliche Strategien verfolgen und vor allen Dingen, wie es mit jenen Diskursakteuren aussieht, deren Rollenprofile verschwimmen, weil sie sowohl Richterinnen/Richter an einem höchsten Gericht sind, weil sie akademisch ausgebildete Juristinnen/Juristen mit einer Professur sind, weil sie vielleicht in anderen, praktischen Wirkungszusammenhängen schon aktiv waren. Das ist sicherlich eine überkomplexe Fragestellung, aber diese Akteursperspektive erscheint mir für den Diskurszusammenhang des heutigen Vormittags insgesamt sehr wichtig gewesen zu sein.

Georg Ress: Zunächst möchte ich Herrn *Griller* in Anknüpfung an unseren gemeinsamen Freund *Heinz Peter Rill* für die methodische Darstellung, die er hier geboten hat, danken.

Ich teile erstens seine Auffassung, dass das Völkerrecht ein beständiger Prozess der Erzeugung und der Normkonkretisierung ist, der sich in Repressionen, Repressalien, Sanktionen usw. auch auf der Durchsetzungsebene vollzieht. Anders können wir das allgemeine Völkergewohnheitsrecht gar nicht begreifen. Und wenn Sie auf das Gewohnheitsrecht rekurrieren haben, so haben wir durch die Praxisanknüpfung eine methodische Pluralität, denn Praxis lässt sich oft nur mit sozialwissenschaftlichen Methoden feststellen. Da fehlt uns normativ schlicht der Anknüpfungs-

punkt. Insofern ist das Völkerrecht von vorneherein an eine gewisse inhärente Fragmentierung angebunden. Ich erinnere mich sehr wohl daran, dass in meinen 25 Jahren als Rechtsberater aller Bundesregierungen auf dem Gebiet des Völkerrechts häufig Erklärungen der Bundesregierung bzw. des Außenministeriums zu Veränderungen des Völkerrechts geführt haben. Etwa im Hinblick auf die Frage, ob bei dem Transport von Atommüll nach wie vor an den Flaggenstaat oder an den Verursacher des Atommülls, also das Verursachungsprinzip, angeknüpft werden sollte. Die Erklärung der Bundesregierung in dieser Hinsicht hat eine eindeutige Rechtsveränderung unmittelbar im Konsens mit den betroffenen Staaten verursacht.

Zweitens haben Sie mit Recht auf die *self contained regimes* hingewiesen. Ein großes Gefahrenpotential, würde ich sagen, unter dem Gesichtspunkt der Fragmentierung im Rahmen des Völkerrechts. Wie weit ist es zulässig, dass sich Rechtsregime isolieren, wie weit etwa die EMRK als eigenständiges Rechtsregime in Bezug auf das Völkerrecht? Ich habe immer Zweifel gehabt, ob der Art. 6 EMRK mit dem Anspruch auf den Zugang zum Gericht und zum fairen Verfahren die völkerrechtliche Immunität als Rechtssatz nicht viel weiter überrollen müsste, als er im Völkerrecht im Übrigen sonst praktiziert wird. Hier stellt sich die Frage, wieweit ist dieses Regime als *self contained regime* ausgestattet? Und wie weit ist es zulässig, und das ist natürlich eine Interpretationsfrage, hier eine Selbstisolierung eines Vertragsregimes anzunehmen? Eine nicht unerhebliche Gefahr, zu der *Bruno Simma* seinerzeit sehr treffende Ausführungen gemacht hat.

Mein dritter Punkt betrifft Ihre klugen Bemerkungen zur Sprache. Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen, sagte Wittgenstein. Und das betrifft auch solche Begriffe wie Vorrang, Übertragung von Hoheitsrechten, *ultra vires*. Die *ultra vires*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat auf die ganze völkerrechtliche *ultra vires*-Lehre bei internationalen Organisationen – und bei der EG/EU geht es um eine internationale, regionale Organisation – überhaupt nicht Bezug genommen. Die erste Frage wäre doch, wann ist ein solcher Akt völkerrechtlich *ultra vires*? Und nicht: wann ist ein solcher Akt nach nationalem Verfassungsrecht *ultra vires*? Das ist der zweite Schritt, der Anpassungsschritt hinterher. Hier ist die Fragmentierung alleine in der Begründung des Bundesverfassungsgerichts vorgezeichnet durch Verkennung gegenüber dem Völkerrecht.

Mein vierter Punkt betrifft die Rechtsvergleichung als Methode. Die Rechtsvergleichung ist ein normativ notwendiges Element zur Beantwortung der Frage, ob ein allgemeines Rechtsprinzip vorliegt. Sie ist Teil des Rechtsfindungsprozesses. Der Straßburger Gerichtshof verwendet die Rechtsvergleichung als Methode auch bei der Frage, ob und wann eine Rechtsver-

letzung vorliegt. Das ist meiner Ansicht nach ein wertvoller, auf der Subsidiarität des ganzen Rechtssystems beruhender methodischer Anknüpfungspunkt.

Zum Schluss noch eine Bemerkung zu Herrn *Kischel* und seiner sehr treffenden Bemerkung über die Beratungspraxis in internationalen Gerichten und zur Frage, wie weit eine solche international orientierte Zusammensetzung von Gerichten sinnvoll ist. Ich saß über viele Jahre einer der vier Kammern des Straßburger Gerichtshofs als Präsident vor und habe erlebt, wie der Austausch unter den Kollegen im Hinblick auf die unterschiedlichsten Rechtsordnungen auf der Höhe eines gewissen Ausbildungsniveaus verlief. Das war im Grunde völlig harmonisch, von Respekt und dem Versuch des Einsteigens in die andere Rechtsordnung geprägt. Und ich kann nur sagen: Eine Kammer von über zehn Richtern hat auf diese Weise hervorragend funktioniert.

Paul Kirchhof: Wir haben zu danken für zwei brillante Referate, die uns gezeigt haben, dass diese Welt höchst unterschiedliche Kulturen hat, dass das Recht in diesen unterschiedlichen Kulturen wurzelt und dass die Vielfalt der Kulturen ein Wert ist, der nicht – auch nicht durch das Völkerrecht – eingeebnet werden darf. Meine Frage zielt auf die Bedeutung des Völkerrechts für den Rechtsbetroffenen. Der Beamte und der Richter, der Unternehmer und der Anwalt haben die Aufgabe, das Völkerrecht, auch das Europarecht in der jeweiligen Rechtsordnung zur Wirkung zu bringen. In diesem Auftrag sind die Diskurse Meinungen, die überzeugen wollen. Der Betroffene aber fragt, was ist mein Recht, was ist meine Pflicht? Deshalb müssen wir dringend über die Rechtsquellen, über die Gesetze sprechen. Nur dann können wir das, was heute so eindrucksvoll gesagt worden ist, in die Wirklichkeit der Rechtsverbindlichkeiten hineinragen. Ich möchte das an den drei Unterscheidungen, Fragmentierungsgründen von Herrn *Griller* verdeutlichen:

1. Das Recht auf Rädern. Selbstverständlich bewegt sich das Recht mit der tatsächlichen Entwicklung. Dieses zeigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum NATO-Statut in besonderer Deutlichkeit. Die NATO ist beauftragt, Gebiete der Mitgliedstaaten zu verteidigen. Doch zunehmend macht sie sich auf den Weg zur „Weltpolizei“ unter der Mitverantwortlichkeit der Vereinten Nationen. Wenn die Anfragen an das Recht sich ändern, gibt das Recht auch neue Antworten in der Gebundenheit an alte Prinzipien. Das Bundesverfassungsgericht hat sich aber sehr bemüht, die Entscheidungskompetenz des Bundestages zu stärken, die Rationalität des Sprachlichen, des englischsprachigen Textes und die Verlässlichkeit des Urkundlichen hervorzuheben. Die Entwicklung eines Rechts auf Rädern ist in diesen Bahnen zu halten.

2. Die Offenheit der mitgliedstaatlichen Ordnung für Kooperation oder Unterwerfung. Auch hier müssen wir die Rechtsinstrumentarien, die wir haben, deutlicher zur Wirkung bringen. Das nationale Recht öffnet sich für das Völkerrecht und für das Europarecht, setzt aber voraus, dass das fremde Recht durch einen parlamentarischen Rechtsanwendungsbefehl in die eigene Rechtsordnung eingefügt wird. Ein einprägsames Beispiel bieten die Doppelbesteuerungsabkommen, ein Teil des Völkerrechts, der täglich in Massenverfahren angewandt wird. Beide Vertragspartner sind genau unterrichtet über die Rechtsordnung des jeweils anderen Staates. Ihre Vereinbarung gilt der Vermeidung von Doppelbelastungen oder Belastungslücken durch das Zusammenwirken der beiden Rechtsordnungen. Hier gilt das vertraglich Vereinbarte, der Konsenswille. Aber diese DBAs orientieren sich in der Regel an einem OECD-Musterabkommen. Dieses enthält Empfehlungen, völkerrechtliche Orientierungen, die den Vertragspartnern nahelegen, ihre konkreten Vereinbarungen an weltweit empfohlenen Maßstäben auszurichten und dadurch ein Steuerrecht der Weltgemeinschaft mitzugestalten. Das könnte ein Modell sein. Es bleibt aber bei der alleinigen Kompetenz und Verantwortlichkeit des nationalen Gesetzgebers, über die Geltung dieser Vereinbarung in seinem Staat zu entscheiden. Die Schwierigkeit dieses Auftrags zeigt das deutsche Erbschaftsteuerrecht, das wir schon kaum verstehen. Wenn jetzt noch ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Modifikationen dieses Rechts hinzuträte, darf der Bürger erwarten, dass der Gesetzgeber nationales Recht und Völkerrecht aufeinander abstimmt.

3. Die Methode. Jede Norm hat Antwortcharakter. Sie reagiert auf neue Anfragen an das Recht. Die Garantie der Berufsfreiheit ist für den Neckarfähmann eine andere als für die Mondfahrer. Aber diese Antworten suchen dem Betroffenen in seiner neuen Situation gerecht zu werden. Wenn hingegen das Europarecht eine „finale“ Auslegungsmethode entwickelt, unterscheidet sich diese von der teleologischen, die dem Gesetzesadressaten eine Auslegung nach Sinn und Zweck empfiehlt. Die finale Auslegung unterstützt den Auslegungsbefugten nicht durch eine Rechtserkenntnismethode, sondern sucht vorgegebene Kompetenzen und garantierte Grundrechtsgewährleistungen zu überwinden. Sie ist ein Instrument zur Zerstörung des Rechts. Ein großes Ziel soll die Kraft haben, die Zuständigkeit dessen, der für seinen Themenkreis die Ziele bestimmt und rechtfertigt, zu überwinden und ihm fremdbestimmte Ziele vorzugeben. Auch die Rechte des Betroffenen werden im Dienst der großen Ziele vernachlässigt. Das ist eine Methode, die uns um 200 Jahre zurückwirft. Der Zweck heiligt nicht die Mittel. Diesen schlichten Rechtssatz müssen wir in Erinnerung rufen, um deutlich zu machen, was wir gegenwärtig riskieren.

Johannes Saurer: Ich beziehe mich auf das Referat von Herrn *Kischel*, das ja mit einem Modell eher abgegrenzter Diskursräume – sprachbezogen, rechtsordnungsbezogen – gearbeitet hat und sich insoweit als methodisch erkenntnisreich erwiesen hat, gerade unter dem Fragmentierungsparadigma. Man mag sich gleichwohl noch etwas stärker fragen, welche diskursiven Verschiebungen sich im Prozess der Globalisierung in den Neunzigerjahren und in den Zweitausendern ergeben haben. Eine These wäre, dass sich transnationale, globale Diskursräume herausgebildet haben. Ein erster möglicher Forschungsgegenstand wäre etwa der *global constitutionalism*-Diskurs, der seit den Neunzigerjahren sehr wirkmächtig existiert. Auch gerade in der Überbrückung von akademischen und justiziellen Diskursen denke ich, dass dieser das alte auf die USA bezogene Abgrenzungsbild auch etwas erschüttern könnte. Ein zweites Beispiel für einen solchen transnationalen Diskurs neuerer Entstehung ist sicherlich die große ICON-Bewegung. Hier könnte eine Brücke geschlagen werden, weil insoweit Diskursfragmente drohen, die nebeneinander stehen, wodurch das Ganze weniger erkannt werden kann. Ein gutes praktisches Beispiel, an dem man die Leistungsfähigkeit des globalen Diskursraums überprüfen kann, ist die weite Migration oder Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Hier profitiert ja gerade die deutsche Rechtsordnung als ein möglicher Ursprung der Globalisierungsbewegung sehr stark von der sehr unterschiedlichen, binnendifferenzierten Rezeption, was auch uns neue Formen der Abwägungskritik ermöglicht, weil wir eben sehen können, dass Rezeptionsprozesse stattfinden, die gleichwohl differenziert sind.

Anna Leisner-Egensperger: Ich habe drei kurze Fragen an Sie, lieber Herr *Griller*. Meine erste Frage betrifft die klassische Vorstellung einer Über-Unterordnung von Normen, also das Bild einer Hierarchie. Diese mag noch funktionieren im Verhältnis zwischen nationalem Recht einerseits und Europarecht, also primärem und sekundärem Gemeinschaftsrecht andererseits, aber passt sie wirklich auf das Verhältnis von Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention? Das Bundesverfassungsgericht hat ja bereits früh, im Jahr 1987, in der Europäischen Menschenrechtskonvention eine Auslegungshilfe gesehen. Diese Linie hat es dann später fortgeführt, indem es allerdings immerhin die Grenze aufgestellt hat, dass die anerkannten Methoden der Auslegung des Grundgesetzes und auch des deutschen nationalen Rechts nicht überschritten werden dürften. Dann hat es wiederum von einer faktischen Orientierungs- und Leitfunktion gesprochen und davon, dass die deutschen Grundrechte den Kern der europäischen Menschenrechte in sich aufgenommen hätten. Kann man da noch von Hierarchie sprechen oder müssen wir da nicht tatsächlich eine Kooperation annehmen und das Bild der klassischen Hierarchie verabschie-

den? Das führt mich zu meinem zweiten Punkt. Wenn man jetzt Kooperation heranzieht: Kooperation bzw. Verbund, das ist ja zunächst etwas Positives, hat den Vorteil einer Beruhigung, wirkt beschwichtigend, versöhnend, vermeidet Konflikte. Findet diese Kooperation inzwischen aber nicht vor einer Drohkulisse statt, nämlich unter dem Damoklesschwert einer supranationalen Durchsetzung des Anwendungsvorrangs der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof? Seit dem Honeywell-Beschluss auch weitgehend unabhängig davon, ob das *ultra vires* erfolgt. Diese Kooperation findet also nur statt, solange sie, die supranationale Durchsetzung, nicht durch den EuGH vollzogen wird. Ist dann nicht vielleicht doch – wenn auch über die Zeitschiene vermittelt – das Bild der klassischen Hierarchie angebracht? Und das führt mich schließlich zu meinem dritten Punkt, der mir auch der wichtigste ist, weil er unser gesamtes Thema betrifft: Fragmentierung. Müssen wir unsere Diskussion um die Fragmentierung nicht um einen Punkt erweitern, der bislang, wenn ich das recht sehe, noch nicht angesprochen worden ist, der aber vielleicht wichtig ist: Fragmentierung in der Zeit. Solange I, Solange II und jetzt Solange III als vorerst letzter Meilenstein.

Jörg Luther: Beide Diskurse verdienen großen Respekt, der nicht neidlos sein kann. Zunächst würde ich mit der These (18) von Herrn *Griller* beginnen, dass Rechtsvergleichung Fragmentierung eindämmen kann und soll. Ich weiß nicht, ob Sie so auch von Herrn *Kischel* unterschrieben würde. Es klang etwas vorsichtiger, dass Rechtsvergleichung vielleicht Fragmentierung ertragen helfen kann. Das ist auch eine Frage nach der Aufgabe der Rechtswissenschaft. Komparation stellt seit jeher Relationen und Beziehungen her. Traditionell gab es Phasen idealistischer Hoffnungen auf gemeineuropäisches Recht, transatlantische Konvergenzen, eurasische Perspektiven. Und es gab aber auch immer Momente, in denen nach den Unterschieden gesucht wurde. Heute heißt es Diversität, vor kurzem hieß es Identität. Auch das ist nicht unabhängig von den *clashes*, die wir hier in diesen Tagen untersuchen. Ich würde sagen, die Rechtsvergleichung hat da bereits eine, wie Herr *Kischel* sehr schön dargestellt hat, Selbstreflexion und Selbstkritik hinter sich. Die Entwicklungstendenzen würde ich in drei „D“s beschreiben: Dekolonialisierung, Denationalisierung und Dialogisierung. Zunächst einmal die Dekolonialisierung, um die These (22) zu konkretisieren. Es geht nicht nur um *comparative modesty*, also Bescheidenheit statt Überlegenheit. Sondern es geht auch um Zurückhaltung in der bewertenden Vergleichung, bei der immer unerschwinglich die Selbstvergewisserung mitspielt, die vor allem im Kontakt mit anderen böse Streiche spielen kann. Zweitens, die Denationalisierung. Dafür hat sich Herr *Kischel* ein wenig Kritik eingehandelt. Dazu darf ich bemerken, dass wir heute –

auch aus italienischer Sicht – die Rechtsvergleichung nicht mehr nur zwischen Nationalstaaten, sondern gerade auch im Mehrebenensystem weiterentwickelt haben. Das zeigt sich vor allen Dingen bereichsspezifisch bei der Menschenrechts- und Grundrechtsvergleichung. Hier findet sich auch das dritte Thema, das man unter dem Stichwort Dialogisierung abhandeln kann. Rechtsvergleichung hat auch Dialoge zwischen Institutionen zu stützen und hierbei selbst eine eigene Institutionalisierung erfahren, die weiter ausgebaut werden könnte. Wichtig scheint, hierzu auf eine Fragmentierung der Vereinigungen und Wissenschaftsgemeinschaften hinzuweisen, die sich durch rechtsvergleichende Dialoge überwinden lassen sollte. Geht es dabei nur um Respekt, Herr *Kischel*? Rein realistisch nur um Respekt? Oder steht hinter dem „Respekt“ nicht auch ein Toleranzprojekt? Ist es nicht ein neo-idealistisches Minimum an Zivilisierung der Verfassungsstaaten, das wir der Rechtsvergleichung verschreiben sollten?

Shu-Perng Hwang: Ich hätte eine Anmerkung zum Thema Fragmentierung im Öffentlichen Recht. Aus meiner Sicht wird die Fragmentierung im internationalen und nationalen Recht deshalb als ein Problem betrachtet, weil immer wieder davon ausgegangen wird, die Einheit der nationalen Rechtsordnung dürfe trotz der offenen Staatlichkeit niemals in Frage gestellt werden. Aus der Angst vor diesem Bedeutungsverlust der nationalen Rechtsordnung werden also immer wieder Versuche unternommen, die Anwendungsbereiche von nationalem, supranationalem und internationalem Recht voneinander abzugrenzen. Doch auf diese Weise wird die Fragmentierung als Problem nicht bewältigt, sondern im Gegenteil verschärft. Denn durch diese Abgrenzungsversuche werden die Normkollisionen im Mehrebenensystem häufig ausschließlich als Kompetenzproblem zwischen internationalen und nationalen Gerichten behandelt, wobei man nicht selten an den Harmonisierungsmöglichkeiten zwischen Normen unterschiedlicher Ebenen vorbeigeht. Aus meiner Sicht also wird die Fragmentierung häufig als ein Phänomen behandelt, das einerseits angeblich überwunden werden soll, andererseits aber doch in bestimmtem Sinne wünschenswert ist.

Simon Kempny: Ich habe eine Anmerkung zum Bericht von Herrn *Griller*. Sie haben uns an wunderbar anschaulichen Beispielen die Bedeutung der Fragmentierung der wissenschaftlichen, der praktischen und der gemischten Diskurse – Wissenschaft/Höchstgerichte beispielsweise – vor Augen geführt. Wie recht Sie haben, zeigt sich meines Erachtens ergänzend am Phänomen der sogenannten Leitentscheidung. Also: Welche Entscheidung zu einer Leitentscheidung wird und wann das geschieht – nicht notwendigerweise unmittelbar nachdem sie ergangen ist, das kann Jahrzehnte dauern; *Marbury v. Madison* könnte so ein Fall sein. Und wofür eigentlich

eine Entscheidung berühmt wird – keinesfalls immer dafür, worum sich die Zeitgenossen so gestritten haben oder was ihnen das Wichtigste war. Vielmehr ist all dies hochgradig teildiskursabhängig und damit von Zufälligkeiten, historisch-politischen Kontingenzen, abhängig. Das zeigt schlaglichtartig der Fall Van Gend & Loos. Wie eine historische Diskursanalyse zeigt, sind die tragenden Wendungen von der Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung – also das, was wir heute allen Studenten in „Europarecht I“ oder wie es auch immer heißen mag, beibringen – in diesem Fall wohl nur deshalb gefallen, weil der Ausgangsrechtsfall einer monistischen Rechtsordnung entstammte, nämlich der niederländischen. Wäre der Ausgangsrechtsfall ein bundesdeutscher gewesen, hätte es gar keinen Anlass gegeben, diese weitgreifenden Formulierungen zu treffen, die nachträglich zu einer fragmentierten, aber von interessierten Kräften – Spitzenbeamten der EWG – in verschiedenen Zeitschriften betriebenen, also kanalisierten Debatte geführt haben. Dann wäre dieser Fall nicht zu so einem Phänomen geworden, an dem wir heute etwas aufhängen, was damals in der Weise nicht entscheidungserheblich war; und deshalb scheint es mir so wichtig zu sein, was meines Erachtens beide Referate hervorragend geboten haben: auf die Zerklüftung, auf die Fragmentierung von Diskursen hinzuweisen, denn nur durch saubere Zergliederung können wir vor den Rationalitätsdefiziten bewahrt werden, die sich aus der unaufgedeckten Übernahme nicht hinreichend begründeter Lehren ergeben.

Uwe Kischel: Herzlichen Dank für die zahlreichen Reaktionen, insbesondere auch für die kritischen. Das zeigt mir, dass mein Beitrag Interesse geweckt hat. Im Einzelnen, zunächst zum *legal realism*, Herr *Somek*, Herr *Mahlmann*: Ich habe *legal realism* nicht in einem traditionellen rechtsphilosophischen Sinne verstanden – so dass es auch nicht nötig war, ihn von *sociological jurisprudence* und Ähnlichem abzugrenzen – sondern in dem heute in den USA ganz verbreiteten, völlig vagen Sinne, der in dem bekannten Zitat „*we are all realists now*“ seinen Ausdruck findet. Und in diesem Sinne ist alles, was heute in den USA geschieht, einschließlich der ganzen „*law and ...*“-Bewegungen, ein Ausdruck des *legal realism*. So sehen das auch viele Amerikaner. Es handelt sich also eher um eine terminologische Frage.

Zum Vorwurf – ich drücke es etwas härter aus, als die betreffenden Redner es gesagt haben – der gewissen Simplifizierung: Gibt es in den USA, aber auch in Deutschland nicht eine viel größere Vielfalt der Stimmen? Ja, natürlich gibt es eine viel größere Vielfalt der Stimmen. Die Aufgabe der Rechtsvergleichung ist es aber, an diesen Stellen eine gewisse Grundtendenz herauszudestillieren. Wir wollen verstehen, warum sich das fremde Recht letztlich doch anders anfühlt. Und die große Gefahr, vor der man sich

als Rechtsvergleicher hüten muss, – und da sind wir uns, glaube ich, völlig einig – liegt darin, vereinzelte Stimmen besonders zu betonen und dabei zu glauben, sie wären Ausdruck des Mainstreams. Das kann jedem Rechtsvergleicher leicht einmal passieren. Wenn also beispielsweise ein Amerikaner aus dem deutschen Recht vor allem die Schriften von Herrn *Frankenberg* kennt, dann wird er kaum einen Unterschied zwischen Deutschland und den USA erkennen.

Zur Frage „Interdisziplinarität nur wegen der Anschlussfähigkeit“: *Ute*, nein, natürlich nicht. Ich habe eine rein rechtsvergleichende Perspektive eingenommen und bin darauf eingegangen, dass aus dem Problem der Anschlussfähigkeit die Forderung nach mehr Interdisziplinarität folgen kann. Es kann aber natürlich genauso gut sein – und das ist auch viel öfter der Fall –, dass Interdisziplinarität als solche gelobt wird, ganz ohne die Anschlussfähigkeit zu thematisieren. Auf das Gebiet wollte ich mich aber gar nicht begeben.

Zum Thema „Dogmatik“: Ich wusste, dass das angesprochen werden würde, und es ist doch – ganz unironisch – immer schön, wenn die eigenen Erwartungen erfüllt werden. Bekanntermaßen ist der Dogmatikbegriff, den Du, *Oliver*, verwendest, mit einer gewissen Verengung auf ein in sich gerichtetes Handwerk verbunden, und es gibt viele, die einen viel weiteren Dogmatikbegriff verwenden. Wenn Du mir sagst, in Weimar und bei *Ernst Forsthoff* finde sich keine Dogmatik, dann ist das kein Dogmatikbegriff, den ich in den Mund nehmen würde.

Zur „Wagenburgmentalität“: Um Gottes willen, nein! Es geht einfach darum, den von Herrn *Ress* angesprochenen Respekt, den wir einander erweisen sollen, auch wirklich zu erweisen, aber dabei nicht so weit zu gehen, dass man vor lauter Respekt vor dem Fremden das Eigene vergisst und nicht mehr stolz darauf ist, was man selbst erreicht hat. Da geht es um einen gewissen Ausgleich. Nur weil man das andere Rechtsdenken etwas besser verstanden hat, muss man nicht unbedingt auch ein Anhänger dieses anderen Rechtsdenkens sein; stattdessen kann man ebenso gut sagen: „Letztendlich habe ich es zwar verstanden, aber ich finde dennoch unsere eigene Herangehensweise besser.“

Zur Frage Brüssel und Dogmatik: Ein vielschichtiges Thema! Ich glaube, um es ganz kurz zu machen, dass der Vorsprung des kasuistischen Denkens im Unionsrecht, den es vermutlich einmal gegeben hat, mit der zunehmenden systematischen Verdichtung des Unionsrechts schwindet und dass eine systematische Herangehensweise daher wohl die bessere ist.

Zu *Franz Mayer*: Die Antwort lautet: ja! Ich stimme Dir in allem zu, insbesondere soll es nicht um eine Wagenburg gehen. Und natürlich ist die Diversität der Unionsrechtsdiskurse oftmals sehr stark verdeckt; dass sich das bei mir nicht ganz so niedergeschlagen hat, liegt auch einfach

an der Aufgabe eines solchen Vortrags, die Dinge einmal ganz deutlich auszusprechen.

Die Frage von Herrn *Kotzur* nach den verschwimmenden Rollenprofilen und Diskursräumen ist ausgesprochen vielschichtig. Ich kann sie hier nur anekdotisch beantworten: Nachdem Richard Posner, einer der Hauptvertreter der ökonomischen Analyse des Rechts, Richter geworden war, gab es eine Reihe von Kommentatoren, die zu seinen Urteilen bemerkten, dass nunmehr der Richter Posner dem Professor Posner nicht mehr erlaube, in den Diskurs einzugreifen. Es gibt dort also einen Wandel, der mit der jeweils eingenommenen Sichtweise, dem Wechsel des Rollenprofils einhergeht.

Die Frage nach der Perspektive der Rechtsbetroffenen, der Anwälte oder Richter, Herr *Kirchhof*, ist unmittelbar praxisrelevant, und ich habe leider nur eine ganz vage Antwort: Was soll ich dem deutschen Verwaltungsrichter oder Verwaltungsbeamten sagen, der nach seinen Rechten und Pflichten in Anbetracht der Diskursdiversität fragt? Er kann sich nur auf seine Ausbildung zurückziehen und nach bestem Wissen und Gewissen das Europarecht so anwenden, wie er es gelernt hat. Wenn er dann beim Lernen unter anderem darauf aufmerksam gemacht worden ist, dass man vielleicht auch einmal bedenken sollte, wie es ein Franzose sieht, dann hätten wir schon sehr, sehr viel gewonnen und wären einen ganzen Schritt weiter.

Zu den deutlich abgegrenzten Diskursräumen, Herr *Saurer*: Nein, ich vertrete keine deutlich abgegrenzten Diskursräume, sondern im Gegenteil gestufte Diskursräume mit vielen Überschneidungen.

Und dann noch als letztes die Bemerkung von Herrn *Luther*: Hilft uns meiner Ansicht nach die Rechtsvergleichung, die Unterschiede zu ertragen? Nein, nein. Das klingt vor allem so nach „leidend ertragen“. Wir sollten aber gerade nicht unter diesen Unterschieden leiden, sondern wir sollten die durch die Rechtsvergleichung deutlich gewordenen Unterschiede in den rechtlichen Kontexten mit Freude wahrnehmen und mit Freude erforschen.

Stefan Griller: Danke für die vielen Anregungen. Ich habe sieben Themen identifiziert, die an mich herangetragen wurden, werde aus Zeitgründen aber nicht auf alle eingehen können.

Erstes Thema: Die Theoreme und ihre Verbindung zur Rechtsanwendung – *Somek*, *Kirchhof*, *Leisner-Egensperger*, *Mayer*. Ich pointiere bewusst und muss es der Kürze wegen tun: Es ist nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft, normative Vorgaben an Gerichte zu formulieren. Das macht die Rechtsordnung. Wir erliegen manchmal der Versuchung, uns in diese Rolle zu begeben. Was die Rechtswissenschaft tun kann und soll, ist zu analysieren und zu systematisieren, und daraus hoffentlich Erkenntnisgewinn zu ziehen. Das ist aber etwas anderes, als normative Vorgaben zu

setzen. Und daher, Herr *Kirchhof*: ja, wir müssen uns auf die unterschiedlichen Diskurse in den verschiedenen Ländern einlassen. Was sind die verbindlichen Rechtsquellen? Inwieweit hat sich die nationale Rechtsordnung, um bei Ihren Beispielen zu bleiben, für die europäischen Rechtsquellen geöffnet? Da wird man aber wohl weitestgehenden Konsens herstellen können, auch in Deutschland, dass die Rechtsquellen des Unionsrechts im Prinzip selbstverständlich anzuwenden und auch selbstverständlich (bei unmittelbarer Anwendbarkeit) vorrangig anzuwenden sind. Um auch das einmal klar zu sagen: wir haben heute einen Pathologietag vom Vorstand verordnet bekommen, es ist aber nicht so, dass wir jeden Tag ununterbrochen Unvereinbarkeiten und unüberwindliche Schwierigkeiten erleben. Vielmehr geht es um die allerdings dogmatisch und theoretisch sehr interessanten Grenzen, die wir ausloten. Aber im Grundsatz ist doch auch in Deutschland der Vorrang unbestritten. Man kann das meiner Überzeugung nach genauer nur unter Einlassung auf die jeweiligen Öffnungsklauseln und die sich daraus auch ergebenden Grenzen analysieren. Etwas anders als Sie meine ich, dass man dabei auch berücksichtigen muss, dass im Zustimmungsgesetz unter anderem auch dem heutigen Art. 114 AEUV zugestimmt wurde, der eine funktionale Rechtsetzungsbefugnis für den Binnenmarkt enthält. Das ist eine andere Art von Kompetenzabgrenzung als wir es in Deutschland, aber auch in Österreich gewohnt sind. Es ist die Zielsetzung der Errichtung und des Funktionierens des Binnenmarktes, die die Rechts-erzeugung legitimiert. Das ist nicht aus einer anderen juristischen Welt. Es ist ein funktionell formulierter Kompetenztatbestand, mit dem man durchaus auch leben kann; ich bin da im Ergebnis weniger kritisch als Sie. Frau *Leisner*, in dem Zusammenhang: Wenn man sich auf die nationalen Öffnungsklauseln einlässt, kann das durchaus unterschiedlich ausfallen. Ich muss Sie nicht darauf hinweisen, dass das, was die EMRK betrifft, in Deutschland, wo die EMRK keinen Verfassungsrang hat, ganz anders ausgeht als in Österreich. Es kommt sehr darauf an, wie der nationale Gesetzgeber die Öffnung hergestellt und sich international verpflichtet hat. Daraus können sich durchaus unterschiedliche Konsequenzen ergeben; das schließt die Möglichkeit ein, dass im Kontext des EU-Rechts eine „Hierarchieerhöhung“ stattfindet. Denn die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist in Art. 6 EUV mitverankert und nimmt insofern am Rang der EMRK teil. Herr *Mayer*, ganz kurz: „intellektuelle Zombies“ ist für mich keine rechtswissenschaftliche Kategorie. Das ist ein nettes, polemisches Bild, das aber keine weiterführende Erkenntnis stiftet. Über Weiterführendes zur Kritik an Monismus und Dualismus würde ich sehr gerne diskutieren.

Zweites Thema: Gerechtigkeit. Ich möchte dazu nur Folgendes sagen, auch hier sehr verkürzend: Es gibt die angesprochene Annäherung, so

krass ist der Unterschied nicht. Jeder Positivist wird akzeptieren, dass sehr viele Rechtsordnungen und unsere insbesondere, also die deutsche, die österreichische, die schweizerische, die europäische Rechtsordnung, Gerechtigkeitsideen in sich tragen, die Grundrechtskataloge sind ein eminentes und ganz zentrales Beispiel dafür. Selbstverständlich muss in der Anwendung des Rechts und der Rechtsordnungen auch auf die dort positivierten, oft sehr unscharfen Gerechtigkeitsvorstellungen Bezug und Bedacht genommen und müssen diese normativ umgesetzt werden. Wogegen sich der Positivismus wendet, ist, dass auch ohne eine solche positiv-rechtliche Verankerung übergeordnete Gerechtigkeitsideen ins Spiel gebracht werden dürfen, wenn sie dem Interpreten und/oder dem Rechtsanwender opportun erscheinen. Und hier verbleibt möglicherweise eine Divergenz, die wir nicht ganz ausräumen können – speziell zu Herrn *Klein* und Herrn *Mahlmann* gesagt.

Drittens: Fragmentierung positiv gesehen. Herr *Nowrot*, ich habe schon überlegt, ob der Vorstand uns einladen will, Fragmentierung auch positiv, als Wettbewerb der Systeme usw. zu sehen, bin dem aber nicht nachgegangen. Auch dazu kann man Einiges sagen. Sie haben den Aspekt aufgegriffen, der in der Konstitutionalisierungsdebatte prominent vertreten ist. Die aus der nationalstaatlichen Debatte bekannte „Verrechtlichung“ entwickelt sich schrittweise auch im Völkerrecht. Allerdings meines Erachtens sehr zögernd; ob da aktuell die Fragmentierung oder die Konstitutionalisierung im Sinne einer Vereinheitlichung des Völkerrechts überwiegt würde ich nicht zu entscheiden wagen.

Viertens, zuerst zu Herrn *Kotzur*, zum Thema Diversität des Gegenstands und Diversität des Diskurses: Gibt es auch Gegenbeispiele, in denen sich die Diversität des Gegenstands nicht im Diskurs widerspiegelt? So habe ich Sie verstanden. Diese Beispiele gibt es natürlich. Manche davon sind Aufreger und sehr irritierend, z.B. die jüngeren Entscheidungen mancher nationaler Verfassungsgerichte. So berufen sich etwa das polnische und das tschechische Verfassungsgericht mit Bezug auf das Verhältnis ihrer jeweiligen Rechtsordnung zum Europarecht so gut wie vorbehaltlos auf das Bundesverfassungsgericht. Wenn Sie dann in diese Verfassungen hineinlesen, würden Sie aber vermuten: Es müsste eigentlich wesentliche Unterschiede im Diskurs geben! Man könnte also sagen: Manchmal überspielt der Diskurs das positive Recht. Und an Herrn *Ress* in dem Zusammenhang: Überwiegend denke ich schon, dass die Entwicklung im Völkerrecht in den letzten Jahrzehnten eine Tendenz zur Spezialisierung, zur partikularen Verselbständigung zeigt – was auch noch eine Antwort an Herrn *Nowrot* ist. Die unitarisierende Gegentendenz lässt meines Erachtens ziemlich auf sich warten. Auch wenn nicht nur Autoren wie Koskeniemi und Dupuy massiv dagegen angeschrieben haben. Zur Ihrer Frage nach den Grenzen für

die Selbstisolierungstendenzen hin zu einer „eigenen Rechtsordnung“, wie etwa bezüglich Art. 6 EMRK/faïres Verfahren: Ich fürchte, die Grenzen, die man jeweils sehr sorgfältig ausloten muss, ergeben sich lediglich aus dem *jus cogens*, Art. 53, 64 Wiener Vertragsrechtskonvention, und die sind nicht sehr operational. Meine diesbezügliche Hoffnung ist daher nicht sehr groß. An dieser Stelle muss ich leider aufhören.

Matthias Jestaedt: Ich darf Ihnen allen für Ihre Aufmerksamkeit und Ihre Beiträge sehr herzlich danken. Und für den Vorstand möchte ich klarstellen, dass wir Ihnen bereits gestern einen „Pathologietag“ (*Stefan Griller*) verordnet hatten.

Vierter Beratungsgegenstand:

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Referat von *Olivier Jouanjan*, Paris*

Inhalt

| | Seite |
|--|-------|
| I. Einleitende Bemerkungen und Fragestellung | 353 |
| 1. Unübertragbarkeit der völkerrechtlichen Fragmentierungs- diskussion auf den Verfassungs- und Verwaltungsrechts- diskurs | 353 |
| 2. Was heißt Fragmentierung? | 354 |
| 3. Relativitätstheorie der Einheit einer Rechtsordnung | 355 |
| 4. Über „Diskurs“ im Öffentlichen Recht | 359 |
| II. Die Gründung des modernen Öffentlichen Rechts: eine fragmentierte Einheit? | 361 |
| 1. Am Anfang war die Fragmentierung | 361 |
| a) Allgemeine Betrachtungen | 361 |
| b) Deutsche Anfänge eines neuen Öffentlichen Rechts. | 365 |
| c) Französische Anfänge | 367 |
| d) Fazit. | 373 |
| 2. Systematisierungen und Reduzierungen im Öffentlichen Recht. | 375 |
| a) Die „juristische Methode“ im deutschen Öffentlichen Recht | 375 |

* Dieser Beitrag wurde während eines Forschungsaufenthalts am Käte Hamburger Kolleg „Recht als Kultur“ (Bonn) verfaßt. Für ihre Gastfreundlichkeit und Hilfe ist hier den Direktoren (Frau Prof. Dr. *Nina Dethloff*, Herr Prof. Dr. *Werner Gephart* und *Clemens Albrecht*) sowie allen Mitarbeitern des Kollegs zu danken. Mein besonderer Dank gilt ebenfalls Frau *Helene Jaschinski* und Herrn Prof. Dr. *Matthias Jestaedt* für das sorgfältige Korrekturlesen des Manuskripts.

| | | |
|------|--|-----|
| aa) | Systematisierung des deutschen Staatsrechts und Ausgrenzung des Verwaltungsrechts: Carl Friedrich Gerber | 375 |
| bb) | Pluralität des Verwaltungsrechts: Paul Laband | 377 |
| cc) | Methodenwandel im Verwaltungsrecht: Otto Mayer | 381 |
| b) | Die diffizile Einheit des klassischen französischen Öffentlichen Rechts. | 386 |
| aa) | Die französische Reform des Verwaltungsrechts . . . | 386 |
| bb) | Die gescheiterte Einheit von Verfassungs- und Verwaltungsrecht | 393 |
| III. | Zur Lage der heutigen französischen Wissenschaft vom Öffentlichem Recht | 398 |
| 1. | Struktur der Gesellschaft der Interpreten von Öffentlichem Recht | 398 |
| a) | Professoren | 398 |
| b) | Richter | 399 |
| aa) | Verfassungsrichter | 399 |
| bb) | Verwaltungsrichter | 400 |
| c) | Zeitschriften | 401 |
| d) | Eine praxisorientierte Dogmatik | 401 |
| aa) | Gerichtspositivismus | 401 |
| bb) | Theoriearmut | 402 |
| 2. | Verfassungs- und Verwaltungsrecht | 403 |
| a) | Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts | 403 |
| b) | Internationalisierung und Europäisierung als Wandlungs-, nicht Fragmentierungsfaktoren | 404 |
| c) | Jenseits der Kompetenztrennung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit | 405 |
| IV. | Schlussfolgerung. | 405 |

Das begrifflich-inhaltlich eher unscharf abgrenzbare Thema wird in drei Etappen behandelt bzw. fragmentiert, damit ihm eine gewisse Bestimmtheit gegeben werden kann. Erstens wird die Bedeutung des Wortes Fragmentierung sowie des Diskursbegriffs hinterfragt und problematisiert. Das ist der theoretische Teil (I). Zweitens wird komparativ in Deutschland und Frankreich das Gründungsmoment des modernen, „klassischen“ Öffentlichen Rechts hinsichtlich der Frage nach seiner Einheit erörtert: Wenn gegenwärtig eine Fragmentierung des Öffentlichen Rechts zu konstatieren ist, dann ist der Frage nachzugehen, welche vorherige Einheit dadurch fragmentiert worden ist. Das ist der historische Teil dieses Berichts (II). Schließlich wird versucht, eine allgemeine Einschätzung zur heutigen Lage des französi-

sehen Öffentlichen Rechts abzugeben. Die Frage, ob es sinnvoll wäre, eine breite Diskussion über Fragmentierungen im Öffentlichen Recht anzuregen, wird von dem hier eingenommenen französischen Standpunkt aus negativ beantwortet. Dies ist der dogmatische Teil des vorliegenden Textes (III).

I. Einleitende Bemerkungen und Fragestellung

1. *Unübertragbarkeit der völkerrechtlichen Fragmentierungsdiskussion auf den Verfassungs- und Verwaltungsrechtsdiskurs*

Das Wort „Fragmentierung“ prägt den wissenschaftlichen Diskurs vom inneren – d.i. nationalen – Öffentlichen Recht nicht bzw. *noch* nicht, weder in Deutschland noch in Frankreich. Ganz anders als in der völkerrechtlichen Diskussion: Dort scheint die Alternative Fragmentierung vs. Konstitutionalisierung das Feld seit etwa zwanzig Jahren in zwei schwer versöhnliche Lager zu spalten und die Literatur jedenfalls nicht fettarm zu ernähren.¹ Dem Anschein nach lässt sich aber diese Debatte auf den Diskurs zum inneren Öffentlichen Recht nicht übertragen: Konstitutionalisierung der verschiedenen inneren Rechtsbereiche ist doch Allgemeingut der herrschenden Meinung sowohl in Deutschland als auch in Frankreich und hat daher schon stattgefunden. Daher lässt sich der Fragmentierungsdiskurs des Völkerrechts auf das innere Öffentliche Recht nicht übertragen, einmal ganz abgesehen davon, ob Fragmentierung in der Völkerrechtslehre überhaupt zur Begriffswürde erhoben worden ist. Viel interessanter wäre es, zu untersuchen, inwieweit Konstitutionalisierung als einheitlicher Begriff tauglich ist, um verschiedene Vorgänge in unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen einheitlich und allgemein zu beschreiben und zu bewerten. Die Frage nach verschiedenen Modellen der Konstitutionalisierung im innerstaatlichen Bereich je nach den verschiedenen innerstaatlichen Verfahren und verfassungsgerichtlichen Konkretisierungsmethoden könnte für die Verfassungsrechtsdogmatik und vielleicht auch für die völkerrechtliche Diskussion von Bedeutung sein.

Die Hauptfrage, die hier behandelt werden muss, lautet daher: Würde es sich lohnen, eine weit- und tiefgreifende Diskussion über Fragmentierungen im inneren Öffentlichen Recht zu beginnen? Welcher wissenschaftliche Ertrag wäre davon zu erwarten? Welchen Mehrwert könnte die Idee der Fragmentierung in den üblichen Debatten des nationalen öffentlichen Rechts wie z. B. über die Gültigkeit der Trennung von Öffentlichem und

¹ Grundsätzlich zu diesem Thema: *Martti Koskeniemi/Paivi Leino* Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, *Leiden Journal of International Law* 15/3 (2002), 553 ff.

Privatem Recht, über Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts, Internationalisierung und Europäisierung des inneren Öffentlichen Rechts usw. bringen?

Die Frage des Nutzens einer Fragmentierungsdebatte im Verfassungs- und Verwaltungsrechtsdiskurs wird, da diese Debatte bisher nicht stattgefunden hat, hier eher negativ beantwortet. Für das französische Öffentliche Recht wird die Antwort auf jeden Fall ein klares Nein sein.

2. Was heißt Fragmentierung?

Fragmentierung ist ein hartes Wort mit weichem Gehalt. Das Wort Fragmentierung weckt gewisse Bilder und wirkt *prima facie* eher metaphorisch denn begrifflich. Die Frage ist daher: Inwieweit müssen und können wir diesem Bild der Fragmentierung fassbare begriffliche Konturen geben? Sollte dies nicht gelingen, bestünde die Gefahr einer unendlichen Allrichtung-Diskussion über jede Spannung oder Komplexität, der wir im Öffentlichen Recht begegnen, wobei das zu viel Gesagte am Ende nichtssagend und bedeutungslos würde.

Nicht nur im Völkerrecht, sondern auch in den Sozialwissenschaften hat der Ausdruck „Fragmentierung“ seit etwa drei Jahrzehnten eine gewisse Konjunktur. Darunter wird beispielsweise „ein Teilungs- oder Differenzierungsprozess von etwas zuvor Einheitlichem bzw. Homogenem“ verstanden.² Es stünden viele Synonyme zur Verfügung, wie etwa Splitterung, Zerlegung, Zergliederung, Dissoziation, Disassemblierung oder Zerstückelung usw.

Fragmentierung meint also zunächst, dass eine Einheit in eine Pluralität von Teilen zerlegt wird. Sie bedeutet aber gleichzeitig eine Qualitätsänderung dieser Teile, die nicht mehr ganz so sind, wie sie im Verbund miteinander waren. Die Teile sind im Verhältnis zueinander nicht mehr ein Homogenes. Anders als z. B. die Teile eines Puzzles, rasten die Fragmente nicht mehr ineinander ein: Die Fragmentierung produziert nicht nur eine Vielzahl, sondern auch eine Vielfalt. Fragmentierung erzeugt nicht nur Pluralität sondern auch Heterogenität. In diesem Sinne reden Sprachwissenschaftler von der Fragmentierung einer Sprache, indem mehrere Dialekte einer ursprünglich gemeinsamen Sprache sich voneinander so getrennt und distanzieren haben, dass die Verständigung zwischen verschiedenen Sprechern kaum möglich, jedenfalls immer schwieriger wird. Fragmentierung geht in diesem Sinne mit Kommunikations- und Verständnisproblemen einher.

² Stéphane Rosière (Hrsg.) Dictionnaire de l'espace politique, 2008, zitiert in: Amaël Cattaruzza Fragmentation: cloisonnement et/ou recombinaison de l'espace politique?, L'Espece Politique 11/2010-2 <<http://espacepolitique.revues.org/1693>> (Stand 31.10.2017).

Diese kurze, relative Klärung der Bedeutung von Fragmentierung grenzt schon manche Fragestellungen aus dem Thema aus. Die zunehmende Zahl an speziellen Regelwerken, die für kleine, enge und spezifische Sachbereiche gelten, meint nicht schon eine Fragmentierung der Rechtsordnung und noch weniger der Diskurse über diese Rechtsordnung. Dadurch erhält man allenfalls ein Mosaik von Teilordnungen bzw. Mikroteilordnungen im Öffentlichen Recht. Ein vielfarbiges römisches Mosaik besitzt jedoch ein einheitliches Muster und entspricht daher einem Konzept, einem Begriff. Anders ist das beim Flickwerk, bei dem die Teile nicht mehr nach einem erkennbaren Muster, nach einer Idee zusammengefügt werden können. Über Fragmentierung sollte man erst dann reden, wenn keine innere Einheit mehr wahrnehmbar bzw. konstruierbar ist: Die einzelnen Teile *passen* nicht mehr *zusammen*.

Für eine Rechtsordnung würde das allerdings bedeuten, dass sie keine *Ordnung* mehr darstellte. Eine Fragmentierung in einer Rechtsordnung oder in einer Teilordnung dieses Rechts wie dem Öffentlichen Recht in seinem Verhältnis zum gesamten inneren Recht bedeutete einen Bruch und nicht nur ein Unbehagen *im System*. Anders gesagt: Die Systematik des Rechts müsste betroffen und nach der vermeintlichen Fragmentierung mindestens schwer zu rekonstruieren sein. Ein Wechsel, so tiefgreifend er sein kann, eine ganz neue Regelung irgendeines Sachbereichs meint demgegenüber noch nicht Fragmentierung.

Wenn das Wort Fragmentierung in die öffentlich-rechtliche Diskussion eingeführt werden soll, darf nicht aus den Augen verloren werden, dass jede Rechtsordnung und jedes Öffentliche Recht an und für sich betrachtet nur mosaikartig sein kann: Die Einheit einer Rechtsordnung kann nur eine Einheit von vielen, mehr oder weniger starken Ausdifferenzierungen sein. Es ist eben die Aufgabe des Diskurses über dieses Recht, es in eine gewisse Einheit zu bringen.

3. *Relativitätstheorie der Einheit einer Rechtsordnung*

Einheit ist aber immer nur relativ. Erstens setzt der Einheitsbegriff denknotwendig eine Vielheit voraus: Es gibt keine Einheit einer Einheit, oder, wie *Georg Jellinek* schon bemerkte, wir sprechen nur noch von einem Atom.³ Heute wissen wir sogar, dass selbst das Atom Einheit einer Vielheit ist. Es ist jedenfalls evident, dass die Ordnung des Öffentlichen Rechts nicht atomisch gedacht werden kann.

³ *Georg Jellinek* System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, 21 ff.

Nach der berühmten Abhandlung von *Karl Engisch* aus dem Jahr 1935⁴ hat sich die Rechtstheorie und -dogmatik der Bundesrepublik mit diesem schillernden Begriff eingehend befasst.⁵ Es gibt jedoch keine Einigkeit hinsichtlich dessen, was Einheit bedeute: „Mit ‚Einheit‘ wird von formaler Summierung bis zu metaphysischem Programm vielerlei bezeichnet“, schreibt zu Recht *Friedrich Müller*.⁶

Meint man damit, von einem materiell-rechtlichen Standpunkt aus, die Widerspruchsfreiheit zwischen den Normen eines juristischen Systems? Ist es aber seit jeher nicht gerade die Aufgabe des juristischen Diskurses – sowohl der Wissenschaft als auch der Judikative –, scheinbare Widersprüche zu bewältigen oder gar zu beseitigen? In dieser Aufgabe liegt der Anfangsgrund der juristischen Argumentations- und Interpretationskunst. Mit Prinzipien wie der *lex superior*, *lex posterior*, *lex generalis*, mit konstruktiver Auslegung, werden zum größten Teil vermeintliche Widersprüchlichkeiten behoben. Der Diskurs *über* das Recht hat fast unbegrenzte Möglichkeiten, die scheinbaren Inkonsistenzen *im* Recht auf null zu reduzieren. Wenn dies gelingt, dann gibt es auch keinen Widerspruch *im* Recht. Man könnte sich zumindest darauf einigen, dass es nicht die Aufgabe des juristischen Diskurses, weder des wissenschaftlichen noch des rechtsprechenden, ist, sein Objekt – das Recht – zu fragmentieren. Ganz im Gegenteil: Arbeit am Recht ist Defragmentierungsarbeit. Die Komplexität im juristischen System ist nicht schon seine Fragmentiertheit. Rechtsdogmatische Arbeit dient gerade der Reduktion von juristischer Komplexität.⁷ Einheit bedeutet nicht eine vorgegebene friedliche Harmonie oder Einfachheit, sondern dogmatisch-diskursive Reduzierung von Spannungsverhältnissen, Widersprüchen oder Unbehagen im konstruierten Rechtssystem.

Darüber hinaus kann vielleicht eine kurze erkenntnistheoretische Bemerkung von Belang sein. Nach *Kants* „Kritik der reinen Vernunft“ ist Einheit eine Kategorie des subjektiv-transzendentalen Verstandes. Sehr vereinfacht gesagt: Einheit ist ein Begriff, keine Anschauung. Die begriffslose Anschauung eines Stoffes kann keine Einheit stiften: Man nimmt nur Vielheiten wahr. Wenn wir auf der Ebene einer naiven Anschauung bleiben, dann wären das Recht als Ganzes und das Öffentliche Recht als eine sei-

⁴ *Karl Engisch* Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, Neudr. 1987.

⁵ *Karsten Schmidt* (Hrsg.) Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994; *Manfred Baldus* Die Einheit der Rechtsordnung: Bedeutungen einer Juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, 1995; *Dagmar Felix* Einheit der Rechtsordnung: Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer Argumentationsfigur, 1998.

⁶ *Friedrich Müller* Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, 1979, 9.

⁷ *Robert Alexy* Theorie der juristischen Argumentation, 1983, 326.

ner Teilordnungen nur fragmentarisch in ihrer Vielheit zu betrachten. Auf irgendein System oder irgendeine Ordnung müsste man verzichten. In der juristischen Literatur hat wahrscheinlich *Georg Jellinek* im theoretischen Teil seines „System[s] der subjektiven öffentlichen Rechte“ einen der wichtigsten Beiträge zu dieser Fragestellung geliefert:⁸ Einheit hängt davon ab, was unsere Zwecke, unsere Erkenntnisinteressen sind. Anders gesagt: Einheit ist ein Begriff und nicht stoffimmanent. Das gilt umgekehrt auch für die Fragmentierung.

Zugespitzt formuliert: „Das“ Recht als Gesamtordnung *gibt es nicht*, ist nicht einfach vorhanden. Es *gibt* nur einen Haufen von Normtexten, die als geltend betrachtet werden. Für sich genommen ist jeder Normtext ein *Fragment*. Auch ein Gesetzbuch kann nicht die dogmatische Systematisierung und Rationalisierung ersetzen. Selbst die französische Exegese des *Code civil* im 19. Jahrhundert bedurfte mancher allgemeiner, ungeschriebener Prinzipien.⁹ Die Summe der kodifizierten oder nicht kodifizierten Normtexte macht noch nicht „das“ Recht aus, da keines dieser Fragmente den Begriff der Rechtseinheit beinhaltet, auch nicht ein *Code*, der selbst nur ein mehr oder weniger großes Rechtsfragment ist.

Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Existenz und Geltung liegt der *Reinen Rechtslehre* zugrunde.¹⁰ Diese Unterscheidung hat unter anderem zur Folge, dass nicht das *Was* einen Normtext vorschreibt – dies ist seine *existentielle* Gegebenheit –, seine Geltung bestimmen kann, sondern nur das *Wie* seines Zustandekommens. In diesem Sinne kann das Recht grundsätzlich nur als ein *formales* und auch dynamisches System verstanden werden, ein System der „Selbsterzeugung“ von Normen bzw. Normtexten im Sinne eines Konkretisierungsprozesses.¹¹

Ein solcher rein formaler Begriff der Einheit von Recht lässt allerdings keinen Platz für einen Fragmentierungsdiskurs. Damit kann nicht nach dem gemeinsamen materialen Muster eines Rechtsmosaiks als materialer Einheit gefragt werden: Wenn sie *lege artis* zusammengenäht sind, stellen die verschiedenen Teile eines Rechtsflickwerks die erwünschte Einheit dar. Ein

⁸ Dieser Teil liefert die Anfangsgründe einer Kritik der juristischen Vernunft. Anschaulich schreibt *Jellinek*, es fehle der Rechtswissenschaft ein *Kant*: *Jellinek System* (Fn. 3), 13.

⁹ *Philippe Rémy* Éloge de l'exégèse, *Droits* 1985/1, 115 ff.

¹⁰ *Hans Kelsen* Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960, 2017, 35 ff.

¹¹ *Kelsen* Reine Rechtslehre (Fn. 10), 398 ff. Dazu: *Olivier Jouanjan* Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie: la problématique de Hans Kelsen, in: *Olivier Jouanjan* (Hrsg.) *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, 2010, 21 ff.

vermeintlicher materialer Widerspruch ist nicht als Fragmentierung, sondern einfach als „Fehlerkalkül“ zu betrachten.¹²

Sei es „formal“ oder „material“, die Einheit des Rechts lässt sich nicht als ein Vorgegebenes betrachten, sondern nur als etwas nachträglich Konstruiertes. Das Recht hat kein existenciales Wesen. Es gibt keine Rechts-ontologie. Um mit *Jellinek* und *Kelsen* zu reden:¹³ Recht ist kein Substanzbegriff, sondern nur ein Funktionsbegriff. Dies gilt *a fortiori* für das Öffentliche Recht. Es ist von großer Bedeutung, zu wiederholen, dass die Identität des Öffentlichen Rechts nicht einfach da ist,¹⁴ sondern eine Konstruktion des Diskurses *über* das Recht darstellt. Es sei dabei angemerkt, dass eben der Diskurs *über* das Recht „das“ Recht selbst und als solches – d. h. als Begriff und daher als „Einheit“ – konstituiert. Genauso hat der Diskurs über das Öffentliche Recht das Öffentliche Recht als wissenschaftlichen Gegenstand konstruiert und vom Privatrecht getrennt: Das Öffentliche Recht hat *sich selbst* nicht vom Privatrecht gelöst und distanziert, da es kein „Selbst“ hat.

Wenn wir feststellen müssen, dass das Öffentliche Recht wirklich fragmentiert worden ist, dann stellt sich die Anschlussfrage, wo die Fragmente landen. Am Rande des Öffentlichen Rechts? Dann muss noch ein Begriff des Öffentlichen Rechts bestehen, der dessen Grenzen und damit dessen Mindesteinheit bestimmen kann: „Am Rande“ heißt „noch drinnen“. Oder flüchten die fragmentierten Teile ins Privatrecht? Oder aber gibt es eine Grauzone, ein „*no man's land*“ zwischen Öffentlichem und Privatem Recht, wo diese Teile Halt bekommen können? In diesem letzten Fall muss man annehmen, dass die Trennung von Öffentlichem und Privatem Recht nur eine relative sein kann, oder krasser, dass es diese überhaupt nicht gibt. Wer

¹² *Adolf Merkl* Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 1923, 293; *ders.* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, 191 ff.

¹³ *Jellinek* System (Fn. 3), 16 f. Die Unterscheidung von Substanz- und Funktionsbegriff liegt den „Hauptprobleme[n] der Staatsrechtslehre“ 1911 zugrunde. Dazu: *Christoph Schönberger* Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“. Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.) Hans Kelsen Werke 2/I, 2008, 23 ff. 1910 erschien *Ernst Cassirers* Buch „Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik“. Wie *Schönberger* bemerkt, ging es bei *Kelsen* nicht um eine „Rezeption“ *Cassirers*, da *Cassirers* Buch *Kelsen* 1911 noch unbekannt war (*Schönberger*, ebd., 28 Fn. 6). Ob es sich um eine „Parallele“ handelt (ebd.), darf bezweifelt werden: Der Sache nach war diese Unterscheidung bei *Jellinek* in seinem „System der subjektiven öffentlichen Rechte“ 1892/1905 schon vorhanden. Erst 1921 weist *Kelsen* auf *Cassirer* hin: *Hans Kelsen* Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, Zeitschrift für öffentliches Recht 1921/2, 453 ff.

¹⁴ „Die Identität des öffentlichen Rechts war in einem wissenschaftlichen Konstrukt begründet.“, *Dieter Grimm* Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, 29.

diese letzte Position einnimmt, dem dürfte mit der Frage nach einer Fragmentierung des Öffentlichen Rechts kein ernsthaftes Problem begegnen. Die fragmentierten Teile des Öffentlichen Rechts fliegen ja nicht durch die Luft – bis ins juristische Vakuum.

Wenn der juristische Diskurs das von ihm konstituierte Öffentliche Recht nur noch als ein fragmentiertes Objekt betrachten sollte, dann gäbe es kein Öffentliches Recht als dogmatischen Begriff mehr. Fragmentierungen *im* Öffentlichen Recht wären folglich eine *contradictio in adjecto*: *Im* fragmentierten Öffentlichen Recht würde es überhaupt nichts mehr geben, und gewiss kein Öffentliches Recht. „Öffentliches Recht“ wäre nur noch eine lose Flickwerks-, „Ordnung“, ein inhaltsloser, einheitsloser, identitätsloser Sammelbegriff ohne Ordnungsidee. Es würde nur noch eine Rechtsordnung geben, und der Fragmentierungsdiskurs würde jede Teilung in Privates und Öffentliches Recht sprengen.

Diese These ist vollkommen vertretbar. Die formale, kelsenianische Konstruktion der Rechtsordnung schließt die übliche Einteilung der Rechtsordnung in Privates und Öffentliches Recht aus.¹⁵ Bekanntlich sieht die anglo-amerikanische Literatur keinen Wesensunterschied zwischen *public law* und *private law*. Diverse Stimmen halten heute diese Trennung für überholt.

Diese Trennung von Privatem und Öffentlichem Recht lässt sich nicht *a priori* begründen, sondern nur *historisch* als ein überkommenes Gemeingut der kontinentalen Rechtskultur. Diese ist eine Kultur des allgemeinen Rechtsdiskurses, und ihre eigentliche Begründung liegt wahrscheinlich in dem Prozess der Trennung von Staat und Gesellschaft.¹⁶ Wie diese Trennungslinie gezogen worden ist, kennzeichnet eine Kultur des Öffentlichen Rechts. Dennoch: um dieses „Wie“ richtig verstehen zu können, ist die Rechtsvergleichung von größtem Belang, da eine kulturelle Identität sich nur durch Kontrastierung mit anderen Identitäten bestimmen lässt. Dazu ist es nicht erforderlich, nachfolgend die ganze Geschichte des modernen Öffentlichen Rechts in Deutschland und Frankreich komparativ zu erläutern; es genügt, das Gründungsmoment seiner Identität im 19. Jahrhundert freizulegen und sichtbar zu machen.

4. Über „Diskurs“ im Öffentlichen Recht

Als Diskurs *im* Öffentlichen Recht gelten alle Diskurse *über* das Öffentliche Recht. Es ist keine Frage, dass damit der Diskurs der Rechtswissenschaft mit einbezogen wird. Jedoch muss unterstrichen werden, dass auch

¹⁵ Kelsen *Reine Rechtslehre* (Fn. 10), 493 ff.

¹⁶ So auch *Grimm* *Identität* (Fn. 14), 13 ff.

die Rechtsprechung als ein Diskurs *des Öffentlichen Rechts über* das Öffentliche Recht zu verstehen ist. Rechtsprechung ist zwar normativer Diskurs, hat aber auch eine dogmatische Dimension. Damit ist es auch ihre Aufgabe, offensichtliche oder nur scheinbare Widersprüche aufzuheben bzw. zu relativieren, um die Anwendung des Rechts *grosso modo* praktikabel und hinreichend rational zu ermöglichen.

Für die relative Einheit einer Rechtsordnung ist die Kommunikation zwischen Judikative und Wissenschaft von besonderer Bedeutung. Recht ist auch Kommunikationssystem, und der Dialog zwischen Rechtsprechung und wissenschaftlicher Dogmatik ist ein wichtiger Bestandteil dieses Systems und somit ein tragendes Element einer Rechtskultur.

Einen Diskurs über das Öffentliche Recht gibt es nicht: Präjudizien im richterlichen Diskurs und „herrschende Meinung“ in der Dogmatik bilden eine nur relative, variable Einheit. Für das „lebendige“ Recht ist es von Bedeutung, dass ihre jeweilige Legitimität stets auf dem Spiel und in Frage steht.

Insbesondere kann der wissenschaftlich-dogmatische Diskurs über das Öffentliche Recht nur als vielfältiger, als ein Konkurrenzsystem verschiedener Diskurse bestehen: Konkurrenz ist noch keine Fragmentierung, sondern der Rechtswissenschaft innewohnend. Das Problem der herrschenden Meinung liegt nicht darin, dass sie meint, sondern dass sie herrscht. Deshalb soll die Rechtswissenschaft demokratischer, offener Diskurs sein: Die Legitimität der herrschenden Meinung ist nicht transzendent festgesetzt, sondern muss sich immanent durch ihre Leistungen permanent als akzeptabel erweisen.

Diskurs wird daher hier als ein soziales, wettbewerbliches Kommunikationssystem und als ein ebensolcher -prozess verstanden, der Jurisprudenz und Rechtsprechung in einer „offenen Gesellschaft der Interpreten“ des Öffentlichen Rechts zusammenspannt.¹⁷ So offen und demokratisch diese Gesellschaft auch sein mag, absolut gewalt- und herrschaftsfrei ist sie dennoch nicht. Es geht ihr auch um radikale Auseinandersetzungen, semantische Kämpfe oder beherrschende Stellungen: In dieser Gesellschaft spielen Machtfaktoren eine Rolle. Rechtswissenschaft ist kritische Wissenschaft und insbesondere ständige Kritik der Legitimität der herrschenden Meinung. Dabei bedeutet „Kritik“ nicht „Ablehnung“, sondern nur „rationale Prüfung“. Bewertend kann man sagen: Eine angepasste, der herrschenden Meinung gehorsame Rechtswissenschaft ist keine „gute“ Rechtswissenschaft oder gar überhaupt keine *Rechtswissenschaft*.

¹⁷ Peter Häberle Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297.

II. Die Gründung des modernen Öffentlichen Rechts: eine fragmentierte Einheit?

1. Am Anfang war die Fragmentierung

a) Allgemeine Betrachtungen

Das moderne Öffentliche Recht ist das Ergebnis eines langwierigen Prozesses, der sich sowohl in Deutschland als auch in Frankreich durch das ganze 19. Jahrhundert hindurch vollzieht. Die Französische Revolution, der Frühkonstitutionalismus, die Verwaltungsreformen in Deutschland und in Frankreich während der Napoleonischen Zeit, die Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber dem Staat können als allgemeine Faktoren betrachtet werden, die diese Entwicklung grundsätzlich erklären. Es hatte sich etwas tiefgreifend geändert, das sowohl das alte „Teutsche Staatsrecht“ auf der einen als auch das „droit public“ des Ancien Régime auf der anderen Seite zu einer grundsätzlichen Erneuerung zwingen sollte. Die Trennung von Staat und Gesellschaft bedeutete das Ende des organischen Modells der absoluten Monarchie und ihrer Prinzipien, die *Ludwig XV.* noch 1766 vor dem *Parlement de Paris* hochfeierlich verkündet hatte: „Die Rechte und Interessen der Nation, aus der man einen vom Monarchen getrennten Körper zu machen sich anmaßt, sind notwendigerweise vereint mit den meinen“.¹⁸ Mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789 wurde diese Trennung endgültig und hochfeierlich verkündet und somit eine neue „Ordnungsidee“ begründet.¹⁹

Dieser Ordnungsidee nach war das von *Ludwig XV.* beanspruchte Verschmelzen von Königs- und Nationsrechten an ein Ende gelangt. Die Nation, d.h. die Gesellschaft und ihre Glieder als Individuen, hatten nun prinzipiell Rechte gegen den Staat. Es war die revolutionäre *tabula rasa*, jedoch eine intellektuelle, eine ideale und ideelle. Selbstverständlich wurden weder der Staat noch die Gesellschaft augenblicklich im Sinne der neuen Ordnungsidee transformiert. In Deutschland stellte sich das Eindringen und Einwirken der neuen Idee als ein noch viel komplexerer Prozess dar. Dem muss hier nicht nachgegangen werden.

Es genügt, darauf aufmerksam zu machen, dass in dieser neuen, sich allmählich entwickelnden sozio-politischen Lage der öffentlich-rechtliche

¹⁸ „[L]es droits et les intérêts de la nation, dont on ose faire un corps séparé du monarque, sont nécessairement unis avec les miens.“, „Flagellations“-Rede, 3. März 1766, in: Jules Flammarion (Hrsg.) *Remontrances du Parlement de Paris*, Bd. 2 (1755–1768), 1895, 556–559 (558).

¹⁹ *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die sozialen und politischen Ordnungsideen der Französischen Revolution (1991), wiederabgedr. in: *Böckenförde Staat – Nation – Europa*, 1999, 11 ff.

Diskurs eine neue Semantik aufbauen musste. Dies wurde ebenfalls ein langwieriger Prozess. Er machte die deutsch-französische und auch kontinentaleuropäische Geschichte des Öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert aus.

Der erste Umsturz in der Semantik lässt sich beobachten, als die Ausdrücke „Verfassungsrecht“ und „Verwaltungsrecht“ – „droit constitutionnel“ und „droit administratif“ – als Strukturelemente des öffentlich-rechtlichen Diskurses am Anfang des Jahrhunderts entstanden. Da Benennen immer auch Ordnen bedeutet, lohnt es sich, einen kurzen Blick auf die Wortgeschichte zu werfen.

Im 18. Jahrhundert wurde *ius publicum* in Deutschland gemeinhin mit „Staatsrecht“ übersetzt. Erst seit den siebziger Jahren des 18. Jahrhunderts trat die Redewendung „Öffentliches Recht“ als „Neologismus“ auf.²⁰ Das Staatsrecht war in zwei Disziplinen geteilt, das „allgemeine Staatsrecht“, das das Naturrecht und das Völkerrecht enthielt, und das „besondere Staatsrecht“, das einem bestimmten Staat bzw. politischen Gebilde, wie dem Heiligen Römischen Reich, eigen war.²¹ In Frankreich sprach man von „droit public“, manchmal von „droit politique“, worin man eine Übersetzung des deutschen „Staatsrechts“ erblicken kann. Es wurde ebenso zwischen „droit public général“ und „droit public particulier“ unterschieden.²² Der Ausdruck „droit constitutionnel“ wurde wenig verwendet; insbesondere war er ein Kampfbegriff der „Parlamente“, d.h. der souveränen Gerichtshöfe, in ihren Auseinandersetzungen mit dem Monarchen.²³

Als Lehrfach wurde das „Verfassungsrecht“ an den juristischen Fakultäten durch die *Assemblée constituante* 1791 etabliert.²⁴ Am 15. September 1793 schuf der Große Konvent alle Universitäten ab – und damit auch das ganze juristische Studium. Eine Verfassungsrechtslehre hatte sich in die-

²⁰ Michael Stolleis *Aufklärung und Öffentliches Recht*, in: Heinrich de Wall (Hrsg.) *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung*, FS Christoph Link, 2003, 851–864 (853).

²¹ Michael Stolleis *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1 (1600–1800), 1988, 268 ff.

²² *Diderot, d’Alembert Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Bd. 5, v Droit public: „Le *droit public* particulier est celui qui regle les fondemens de chaque état; en quoi il differe & du *droit public* général, qui concerne les liaisons que les différens états peuvent avoir entr’eux, & du *droit* privé ou particulier simplement, qui concerne chacun des membres d’un état séparément.“ Das „droit public général“ ist „celui qui regle les fondemens de la société civile, commune à la plupart des états, & les intérêts que ces états ont les uns avec les autres“. Es ist „la même chose que le *droit public* des gens“.

²³ *Arnaud Vergne* *La notion de constitution d’après les cours et assemblées à la fin de l’Ancien régime*, 2006.

²⁴ *Bulletin annoté des lois, décrets et ordonnances depuis le mois de juin 1789 jusqu’au mois d’août 1830* par *M. Lepec*, Bd. 2, 1834, 589.

ser kurzen Zeit selbstverständlich nicht ausgebildet. Es ging daraus keine Literatur zum Verfassungsrecht hervor, der Unterricht war vielmehr dazu gedacht, der Elite eine politische Bildung im Sinne der neuen Ordnung der Revolution beizubringen, nicht aber dazu, ein neues juristisches Fach zu begründen. Es sei hier auch nur kurz bemerkt, dass das Staatsrecht – *droit public* – im französischen Ancien Régime anders als in Deutschland, wo sich seit Anfang des 17. Jahrhunderts das Fach „*ius publicum*“ allmählich etabliert hatte,²⁵ keine echte universitäre Tradition hatte.²⁶ Der einzige renommierte Jurist, der vor 1800 ein Buch über das *droit public* verfasst hatte, war *Jean Domat*, dessen „*Quatre livres du droit public*“ posthum und unvollendet 1697 erschienen.²⁷ Wie der Titel ankündigt, war das Werk in vier Bücher gegliedert: von der Regierung und der allgemeinen Polizei eines Staates; von Beamten und anderen Personen, die an öffentlichen Ämtern mitwirken; von Verbrechen und Delikten; von der Gerichtsordnung (Zivil- und Strafverfahren). Es waren vier Bücher in einem Band, was darauf hinweist, dass an die Möglichkeit einer einheitlichen Systematik des *droit public* nicht gedacht wurde, obwohl das Thema „System“ in der damaligen Jurisprudenz nicht unbekannt war. Zwar ließ sich das Naturrecht als rationale Konstruktion und bald auch das römische Recht systematisieren. Das positive Recht jedoch, gleichviel, ob in Gestalt des Gewohnheitsrechts oder in jener von gewillkürtem Recht, schien sich jeder Systematik zu entziehen. Dies lässt sich dadurch erklären, dass sowohl in Deutschland als auch in Frankreich das „besondere“ Staatsrecht als „nationales“ Staatsrecht seine Wurzeln gerade in die jeweiligen einheimischen Rechte, nämlich das französische und das deutsche Recht, treibt, deren im 16. Jahr-

²⁵ *Stolleis* Geschichte, Bd. 1 (Fn. 21), 141 ff.

²⁶ *Jean Portemer* Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIII^e siècle, *Revue d'histoire du droit* 1959, 341 ff.; *Christian Chêne* Les études de droit public sous l'Ancien régime et les libertés de l'Église gallicanes, *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 24 (2004), 34 ff.; *Jean-Louis Thireau* Le droit public dans la doctrine française du XVI^e et du début du XVII^e siècle, *Revue d'histoire des facultés de droit*, 25–26 (2005–2006), 73 ff. Das Staatsrecht wurde in Paris und Straßburg sowie einigermaßen in Besançon unterrichtet, wobei die beiden letzten Fakultäten die Reichstradition fortsetzten. 1773 wurde immerhin ein Lehrstuhl für Öffentliches Recht (*droit public*) am *Collège Royal* – später *Collège de France* – durch Ludwig XV. gegründet: *Jean-Louis Mestre* Histoire du droit constitutionnel et de son enseignement, in: *Louis Favoreu* (Hrsg.) *Droit constitutionnel*, 5. Aufl. 2002, 10 ff.

²⁷ *Jean Domat* Les quatre livres du droit public (1697), neue Aufl. 1829 durch *Joseph Rémy*, wiederabgdr. Université de Caen, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1989. Siehe: *David Gilles* Jean Domat et les fondements du droit public, *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 25–26 (2005–2006), 94 ff.; *Grégoire Bigot* La difficile distinction droit public/droit privé dans l'ancien droit: l'exemple du droit administratif, *Droits*, n° 38 (2003), 97 ff.

hundert erneuerte Jurisprudenz in beiden Ländern historisch-philologisch arbeitete und nicht grundsätzlich rational-systematisch.²⁸ Erst im 19. Jahrhundert, in erster Linie mit der deutschen Historischen Rechtsschule und insbesondere durch *Savigny*, versuchte man, systematische Betrachtung und geschichtliche Forschung in einem neuen Wissenschaftskonzept zu vereinbaren, wodurch gegen das alte Diktum *Aristoteles'* eine Wissenschaft des Besonderen und nicht nur des Allgemeinen als möglich erscheinen musste.²⁹

Das Privatrecht verfügte über eine alte, vorgeordnete, sedimentierte Begrifflichkeit römischer Herkunft, die die Systematisierung relativ erleichterte. Es kam nicht von ungefähr, dass sich in Deutschland das neue Wissenschaftskonzept zuerst und nachhaltig in der Dogmatik der Romanisten entfaltete. Der Code civil in Frankreich brachte zwar eine Zäsur im Zivilrecht, an den Fakultäten wurde ja eher der „Code civil“ als das „droit civil“ unterrichtet (die sog. „Exegese-Schule“ dominierte bis etwa Ende des Jahrhunderts), dennoch bestanden die allgemeinen, überlieferten Kategorien und Begriffe fort, und neuere Studien zeigen, dass die Exegese nicht so trocken und textabhängig war, wie eine hartnäckige, um 1900 gebildete Legende glauben machen will.³⁰ Anders war aber die Lage im Öffentlichen Recht.

Wie *Domats* Programm zeigt, umfasste das *droit public* neben den Regierungsrechten auch das Kriminalrecht, das Gerichtsordnungs- und Gerichtsverfahrensrecht. Darüber hinaus war die Polizei mit einbezogen. Gleiches gilt im Grunde genommen für das alte deutsche „Staatsrecht“. Eine gewisse einheitliche, auf gemeinsamen Grundbegriffen gegründete Ordnung dieses disparaten Stoffes sucht man vergeblich. Auf dieses Vermächtnis des alten Staatsrechts konnte das neue Öffentliche Recht nicht auf einmal verzichten und ein einheitliches Bild des Stoffes aus sich heraus sofort erzeugen.

Mit den Ausdrücken Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht wurde der Stoff des Öffentlichen Rechts nicht nur umbenannt, sondern auch neu orga-

²⁸ Für Frankreich: *Thireau Droit public* (Fn. 26), 85 ff., der für die Verbindung zwischen *droit français* und *droit public* insbesondere *Charles du Moulin* (1500–1566) und *Louis Charondas Le Caron* (1534–1613) und seine *Pandectes de droit français* (1596) hervorhebt. Für Deutschland und die Rolle *Hermann Conrings* bei der Entstehung eines deutschen Staatsrechts: *Stolleis* Geschichte, Bd. 1 (Fn. 21), 231 ff.

²⁹ *Olivier Jouanjan* Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800–1914), 2005, 128 f.

³⁰ *Rémy Éloge* (Fn. 9); *Christophe Jamin/Philippe Jestaz* Présentation, in: *Eugène Gaudemet* L'interprétation du Code civil en France depuis 1804, 1935, wiederabgedr. 2002; *Frédéric Audren/Jean-Louis Halpérin* La culture juridique française, 2013, 56 f.

nisiert. Diese Neugestaltung wurde, wenn auch nicht sofort, dennoch auf lange Sicht entscheidend.

b) *Deutsche Anfänge eines neuen Öffentlichen Rechts*

In seinem Handbuch zum „Öffentliche[n] Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten“ (1. Aufl. 1817) schlägt *Johann Ludwig Klüber* eine neue Einteilung des Öffentlichen Rechts vor: Das Öffentliche Recht, auch „Staatsrecht im weitern Sinn“ genannt, teilt sich in „äussere[s] öffentliche[s] Recht“, i.e. Völkerrecht, und „inneres öffentliches Recht oder Staatsrecht in dem engern oder eigentlichen Sinn“. Ferner sei „[d]as Staatsrecht im engern, oder eigentlichen Sinn“ in Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht zu unterteilen.³¹ Diese Einteilungen spiegeln jedoch allenfalls eine äußere Ordnung des Stoffes wider und dienen nur der Gliederung des Handbuchs. Tatsächlich sei die Wissenschaft vom deutschen Öffentlichen Recht „keine rationale“, sondern „eine theils historische, theils positive [...]“. Bei einem so verschiedenartig zusammengearbeiteten Stoff würden, wie überhaupt in dem positiven Recht, so genannte höchste Principe misslich seyn.“ Eine „systematische Einheit des Ganzen“ könne nichts mehr sein als eine „leichte, ungezwungene Ordnung, so weit Eigenheit und Mannigfaltigkeit des Stoffs es gestatten“. Allerdings „[j]e mehr einzelne Gegenstände zu Hauptgesichtspuncten erhoben werden, desto mehr vervielfältigen sich die Abtheilungen. [...] die Uebersicht des Ganzen [verliert]“. Der Ausklang ist eindeutig: „Zweckwidrig wäre, Deutlichkeit und natürlichen Zusammenhang der Materie, dem blossen Systemgeist, einem eitlen Formenspiel, slavisch aufzuopfern“.³²

Desungeachtet erhob *Robert von Mohl* in seinem „Staatsrecht des Königreiches Württemberg“ den Anspruch, ein vollständiges staatsrechtliches „System“ durch die Darstellung „aller staatsrechtlichen Verhältnisse“ bilden zu wollen.³³ Diese bestehen „aus zwei großen Hälften“: zum einen „das Verhältnis des Staatsoberhauptes zu den Staatsgenossen“, das *Mohl* „die Verfassung“ nennt; zum anderen solche Rechtsverhältnisse, die dazu bestimmt sind, „die Vorschriften der Verfassung in das Leben einzuführen und auf die einzelnen Fälle anzuwenden“, und die das Verwaltungsrecht ausmachen, das damals schon als eine Art „konkretisierte Verfassung“ ver-

³¹ *Johann Ludwig Klüber* Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten, 1. Abt., 3. Aufl. 1831, 6–7. *Heinrich Albert Zachariä*, der der Unterscheidung *Klübers* zwischen „öffentlichem Recht“ (= „Staatsrecht im weitern Sinne“) und Staatsrecht „im engern Sinne“ grundsätzlich folgt (Deutsches Staats- und Bundesrecht, 2. Aufl., 1. Teil, 1853, 1 f.), spricht vom „Regierungsrecht“ statt vom „Verwaltungsrecht“.

³² Alle Zitate: *Klüber* Öffentliches Recht (Fn. 31), 16.

³³ *Robert von Mohl* Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 1. Teil, 1829, 24.

standen wurde. Das Verfassungsrecht bestimmt die allgemeinen Zwecke des Staats, und die Verwaltung verhält sich „wie das Mittel zum Zweck“.³⁴ Mit dieser instrumentalen Deutung der Beziehung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht bestimmte *Mohl* sein Programm: ein „verfassungsgelbundenes rechtsstaatliches Verwaltungsrecht“³⁵. Im Vorwort zum zweiten Teil betont *Mohl* jedoch, wie schwierig – und vielleicht nach seinen eigenen Voraussetzungen unmöglich – eine Systematisierung des Verwaltungsrechts sei: „Das Verfassungsrecht ist ein geschlossenes Ganzes [...]. Ganz anders dagegen ist es im Verwaltungsrechte. Der Stoff ist nicht so genau begrenzt [...]. Die Quellen sind unzählbar [...]. Zur genaueren Einsicht und practisch-richtigen Darstellung gehört neben der Kenntniss der geschriebenen Gesetze auch sichere Nachricht über die – bald ergänzende, bald abändernde – Praxis. [...] Wer aber ist in der Lage, in allen Zweigen einer ganzen Staatsverwaltung diese Bedingungen [eines sicheren und ausführlichen Wissens] sämmtlich erfüllen zu können? Ich wenigstens bin es nicht.“³⁶ Das Vorhaben eines Systems des Staatsrechts, verstanden als das innere Öffentliche Recht, war somit verfehlt.

Am Anfang des modernen Öffentlichen Rechts war die Fragmentierung. Nicht das System, sondern allenfalls eine lose und äußere Einheit. Es ist hier nicht nötig, weitere Beispiele zu nennen. Es genügt, festzustellen, dass im Vormärz eine wirklich systematische Behandlung des öffentlich-rechtlichen Stoffs weithin impraktikabel schien. Das größte Hindernis dafür lag wesentlich im Verwaltungsrecht. Das Verfassungsrecht des konstitutionellen Regimes erschien dagegen wie ein in sich geschlossenes Ganzes. Folgende Gründe dürften diesen Unterschied zwischen beiden Zweigen des neuen Staatsrechts erklären.

Im monarchischen Prinzip, in Artikel 57 der Wiener Schlussakte von 1820 kodifiziert, schienen die geschriebenen sowie die ungeschriebenen Verfassungen des deutschen Konstitutionalismus einen klaren, inneren und einheitsstiftenden Grundsatz zu besitzen. Der Streit um Sinn und Stellung der Landstände förderte zwar unterschiedliche Interpretationen der Landesverfassungen und des gemeinen Staatsrechts zutage, die dennoch jede für sich genommen eine hinreichende Systematik besitzen konnten. Anders war es im Bereich des Verwaltungsrechts.

Bekanntlich entstand das Verwaltungsrecht als selbständiges Fach als das Ergebnis eines Modifikationsprozesses der Polizeiwissenschaft des

³⁴ *Robert von Mohl* Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 2. Teil, 1831, 4.

³⁵ *Michael Stolleis* Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 77.

³⁶ *Mohl* Staatsrecht 2 (Fn. 34), III–IV.

Ancien Régime bzw. der Polizeirechtswissenschaft, die sich im Laufe der zunehmenden Unterscheidung von Staat und Gesellschaft in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts langsam etablierte, ihren Höhepunkt Anfang des 19. Jahrhunderts im Werk von *Günther Heinrich von Berg* fand und zum Gegenstand hatte, die Polizei als eine Tätigkeit zu betrachten, die zwischen Staat und Bürgern eigentliche Rechtsverhältnisse begründet.³⁷ Der Weg von der Polizei zum Verwaltungsrecht über das Polizeirecht war jedoch ein besonders komplizierter, erinnert sei daran, dass die alte Polizei „nicht im strengen Sinn als dauerhaftes Recht, sondern lediglich als obrigkeitliches, variables Gebot“ verstanden wurde.³⁸ Das Polizeirecht ließ sich deshalb nicht von einem einheitlichen Prinzip deduzieren, wenn seine Regelungen, wie *Nikolaus Falck* in seiner „Juristischen Enzyklopädie“ (1. Aufl. 1821) es betont, zufällig und willkürlich sind.³⁹ Das Verwaltungsrecht *Robert von Mohls* war eine Art, unter den gewandelten Bedingungen einer rechtsstaatlichen Ordnung das Polizeirecht neu zu betrachten.⁴⁰ Der Stoff dieses neuen Verwaltungsrechts bleibt im Grunde der des Polizeirechts sowie der Polizeiwissenschaft und infolgedessen einer wissenschaftlichen Systematisierung schwer zugänglich. Das Verwaltungsrecht blieb weiterhin narrativ, nach dem sog. „Ressortprinzip“ klassifiziert, jedoch nicht systematisiert.

c) Französische Anfänge

In Frankreich verlief der Weg des modernen Öffentlichen Rechts eher in umgekehrter Richtung. Als das Fach „Verfassungsrecht“ sich zu Beginn der Dritten Republik um 1880 endgültig an den Fakultäten etablierte, war das Verwaltungsrecht ein fester Teil der juristischen Ausbildung und Gegenstand einer sorgfältig ausgearbeiteten Dogmatik. Diese begann schon in der Restaurationszeit, als der Conseil d'État sich nach seinen Napoleonischen Anfängen und trotz gewichtiger Gegenstimmen im monarchischen Institutionengefüge verfestigte. Die Gründung des Conseil d'État durch *Bonaparte* und noch mehr 1806 die Errichtung der „*Commission du contentieux*“ (Ausschuss für Streitsachen) innerhalb desselben gaben dem Verwaltungsrecht eine gewisse Konjunktur.

³⁷ *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2 (1800–1914), 1992, 228 ff.

³⁸ *Stolleis* Aufklärung (Fn. 20), 854.

³⁹ Französische Übersetzung der 4. Aufl.: *Nikolaus Falck* Cours d'introduction générale à l'étude du droit ou Encyclopédie juridique, 1841, 74.

⁴⁰ Vgl. *Robert von Mohl* Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 2. Aufl. 1844.

Wenige Tage, bevor er den Code civil am 30. Ventose des Jahres XII (21. März 1804) bekanntmachte, hatte *Napoléon* das Gesetz vom 22. Ventose ausgefertigt, welches die „*Ecoles de droit*“ in Frankreich neu errichtete, die 1808 mit der Errichtung der neuen kaiserlichen Universität in „juristische Fakultäten“ umbenannt wurden.⁴¹ Das Ziel war selbstverständlich, durch eine entsprechende Ausbildung das richtige Verständnis und die soziale Akzeptanz des neuen Gesetzbuchs vorzubereiten. Sie waren jedoch auch zur Verbesserung der Ausbildung des hohen Beamtentums konzipiert, wie der *Conseiller d'Etat Fourcroy* in seiner Darstellung vor dem *Tribunat* besonders betonte.⁴² In diesen *Ecoles* mussten das „*droit public français*“ und das „*droit civil dans ses rapports avec l'administration publique*“ (Zivilrecht in seinen Bezügen zur öffentlichen Verwaltung) gemeinsam als ein Fach über zwei Jahre des ordentlichen dreijährigen Studienganges gelesen werden. Dennoch wurde die Errichtung der Lehrstühle in Paris sowie in der Provinz aus verschiedenen, besonders politischen Gründen bis zum Ende der Restauration schwierig, und die geplanten Vorlesungen wurden kaum gehalten, oft schnell eingestellt oder auf das Verwaltungsrecht, das wenig politisch erschien, reduziert.⁴³

Wenngleich im Zuge der Restauration durch eine königliche Verordnung von 1819 der Versuch unternommen wurde, den Platz des Öffentlichen Rechts zumindest an der Pariser Fakultät im ordentlichen Studiengang dadurch zu sichern, dass ein Lehrstuhl für das „positive öffentliche Recht und französische Verwaltungsrecht“ vorgesehen wurde, konnte dieser erst ab 1828 regulär besetzt werden. In den provinziellen Fakultäten wurden allmählich Lehrstühle für Verwaltungsrecht errichtet, die meisten während der Juli-Monarchie.⁴⁴

⁴¹ *Audren/Halpérin* La culture (Fn. 30), 23.

⁴² Rede in: Code Napoléon suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du Gouvernement, Bd. 7, 1808, 328.

⁴³ Als einziges Zeugnis des öffentlich-rechtlichen Unterrichts während des Kaiserreichs ist die Vorlesung des Pariser Professors *Louis-François Portiez*, gen. *Portiez de l'Oise*, 1808 unter dem Titel „*Législation administrative*“ erschienen. Dazu: *Jean-Louis Mestre* Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le Cours de législation administrative de Portiez de l'Oise (1808), *Revue française de droit administratif* 1993, 239–246; *Simon Gilbert* Aux origines doctrinales du droit administratif: Portiez de l'Oise (1765–1810), *Revue historique du droit français et étranger* 85/2 (2007), 247–272. Eine geschichtliche Übersicht der französischen Verwaltungsrechtslehre ist auf Deutsch zugänglich in: *Patrice Chrétien* Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Frankreich, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. IV, 2011, 81 ff.

⁴⁴ Zusammenfassend *Guillaume Richard* Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République, 2015, 44 ff.

Diese offizielle Bezeichnung des Lehrstuhls, die bis zum Beginn der Dritten Republik und der grundsätzlichen Erneuerung des Hochschulwesens galt, war für das akademische Konzept des öffentlichen Rechts von einer gewissen Bedeutung.

Erstmals wird auf das Wort „Verfassungsrecht“ (*droit constitutionnel*) verzichtet. Es kann vermutet werden, dass eine solche Bezeichnung zu sehr mit der Revolution konnotiert war. Nach der Verabschiedung der ersten französischen Verfassung am 3. September 1791 hatte die *Assemblée nationale constituante* am 26. September angeordnet, dass alle juristischen Fakultäten einen ihrer Professoren beauftragen sollten, „den jungen Studierenden die französische Verfassung zu unterrichten“.⁴⁵ Auf diese Weise entstanden die allerersten französischen „*professeurs de droit constitutionnel*“.⁴⁶ Dieser Unterricht existierte dennoch nur sehr kurze Zeit, bis die *Convention* am 15. September 1793 das gesamte Universitätswesen abschaffte.⁴⁷ Ein Lehrstuhl für Verfassungsrecht wurde erst 1834 und nur an der *Faculté de droit de Paris* auf Initiative von *François Guizot* errichtet und einem Angehörigen des Juste-Milieu, *Pellegrino Rossi*, anvertraut.⁴⁸ In seinem Bericht an den König begründete *Guizot* diese Maßnahme wie folgt: Ein solcher Unterricht müsse „die Fehler der Ignoranz und den Leichtsinne der oberflächlichen Konzepte verdrängen“ und durch „starke, positive Kenntnisse ersetzen“; das Verfassungsrecht sei nun „eine echte Wissenschaft, deren Prinzipien bestimmt und deren Anwendungen täglich sind“, so dass von daher „keine äußersten Konsequenzen zu fürchten sind“ und „keine Geheimnisse verschleiert werden müssen“.⁴⁹ Der rechtliche Gehalt dieses Verfassungsrechts war eher klein, es verfolgte aber ein bestimmtes politisches Ziel, und zwar die historische und politische Legitimation der Juli-Monarchie und ihrer Charta als Regime der von *Guizot* beanspruchten „Souveränität der Vernunft“.⁵⁰ Opposition des Lehrkörpers

⁴⁵ Text in: J. B. Duvergier (Hrsg.) *Collection complète des lois*, 2. Aufl., Bd. 3, 1834, 368.

⁴⁶ *Jean-Louis Mestre* Les emplois initiaux de l'expression „droit constitutionnel“, *Revue française de droit constitutionnel* 2003/3, 467 ff.

⁴⁷ *Christian Chêne* Enseignement du droit, in: *Denis Alland/Stéphane Rials* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, 623.

⁴⁸ *Pellegrino Rossi* Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris, hrsg. v. Armand Porée, 4 Bde., 1866–67. Eine gekürzte Fassung, von *Julien Boudon* etabliert und eingeleitet, ist 2012 erschienen.

⁴⁹ *François Guizot* Rapport au Roi, *Moniteur* vom 24. August 1834. Siehe: *Pierre Rosanvallon* Le moment Guizot, 1985, 285 ff.; *Julien Boudon* Introduction, in: *Rossi* Cours (Fn. 48), 2012, nicht paginiert.

⁵⁰ *Olivier Jouanjan* Histoire de la science du droit constitutionnel, in: *Dominique Chagnollaud/Michel Troper* (Hrsg.) *Traité international de droit constitutionnel*, Bd. 1, 2012, 79 f.

und studentische Unruhen hinderten jedoch die normale Durchführung dieser Vorlesung: Sie wurde als Unterricht im ordentlichen Studiengang (*Licence*) nach drei Sitzungen schon im Dezember 1834 eingestellt und konnte erst im November 1835 als Veranstaltung für Doktoranden weiter gehalten werden. 1844 verließ *Rossi* Paris, um nach Rom zu gehen: Der Lehrstuhl blieb unbesetzt und wurde nach dem Ende der Juli-Monarchie 1848 förmlich abgeschafft.⁵¹ Als das Verfassungsrecht zum ordentlichen Lehrfach der französischen Rechtsfakultäten wurde, hatte es keine echte Tradition.

Die Bezeichnung des ordentlichen Lehrstuhls war also, wie schon erwähnt, nicht „Verfassungsrecht“, sondern „positives öffentliches Recht und französisches Verwaltungsrecht“. Dazu noch zwei kurze Bemerkungen.

Erstens ist damit klargestellt, dass das alte „allgemeine Staatsrecht“ nicht gemeint war, sondern nur das „besondere“, „positive“ Staatsrecht. Als Überbleibsel dieses „allgemeinen Staatsrechts“ war das Naturrecht dem Lehrstuhl für „Völkerrecht“ (*droit des gens*) angegliedert. Im inneren Öffentlichen Recht schien das Naturrecht allzu sehr revolutionär aufgeladen.

Zweitens war das „öffentliche Recht“ formell vom Verwaltungsrecht derart unterschieden, dass dieses nicht ohne weiteres als ein Teil – neben dem Verfassungsrecht – des gesamten „öffentlichen Rechts“ verstanden werden durfte. Außerdem hatten die beiden monarchischen Chartas von 1814 und 1830 die Gewährung der staatsbürgerlichen Rechte unter dem Titel „*droit public des Français*“ – das Öffentliche Recht der Franzosen – eingegliedert. Aus diesen zwei Gründen fielen die dogmatischen Klassifizierungen des Gesamtfaches recht unterschiedlich aus. *Émile Victor Foucart* teilte das „innere öffentliche Recht“ eher traditionell in das „politische Recht“ auf der einen Seite, das sich „auf die Organisation der Staatsgewalt, auf die Rechte und Pflichten der Bürger bezieht“, und das „Verwaltungsrecht“ auf der anderen Seite, als das Recht der „Bewirtschaftung (*gestion*) der gemeinen Interessen.“⁵² Für *Denis Serrigny* dagegen betraf das „öffentliche Recht im eigentlichen Sinne“ die „von der Verfassung anerkannten und geschützten Rechte“, während das „Verfassungsrecht“ einerseits der „Bestandteil der Gesetzgebung eines Volkes“ sei, „der seine Regierungsform normiert“, und das Verwaltungsrecht andererseits „die Verhältnisse zwischen den Regierenden und den Regierten in den Ausführungseinzelheiten der diese bestimmenden Maßnahmen“ beinhaltet. Diese drei Teile zusammen bilden „das innere öffentliche Recht *lato sensu*“, wobei das

⁵¹ *Boudon* Introduction (Fn. 48).

⁵² *Émile Victor Foucart* Précis de droit public et administratif, 1844, 3.

Verwaltungsrecht auf dessen „niedrigster Stufe“ stehe.⁵³ *Anselme Batbie* seinerseits trennte ohne weiteres das „öffentliche Recht“, das die staatsbürgerlichen Rechte und das „Verfassungsrecht“ als Staatsorganisationsrecht enthalte, vom „Verwaltungsrecht“.⁵⁴

Die Klassifizierungen waren daher uneinheitlich und relativ verschwommen. Der methodische Ansatz blieb weithin unentwickelt. Die Studie der Individualrechte beschränkte sich auf die Darstellung ihrer gesetzlichen Ausgestaltungen als trockene Exegese. Das Organisationsverfassungsrecht war streng deskriptiv. Beides gilt auch für die Anfänge des Verwaltungsrechts, dessen Herangehensweise sich weithin in Erläuterungen von Gesetzen und Verordnungen erschöpfte.⁵⁵ Dabei war die herrschende zivilrechtliche Ideologie eines puren Legalismus auch im Bereich des Öffentlichen Rechts bestimmend. Legalität war die Legitimität der Rechtswissenschaft. Jedoch hatte die exegetische Zivilrechtsdogmatik ihre eigene Einheit in der Form der gesetzlichen Kodifikation von 1804. Der *Code civil* war wie ein vorgegebenes System der juristischen Dogmatik, wo sich die rechtliche Vernunft sozusagen entfaltete. Die Zivilrechtsprechung des Kassationshofs wurde als illustrativ und nicht wirklich konstitutiv betrachtet.

Dem Verwaltungsrecht fehlte allerdings der „Code“, die Kodifikation. Das Verwaltungsrecht war wie in Deutschland Nachfolger der Polizeiwissenschaft und nicht weniger als in Deutschland durch mannigfaltige Mikrogesetzgebungen zersplittert.⁵⁶ Unter den allerersten Verwaltungsrechtlern in den zwanziger und dreißiger Jahren des 19. Jahrhunderts herrschte eine gewisse Sehnsucht nach einem „Code administratif“. Einer der ersten namhaften Vertreter des Fachs, *Louis Antoine Macarel*, wies der Verwaltungsrechtslehre die Aufgabe zu, durch Beherrschung von vielschichtigen und widersprüchlichen Regelwerken die Hauptzüge eines „Code administratif de la France“ auszuarbeiten.⁵⁷ Gleiches gilt für seinen Zeitgenossen, *Joseph-Marie de Gérando*: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts müsse ein

⁵³ *Denis Serrigny* Traité du droit public des Français, Bd. 1, 1846, 95 f.

⁵⁴ *Anselme Batbie* Traité théorique et pratique de droit public et administratif, Bd. 1, 1861, 27.

⁵⁵ *François Burdeau* Nonagesimo Anno: Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet, 1999, 539.

⁵⁶ *François Burdeau* Histoire du droit administratif, 1995, 111: „Die ersten verwaltungsrechtlichen Schriften weisen das Gewicht eines doppelten Erbes: das eine, welches aus der Tradition der polizeiwissenschaftlichen Studien des 18. Jahrhunderts, das andere, welches die ersten Generationen von Verwaltungsrechtlern der revolutionären Verehrung des Gesetzes schulden.“

⁵⁷ *Louis Antoine Macarel* Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, 1828, 566 f.

Surrogat des fehlenden *Code* sein.⁵⁸ *Pierre Legendre* hat den Stellenwert dieser ersten „Bestrebungen nach einem Bestandsverzeichnis“ („*efforts d'inventaire*“) hervorgehoben.⁵⁹

Die zweite Generation der Verwaltungsrechtsdogmatik wies jedoch diesen Appell nach einer wissenschaftlichen Kodifizierung sowie die Möglichkeit eines Verwaltungsgesetzbuchs als eine „Chimäre“⁶⁰ zurück.⁶¹ Dennoch, ob man sich für einen Code begeisterte oder nicht, das Verwaltungsrecht blieb bis in die sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts weithin gesetzgebungsorientiert und nach dem Ressortprinzip organisiert,⁶² eine Lage, die ein früherer Autor 1831 als „eine Art Statistik der geltenden Gesetzgebung“ charakterisiert hatte.⁶³ Einem „materiellen Ansatz“ folgend, konnte das neue Fach „kein integriertes System“ bilden.⁶⁴ Der Unterricht und die Lehrbücher wurden in zwei Hauptteile gegliedert: Die Verwaltungsbehörden und ihre Organisation gingen den „*matières administratives*“ (Verwaltungsangelegenheiten) voran. Die Darstellung des zweiten Teils folgte nicht selten einer strikten alphabetischen Ordnung.⁶⁵ Das *Répertoire* (Verzeichnis) war die weit verbreitete Form des Verwaltungsrechts: Inventar statt System.

Bemerkenswert ist dabei die Tatsache, dass die sich entwickelnde Verwaltungsrechtsprechung, insbesondere die des *Conseil d'État*, eher sparsam Beachtung fand. Diese war jedoch gut bekannt. In dem von *Jean-Baptiste Sirey* 1808 gegründeten „*Recueil général des lois et arrêts*“ wurden Entscheidungen des *Conseil d'État* erstmalig veröffentlicht. 1814 gab *Sirey* die ersten Hefte einer stärker systematisch angelegten Sammlung dieser Entscheidungen unter dem Titel „*Jurisprudence du Conseil d'État*“ heraus. 1818 hatte *Louis Antoine Macarel* seinerseits eine Analyse von mehr als

⁵⁸ *Joseph-Marie de Gérando* *Institutes du droit administratif français ou éléments du code administratif réunis et mis en ordre*, 1829, 3 ff. Siehe: *Nader Hakim* *Les Institutes du droit administratif: Gérando et l'empire du droit civil*, in: Jean-Luc Chappey/Carole Christen/Igor Moullier (Hrsg.) *Joseph-Marie de Gérando (1772–1842). Connaître et réformer la société* Observer, 2014, 113–126.

⁵⁹ *Pierre Legendre* *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, 1968, 10. Dazu auch: *Sabino Cassese* *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, 2000, 25 ff.

⁶⁰ So *Denis Serrigny* *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, 2. Aufl., Bd. 1, 1865, IX.

⁶¹ Dazu: *Mathieu Touzeil-Divina* *La doctrine publiciste 1800–1880*, 2009, 34 ff.

⁶² *Benoît Plessix* *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, 2003, 355 ff.

⁶³ *Adèle-Gabriel-Denis Bouchené-Lefer* *Droit public et administratif*, 1831, XLV.

⁶⁴ *Burdeau* *Histoire* (Fn. 56), 113.

⁶⁵ *Burdeau* *Histoire* (Fn. 56), 116 f.

4.000 Fällen des *Conseil d'État* veröffentlicht.⁶⁶ Dieser übernimmt 1821 die Herausgeberschaft der Sammlung *Sireys* und ändert ihren Titel: Der „*Recueil des arrêts du Conseil d'État*“, der heute noch als offizielle Sammlung der Verwaltungsrechtsprechung gilt, war nun entstanden.⁶⁷ Nichtsdestotrotz blieb diese Rechtsprechung eine Randerscheinung der früheren Verwaltungsrechtswissenschaft: Dem exegetischen Ansatz folgend wurden Gesetze und Verordnungen als die wahren Quellen des Rechts überhaupt, insbesondere des Verwaltungsrechts, betrachtet.⁶⁸

Dennoch kam der Durchbruch in der französischen Verwaltungsrechtslehre, als diese begann, sich intensiv mit der Rechtsprechung des *Conseil d'État* zu beschäftigen. Alsdann wurde klar, dass sie mit dem theoriearmen, sich noch von der alten Polizeiwissenschaft nährenden, als Inventar der Verwaltungsgesetzgebung verstandenen Verwaltungsrecht brechen müsse. Diese Wende begann in den sechziger Jahren des 19. Jahrhunderts, als *Rodolphe Dareste*, einer der Vorreiter des neuen, klassischen Verwaltungsrechts, 1862 erklärte: „Der Zeitpunkt ist gekommen, die rein alphabetische Ordnung zu verlassen, um eine rationale Methode zu verfolgen.“⁶⁹ Mit diesem Methodenwandel im Verwaltungsrecht wurde auch das französische Verfassungsrecht erneuert.

d) Fazit

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts erfuhr das Öffentliche Recht in Deutschland genauso wie in Frankreich eine dogmatische Neuordnung, welche einen Bruch mit dem alten Diskurs des 18. Jahrhunderts vollzog. Abgesehen von manchen Varianten, insbesondere in Frankreich, wurde das innere Öffentliche Recht grundlegend in zwei neue Teile geordnet, in das Verfassungs- und das Verwaltungsrecht. Diese Einteilung hatte eine nicht hinreichend beachtete Auswirkung: Das Zivil- und Strafrecht sowie das materiale Strafrecht, die weder dem Verfassungsrecht noch dem Verwaltungsrecht zugeordnet werden konnten, wurden aus dem öffentlich-

⁶⁶ *Louis Antoine Macarel* *Éléments de jurisprudence administrative*, 2 Bde., 1818.

⁶⁷ 1839 wird *Felix Lebon* zum Herausgeber der Sammlung, die heute als „*Recueil Lebon*“ geläufig ist. Siehe *Touzeil-Divina* *La doctrine* (Fn. 61), 54 ff.

⁶⁸ *Burdeau* *Histoire* (Fn. 56), 114 f., der *Louis Marie de Cormenin* als Ausnahme zitiert: Verwaltungsgesetze bilden nur einen Haufen an „blutigen, monströsen, unverdaulichen, verwirrten“ Normierungen, die entweder „in beschwerlichen Einzelheiten ertränken“, oder „zu kurz“ sind; „[ü]berall hat die Rechtsprechung das Gesetz erläutert, kommentiert oder ersetzt.“ Die Quelle des Zitats von *Cormenin* ist leider nicht angegeben. Das wichtigste Buch *Cormenins* über das Verwaltungsrecht ist: *Questions de droit administratif*, 2 Bde, 1822.

⁶⁹ *Rodolphe Dareste* *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, 1862, vi.

rechtlichen Bereich ausgegrenzt. In diesem Sinne wurde das alte „Staatsrecht“ bzw. *droit public* fragmentiert.

Diese Vereinfachung bedeutete jedoch nicht die Vereinheitlichung des neuen Feldes. Der Hauptgrund dafür liegt darin, dass das Verwaltungsrecht weiterhin maßgebliche Züge der alten Polizeiwissenschaft trug. In Frankreich und in Deutschland blieb der Ansatz materiell-rechtlich: Es ging darum, die Staatstätigkeit in ihren Teilgebieten anhand der geltenden, oft rein technischen Gesetze und Verordnungen zu erläutern. Ein solches Verwaltungsrecht brauchte daher auch keine im engeren, substanziellen Sinne juristische, inhaltliche Verknüpfung zum Verfassungsrecht. Darüber hinaus konnte zwischen solchen grundverschiedenen Teilgebieten – in Frankreich von „*Abattoirs*“ (Schlachthäuser) bis „*Voirie*“ (öffentliche Wege und Straßen), oft der alphabetischen Reihe nach dargestellt – keine innere Einheit bestehen. Der verwaltungsrechtliche Diskurs blieb rhapsodisch, narrativ und rein erläuternd, dem Ressortprinzip folgend und im extremen Fall in der alphabetischen Ordnung der *Répertoires*.

Trotz seiner nicht gering zu schätzenden Verdienste blieb auch *Mohls* Verwaltungsrecht diesem Denken verhaftet. Etwa vierzig Jahren später begrüßte noch *Lorenz von Stein* die von *Mohls* Verwaltungsrecht eingeschlagene Richtung, die „die Aufstellung des Verwaltungsrechts als eines zweiten *organischen* Theiles des Staatsrechts neben dem Verfassungsrecht“ zum Prinzip machte. Somit wäre auch „die Verbindung des Staatsrechts mit der Verwaltungslehre zu ihrem wahren Ausdruck“ gebracht.⁷⁰ Diese Stellungnahme rührte jedoch daher, dass die Einteilung des Verwaltungsrechts nach Ressorts als eine Anerkennung des Vorrangs der Verwaltungslehre und deren eigener Klassifizierung nach Teilgebieten der Staatstätigkeit zu verstehen sein könnte. Danach ist die Verwaltungslehre, betont *Stein*, „die natürliche und nothwendige Grundlage des Systems des Verwaltungsrechts“.⁷¹ Ein solches „System“ schien aber damals eine weit entfernte Möglichkeit zu sein. Der eigentliche Bruch im Öffentlichen Recht setzte nicht nur in Deutschland, sondern auch in Frankreich voraus, dass das Verwaltungsrecht von seiner erst bestimmenden Beziehung zur Verwaltungslehre methodisch gelöst wurde.

⁷⁰ *Lorenz von Stein* Verwaltungslehre, Bd. 2 (1866), 38. Siehe auch: *Stolleis* Entwicklungsstufen (Fn. 35), 78. Im Übrigen hat die „organische“ Staats- und Verwaltungslehre *Steins* mit *Mohls* Ansatz wenig zu tun. Von *Mohl* schreibt *Stein*, jener vertrete eine „ärmliche Auffassung des Staats“ (ebd., 24).

⁷¹ *Lorenz von Stein* Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1870, 46.

2. Systematisierungen und Reduzierungen im Öffentlichen Recht

a) Die „juristische Methode“ im deutschen Öffentlichen Recht

aa) Systematisierung des deutschen Staatsrechts und Ausgrenzung des Verwaltungsrechts: Carl Friedrich Gerber

Die von *Carl Friedrich Gerber* in das Staatsrecht eingeführte „juristische Methode“ bedeutete bekanntlich die radikale Trennung zwischen der „politischen Betrachtung des Staates“ und der rein rechtlichen. Der Begriff „Organismus“, der die zeitgenössische Steinsche Lehre noch prägte, mag für erstere berechtigt gewesen sein, war jedoch „keinesfalls geeignet, für eine *rechtliche* Charakteristik des Staats zu gelten“.⁷² Deshalb konnte die politische Staatswissenschaft keineswegs die „natürliche und nothwendige Grundlage“ des Staatsrechts sein, ebenso wenig wie die Verwaltungslehre als Basis des Verwaltungsrechts angesehen werden konnte.

Dieser ersten methodischen Trennung folgte allerdings eine zweite: In einem wissenschaftlichen System des Staatsrechts müsse das Verwaltungsrecht grundsätzlich außen vor bleiben. In der Vorrede zur 1. Auflage seiner „Grundzüge“ schreibt *Gerber*: „Ich scheid den grössten Theil des Stoffs, den man unter dem Namen ‚Verwaltungsrecht‘ zu begreifen pflegt, aus, indem er nach meiner Ueberzeugung mit dem Staatsrechte in keinem engeren Zusammenhang steht, als das Straf- und Processrecht. Seine Verbindung mit dem Staatsrechte kann nur zu einer Trübung des dem letzteren eigenthümlichen wissenschaftlichen Prinzips führen.“⁷³ Diese Ausgrenzung rechtfertigt er dadurch, dass die Ordnungen und Einrichtungen des Verwaltungsrechts „zwar Produkte der wirkenden Staatsgewalt [sind]“, aber „ihre wissenschaftliche Darstellung [...] den Einheitspunkt nicht in letzterer, sondern in der eigenen Zweckbestimmung derselben zu suchen [hat]“. Die Grundsätze des Verwaltungsrechts „erscheinen als völlig abgelöst von der allgemeinen Lehre über die Willensmacht des Staates“, die der eigentliche Gegenstand der neuen Staatsrechtswissenschaft sein muss. Die Schlussfolgerung ist unvermeidlich: „Die Systematisierung des Staatsrechts nach den Rubriken: ‚Verfassungs-‘ und ‚Verwaltungsrecht‘ ist daher wissenschaftlich nicht zu rechtfertigen.“⁷⁴

Das wissenschaftliche Staatsrecht der „Gerber-Laband-Schule“ wird üblicherweise als staatsrechtlicher Positivismus bezeichnet. „Formalismus“ im Sinne etwa der angelsächsischen Jurisprudenz wäre ein besserer Begriff dafür. *Gerber* war Zögling seines verehrten Meisters *Georg Fried-*

⁷² *Carl Friedrich von Gerber* Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1880, 221.

⁷³ *Gerber* Grundzüge (Fn. 72), vii.

⁷⁴ Alle Zitate: *Gerber* Grundzüge (Fn. 72), 5 (auch Fn. 3). Der Gegenstand des wissenschaftlichen Staatsrechts findet sich auf 3 f. charakterisiert.

rich Puchta. „Willensmacht“ ist der zentrale Begriff des Rechts bei Puchta, verstanden als „System der Willensmöglichkeiten“. „Willensmacht“ ist der formale Begriff des subjektiven Rechts, den Gerber nun auf den Bereich des Staatsrechts übertragen will. Formal ist dieser Begriff deswegen, weil er von Inhalten, Interessen oder Zwecken absieht und rein juristisch gilt. Das Gerbersche Staatsrecht ist eine Lehre der Formen der Willensmacht des Staates. Er bricht im eigentlichen Bereich der juristischen Analyse jede traditionelle „Staatszwecklehre“ ab. Nun sei aber das Verwaltungsrecht in allererster Linie durch Zweckbestimmungen geleitet. Dabei hatte Gerber das nicht systematisierbare, materiell an den verschiedenen Gebieten der Staatstätigkeit orientierte Verwaltungsrecht im Blick, das mit seinem eigenen formalistischen Ansatz unvereinbar war.

Der Positivismus bzw. Formalismus Gerbers bedeutete also nicht nur, das Staatsrecht vor jedem „Vorspiel im philosophischen Himmel“ zu bewahren, sondern ebenfalls um seiner Selbständigkeit willen vor der unausweichlich materiellen Betrachtungsweise, die dem Verwaltungsrecht innewohnt. In „Gewerberecht, Schulrecht, Baurecht, Agrarrecht u.s.w.“ überwiegt bei weitem „der materielle wirtschafts- und sozialrechtliche Charakter“ den „formellen staatsrechtlichen“. ⁷⁵ Wenn Mohl vehement diese Abtrennung des Verwaltungsrechts kritisiert, ist das darauf zurückzuführen, dass er sich an das hält, was Gerber einen „dürftigen Faden“ nennt, wonach das Staatsrecht alle Gebiete, auf denen „der Staat mitreden und mithandeln darf“, umfassen müsse. Diese traditionelle Vorstellung sei eben das wesentliche Hindernis, das die Systematisierung und folglich Verwissenschaftlichung des Staatsrechts verhinderte.

Der Preis dafür war jedoch die Amputation des Staatsrechts um sein verwaltungsrechtliches Glied. Dies hatte zur Folge, dass das Staatsrecht zu einem eigenständigen, vom Verwaltungsrecht grundsätzlich abgetrennten Teil des gesamten Öffentlichen Rechts des Staates wurde. Die „Reinheit und Selbständigkeit des Staatsrechts“ würde leiden, „wenn man dasselbe wissenschaftliche System für den Platz der Darstellung der Rechte der Landstände und der Bestimmungen über Vorkehrungen gegen die Rinderpest ansehen wollte“. ⁷⁶ Das Beispiel der Rinderpest vermittelt an dieser Stelle einen gewissen herablassenden Ton, der beim Lesen des nächsten Satzes nicht vergessen werden darf: „So scheint mir die Forderung der Aufstellung eines besonderen Verwaltungsrechts als eines anderen Theils des öffentlichen Rechts in der Tat durchaus begründet zu sein.“ ⁷⁷ Ob Gerber dies wirklich für möglich hielt, darf schon deshalb eher bezweifelt werden,

⁷⁵ Gerber Grundzüge (Fn. 72), 240.

⁷⁶ Gerber Grundzüge (Fn. 72), 240.

⁷⁷ Gerber Grundzüge (Fn. 72), 243.

weil seiner Ansicht nach das Verwaltungsrecht gerade durch „Zweckbestimmungen“ charakterisiert sei, während die eigentlich wissenschaftliche Behandlung des Rechts die Formalisierung der Rechtsverhältnisse voraussetze. Zwar solle man es als einen Fortschritt begrüßen, „wenn endlich auch das Verwaltungsrecht in seiner Selbständigkeit erkannt“ wird, Hauptsache bleibt jedoch, dass dieses „von der Verbindung mit dem Staatsrechte gelöst wird“.⁷⁸

Es war eine Art Fragmentierung bzw. Entzweiung des Öffentlichen Rechts, dessen zwei Teile – das Staatsrecht und das Verwaltungsrecht – in keinem inneren Zusammenhang nebeneinander stehen. Diese Fragmentierung hatte ihren Grund in der Annahme, der Gegenstand des Staatsrechts sei von einem *wissenschaftlichen Prinzip* her zu konstruieren und nicht mehr aus dem vorgegebenen positiven Stoff der öffentlichen Tätigkeiten des Staates, wie das noch bei *Mohl* der Fall war und einer politischen Betrachtungsweise des Staats entsprach. Diese Trennung war in der Tat die Folge einer kopernikanischen Wende in der öffentlich-rechtlichen Methode, die ihre Wurzel in der neueren, von *Puchta* geprägten Pandektistik hatte.⁷⁹

Allerdings findet man in den *Grundzügen* einen 14-seitigen Abschnitt über den „Staatsdienst“ sowie einen anderen mit nur sieben Seiten unter dem Titel „Die Verwaltung“, so als ob ein Bruchteil des Verwaltungsrechts am Staatsrecht haften geblieben wäre. In der oben zitierten Vorrede zu den „Grundzügen“ hatte *Gerber* auch nur von einer Trennung des „größten Theils“ des verwaltungsrechtlichen Stoffs gesprochen. In *Gerbers* Staatsrecht spielt das Verwaltungsrecht nur insoweit eine Rolle, als es dazu dient, die Grundformen des Beamtenverhältnisses und der Willensäußerungen der staatlichen Verwaltung zu illustrieren. Die Staatszwecke und damit die Verwaltungstätigkeit bleiben dem systematischen Ansatz entsprechend unberücksichtigt. Diese sparsamen Ausführungen legen auch keine allgemeinen Prinzipien fest, die die Anfangsgründe einer Verwaltungsrechtslehre bilden könnten.

bb) Pluralität des Verwaltungsrechts: Paul Laband

Mit Recht bestand für *Laband* das „Hauptverdienst“ *Gerbers* „nicht darin, was er lehrt, sondern wie er es lehrt“, präziser „in dieser, in der deutschen Staatsrechtsliteratur bisher vermißten systematischen Abrundung des Stoffes“. Da dieses „Wie“ zur Ausgrenzung des Verwaltungsrechts führt,

⁷⁸ *Gerber* Grundzüge (Fn. 72), 243.

⁷⁹ *Walter Pauly* Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, der jedoch die Verknüpfung *Gerbers* mit *Puchta* übersieht. Über den entscheidenden Einfluss *Puchtas* auf *Gerber*: *Jouanjan* Pensée juridique (Fn. 29), 207 ff.

habe *Gerber* dies „mit vollem Recht“ getan.⁸⁰ Etwa zehn Jahre nach dieser Rezension der „Grundzüge“ hatte sich allerdings bei *Laband* etwas geändert. Im zweiten Band seines „Staatsrechts des deutschen Reiches“ erstreckt sich das Kapitel über die Verwaltung des Reiches über etwa dreihundert Seiten. Der erste Teil des Kapitels beschäftigt sich mit den „allgemeinen Grundsätzen“. Dort wird eine juristische Lehre der Verwaltung entwickelt, die sich von den gewöhnlichen Vorstellungen abheben will und auch explizit von jener, die „unter dem Worte Verwaltung die gesammte Fürsorge für die gesellschaftlichen Kultur-Interessen zusammen[fasst]“ und „das Verwaltungsrecht in Gegensatz zum Privatrecht, ja selbst zum Staatsrecht“ bringt.⁸¹ *Labands* „Staatsrecht“ bedeutete, dass eine gewisse, juristisch fundierte Verbindung des Verwaltungsrechts mit dem Staatsrecht herausgearbeitet werden sollte. Zugleich aber musste dies in einer grundsätzlich anderen Einstellung als der alten, unsystematischen Trennung des gesamten Staatsrechts zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht geschehen. § 67 des „Staatsrechts“ bringt eine Leistung, die bei *Gerbers* Staatsrecht gänzlich fehlt: einen neuen Begriff der Verwaltung, der dem Ansatz der „juristischen Methode“ entspricht und somit zu einer umfassenderen und eingehenderen Behandlung des verwaltungsrechtlichen Gegenstandes im staatsrechtlichen System führt.

Dies geschieht dadurch, dass *Laband* den Begriff der Verwaltung von dem der nur „vollziehenden Gewalt“ löst: „Das Wesen der Verwaltung besteht nicht in der Ausführung der Gesetze, sondern in der Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben unter Beobachtung d. h. ohne Verletzung der Gesetze.“⁸² Die Verwaltung erzeugt selbst staatliches Recht: „Die Verwaltung ist nicht bloß Anwendung und Ausführung, sondern zugleich Fortbildung und Quelle des öffentlichen Rechts.“⁸³ Daher muss man die Staatsverwaltung definieren „als die freie Thätigkeit der Staatsregierung behufs Durchführung der staatlichen Aufgaben innerhalb der von der Rechtsordnung des Staates gesteckten Grenzen“.⁸⁴ Damit wird klar, dass die Verwaltung ihrem Wesen nach auch „freier“ Träger der Staatsgewalt und des Staatswillens ist. Eine Staatsrechtswissenschaft im Sinne *Gerbers* als Wissenschaft der Willensmacht des Staates dürfe also die Ver-

⁸⁰ *Paul Laband* Rezension von *Gerbers Grundzüge*, Literarisches Centralblatt für Deutschland 1866, Sp. 57. Diese Rezension erschien anonym. Die Autorschaft *Labands* steht jedoch außer Frage. Siehe *Pauly Methodenwandel* (Fn. 79), 160 ff.; *Carsten Kremer* Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber, 2008, 43 Fn. 187.

⁸¹ *Paul Laband* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1. Aufl., Bd. 2, 1877, 198.

⁸² *Laband* Staatsrecht (Fn. 81), 200.

⁸³ *Laband* Staatsrecht (Fn. 81), 210.

⁸⁴ *Laband* Staatsrecht (Fn. 81), 201.

waltung nicht pauschal aus ihrem System verbannen. Selbst *Gerber* musste dem Recht der Verwaltung in seinem Staatsrecht einen kleinen, un(ter)-entwickelten Platz konzederieren. Allerdings fehlte ihm noch der eigentlich staatsrechtliche Begriff der Verwaltung. Bei *Laband* gewinnt jedoch die Frage danach, *wie* die Verwaltung handelt und handeln darf, eine andere Dimension. Deshalb sind „die *Rechtsgeschäfte* der Verwaltung“ für das Staatsrecht „von Belang“⁸⁵ und eine allgemeine Lehre der „Formen der Verwaltung“ nach „Verträgen“ und „Befehlen“ für das neue Staatsrecht unerlässlich.⁸⁶

Labands Rezension zu *Mayers* „Theorie des französischen Verwaltungsrechts“ liefert ein eindrückliches Zeugnis für sein Interesse an der Entwicklung einer Verwaltungsrechtswissenschaft nach den Prinzipien der „juristischen Methode“. Zudem wird hier klar, dass die Verknüpfung des Verwaltungsrechts mit dem Staatsrecht gleichwohl nicht alle juristischen Fragen des Rechts der Verwaltung erschöpfen kann: Vom Staatsrecht her kann die Dogmatik des Verwaltungsrechts nicht gänzlich erfasst werden.

Laband beginnt, der Selbstdarstellung *Mayers* zu widersprechen, nach welcher dieser ein bloßer „Berichterstatter über die Thaten der französischen Juristen“ gewesen sei: *Mayer* habe „in origineller und zum Theil sehr subjektiver Auffassung das französische Verwaltungsrecht in ein System gebracht und ihm eine eigenthümliche dogmatische Ausprägung gegeben“.⁸⁷ Deshalb sei es nicht so sehr das französische Verwaltungsrecht als solches, sondern die Vorgehensweise *Mayers* selbst, die das Buch für die deutsche Literatur beispielhaft mache. In dieser letzteren „fehlt es an einer bewussten, klar erkannten und durchgeführten Trennung des Verwaltungsrechts von der Verwaltungslehre [...]. Man geht von den Bedürfnissen des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens, von den Aufgaben und Zwecken des Staates aus; man gruppirt die staatliche Thätigkeit nach den sich hieraus ergebenden Verwaltungszweigen und glaubt in einer Zusammenstellung und allenfalls Erläuterung der auf jeden Zweig bezüglichen Vorschriften die Aufgabe des Verwaltungsrechts erschöpft zu haben.“⁸⁸ Als Beispiel dafür zitiert *Laband* das Verwaltungsrecht von *Edgar Loening*. Damit wird allerdings auch die Position *Lorenz von Steins* radikal verlassen. Stattdessen sei die Aufgabe des Verwaltungsrechts „die Zurückführung der unendlichen und vielgestaltigen Erscheinungen des Lebens auf die typi-

⁸⁵ *Laband* Staatsrecht (Fn. 81), 212.

⁸⁶ § 68 des Staatsrechts behandelt gerade „die Formen der Verwaltung“.

⁸⁷ *Paul Laband* Rezension von Otto Mayer Theorie des französischen Verwaltungsrechts, AöR II/1 (1887), 149.

⁸⁸ *Laband* Rezension (Fn. 87), 150.

schen Formen, in denen ihr *rechtlicher* Gehalt sich ausprägt⁸⁹. Es sei das größte Verdienst *Otto Mayers*, „von diesem Gesichtspunkte [...] gearbeitet“ zu haben. Dementsprechend finde man in der „Theorie des französischen Verwaltungsrechts“ keine detaillierte Darstellung der nach Ressorts geordneten Verwaltungsvorschriften, sondern „eine scharfsinnige und für das wissenschaftliche Verständnis fruchtbringende Erörterung der wenig zahlreichen, aber viel umfassenden und inhaltvollen Rechtsgestaltungen, welche gleichmässig in den verschiedenen Ressorts der Verwaltung wiederkehren, weil sie auf den verschiedenartigsten Thatbestand Anwendung finden können“.⁹⁰ Ein wichtiger Punkt ist es für *Laband*, wenn *Otto Mayer* einen neuen, rein juristischen Begriff der Polizei herausarbeitet: „Das Wesen der Polizei besteht darin, dass der Staat seine *obrigkeitliche Gewalt* über die Einzelnen verwendet, um durch Einwirkung auf das Verhalten derselben gewisse Zustände des öffentlichen Lebens herbeizuführen.“⁹¹ Damit wird etwa die Straßenbeleuchtung oder die Verteilung von Heilmitteln aus dem Bereich der Polizei im juristischen Sinne herausgenommen, und diese Begriffsbestimmung, sagt *Laband*, „ist scharf und richtig und sie beruht auf einem juristisch relevanten Merkmal“. Hiermit wird von der alten Polizei(rechts)wissenschaft klar und dezidiert Abschied genommen.

Uneinigkeit besteht zwischen *Laband* und *Mayer* jedoch über die genaue Bestimmung des verwaltungsrechtlichen Felds und dessen Charakteristik. Ersterer markiert diese Unstimmigkeit anhand einer Kritik an *Mayers* Konstruktion der vermögensrechtlichen Verhältnisse öffentlicher Anstalten. Diese haben zwar eine „staatsrechtliche Grundlage“, die gewisse „Modifikationen der gewöhnlichen, gemeingültigen Regeln des Privatrechts“ aufklärt und begründet: „Es entsteht alsdann ein *Spezial-Privatrecht* der öffentlichen Anstalt.“ Jedoch bleibt „die juristische Natur des *Vermögensrechts* [...] unverändert“. Vergleichbare Modifikationen betreffen ebenso das gemeine Strafrecht sowie das Prozessrecht. Deshalb teilt *Laband* das „Verwaltungsrecht“ in vier Gruppen ein, nämlich „Rechtssätze von staatsrechtlichem, privatrechtlichem, strafrechtlichem und prozessrechtlichem Charakter“. Die Schlussfolgerung liegt auf der Hand: „*Verwaltungsrecht ist nicht eine spezifische Art von Recht*.“⁹²

Deshalb ist für *Laband* das Verwaltungsrecht kein in sich geschlossenes System, weder innerhalb des Staatsrechts noch von diesem unabhängig. Ein einheitliches Prinzip, das ihm seine „Charakteristik“ – um mit *Gerber* zu

⁸⁹ *Laband* Rezension (Fn. 87), 151.

⁹⁰ *Laband* Rezension (Fn. 87), 151.

⁹¹ *Otto Mayer* Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886, 161. Zitiert durch *Laband* Rezension (Fn. 87), 153.

⁹² Alle Zitate: *Laband* Rezension (Fn. 87), 155 (Hervorhebungen im Original).

sprechen – verleihen würde, gibt es nicht. Die „staatsrechtliche Grundlage“ desselben bedeutet somit keine vollkommene Inklusion in das Ensemble des Staatsrechts, sondern nur die Existenz einer Schnittfläche der beiden. „Das Bestreben, aus dem Verwaltungsrecht ein besonderes eigenartiges genus von Rechtssätzen zu machen“, schreibt *Laband*, „anstatt es als ein *Konglomerat* verschiedenartiger Rechtssätze zu erkennen und bei jedem seiner Bestandtheile der spezifischen Natur desselben gerecht zu werden, ist meines Erachtens das schwerste Hinderniss einer befriedigenden Dogmatik des Verwaltungsrechts.“⁹³

Der Grund dafür liegt darin, dass das Verwaltungshandeln unterschiedliche juristische Formen und Institute in Anspruch nimmt, die ihrem Wesen nach mit ihren Prinzipien jeweils einem spezifischen Rechtsbereich (Privat-, Straf-, Prozessrecht und auch, aber nur zum Teil, dem Staatsrecht) angehören. Das Staatsrecht sei doch das Recht der Staatsgewalt, der staatlichen Herrschaft. Dennoch: „Weil der Staat Herrscher ist, kann er sich nach eigenem Belieben *aller* Rechtsformen bedienen, die ihm nützlich scheinen, und wenn er sich auf das Niveau des Privatrechts stellt und mit einem Einzelnen nach den Regeln desselben – wenngleich eines für Verwaltungszwecke modifizirten – Rechtsverhältnisse begründet, so ist dies eben eine Bethätigung seiner Freiheit, seiner ‚hoheitlichen Macht‘, diejenige Rechtsform zu wählen, die ihm beliebt.“⁹⁴ Das Privatrechtsverhältnis kann gegebenenfalls Modifikationen erfahren, die seine Ausgestaltung ändern, jedoch nicht sein Wesen. Deshalb müsse das Verwaltungsrecht ein *plurales* sein, zumindest, wenn dieses das gesamte Recht der Verwaltung und seiner Handlungsformen erfassen will.

cc) *Methodenwandel im Verwaltungsrecht: Otto Mayer*

Laband sieht richtig, dass *Otto Mayer* einen Begriff des Verwaltungsrechts entwickelt, der nicht partikular nur für das französische Recht gelten will, sondern einen allgemeinen Begriff vom Wesen des Verwaltungsrechts überhaupt darstellt. Diesem essentialistischen Begriff nach ist das Verwaltungsrecht das Recht der durch die Verwaltung handelnden *Staatsgewalt*. Verwaltungsrechtliche Verhältnisse sind dementsprechend staatsrechtliche Verhältnisse, die durch die Ausübung der staatlichen hoheitlichen Macht entstehen: „Das Verhältnis zwischen dem Staate und den Unterthanen wird [...] einseitig von dem handelnden Staate durch seine Handlung bestimmt.“⁹⁵ Dem Staat gegenüber ist der Einzelne „der leidende Theil,

⁹³ *Laband* Rezension (Fn. 87), 156.

⁹⁴ *Laband* Rezension (Fn. 87), 159.

⁹⁵ *Mayer* Theorie (Fn. 91), 16.

dessen Verhältnis zum Staate von diesem einseitig bestimmt wird“.⁹⁶ In diesem Verhältnis übt der Staat „nur die eine grosse Befugnis aus, die er als gesetzgebende und vollziehende Gewalt aus dem Verfassungsrechte mitbringt: die hoheitliche Macht über die Einzelnen“.⁹⁷

Dass diese Begriffsbestimmung nicht nur auf das französische Verwaltungsrecht ausgerichtet war, wird durch *Mayers* „Deutsches Verwaltungsrecht“ bestätigt. Hier wird das Verwaltungsrecht im eigentlichen, wissenschaftlichen Sinne von dem gesamten Recht der Verwaltung als nur ein Teil desselben abgesondert. Verwaltungsrecht bedeutet danach nicht nur „ein auf die Verwaltung bezügliches, ihr zugehöriges Recht“, sondern „*das dem verwaltenden Staat und seinen ihm dabei begegnenden Untertanen eigentümliche Recht*“. Es gehört dem Öffentlichen Recht an, das „*die Ordnung von Verhältnissen, an welchen ein Träger öffentlicher Gewalt als solcher und damit die öffentliche Gewalt selbst beteiligt ist*“, zum Gegenstand hat. Die Einwirkung der „öffentlichen Gewalt“ auf das Verhältnis gilt der Abgrenzung des strikt verstandenen Verwaltungsrechts von anderen Rechtsverhältnissen des Staates mit den Einzelnen, insbesondere von den privatrechtlichen. Sonst, erklärt *Mayer*, „wäre [...] das ganze zweite und dritte Buch des BGB in das Verwaltungsrecht einbezogen“.⁹⁸

Die Trennung zwischen dem Verwaltungs- und dem Privatrecht ist eine absolute. *Mayer* führt aus: Zwischen den beiden Rechtsbereichen gilt keine Analogie; „es gibt keine dem öffentlichen und dem Privatrecht *gemeinsamen Rechtsinstitute*“; es gibt „keine öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitute mit unmittelbarer *zivilrechtlicher Wirkung*“; letztlich gibt es für den Staat ebenso wenig „*gemischte Rechtsinstitute*“, die zugleich eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche Seite aufweisen würden, und die an die alte Lehre der Zweiteilung des Polizeistaates (in Fiskus und in Obrigkeit) erinnern.⁹⁹ Das Verwaltungsrecht sei die neuere Wissenschaft von dem Recht des verwaltenden, handelnden und herrschenden *Rechtsstaats* und damit keine Fortsetzung des älteren Polizeirechts. Als solches setzt es diese radikale Trennung von Öffentlichem Recht und Privatrecht als sein grundlegendes Prinzip voraus.

Dies führte zu der berühmten Lehre *Otto Mayers* zum sog. „öffentlich-rechtlichen Vertrag“. Sie wurde schon in der „Theorie des französischen Verwaltungsrechts“ formuliert: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist *kein wahrer Vertrag* [...]“. Wie überall im Verwaltungsrecht ist der Staat der

⁹⁶ *Mayer* Theorie (Fn. 91), 22.

⁹⁷ *Mayer* Theorie (Fn. 91), 21.

⁹⁸ Alle Zitate: *Otto Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, Nachdr. 1961, 13–15 (Hervorhebungen im Original).

⁹⁹ *Mayer* Verwaltungsrecht (Fn. 98), 117 f.

Handelnde, Bestimmende; der Einzelne nur das Objekt, auf welches eingewirkt wird.“¹⁰⁰ Er setze sich aus zwei einseitigen Verwaltungsakten zusammen. Laut *Laband* sei diese Lehre die „bedenklichste“, die *Mayer* vertritt. Sie wurde auch von mehreren anderen, verschiedenen Richtungen aus harsch angegriffen.¹⁰¹ *Mayer* verteidigte sie in seinem berühmten Aufsatz im „Archiv für öffentliches Recht“ aus dem Jahre 1888.¹⁰² Danach ist für den Vertrag im allgemeinen Teil des *Deutschen Verwaltungsrechts* kein Platz. Seinem Wesen nach gehört der Vertrag für *Mayer* keinesfalls dem Verwaltungsrecht an, da im Begriff des Vertrags der öffentlichen Gewalt kein Raum gegeben werden kann: Die im vertragsrechtlichen Institut postulierte Gleichheit schließe die dem Öffentlichen Recht innewohnende Herrschaft der einen Partei aus.

Im Auge hatte *Mayer* den französischen Begriff des „*contrat administratif*“, der den Vertrag der Verwaltung bezeichnet, jedoch nur, soweit die Streitigkeiten, die daraus möglicherweise entstehen, der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit anvertraut sind. Dieser Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit sei für *Mayer* nichts anderes als der Sachbereich des „eigentlichen Verwaltungsrechts“, d.h. des Rechts der hoheitlich handelnden Verwaltung.¹⁰³ Die Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit über sog. „öffentlich-rechtliche Verträge“ seien von diesem Prinzip allerdings deshalb keine Ausnahme, weil bei der Erfüllung solcher Verträge die Verwaltung auf ihre hoheitlichen Befugnisse zurückgreifen darf und soll. Insbesondere darf die Verwaltung gegen ihren sich in Verzug befindenden Vertragspartner von Amts wegen ohne gerichtliche Entscheidung die notwendigen Zwangsmaßnahmen einseitig ergreifen. Es handele sich deswegen um ein verwaltungsrechtliches Rechtsgeschäft, das in der Tat kein echter Vertrag, sondern eine Kombination von Verwaltungsakten sei.

Zu Recht bemerkte *Laband*, dass die französischen Prinzipien, die die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Verwaltungs- und der Zivilgerichtsbarkeit steuern, die Konzeption *Mayers* vom Verwaltungsrecht stark beeinflusst haben. Die Verlegung des Rechtsschutzes in die Verwaltungsinstanzen, sofern öffentliches Eigentum, Servituten des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag betroffen sind, bedeute „eine *Abschwächung* der Herrschaft der civilrechtlichen Regeln“ und führe *Otto Mayer* „zu der Annahme, dass es neben dem System der Privatrechtsinstitute ein korrespondierendes System von Verwaltungsrechtsinstituten

¹⁰⁰ *Mayer* Theorie (Fn. 91), 292.

¹⁰¹ Dazu *Stolleis* Geschichte, Bd. 2 (Fn. 37), 412 f.

¹⁰² *Otto Mayer* Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, AöR 3 (1888), 3 ff.

¹⁰³ *Mayer* Theorie (Fn. 91), 153 ff.

gebe“.¹⁰⁴ Im französischen Verwaltungsrecht fand *Otto Mayer* seinen engen Begriff des Verwaltungsrechts als das Recht der handelnden öffentlichen Gewalt bestätigt. Im französischen Verwaltungsrecht wollte *Mayer* eine allgemeine Wahrheit des Verwaltungsrechts überhaupt suchen und finden. In diesem Sinne darf man annehmen, die „Theorie des französischen Verwaltungsrechts“ sei eine notwendige Vorstufe zum „Deutschen Verwaltungsrecht“. Dabei ging es nicht um die Einfuhr des französischen Verwaltungsrechts nach Deutschland, sondern vielmehr darum, die in Frankreich gewonnene Einsicht in das Wesen des Verwaltungsrechts für das deutsche positive Verwaltungsrecht wissenschaftlich fruchtbar zu machen.¹⁰⁵ Unter diesem Aspekt bot das französische Verwaltungsrecht einige gewichtige Vorteile: die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit, ihre Rechtsprechung und eine Lehre, die sich damit nun, im Jahre 1886, intensiv beschäftigte. Dieser Lehre folgend sah *Otto Mayer* in dem Kompetenzbereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit die genaue Abgrenzung des Bereichs des Verwaltungsrechts selbst. Beide wurden so aufgefasst, als ob sie sich vollumfänglich deckten. Die Kompetenz des *Conseil d'État* diene der Offenbarung des Verwaltungsrechts und seines Wesens. Das Grundprinzip, das diese Kompetenz bestimmte, sah *Otto Mayer* mit der französischen Lehre in der Unterscheidung zwischen *actes d'autorité* (Obrigkeitsakte) und *actes de gestion* (etwa: Bewirtschaftungsakte)¹⁰⁶ – ein Begriff, den er durch „Geschäftsbesorgungen“ übersetzte –, die „in Vertretung des Staates als juristische Person des Civilrechts“ erlassen werden und bei denen die Verwaltung nur als „Vermögensverwaltung“ auftritt.¹⁰⁷ Der Verwaltungsakt sei ein Akt des Verwaltungsrechts eben deshalb, weil sich dadurch die Staatsgewalt äußert.

¹⁰⁴ *Laband* Rezension (Fn. 87), 157.

¹⁰⁵ *Otto Mayer* hätte wahrscheinlich dem Enthusiasmus *Maurice Haurious* zugestimmt, als dieser ein paar Jahre später schrieb: „Vielleicht ist Frankreich dazu bestimmt, die Grundlagen des Verwaltungsrechts der Welt zur Verfügung zu stellen, wie Rom die des Zivilrechts geschenkt hat.“ *Maurice Hauriou* *Principes du droit public*, 1910, 334.

¹⁰⁶ Diese Unterscheidung tauchte im Zweiten Kaiserreich auf, insbesondere in den Werken von *Théophile Ducrocq* *Cours de droit administratif*, 2 Bde., 1. Aufl. 1863, und *Léon Aucoc* *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2 Bde., 1869–1870. Dazu *Burdeau* *Histoire* (Fn. 56), 132 f. Diese Unterscheidung bestimmte jedoch nicht allein die Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sie wurde begrifflich-theoretisch erst durch *Édouard Laferrière* thematisiert (*Burdeau* ebd., 333 ff.; *Anne-Laure Girard* *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, 2013, 208 ff.), sein *Traité de la juridiction administrative* erschien aber 1887, ein Jahr nach *Mayers* Theorie des französischen Verwaltungsrechts (1886). Daher bezieht sich *Mayer* auf die ältere Dogmatik des Verwaltungsaktes.

¹⁰⁷ *Mayer* Theorie (Fn. 91), 91.

Damit hatte *Otto Mayer* die Richtung der damaligen französischen Verwaltungsrechtslehre genau richtig erfasst. Sie wurde ein Jahr nach der Veröffentlichung der „*Theorie des französischen Verwaltungsrechts*“ in dem „*Traité de la juridiction administrative*“ von *Édouard Laferrière* klar bezeichnet: Die verwaltungsrechtliche Beschaffenheit eines Aktes „folgt aus der Natur des Aktes selbst und weder aus der Eigenschaft seines Urhebers noch aus seinem Zweck“. ¹⁰⁸

Dieses Konzept ähnelte so sehr der Gerber-Labandschen Bestimmung des Staatsrechts als dem Recht der Staatsgewalt, dass *Mayer* kein Hindernis mehr sah, das so definierte und eingegrenzte Verwaltungsrecht als eigentlichen Teil des Staatsrechts wissenschaftlich zu behandeln. Die Einheit des Öffentlichen Rechts als das Recht der Staatsgewalt schien damit etabliert und gesichert. *Otto Mayer* dachte mit *Gerber* und *Laband* gegen deren jeweilige Auffassungen des Verwaltungsrechts und fand sich vom französischen Verwaltungsrecht bestätigt. Daher durfte er am Ende seines Aufsatzes zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag schreiben: „Ich bin auch der Meinung, dass uns für die Beherrschung und Durchdringung dieses Stoffs [der verwaltungsrechtlichen Institute] die einheitliche Grundlage nicht fehlt, deren ein selbständiger Zweig der Rechtswissenschaft bedarf. Sie ist bereits gefunden in jener besonderen Kraft des Staatswillens, welche wir unter verschiedenen Namen und mit verschiedenem Wirkungskreis anerkannt sehen. [...] So müssen sich alle unsere Rechtsinstitute als Offenbarungen dieser Kraft nachweisen lassen. Es bedarf hier nur einer entschlossenen Durchführung des Gedankens.“ ¹⁰⁹

Das deutsche Verwaltungsrecht am Ende des 19. Jahrhundert hinkte dem methodisch durch *Gerber* und *Laband* stark erneuerten Staatsrecht nach. Seine Einheit war nichts Selbstverständliches, sondern ein Problem der deutschen Rechtsdogmatik. ¹¹⁰ Entweder war dieses Recht als das Gesamtrecht der Verwaltung zu verstehen, und dies hatte, wie *Laband* es vorgeschlagen hatte, seine Fragmentierung in vier unterschiedliche und unabhängige Teile zur Folge – einen staatsrechtlichen, einen privatrechtlichen, einen strafrechtlichen und einen prozessrechtlichen. Oder man wollte das Verwaltungsrecht als selbständige, nach einem einheitlichen Prinzip geord-

¹⁰⁸ *Édouard Laferrière* *Traité de la juridiction administrative*, 2. Aufl., Bd. 1, 1896, 477.

¹⁰⁹ *Mayer* Vertrag (Fn. 102), 86.

¹¹⁰ Wie *Georg Jellinek* feststellte, sind alle Grenzziehungen sowohl zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht als auch innerhalb des Öffentlichen Rechts sehr relativ und vom Erkenntnisstandpunkt und -interesse abhängig: *Georg Jellinek* *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1914, 383 ff. Kraft seines neukantischen Ansatzes war für ihn die Frage nach einem vermeintlichen *Wesen* des Öffentlichen Rechts bedeutungslos. Dazu *Jouanjan* *Pensée juridique* (Fn. 29), 296 ff.; *ders.* *Georg Jellinek als Philosoph*, in: *Ralph Christensen/Bodo Pieroth* (Hrsg.) *Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht*, FS Friedrich Müller, 2008, 135 ff.

nete Wissenschaft entwickeln, und dies hatte eine andere Art von Fragmentierung zur Folge: Alle privatrechtlichen Seiten des durch die Verwaltung anwendbaren Rechts mussten von diesem eng eingegrenzten Verwaltungsrecht abge sondert werden.

Dieses Dilemma stand am Anfang des modernen deutschen Verwaltungsrechts. Dieses Fazit gilt allerdings ebenso für das französische Verwaltungsrecht und weist auf Problemkonstellationen hin, die heute noch die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht *irritieren*. Tatsache ist aber: Die Frage nach der Fragmentierung betraf ursprünglich in erster Linie den verwaltungsrechtlichen Diskurs, in zweiter Linie auch seine Verbindung zum Verfassungsrecht (bzw. „Staatsrecht“).

b) Die diffizile Einheit des klassischen französischen Öffentlichen Rechts

aa) Die französische Reform des Verwaltungsrechts

Das französische Zweite Kaiserreich (1851–1870) wurde zum Schauplatz eines Kurswechsels der Verwaltungsrechtswissenschaft. Dieser begann mit der Gründung der ersten Zeitschrift für Verwaltungsrecht: 1853 erschien das erste Heft des „Journal de droit administratif mis à la portée de tous“ – also: das Verwaltungsrecht jedermann zugänglich gemacht. *Adolphe Chauveau*, Professor in Toulouse, und *Anselme Batbie*, Professor in Paris, gaben diese Zeitschrift heraus. In ihrem programmatischen Aufsatz war die Rhetorik die eines Kampfes ums (Über-)Leben: „Es braucht hier nicht gesagt zu werden, dass unsere Zeitschrift den Juristen nicht schmecken wird, deren Verehrung nur den Vorschriften des Zivilrechts gilt. Wir wissen, dass diese bereit sind, die Existenz des Verwaltungsrechts leugnend zu sterben.“¹¹¹ Der Kampf um die Anerkennung war eingeläutet.

Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hatte der Verwaltungsrechtslehre den Weg gewiesen. Diese Entwicklung ist eine ziemlich komplizierte Geschichte, die hier nicht vollständig dargelegt werden kann. Auf einen Punkt ist dennoch genauer einzugehen, und zwar auf die Entstehung des sog. „*recours pour excès de pouvoir*“. Als eine Folge des Gewaltenteilungsprinzips hatte die *Constituante* durch das Gesetz vom 16.–24. August 1790 die Judikative von der Exekutive prinzipiell getrennt. Hierin liegt der Grund des heutigen Dualismus der richterlichen Gewalt.¹¹² Mit dem Gesetz vom 7.–14. Oktober 1790 statuierte die *Constituante*, dass „die gegen die

¹¹¹ *Adolphe Chauveau/Anselme Batbie* Journal du droit administratif ou le droit administratif mis à la portée de tous, 1. Jahr, Bd. 1, 7.

¹¹² Über die bewegte Geschichte dieses Prinzips und dessen Kritik: *François Burdeau* Les crises du principe de dualité des juridictions, *Revue française de droit administratif* 1990, 724 ff.

Verwaltungskörper gerichteten Beschwerden wegen Unzuständigkeit keinesfalls ins Ressort der Gerichte“ fallen. Sie werden beim König als Haupt der nationalen Verwaltung anhängig gemacht. Als der *Conseil d'État* von *Bonaparte* neu errichtet wurde, kam ihm diese Kompetenz zu. Es war eine Art allgemeiner Ermächtigungsklausel zugunsten des *Conseil d'État*. Diese Vorschrift bildete die Grundlage, auf der sich der „recours pour excès de pouvoir“ als Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt zwischen Restaurationszeit und Zweitem Kaiserreich durch eine immer weitere Auslegung des Begriffs der Unzuständigkeit entfalten konnte.

Während der Restaurationszeit wurde die Anfechtung eines Aktes der Exekutive vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere dem *Conseil d'État*, zulässig, wenn dieser Akt eine „*matière contentieuse*“ (Rechtsstreitsache) und nicht eine „reine Verwaltungssache“ (*affaire purement administrative*) zum Gegenstand hatte. Eine vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit justiziable „Rechtsstreitsache“ lag vor, wenn die Verwaltungsentscheidung ein „wohlerworbenes Recht“ (*droit acquis*) beeinträchtigte. Als Rechtsstreitsache durfte die Entscheidung nicht durch eine aktive Verwaltungsstelle gefällt werden, sondern war der Verwaltungsjustiz vorbehalten. Andernfalls war die Entscheidung in unzuständiger Weise (*incompétemment*) erlassen worden und daher zu kassieren. Unzuständig war also eine aktive Verwaltungsstelle, die in den durch den Begriff des wohlerworbenes Rechts markierten Bereich der Verwaltungsjustiz vordrang.

Mit der Entscheidung *Landrin* im Jahre 1826 fand eine erste Erweiterung des Begriffs der Unzuständigkeit statt: Aufzuheben sei auch der Akt einer aktiven Verwaltungsstelle, der in die Sphäre einer anderen aktiven Verwaltungsbehörde eingreift. Damit wurde nicht mehr nur die Kompetenztrennung zwischen aktiver und rechtsprechender Verwaltung durch den *recours* gesichert, sondern auch die Kompetenzordnung innerhalb der aktiven, „reinen“ Verwaltung. Ein weiterer Aspekt der Entscheidung *Landrin* war, dass der *Conseil d'État* nicht mehr nur über die Rechte des Klägers, sondern auch über die objektive Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu entscheiden hatte. Selbst wenn die Entscheidung *Landrin* nicht unbedingt so signifikant war,¹¹³ ist dennoch darin eine Grundtendenz erkennbar, die in der Restaurationszeit beginnt und in den ersten Jahren des 20. Jahrhunderts grundsätzlich abgeschlossen ist: Am Ende dieser komplexen Ent-

¹¹³ Ob die am 4. Mai 1826 getroffene Entscheidung *Landrin* vom *Conseil d'État* als Geburtsurkunde des *recours pour excès de pouvoir* anzusehen ist, bleibt strittig. Bejahend: *Pierre Sandevour* Études sur le recours de pleine juridiction, 1964, 255 ff.; *Burdeau* Histoire (Fn. 56), 168 f.; *Grégoire Bigot* Introduction historique au droit administratif depuis 1789, 2002, 96 f. Sehr kritisch: *Jean-Louis Mestre* L'arrêt *Landrin*, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir?, *Revue française de droit administratif* 2003, 211 ff., der auf frühere Entscheidungen des *Conseil d'État* verweist.

wicklung wurde die alte „Beschwerde wegen Unzuständigkeit“ durch den modernen „recours pour excès de pouvoir“ ersetzt.

Nach und nach wurden nicht nur Kompetenzüberschreitungen im engeren Sinne, sondern auch Form- und Verfahrensfehler, in den 1860er-Jahren auch das sog. „*détournement de pouvoir*“ (Ermessensmissbrauch)¹¹⁴ und weiter die materiell-rechtliche Verletzung des objektiven Rechts („*violation de la loi*“) als Annullierungsgrund eines Verwaltungsakts vom *Conseil d'État* anerkannt. Der Begriff „*excès de pouvoir*“ entstand daher erst richterrechtlich, bevor er durch das Décret vom 2. November 1864 seine offizielle Anerkennung erhielt.

Das Konzept des *recours pour excès de pouvoir* war also das Ergebnis einer allmählichen Entwicklung der Rechtsprechung des Staatsrats. Diese Entwicklung änderte langsam die Bedingungen und damit auch den Sinn des Begriffs „*excès de pouvoir*“ (Überschreitung von Befugnissen). Im Wege der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit drang das Verwaltungsrecht nach und nach und immer mehr in die eigentliche Sphäre der Verwaltung in Gestalt des Legalitätsgebots ein. Die ursprünglich strikte Trennung zwischen Rechtsstreitsachen und „reinen Verwaltungssachen“ hatte eine Art Fragmentierung zur Folge, da das Verwaltungsrecht und seine Rechtsprechung sozusagen an der Schwelle des eigentlichen Verwaltungshandelns grundsätzlich Halt zu machen hatten. Immer stärker wurde die anfängliche Diskrepanz zwischen dem materiell als Recht der Verwaltungstätigkeiten verstandenen Verwaltungsrecht auf der einen Seite und der Verwaltungsrechtsprechung auf der anderen Seite relativiert – eine Diskrepanz, die auch dazu beitrug, dass sich die erste Generation von Verwaltungsrechtlern, wie oben schon erwähnt, nur sehr zurückhaltend mit der Rechtsprechung des *Conseil d'État* beschäftigte. Erst mit einer erweiterten Auslegung des Begriffs der Unzuständigkeit durch den *Conseil d'État* begann die Verwaltungsrechtsprechung, schrittweise zur eigentlichen Rechtsprechung *des Verwaltungsrechts* zu werden. Der Korpus der Verwaltungsrechtswissenschaft hatte sich damit erweitert, und sie konnte nicht mehr die Ausarbeitung eines „*code administratif*“ als ihre Hauptaufgabe betrachten: Die Systematisierung einer mannigfaltigen Rechtsprechung wurde zum eigentlichen Thema der sog. „klassischen“ Verwaltungsrechtslehre, die sich im Zweiten Kaiserreich zu entfalten begann. Nicht die Frage nach der Verwaltungsgesetzgebung, sondern die Frage nach der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde zum Hauptaugenmerk und damit auch zum Anfangsgrund einer Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts.

¹¹⁴ Spätestens 1864 als Annullierungsgrund vom *Conseil d'État* anerkannt: CE 25 février 1864, *Lesbats*. Siehe *Burdeau Histoire* (Fn. 56), 176.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts hat sich die französische Theorie des Verwaltungsrechts weithin als Theorie des *Conseil d'État* herausgebildet. Die Hauptfrage wurde die nach der Zuständigkeit desselben. Der Kreis dieser Zuständigkeit wurde zusehends stärker mit dem eigentlichen Bereich des Verwaltungsrechts gleichgesetzt. Das Verwaltungsrecht tendierte dazu, sich mit der Gesamtheit der Kompetenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere des *Conseil d'État* als höchstem Verwaltungsgericht, zu decken. Zum Teil war diese Zuständigkeit per Gesetz besonders bestimmt (z.B. Verkauf eines staatlichen Gutes, Streit über direkte Steuern, öffentliche Bau- und Lieferaufträge). Die wichtigste Rechtsfrage war dennoch die nach einem allgemeinen, einheitlichen Kriterium, das die Zuständigkeit des *Conseil d'État* jenseits dieser besonderen Kompetenznormierungen bestimmen konnte. Dieses Kriterium wurde gleichzeitig als das definitorische Merkmal des eigentlichen Verwaltungsrechts betrachtet.

Deshalb kann es nicht erstaunen, wenn am Anfang der Dritten Republik 1887 das große dogmatische Werk zum Verwaltungsrecht nicht nur als Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern auch von einem Mitglied des *Conseil d'État*, *Édouard Laferrière*, verfasst wurde.¹¹⁵ Gewiss sind die Äußerungen von *Gaston Jèze* aus dem Jahr 1914 mit dem berühmten Spruch, „endlich kam Laferrière“, übertrieben. Wie war vor *Laferrière* das französische Verwaltungsrecht, fragt *Jèze*. Die Antwort fällt pauschal und undifferenziert aus: „Es war ein Chaos, ein mehr oder weniger verworrener Haufen an widersprüchlichen, willkürlichen Lösungen, an empirischen, oft unrechtfertigbaren und ungerechtfertigten Gepflogenheiten.“ Man würde heute vielleicht sagen: ein fragmentiertes Feld. *Laferrière* brachte „Ordnung und Methode“; es wurde sein „gewaltiger Verdienst“, hinter den praktischen Lösungen „*allgemeine Ideen und Prinzipien* zu suchen“. Seine „Ehre“ („*son honneur*“) liege darin, dass er damit „im eigentlichen Sinne wissenschaftliche Abhandlungen“ in dem Bereich ange-regt hat.¹¹⁶

Dass dieses Fazit übertrieben ist, lässt sich unter anderem daran ablesen, dass ein Jahr vor dem Erscheinen des Buches von *Laferrière Otto Mayer* seine dogmatisch hochentwickelte „Theorie des französischen Verwal-

¹¹⁵ *Édouard Laferrière* *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1. Aufl., 2 Bde., 1887, hier zitiert nach der 2. Aufl. 1896. Nach einem ersten Versuch von 1849 hatte das Gesetz vom 24. Mai 1872 dem *Conseil d'État* endgültig eine vollkommene, souveräne Justizgewalt übertragen (*justice déléguée*): Das alte System der *justice retenue* wurde somit abgeschafft. Bis dahin bedurfte die formale Geltung der Rechtsprüche des *Conseil d'État* der Sanktion des Staatsoberhauptes als Verwaltungsoberhaupt. Zu diesem Gesetz statt aller *Laferrière* selbst, ebd., 268 ff.

¹¹⁶ Alle Zitate: *Gaston Jèze* *Les principes généraux du droit administratif*, Bd. 1, 3. Aufl. 1925, wiederabgedr. 2005, xii f. (Vorrede der 2. Aufl. 1914).

tungsrechts“ publiziert hatte. Die Werke von *Serrigny*, *Aucoc*, *Ducrocq* und auch *Dareste* waren schon am Ende des Kaiserreichs verlässliche Quellen einer wissenschaftlichen Bearbeitung des verwaltungsrechtlichen Stoffes. Dennoch bleibt die Leistung von *Laferrière* von größter Bedeutung.¹¹⁷

Die Unterscheidung zwischen *actes d'autorité* (Obrigkeitsakte, auch Befehlsakte – *actes de commandement* – oder Akte der öffentlichen Gewalt – *actes de la puissance publique* – genannt) und *actes de gestion* (Bewirtschaftungsakte) hat nicht erst *Laferrière* thematisiert, sondern schon *Léon Aucoc*.¹¹⁸ Am Anfang seines *Traité* wird sie jedoch zur wissenschaftlichen Trennlinie zwischen Privatem und Öffentlichem Recht.¹¹⁹ Ferner hat *Laferrière* die Theorie des „*recours pour excès de pouvoir*“ auf den Begriff gebracht. Dieser *Recours* wurde bekanntlich als eine „Klage gegen einen Akt“, also nicht gegen eine Person des Öffentlichen Rechts, bestimmt. Damit begann die Objektivierung dieses Rechtswegs. Eine gewisse Unklarheit war noch vorhanden, da dieser Weg nicht nur wegen Verletzung des Gesetzes (*violation de la loi*), sondern auch wegen Verletzung eines wohl erworbenen Rechts (*violation de la loi et des droits acquis*) eröffnet war.¹²⁰

Wie oben gesagt, war traditionell die Rüge einer Verletzung eines wohl erworbenen, subjektiven Rechts Zulässigkeitsvoraussetzung für eine „*réclamation d'incompétence*“. Bei *Laferrière* wird diese Sache uneindeutig. Der Eingriff in die geschützte Sphäre eines wohl erworbenen Rechts stellt bei ihm noch einen Fall der „*affaire contentieuse*“ dar. Die Tradition zog eine strikte Grenzlinie zwischen diesen Rechtsstreitsachen und den „reinen Verwaltungssachen“ (*affaires purement administratives*). Die „*actes de pure administration*“ bzw. „*actes purement discrétionnaires*“, d.h. Akte, bei denen die Verwaltung nach ihrem freien Ermessen und nur im Sinne des allgemeinen Interesses handelt – insbesondere Polizeimaßnahmen –, galten als vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit deshalb nicht anfechtbar, weil die Wahlfreiheit der Verwaltung dem Bestehen eines subjektiven Rechts des Einzelnen zu widerstreiten schien. Dieses Problem kennt ja auch die klassische Verwaltungsrechtslehre in Deutschland.

Dennoch zeigt *Laferrière* anhand mancher Entscheidungen des Staatsrats, dass eine Klage gegen solche Akte nicht absolut ausgeschlossen war,

¹¹⁷ Über *Laferrière* siehe *Pascale Gonod* Édouard Laferrière, un juriste au service de la République, 1998; ders. (Hrsg.) Édouard Laferrière: Textes réunis et présentés par Pascale Gonod, 1999.

¹¹⁸ *Léon Aucoc* Conférences sur l'administration et le droit administratif, t. 1, 1869, 466 ff. Dazu *Burdeau* Histoire (Fn. 56), 131 ff.

¹¹⁹ *Laferrière* *Traité* (Fn. 108), 5.

¹²⁰ Im ersten Kapitel des *Traité* lässt sich diese Schwankung zwischen objektiver und subjektiver Bestimmung der Klage noch klar herauslesen, vgl. *Laferrière* *Traité* (Fn. 108), 3 ff.

wenn auch die richterliche Prüfung grundsätzlich auf die Frage der Zuständigkeit, der Formen und des *détournement de pouvoir* beschränkt war.¹²¹ *Laferrière* weist auch darauf hin, wie bedeutend diese letzte Prüfungsmöglichkeit insbesondere für Polizeisatzungen war.¹²² Erst 1902 stellte der *Conseil d'État* in seiner Entscheidung *Grazietti* klar, dass es – wie *Maurice Hauriou* in seiner berühmten Anmerkung schrieb – keine „Ermessensakte“ (*actes discrétionnaires*), sondern nur eine gewisse Ermessensbefugnis (*un certain pouvoir discrétionnaire*) gibt, die die richterliche Prüfung zwar einschränkt, die Klage gegen den Akt jedoch nicht hindert.¹²³ Diese Überwindung der Trennung zwischen *affaires contentieuses* und *affaires de pure administration*, die bei *Laferrière* ihren eigentlichen Ausgang nahm, war – so hier die These – von großer Bedeutung, indem sie die Bedingung für die Möglichkeit eines echt einheitlichen Begriffs des Verwaltungsaktes bildete. Wenn der *recours pour excès de pouvoir* als eine Klage gegen einen Verwaltungsakt gedeutet wird und wenn das Charakteristikum des Verwaltungsakts in der Ausübung der öffentlichen Gewalt gesehen wird – und ein „Ermessensakt“ ist fraglos ein Akt der öffentlichen Gewalt –, dann ist die Eröffnung des Rechtswegs gegen diese Ermessensakte Voraussetzung eines brauchbaren einheitlichen Begriffs des „Verwaltungsakts“. Der Begriff des Verwaltungsakts war das Ergebnis einer Defragmentierungsarbeit in der Theorie sowie in der juristischen Praxis.

Als durch den *recours pour excès de pouvoir* anfechtbare Verwaltungsakte galten schon in den 1840er-Jahren nicht nur die Verwaltungsakte im deutschen Sinne, also individuell-konkrete Akte, sondern auch eine Vielzahl von Satzungen und Verordnungen der Exekutive und der lokalen Behörden.¹²⁴ Es gab jedoch viele Ausnahmen davon. Es seien hier nur zwei Kategorien genannt: die sog. „*règlements d'administration publique*“, die aufgrund einer formalen, expliziten Ermächtigung des Gesetzgebers ein Gesetz ergänzen durften, und die „*règlements coloniaux*“ – Kolonialverordnungen –, da in den französischen Kolonien zum größten Teil die Gesetze (im materiellen Sinne) auf dem formalen Weg eines *Décrets* des Staatsoberhaupts erlassen wurden. Gegen diese Rechtsverordnungen der Exekutive, die nur einen eher geringen Teil der gesamten Rechtsverordnungen der Exekutive ausmachten, war der Rechtsweg vor dem *Conseil d'État* ausgeschlossen. Der Grund dafür war, dass sich diese Verordnungen materiell betrachtet auf die Gesetzgebungs- und nicht die Vollziehungsfunktion bezogen. *Laferrière* nimmt diese ständige Rechtsprechung des *Conseil d'État* auf, jedoch nicht

¹²¹ *Laferrière* Traité (Fn. 108), Bd. 2, 423 ff.

¹²² *Laferrière* Traité (Fn. 108), Bd. 2, 548 ff.

¹²³ *Conseil d'État* 31. Januar 1902, *Grazietti*, Anm. Hauriou, Sirey 1903.3.113.

¹²⁴ *Conseil d'État* 25. April 1845, *Ville d'Amboise*, Sirey 1845.2.510.

ohne einen leicht kritischen Ton.¹²⁵ Die Rechtsprechung änderte sich aber in den ersten Jahren des 20. Jahrhunderts in Bezug auf Kolonialverordnungen¹²⁶ und 1907 in einer grundlegenden Entscheidung für die „*règlements d'administration publique*“.¹²⁷

Ein Gesamtbild dieser Entwicklungen um 1900 zeigt, vergleicht man die Bemühungen in Frankreich mit der gleichzeitigen Leistung *Otto Mayers* in Deutschland, das Vorhandensein eines übereinstimmenden Bedürfnisses sowie die Verschiedenheit der je eingeschlagenen Wege, dieses Bedürfnis hinreichend zu stillen. Das gemeinsame Bedürfnis lag in der Bestimmung eines Begriffs des Verwaltungsakts, die für die Konstituierung eines wissenschaftlichen Verwaltungsrechts unerlässlich schien. Dieser Begriff war die Achse, um welche sich die Einheit des Verwaltungsrechts organisieren musste. Definiert als „*acte d'autorité*“ wurde er zum tragenden Begriff des Verwaltungsrechts, was zuvor nicht der Fall war.

In beiden Ländern wurde dieser Begriff jedoch anders konzipiert. Weil er in Frankreich durch die Analyse und Interpretation der Zuständigkeit der schon gut etablierten Verwaltungsgerichtsbarkeit bestimmt wurde, wurden grundsätzlich auch Verordnungen und Satzungen einbezogen. Der allmähliche Wegfall der Kategorie der „*actes purement discrétionnaires*“ war die andere Seite einer Grundtendenz, die man als „Objektivierung“ des *recours pour excès de pouvoir* bezeichnen kann.¹²⁸ Dass die allgemeine Vorschrift einer Verordnung ein wohlerworbenes, subjektives Recht unmittelbar beeinträchtigt, ist bekanntlich schwer darzulegen. Dass auch eine individuelle Entscheidung der Verwaltung, die nach ihrem freien Ermessen handeln darf, ein Recht des Bürgers verletzen kann, schien genauso schwierig. Deshalb verschwand Anfang des 20. Jahrhunderts das wohlerworbene Recht als Zulässigkeitsvoraussetzung des *recours pour excès de pouvoir* einfach und ohne großes Aufsehen. Für die Zulässigkeit des *recours* genügt bis heute das berechnete Interesse. Das subjektiv-öffentliche Recht wurde deshalb nicht zum tragenden Begriff des französischen Verwaltungsrechts.¹²⁹

¹²⁵ *Laferrière Traité* (Fn. 108), Bd. 2, 5 ff.

¹²⁶ Conseil d'État 29. Mai 1908, *Colonie du Sénégal*, Recueil des décisions du Conseil d'État, 578.

¹²⁷ Conseil d'État 6. Dezember 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, Recueil des décisions du Conseil d'État, 913, mit den Schlussanträgen *Tardieu*, Sirey 1908.3.1, Anm. *Hauriou* (wiederabgedr. in: *Maurice Hauriou Notes d'arrêt*, Bd. 1, 1929, 16 ff.).

¹²⁸ *Otto Mayer* hatte schon hervorgehoben, dass im „*eigentlichen Verwaltungsrecht*“ Frankreichs die (subjektiven) „*Rechte*“ eigentlich „*Zustände*“ verhältnismässiger Sicherheit der Interessen“ bezeichnen: *Mayer Theorie* (Fn. 91), 157.

¹²⁹ Trotz mancher Versuche: *Joseph Barthélemy Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899; *Roger Bonnard Les droits publics subjectifs des administrés*, *Revue du droit public* 1932, 695 ff.; *Norbert Foulquier Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif*

Durch den *recours pour excès de pouvoir* vertritt der berechnigte Beschwerdeführer formaljuristisch gesehen nur das Interesse der objektiven Legalität gegen einen im weiteren Sinne verstandenen „Verwaltungsakt“.

Die Zuständigkeit der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit war allerdings durch den *recours pour excès de pouvoir* lange nicht erschöpft. Wie bereits oben erwähnt, wurde sie auch durch besondere Gesetzesvorschriften ergänzt. Grauzonen, in denen die ordentliche Gerichtsbarkeit mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit ohne klare gesetzliche Vorgaben konkurrierte, bestanden jedoch vor allem im Haftungsrecht sowie in Bezug auf vertragsrechtliche Streitigkeiten. Wenn das Gesetz keinen der beiden Gerichtszweige klar bestimmte, war ein allgemeines, richterrechtliches Prinzip notwendig. Diese Lage sorgte für Spannungen und Streitigkeiten zwischen der *Cour de cassation* und dem *Conseil d'État*.

Um diese anderen Zuständigkeitsbereiche überschneidungsfrei zuzuweisen, war die begriffliche Unterscheidung zwischen „Obrigkeit“ (*Autorité*) und „Bewirtschaftung“ (*Gestion*) selbstverständlich weithin ungenügend. Es musste ein umfassenderer Begriff gefunden werden. Diese Suche nach der Einheit des Verwaltungsrechts ging jedoch weit über die verwaltungsrechtliche Diskussion hinaus. Die Größe der zwei bekanntesten Staats- und Verwaltungsrechtslehrer am Anfang des 20. Jahrhunderts (*Léon Duguit* und *Maurice Hauriou*) liegt in ihrem jeweiligen Bestreben nach einer allgemeinen Theorie des öffentlichen Rechts.

bb) Die gescheiterte Einheit von Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Eine Verfassungsrechtswissenschaft entstand erst am Anfang der Dritten Republik, als das Verfassungsrecht als ordentliches Fach des allgemeinen Studiengangs (*Licence*) an den juristischen Fakultäten eingeführt wurde. Der erste wichtige Vertreter dieses Fachs wurde in Paris *Adhémar Esmein*, dessen Handbuch von der ersten Auflage 1896 bis etwa 1914 maßgebend blieb.¹³⁰ Der Inhalt der Verfassungsrechtsvorlesung musste ganz neu bestimmt werden. Mit seinem Handbuch hat *Esmein* die bis heute noch tradierte Gliederung des Verfassungsrechtsunterrichts und der entsprechenden Lehrbücher in Frankreich geprägt: Allgemeine Staats- und Verfassungslehre, ausländisches Verfassungsrecht (hauptsächlich: englisches und amerikanisches), Verfassungsgeschichte sowie gegenwärtige politische Institutionen waren und sind immer noch die vier Hauptteile des Vorlesungsprogramms. Der Ansatz *Esmeins* war grundsätzlich historisch-politikwis-

français du XIX^e au XX^e siècle, 2003. Für ein ausgeglichenes Fazit: *Benoît Plessix* Droit administratif général, 2016, 551 ff.

¹³⁰ *Adhémar Esmein* Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 6. Aufl. 1914, durch *Joseph Barthélemy* weitergeführt, Neudr. 2001.

senschaftlich orientiert.¹³¹ Die damalige deutsche „juristische Methode“ hat er explizit als einen für „das Verfassungsrecht der politischen Freiheit“ untauglichen Ansatz verbannt.¹³² Damit folgte er zwei zusammenhängenden Tendenzen seiner Epoche: Das Verfassungsrecht sei als eine Politikwissenschaft zu betrachten;¹³³ einem solchen politischen Fach dürfe man nicht die Methode des Feindes – der formal-exegetischen Rechtswissenschaft – wie eine Art Kuckucksei ins Nest legen.¹³⁴ Daher entstand bei *Esmein* ein Verfassungsrecht, das wenig juristischen Gehalt hatte und vor allem von der verwaltungsrechtlichen Problematik seiner Zeit völlig abgelöst war.

Die Sache sieht bei *Léon Duguit* und *Maurice Hauriou* – um hier nicht von *Raymond Carré de Malberg* zu sprechen – ganz anders aus.¹³⁵ Antigermanismus war damals, nach 1870, die allgemeine Stimmung der französischen intellektuellen Szene. Dennoch gab es auch eine tiefe Bewunderung, und diese Art „Hass-Liebe“ prägte das, was man als eine „deutsche Krise“ der französischen Kultur bezeichnet.¹³⁶ Das neue deutsche Staatsrecht hatte in Kontinentaleuropa große Resonanz gefunden.¹³⁷ Das französische Staatsrecht durfte es nicht einfach ignorieren, sondern musste ihm vielmehr gewachsen sein, um die deutsche Schule überwinden zu können. Eine französische Staatsrechtslehre musste sich mit den Deutschen gegen die Deutschen behaupten.¹³⁸ Ihr Grundanliegen war, gegenüber der deutschen Staatsrechtslehre konkurrenzfähig zu sein. Der Weg, den *Esmein* einschlug,

¹³¹ *Esmein* hat nicht nur an der Pariser Juristischen Fakultät sondern auch an der 1872 gegründeten *École libre des sciences politiques* unterrichtet. Über die Grundzüge seines Verfassungsrechts: *Stéphane Pinon/Pierre-Henri Prélôt* (Hrsg.) *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, 2009.

¹³² *Esmein* *Éléments* (Fn. 130), xx.

¹³³ Der Kontext ist hier sehr prägend: Im Umfeld der *École libre des sciences politiques* wurde die Einführung des Verfassungsrechts an den juristischen Fakultäten mit dem Argument bekämpft, Verfassungsrecht sei Politikwissenschaft und dürfe daher nicht eng juristisch verkrustet werden. Siehe *Pierre Favre* *Naissances de la science politique en France 1870–1914*, 1989.

¹³⁴ Sehr illustrativ dafür *Maurice Deslandres* *La crise de la science politique*, *Revue du droit public*, Bd. 13 (1900), 6–49, 247–287, 435–469; Bd. 15 (1901), 394–427; Bd. 17 (1901), 45–95, 402–451. Siehe *Stéphane Pinon* *Maurice Deslandres et le droit constitutionnel. Un itinéraire*, 2012.

¹³⁵ Eine sehr schöne doppelte intellektuelle Biographie zu *Duguit* und *Hauriou*: *Jean-Michel Blanquer/Marc Milet* *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, 2015.

¹³⁶ *Claude Digeon* *La crise allemande de la pensée française 1870–1914*, 1959.

¹³⁷ *Jouanjan* *Science du droit* (Fn. 50), 91 ff.

¹³⁸ *Olivier Jouanjan* *Die Krise der französischen Verfassungsrechtswissenschaft um 1900*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung*, 126 (2009), 98 ff.

konnte in diesem Sinne nur eine Sackgasse sein. Man durfte die deutsche Lehre nicht einfach ignorieren, sondern musste mit anderen wissenschaftlichen Mitteln dagegenhalten. Es ging also bei *Duguit* und *Hauriou* nicht nur um eine Weiterentwicklung des Verwaltungsrechts, sondern vielmehr darum, das Öffentliche Recht als Ganzes von Grund auf neu zu denken und damit den Deutschen ein umfassendes, konkurrenzfähiges Konzept des Öffentlichen Rechts gegenüberzustellen.

Der Begriff „*service public*“ war bei *Duguit* zunächst das Merkmal der verwaltungsgerichtlichen Kompetenz und bezeichnete damit auch das Wesen des modernen Verwaltungsrechts. Darüber hinaus beanspruchte die Kategorie des „*service public*“, als Konsequenz einer allgemeinen Staatslehre, alle Wandlungen des Öffentlichen Rechts deuten zu können.¹³⁹ Der „*Traité de droit constitutionnel*“ *Duguits* ist viel mehr als ein Handbuch zum eng verstandenen Verfassungsrecht: „Offen gestehe ich, dass ich den Unterschied zwischen allgemeinem Öffentlichen Recht und Verfassungsrecht nicht sehe.“¹⁴⁰ Beim Verfassungsrecht handelt es sich für ihn um die allgemeinen Prinzipien des Öffentlichen Rechts. Daher findet man im „*Traité*“ auch die allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts und insbesondere eine hochentwickelte Theorie der verschiedenen Typen von Verwaltungsakten und ihrer einzelnen, analytisch untersuchten Bestandteile, die Geschichte gemacht hat. Vor allem ist seine Theorie des „*service public*“ die verwaltungsrechtliche Folge eines umfassenden Konzepts des modernen Staates, gegründet auf dem soziologischen Begriff der Solidarität. Ganzheitlich betrachtet war sein Werk der unerhörte Versuch, ein Öffentliches Recht ohne die von ihm als „deutsch“ verpönten Begriffe der Souveränität, der Staatsgewalt oder auch der Staatspersönlichkeit zu entwickeln. Seinem soziologischen Ansatz entsprechend schrieb er ein vollständiges, rein „objektivistisches“ System des Öffentlichen Rechts gegen den deutschen Subjektivismus.¹⁴¹

Das Werk *Maurice Haurious* hat gleiche Dimension und Bedeutung. Das Verwaltungsrecht muss ebenso in den Rahmen einer allgemeinen Theorie des Öffentlichen Rechts gestellt und in diesem gedacht werden. *Haurious* allmählich entwickelte Institutionenlehre gab diesen Rahmen ab. Sie muss als der Versuch verstanden werden, den von *Duguit* scharf inszenierten Gegensatz von Objektivismus und Subjektivismus in der Rechtslehre

¹³⁹ *Léon Duguit* Les transformations du droit public, 1913.

¹⁴⁰ *Léon Duguit* *Traité de droit constitutionnel*, 3. Aufl., Bd. 1, 1927, 705.

¹⁴¹ Dieses Programm ist in seinem ersten bahnbrechenden Buch insbesondere gegen *Jellinek* und dessen „System der subjektiven öffentlichen Rechte“ mit voller Klarheit angekündigt: *Léon Duguit* *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901.

zu überwinden.¹⁴² Eine Institution besteht im Ausgleich zwischen Gewalt, Ordnung und Freiheit. Als Recht der staatlichen Institution ist das Öffentliche Recht das Recht des modernen Staats als Institution. Sein Grundbegriff ist „Ausgleich“ bzw. „Gleichgewicht“ (*équilibre*).¹⁴³ Der Verfassungsstaat ist ein System von austarierten „Trennungen“.¹⁴⁴ Moderne Verfassungen haben zwei Seiten: die politische Verfassung als Ausgleichssystem der Gewaltentrennung; die soziale Verfassung, die die Beziehungen zwischen Staat und Gesellschaft durch Grundrechte prinzipiell ausgleicht.¹⁴⁵ Das Verwaltungsrecht ist das Recht der konkreten Rechtsverhältnisse zwischen öffentlicher Gewalt und individueller Freiheit, das den Ausgleich zwischen diesen beiden Sphären bestimmt. In einem verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnis tritt die Verwaltung mit öffentlicher Gewalt ausgestattet auf. Das Verwaltungsrecht sei daher ein Recht der öffentlichen Gewalt als Mittel des Verwaltungshandelns. Diese Definition stimmte jedoch nicht ganz mit der überlieferten Lehre des „Obrigkeitsakts“ überein. *Hauriou* Begriff war „*gestion publique*“¹⁴⁶: Zuständig soll die Verwaltungsgerichtsbarkeit sein, wenn die handelnde Verwaltung auf ihre eigene, öffentliche Prerogative nicht ganz verzichtet hat. Diese Definition musste auch in den Bereichen der Staatshaftung und der Verwaltungsverträge gelten.¹⁴⁷

Diese beiden theoretischen Ansätze fanden ihre Resonanz in der Rechtsprechung des *Conseil d'État*. „*Service public*“ und der durch *Hauriou* erweiterte Begriff der „*puissance publique*“ (bzw. „*gestion publique*“) wurden kombiniert, um die allgemeine Kompetenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu bestimmen, wobei der „*puissance publique*“ eine beherrschende Position zukam, indes dem Kriterium des „*service public*“ zusehends eine eher komplementäre Rolle zugewiesen wurde. Die berühmte Entscheidung „*Bac d'Eloka*“ aus dem Jahre 1921 sorgte für Schwierigkeiten: „*services publics*“, die „unter den gleichen Bedingungen wie die eines gewöhnlichen Industriellen betrieben werden“ – also nicht nach dem Muster einer „*gestion publique*“ im Sinne *Hauriou* –, unterliegen grundsätzlich der Kom-

¹⁴² „Il faut renvoyer dos à dos le système du tout au subjectif et celui du tout à l'objectif“: *Maurice Hauriou* La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social), in: *ders.* Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, 1933, 95.

¹⁴³ *Maurice Hauriou* Principes de droit public, 1910, Kap. 1.

¹⁴⁴ *Hauriou* Principes (Fn. 143), Kap. 9, 366 ff.

¹⁴⁵ *Maurice Hauriou* Précis de droit constitutionnel, 2. Aufl. 1929, wiederabgedr. 2015, XIII.

¹⁴⁶ *Maurice Hauriou* La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif, 1899.

¹⁴⁷ Siehe *Plessix* Droit administratif général (Fn. 129), 691 ff.

petenz der Zivilgerichtsbarkeit.¹⁴⁸ Der Begriff des „*service public*“ selbst wurde daher durch den Begriff einer „*gestion publique*“ gespalten, er blieb dennoch bis heute nicht ohne Konsequenzen im Verwaltungsvertragsrecht.

Die Einheit des Öffentlichen Rechts und insbesondere des Verwaltungsrechts war also nur sehr relativ. Dazu kam eine weitere Entwicklung im Verfassungsrecht, die *Olivier Beaud* als das Ende der klassischen Verfassungsrechtslehre bezeichnet hat.¹⁴⁹ Als die erste Generation der Verfassungsrechtler durch Tod und Alter abtrat, kam eine neue Generation, die viel stärker politisch-pragmatisch orientiert war und für rechtstheoretische Fragestellungen wenig Interesse hatte. Grund dafür war die am Ende der 1920er-Jahre aufgeheizte Debatte über die Funktionsfähigkeit des Parlamentarismus und der Exekutive der Dritten Republik unter dem Motto „*réforme de l'État*“ (Staatsreform), die diese pragmatische Wende der Staatsrechtslehre grundsätzlich erklärt. Hauptfigur dieser jüngeren Generation ist *Joseph Barthélemy*. Damit ging das „klassische“ Streben nach einem allgemeinen, theoretisch fundierten Staatsrecht zugrunde. Das Verfassungsrecht wurde zur Lehre der politischen Institutionen. Der entscheidende und endgültige Moment dieser Wende ist der 1933 erschienene „*Traité de droit constitutionnel*“ von *Joseph Barthélemy* und *Paul Duez*. Diese These braucht nur eine marginale Korrektur: Denn diese Tendenz war nicht wirklich eine Neuigkeit, keine „Wende“, sondern vielmehr eine Rückkehr zum Verfassungsrecht in der Tradition von *Adhémar Esmein*. *Barthélemy* hatte *Esmeins* Handbuch sehr lobend rezensiert,¹⁵⁰ hatte sogar seine sechste Auflage 1914 übernommen. Für ihn war Verfassungsrecht, wie für *Esmein*, grundsätzlich Politikwissenschaft.¹⁵¹ Sein Handbuch 1933 führte tatsächlich diese Grundlinie weiter und gehörte deshalb zu einer spezifisch französischen Traditionslinie, die noch in der Vierten Republik (1946–1958) herrschend blieb.

Desungeachtet bleibt folgendes Fazit von erheblicher Bedeutung: Der Faden zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht wurde hier dauerhaft durchtrennt. Um die Einheit des Öffentlichen Rechts als Ganzes kümmerte sich lange Zeit niemand mehr.

¹⁴⁸ Tribunal des conflits 22. Januar 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, Dalloz 1921.3.1, mit Schlußanträgen *Matter*.

¹⁴⁹ *Olivier Beaud* Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique, *Droits* 2000/32, 89 ff.

¹⁵⁰ *Joseph Barthélemy* Préface de la sixième édition, in: *Esmein* *Éléments* (Fn. 130), VII–XVI.

¹⁵¹ Zeugnis dafür ist sein Pamphlet: *Joseph Barthélemy* Les institutions politiques de l'Allemagne contemporaine, 1915.

III. Zur Lage der heutigen französischen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht

1. Struktur der Gesellschaft der Interpreten von Öffentlichem Recht

a) Professoren

1855 wurde das Auswahlverfahren der Rechtsprofessoren einheitlich auf nationaler Ebene durch einen Wettbewerb (*Concours d'agrégation*) organisiert. Dieses Verfahren war auch deshalb einheitlich, weil der Wettbewerb ausnahmslos alle Professoren der juristischen Fakultäten ohne Fachspezialisierung selektierte. Die wichtige Reform von 1896 teilte dieses Verfahren in drei unterschiedliche Wettbewerbe auf (*sectionnement*): einen für „Privatrecht und Kriminalwissenschaften“ (*Agrégation de droit privé et de sciences criminelles*), einen für Öffentliches Recht und einen für Rechtsgeschichte. Diese Einteilung besteht bis heute. Sie war damals die offizielle Anerkennung einer *de facto*-Spezialisierung der Professoren und damit auch des Öffentlichen Rechts als gleichberechtigten Fachs in den juristischen Fakultäten.¹⁵²

Heute ist die „*Agrégation*“ nur noch einer der möglichen Wege zur Professur. Die anderen Wege sind in zwei Etappen organisiert: Zunächst stellt jedes Jahr die zuständige „*Section*“ des *Conseil national des universités* eine Liste der „befähigten“ Kandidaten auf, dann entscheidet auf lokaler Ebene ein *ad-hoc*-Komitee der Fakultät aufgrund dieser Liste. Dieses zweistufige Verfahren gilt auch für die Einstellung der *Maîtres de conférences* (etwa „Juniorprofessoren“). Für das juristische Feld sind die *sections* des *Conseil national des universités* auch, entsprechend der Einteilung der *Agrégation*, dreiteilig gegliedert: „*section de droit privé et sciences criminelles*“ (section 01), „*section de droit public*“ (section 02) und „*section d'histoire du droit*“ (section 03).

Das deutsche Lehrstuhlssystem gilt daher in Frankreich nicht. Im öffentlich-rechtlichen Bereich sind alle Professoren schlicht und einfach Professoren des Öffentlichen Rechts. Dies ist jedoch nur eine administrative Bezeichnung. In der Tat ist die (Binnen-)Spezialisierung sehr stark und ausgeprägt. Insbesondere ist die Trennung zwischen Verfassungsrechtlern und Verwaltungsrechtlern von entscheidender Bedeutung. Allerdings ist diese Trennung weder zahlenmäßig noch ihrer Wirkung nach genau bestimmbar.

Wenn auch keine genauen Zahlen aus zuverlässigen Quellen vorhanden sind, ist es für die Beschaffenheit der Gesellschaft der offiziell legitimierten Professoren von einiger Bedeutung, dass eine beträchtliche Zahl der im

¹⁵² Siehe *Guillaume Richard* Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République, 2015, 257 ff.

Verwaltungsrecht spezialisierten Professoren gleichzeitig Rechtsanwälte sind. Das „professorale Verwaltungsrecht“ ist daher sehr praxisorientiert. Theoretische Ansätze bleiben infolgedessen eher am Rande des verwaltungsrechtlichen Diskurses, auch wenn ihnen eine gewisse „wissenschaftliche Rücksichtnahme“ entgegengebracht wird. Es gibt also in Frankreich wenige theoretische Ansätze im Bereich des Verwaltungsrechts, die zusammengekommen eine Art Verwaltungsrecht der Außenseiter bilden.¹⁵³ Eine andere in der Minderheit befindliche, dafür aber stetige Tendenz des heutigen französischen Verwaltungsrechts liegt in der geschichtlichen Erforschung des Faches.¹⁵⁴ Jede ins Schwanken geratene Wissenschaft sucht in ihrer Geschichte ihren Legitimationsgrund oder auch nur schöne Erinnerung an ihre eigene „*belle époque*“.¹⁵⁵

b) Richter

aa) Verfassungsrichter

Die neun ordentlichen Mitglieder des französischen Verfassungsrats werden ohne Nachweis einer juristischen Qualifikation ernannt. Außerdem sind die ehemaligen Staatschefs von Rechts wegen Mitglieder dieses Verfassungsgerichts. Anders als in Deutschland bilden Professoren nie die Mehrheit im Spruchkörper. Derzeit (Oktober 2017) sitzt kein Professor in dem Gremium. Unter den seit 1959 ernannten 78 Mitgliedern zählt man nur elf Hochschullehrer, darunter zwei Politologen und eine Soziologin. Auf der Grundlage ihrer Erfahrung am *Conseil constitutionnel* hat diese Soziologin ein sehr angesehenes Buch verfasst, das eine Mikrosoziologie dieser Institution ausbreitet. Unter anderem erwähnt sie die recht unkritische Haltung der Verfassungsrechtswissenschaft dem *Conseil constitutionnel* gegenüber.¹⁵⁶

Eine zentrale Figur des *Conseil constitutionnel* ist ihr Generalsekretär. Dieser ist kein Verfassungsrichter, sondern der vom Präsidenten des *Conseil constitutionnel* ernannte Leiter der Verwaltung. Von einer einzigen Ausnahme abgesehen (1983–1986) kam und kommt der Generalsekretär

¹⁵³ Hier sind besonders zu nennen: *Jacques Chevallier* L'État post-moderne, 4. Aufl. 2014; *Jacques Caillosse* La constitution imaginaire de l'administration, 2008; *ders.* L'État du droit administratif, 2015.

¹⁵⁴ Hier sind u. a. *Jean-Jacques Bienvenu*, *Pascale Gonod*, *Fabrice Melleray* und *Benoît Plessix* zu nennen.

¹⁵⁵ *Fabrice Melleray/Nader Hakim* Le renouveau de la doctrine française, 2009; *Olivier Jouanjan* Die Belle époque des Verwaltungsrechts. Zur Entstehung der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa (1880–1920), in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.) Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV, 2011, 425 ff.

¹⁵⁶ *Dominique Schnapper* Une sociologue au Conseil constitutionnel, 2010.

bislang stets vom *Conseil d'État*. Seine Funktion beschränkt sich keineswegs auf die administrativen Angelegenheiten des Verfassungsrats. Er leitet auch das kleine Team – etwa vier Personen – der juristischen Mitarbeiter des *Conseil*. Die Richter haben keine eigenen Mitarbeiter und sind deshalb in Sachen juristischer Expertise auf dieses Team und den Generalsekretär angewiesen. Daher spielt der Generalsekretär im Prozess der Entscheidungsfindung eine maßgebliche Rolle.

Diese besondere Struktur der französischen Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁵⁷ erklärt, warum eine hinreichende Kontinuität zwischen der Verfassungs- und Verwaltungsrechtsprechung gesichert ist. Auf der anderen Seite ist die offene Kommunikation mit der Rechtswissenschaft als begrenzt und einseitig zu bezeichnen. Wenige Verfassungsrichter nehmen vor oder nach ihrem Mandat an der rechtsdogmatischen Diskussion teil. Es darf hinzugefügt werden: Die meisten können es mangels dogmatischer Kompetenz auch nicht. Mit ihrer knappen Begründung ist, anders als beim Bundesverfassungsgericht, die Entscheidung des *Conseil constitutionnel* kein wirklich dogmatischer Beitrag, sondern eher ein autoritativer Richterspruch. Die Rechtswissenschaft wird auch in Entscheidungen nie zitiert. Unter solchen Umständen ist die französische Verfassungsrechtsprechung sicherlich kein „Professorenrecht“.

bb) Verwaltungsrichter

Die Verwaltungsrichter am *Conseil d'État* sind sehr gut ausgebildete Verwaltungsrechtler, die jedoch in der Regel nicht die juristischen Fakultäten, sondern eine andere Hochschule – insbesondere *Sciences Po Paris* – und die ENA (*École nationale d'administration* = Nationale Verwaltungshochschule) besucht haben. Ein beträchtlicher Teil von ihnen spielt jedoch im Verwaltungsrechtsdiskurs durch Monografien, Handbücher, Aufsätze oder Rechtsprechungschoniken eine maßgebende Rolle. Nicht selten sind sie auch beigeordnete Professoren an einer juristischen Fakultät. Als Träger der Legitimität des *Conseil d'État* kann ihre Wirkung in diesem Diskurs als herrschend und „normalisierend“ betrachtet werden.

Die Begründung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen ist wie beim *Conseil constitutionnel* auf das logische Minimum reduziert. Dennoch sind die Schlussanträge des „öffentlichen Berichterstatters“ (*rapporteur public*, ehemaliger *commissaire du gouvernement*) von dogmatischer Bedeutung. Nicht selten wird dort die Rechtswissenschaft zitiert. Die Schlussanträge werden auch regelmäßig in den Fachzeitschriften veröffent-

¹⁵⁷ Ausführlich *Olivier Jouanjan* Verfassungsrechtsprechung in Frankreich, in: Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber (Hrsg.) *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. VI, 2016, 207 ff.

licht. Wenn die Entscheidung den Schlussanträgen nicht folgt, kann man auch einen relativen, inneren Dissens im Gericht wahrnehmen. Unbeschadet dessen ist das Sondervotum in Frankreich nicht vorgesehen. Meinungsverschiedenheiten im Spruchkörper bleiben also geheim. Nicht zuletzt daraus resultiert ein Kommunikationsdefizit zwischen Judikative und Wissenschaft.

c) Zeitschriften

Neben allgemeinen Zeitschriften („Recueil Dalloz“, „Semaine juridique“) sorgen im Grunde die spezialisierten Zeitschriften für eine offene Kommunikation zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Insbesondere sind die Zeitschriften für Verwaltungsrecht (*Actualité juridique – Droit administratif*, *Revue française de droit administratif*) dem Verfassungsrecht gegenüber ganz offen.

d) Eine praxisorientierte Dogmatik

aa) Gerichtspositivismus

Staatsratspositivismus kennzeichnet die Tradition des französischen Verwaltungsrechts. Manche Gründe dafür wurden schon oben erwähnt. Mehrere *founding fathers* des französischen Verwaltungsrechts waren auch Mitglieder des *Conseil d'État*. Neben *Laferrière* sind *Macarel*, *Cormenin*, *de Gérando*, *Aucoc* zu nennen. Die Mitglieder des *Conseil d'État* waren von Anfang an entscheidende Mitspieler bei der dogmatischen Konstruktion des Verwaltungsrechts. Dies setzt sich bis heute fort. Viele spezialisierte Professoren sind darüber hinaus Rechtsanwälte. Es kann deshalb nicht erstaunen, dass sich das französische Verwaltungsrecht um die Entscheidungspraxis des *Conseil d'État* dreht.

Gesetzeskommentierung ist, anders als in Deutschland, nicht der Lieblingssport der französischen Verfassungs- und Verwaltungsrechtler.¹⁵⁸ Dafür aber die Urteilsanmerkung. Der große Meister war und bleibt insofern *Maurice Hauriou*.¹⁵⁹ Die Inflation der Urteilsanmerkungen geht bis zur Sinnlosigkeit: So werden auch bedeutungslose Entscheidungen kommentiert oder beliebige Urteile ohne greifbaren wissenschaftlichen Mehrwert paraphrasiert.¹⁶⁰ Urteilsanmerkungen gehören zum normalen

¹⁵⁸ Anders im Privatrecht, wo die *Codes annotés* Tradition haben. Als Ausnahme gilt im Verfassungsrecht: *Michel de Villiers/Thierry Renoux* Code constitutionnel, 2014.

¹⁵⁹ *Maurice Hauriou* Notes d'arrêt, 3 Bde., 1929.

¹⁶⁰ Für *Jean-Jacques Bienvenu* ist die Urteilsanmerkung zur „Null-Ebene“ der juristischen Literatur geworden (*la note d'arrêt, degré zéro de l'écriture juridique*): *Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif*, *Droits* 1985/1, 156.

Rechtsbetrieb des herrschenden, verwaltungsrecht(swissenschaft)lichen Staatsratspositivismus.

Erst in den 1970er Jahren hat sich das Verfassungsrecht nicht mehr nur als Lehre der politischen Institutionen verstanden, sondern auch und in erster Linie als *Verfassungsrecht*. Dies war das große Verdienst von *Louis Favoreu*. Die Legitimation dieses Deutungswechsels lag in der zunehmenden Stärke des Verfassungsrats und seiner Rechtsprechung. Endlich verfügte die Verfassungsrechtslehre über einen Rechtsprechungskorpus. Sie durfte auch eine Rechtsprechung kommentieren und sich wie eine normale Rechtswissenschaft fühlen. Deshalb wurde durch die sog. „École d’Aix“ die Kommentierung dieser Rechtsprechung zur Hauptaufgabe der Verfassungsrechtswissenschaft.¹⁶¹

bb) Theoriearmut

Theorieansätze im französischen Öffentlichen Recht regen keine allgemeine Diskussion an und bleiben auf kleinere, in sich geschlossene Kreise begrenzt, obwohl Rechtstheorie eher eine Sache der Staatsrechtslehrer geworden ist. In der Tat ist gegenwärtig eine Rechtstheorie herrschend – die sog. „realistische Interpretationstheorie“ –, die für eine Theorie des Öffentlichen Rechts überhaupt keinen Anhaltspunkt bieten kann. Dafür taugt ihre Hauptthese nicht, wonach der eigentliche Gesetzgeber der authentische Interpret des Gesetzes sei. Das Problem mit dieser eher anspruchslosen Theorie ist, dass sie so dominant ist, dass sie andere Theorieansätze *de facto* bis jetzt blockiert. Dafür stärkt sie nachhaltig den vorherrschenden Rechtsprechungspositivismus.

Insbesondere in der Verwaltungsrechtslehre fehlt es an einer grundsätzlichen theoretischen Reflexion.¹⁶² Damit ist nicht gemeint, dass es an

¹⁶¹ Dazu *Olivier Jouanjan* Modelle und Konzepte der Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich – Eine kritische Bilanz, in: Johannes Masing/Olivier Jouanjan (Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit, 2011, 3 ff.

¹⁶² So auch *Caillosse L’État* (Fn. 153), 19 ff. Nach dem Zweiten Weltkrieg hat *Charles Eisenmann* (1903–1980) eine an die Reine Rechtslehre angelehnte, kritische Theorie des öffentlichen Rechts, insbesondere des Verwaltungsrechts, entwickelt. Sein Werk wurde zwar beachtet, jedoch kaum rezipiert. Übersetzungen von *Charles Eisenmann* Hans Kelsen. *La garantie juridictionnelle de la constitution*, *Revue du droit public* 1928, 197–257; *ders.* *La démocratie, sa nature, sa valeur*, 1932; *ders.* *Théorie pure du droit*, 2. Aufl. 1962; *Fritz Fleiner* *Les principes généraux du droit administratif allemand*, 1933. Hauptwerke von *Charles Eisenmann*: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, 1928; *Centralisation et décentralisation: esquisse d’une théorie générale*, 1948; *Cours de droit administratif*, 2. Bde., 1982–1983; *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d’idées politiques*, hrsg. v. Charles Lebon, 2002; *Écrits de droit administratif*, hrsg. v. Nicolas Chiffot, 2013. Über *Charles Eisenmann: Nicolas Chiffot* *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, 2009.

wissenschaftlich wichtigen Beiträgen in den verschiedenen Bereichen des Verwaltungsrechts fehlt, sondern vielmehr, dass über das „allgemeine“ Verwaltungsrecht und dessen Leistungsfähigkeit, über das allgemeine Verwaltungsrecht als „Ordnungsidee“ nicht wirklich reflektiert wird.¹⁶³ Dabei kommt es aus französischer Sicht nicht darauf an, ob die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ in Deutschland inhaltlich recht hat oder nicht, sondern in erster Linie darauf, dass sie einen allgemeinen Begriff des Verwaltungsrechts als „Steuerungsrecht“ für die wissenschaftliche Diskussion zur Verfügung stellt und damit für eine Auseinandersetzung über das „Allgemeine“ im Verwaltungsrecht sorgt. Im Kontrast dazu bleiben die französischen verwaltungsrechtlichen Kontroversen segmentiert.¹⁶⁴ Theoretische Ansätze oder Selbstreflexion darüber, was das *Allgemeine* Verwaltungsrecht bedeuten kann und leisten muss, gibt es nicht.

2. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

a) Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts

Als *Georges Vedel* 1954 zur Reflexion über die Verfassungsgrundlagen des Verwaltungsrechts aufforderte,¹⁶⁵ bekam er mit fast 20 Jahren Verspätung 1972 von seinem Pariser Kollegen *Charles Eisenmann* eine schneidende Antwort: „Über die Grundlagen des Verwaltungsrechts ist das Verfassungsrecht absolut sprachlos.“¹⁶⁶ Zu dieser Zeit begann jedoch bereits eine neue Ära des französischen Verfassungsrechts. Bekanntlich hatte der *Conseil constitutionnel* 1971 die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte als Grundlage seiner Gesetzeskontrolle anerkannt.

Zwei Jahrzehnte später war die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts bereits eine nicht mehr zu bestreitende Tatsache.¹⁶⁷ „Konstitutionalisierung“ ist jedoch ein Euphemismus dafür, dass nicht die Verfassung selbst, sondern die Rechtsprechung des Verfassungsrats einen gewissen normativen Einfluss auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung aus-

¹⁶³ *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006.

¹⁶⁴ Exemplarisch dafür: *Association française pour la recherche en droit administratif* (Hrsg.) Les controverses en droit administratif, 2017.

¹⁶⁵ *Georges Vedel* Les bases constitutionnelles du droit administratif, Études et documents du Conseil d'État, 1954, 21 ff.

¹⁶⁶ *Charles Eisenmann* La théorie des «bases constitutionnelles du droit administratif», *Revue du droit public* 1972, 1345 ff., wiederabgedr. in: *Chifflet* Écrits (Fn. 162), 274 ff.

¹⁶⁷ *Bertrand Mathieu/Michel Verpeaux* (Hrsg.) La constitutionnalisation des branches du droit, 1999. Siehe auch: Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2012/32 (Dossier: Le Conseil constitutionnel et le droit administratif); *Bernard Stirn* Les sources constitutionnelles du droit administratif, 9. Aufl. 2016.

übt. Damit ist nur eine banale Feststellung ausgesprochen, die für alle Rechtssysteme mit einem besonderen Verfassungsgericht gilt.

Die Tiefenschärfe der Konstitutionalisierung hängt jedoch davon ab, wie die Kompetenz des jeweiligen Verfassungsgerichts ausgestaltet ist. In Deutschland geht die „Konstitutionalisierung“ dadurch besonders tief, dass das Bundesverfassungsgericht durch die Verfassungsbeschwerde auch die Verfassungsmäßigkeit der fachgerichtlichen Rechtsprechung überprüfen kann. In Ermangelung eines ähnlichen Verfahrens bleibt immerhin der *Conseil d'État* dem *Conseil constitutionnel* gegenüber souverän. Das neue Verfahren der vorrangigen Frage zur Verfassungsmäßigkeit (*question prioritaire de constitutionnalité*) hat daran nichts geändert.

b) *Internationalisierung und Europäisierung als Wandlungs-, nicht Fragmentierungsfaktoren*

Die Internationalisierung und in erster Linie die Europäisierung der nationalen Rechtsordnungen haben erhebliche Änderungen im französischen Öffentliches Recht bewirkt. Der Begriff „*service public*“ musste neu zugeschnitten werden. Im Verwaltungsvertragsrecht haben der Gesetzgeber und der *Conseil d'État* gewichtige, insbesondere verfahrensrechtliche Änderungen eingeführt.¹⁶⁸ Fragmentierungen gab es jedoch nicht, sondern nur erhebliche, technische Anpassungen.¹⁶⁹

Die wichtigste, neueste Rechtsprechungsänderung betrifft das Regulierungsrecht. In zwei Entscheidungen vom 21. März 2016 hat der *Conseil d'État* Klagen zugelassen, die gegen *soft-law*-Akte gerichtet waren. Allgemeine sowie individuelle Gutachten, Empfehlungen, Verwarnungen und Stellungnahmen der Regulierungsbehörden dürfen unter folgenden Bedingungen angefochten werden: Erstens, wenn deren Missachtung von der Regulierungsbehörde nachträglich geahndet werden kann; zweitens, wenn sie erhebliche, insbesondere wirtschaftliche Wirkungen erzeugen können; drittens, wenn sie das Ziel verfolgen, das Verhalten der Adressaten nachhaltig zu beeinflussen.¹⁷⁰ Darin liegt eine begriffliche und sicherlich fragwürdige Erweiterung des Verwaltungsakts, jedoch keine „Fragmentierung“ des Verwaltungsrechts.

¹⁶⁸ Siehe *Conseil d'État* 4. April 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, Kommentar in: *Marceau Long/Prosper Weil/Guy Braibant/Pierre Delvolvé/Bruno Genevois* Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20. Aufl. 2015, 910 ff.

¹⁶⁹ So auch *Gweltaz Eveillard* Le droit administratif dans dix ans, in: *Association Les controverses* (Fn. 164), 220 ff.

¹⁷⁰ *Conseil d'État*, 21. März 2016, *Société Fairvesta International*, *Revue française de droit administratif* 2016, 497 ff., *Schlußanträge von Coester*, und *Société NC Numéricable*, *Revue française de droit administratif* 2016, *Schlußanträge Daumas*, 506 ff. (m.w.N.).

c) *Jenseits der Kompetenztrennung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit*

Die heutige Tendenz der französischen Verwaltungsrechtslehre besteht darin, das Verwaltungsrecht nicht mehr als das von den Verwaltungsgerichten angewandte Recht zu betrachten, sondern auch Zivilrechtsprechung in Verwaltungssachen mit einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für das Verwaltungsvertragsrecht, das Recht der öffentlichen Sachen, die „privatrechtlich“ verwalteten *services publics*. Ob daraus eine neue Theorie des „allgemeinen“ Verwaltungsrechts entsteht, bleibt fraglich, wäre jedoch wünschenswert.

IV. Schlussfolgerung

Um die neueren Entwicklungen des französischen Öffentlichen Rechts zu begreifen, scheint das Wort „Fragmentierung“ gleichzeitig zu verschwommen und zu hart. Jedenfalls ist das französische – und wahrscheinlich auch das deutsche – Öffentliche Recht nicht in höherem Maße fragmentiert als früher. Ihre jeweilige „Einheit“ war stets nur sehr relativ und deshalb fragwürdig. Anders kann es allerdings auch nicht sein. Da es Aufgabe des „rechtlichen Wissens“¹⁷¹, des rechtlichen Diskurses ist, das Recht, bzw. das Öffentliche Recht als sein ideelles Objekt zu konstruieren, meint hier „fragwürdig“, dass die Rechtswissenschaft weiter nach der Einheit bzw. der Identität des Öffentlichen Rechts fragen muss – eher als nach dessen Fragmentierungen, wenn auch dieses Fragen nicht mit übermäßigen oder vermessenen Hoffnungen verbunden sein sollte.

¹⁷¹ Etwa im Sinne *Alexander Someks* als das Wissen, dessen Objekt und Subjekt das Recht ist: *Alexander Somek* Rechtliches Wissen, 2006.

Leitsätze des 1. Referenten über:

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

I. Einleitende Bemerkungen und Fragestellung

1. Welche Fragmentierungsdiskussion im inneren Öffentlichen Recht?

(1) Die Fragmentierungsdiskussion des Völkerrechts lässt sich auf das innere Öffentliche Recht nicht übertragen.

2. Was heißt Fragmentierung?

(2) Fragmentierung produziert nicht nur eine Vielzahl, sondern auch eine Vielfalt. Fragmentierung erzeugt nicht nur Pluralität, sondern auch Heterogenität.

(3) Für eine Rechtsordnung würde das bedeuten, dass sie keine Ordnung mehr darstellt.

3. Relativitätstheorie der Einheit einer Rechtsordnung

(4) Einheit ist ein relativer Begriff, der eine Vielheit voraussetzt.

(5) Arbeit am Recht ist Defragmentierungsarbeit. Rechtsdogmatische Arbeit dient gerade der Reduktion von juristischer Komplexität. Einheit bedeutet nicht friedliche Harmonie und auch nicht Einfachheit, sondern diskursive Reduzierung von Spannungsverhältnissen, Widersprüchen oder Unbehagen im Rechtssystem.

(6) „Das“ Recht als Gesamtordnung gibt es nicht. Sei es „formal“ oder „material“, die Einheit des Rechts lässt sich nicht als ein Vorgegebenes betrachten, sondern nur als etwas nachträglich Konstruiertes. Das Recht hat keine Ontologie.

*(7) Wenn der juristische Diskurs das von ihm konstituierte Öffentliche Recht nur noch als ein fragmentiertes Objekt betrachten sollte, dann gäbe es kein Öffentliches Recht als dogmatischen Begriff mehr. Fragmentierungen im Öffentlichen Recht wären folglich eine *contradictio in adjecto*.*

4. Über den „Diskurs“ im Öffentlichen Recht

(8) Als Diskurs im Öffentlichen Recht gelten alle Diskurse über das Öffentliche Recht.

(9) Rechtsprechung ist ein Diskurs des Öffentlichen Rechts über das Öffentliche Recht: Sie hat auch eine dogmatische Dimension.

(10) Einen Diskurs über das Öffentliche Recht gibt es nicht: Präjudizien im richterlichen Diskurs und „herrschende Meinung“ in der Dogmatik bilden eine nur relative Einheit, da ihre jeweilige Legitimität stets auf dem Spiel steht.

(11) Der wissenschaftlich-dogmatische Diskurs über das Öffentliche Recht kann nur vielfältig als ein Konkurrenzsystem verschiedener Diskurse bestehen: Konkurrenz ist noch keine Fragmentierung, sondern der Rechtswissenschaft innewohnend.

(12) Diskurs wird daher hier als ein soziales, wettbewerbliches Kommunikationssystem und als ein ebensolcher -prozess verstanden, der Jurisprudenz und Rechtsprechung in einer „offenen Gesellschaft der Interpreten“ des Öffentlichen Rechts zusammenspannt.

II. Die Gründung des modernen Öffentlichen Rechts: eine fragmentierte Einheit?

1. Am Anfang war die Fragmentierung

a) Allgemeine Betrachtungen

(13) Die Einteilung des Öffentlichen Rechts in Verfassungs- und Verwaltungsrecht zu Beginn des 19. Jahrhunderts grenzte überlieferte Teile des alten „Staatsrechts“ in Deutschland wie in Frankreich aus: Strafrecht, Gerichtsverfassung, Zivil- und Strafverfahrensrecht. In diesem Sinn fragmentierte das neue Öffentliche Recht das alte.

b) Deutsche Anfänge eines neuen Öffentlichen Rechts

(14) Die Einheit von Verfassungs- und Verwaltungsrecht blieb bis etwa 1860 eine proklamatorische, nicht systematisch begründete, rein äußere Einheit.

(15) Das nach dem Ressortprinzip dargestellte Verwaltungsrecht blieb auf die alte, unsystematische Polizei(rechts)wissenschaft angewiesen.

c) *Französische Anfänge*

(16) *Für das französische Öffentliche Recht des 19. Jahrhunderts gelten die Thesen (14) und (15) ebenfalls.*

d) *Fazit*

2. *Systematisierungen und Reduzierungen im Öffentlichen Recht*

a) *Die „juristische Methode“ im deutschen Öffentlichen Recht*

aa) *Systematisierung des deutschen Staatsrechts und Ausgrenzung des Verwaltungsrechts: Carl Friedrich Gerber*

bb) *Pluralität des Verwaltungsrechts: Paul Laband*

cc) *Methodenwandel im Verwaltungsrecht: Otto Mayer*

(17) *Nach dem Methodenwandel im Staatsrecht wurde die schwierigste Frage die nach der systematischen Verbindung des Verwaltungsrechts mit dem Staatsrecht. Im französischen Verwaltungsrecht gewann Otto Mayer eine allgemeinere Einsicht in das Wesen des Verwaltungsrechts als ein Recht der verwaltenden Staatsgewalt. Dafür mussten jedoch manche Handlungsformen der Verwaltung (insbesondere der Vertrag) vom „echten“ Verwaltungsrecht ausgeschlossen werden: In diesem Sinne kann man von einer Reduzierung des Verwaltungsrechts sprechen.*

b) *Die diffizile Einheit des klassischen französischen Öffentlichen Rechts*

aa) *Die französische Reform des Verwaltungsrechts*

(18) *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht ist in Frankreich dem Verfassungsrecht vorausgegangen und hat sich daher selbständig herausgebildet. Ihr Hauptziel war es, die ungeschriebenen Kompetenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit – insbesondere des Conseil d'État – nach einem gemeinsamen Kriterium einzugrenzen. Dieses Kriterium sollte auch das Verwaltungsrecht – als das Recht, über welches die Verwaltungsgerichtsbarkeit entscheidet – definitorisch bestimmen. Das Verwaltungshandeln, das der Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit unterlag, wurde deshalb aus dem Bereich des Verwaltungsrechts ausgegrenzt.*

(19) *Anfang des 20. Jahrhundert wurden jedoch zwei Kriterien in der Rechtsprechung kombiniert: die „puissance publique“ und der „service public“.*

bb) Die gescheiterte Einheit von Verfassungs- und Verwaltungsrecht

(20) Die Verfassungsrechtswissenschaft ging in der Dritten Republik zwei unterschiedliche Wege: Als Lehre der politischen Institutionen (Adhémar Esmein) und als Lehre des Staatsrechts im deutschen Sinne, jedoch gegen die deutsche kaiserliche Dogmatik (Duguit, Hauriou, Carré de Malberg). Da die erste Tendenz in den 1920er Jahren herrschend wurde, hat sich die Verwaltungsrechtswissenschaft weiter eigenständig entwickelt.

III. Zur Lage der heutigen französischen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht

1. Zur Struktur der Gesellschaft der Interpreten von Öffentlichem Recht

a) Professoren

(21) Es gibt in Frankreich keine Lehrstühle und daher undifferenziert nur „Professoren für Öffentliches Recht“. Dennoch ist die (Binnen-)Spezialisierung sehr ausgeprägt, und damit die Trennung zwischen Verfassungsrechtlern und Verwaltungsrechtlern von entscheidender Bedeutung. Eine beträchtliche Zahl der im Verwaltungsrecht spezialisierten Professoren sind gleichzeitig Rechtsanwälte und daher sehr praxisorientiert.

b) Richter

aa) Verfassungsrichter

(22) Abgesehen von wenigen Ausnahmen sind die französischen Verfassungsrichter keine Professoren und auch keine Juristen, die an der rechtsdogmatischen Diskussion vor oder nach ihrer Amtszeit teilnehmen.

bb) Verwaltungsrichter

(23) Die Verwaltungsrichter am Conseil d'État sind sehr gut ausgebildete Verwaltungsrechtler, die jedoch in der Regel nicht die juristischen Fakultäten sondern andere Hochschulen und die ENA besucht haben. Ein beträchtlicher Teil von ihnen spielt im Verwaltungsrechtsdiskurs durch Monografien, Handbücher, Aufsätze oder Rechtsprechungschroniken eine maßgebende Rolle. Als Träger der Legitimität des Conseil d'État kann ihre Wirkung in diesem Diskurs als herrschend und prägend angesehen werden.

c) Zeitschriften

(24) Neben allgemeinen Zeitschriften (*Recueil Dalloz*, *Semaine juridique*) sorgen die spezialisierten Zeitschriften für eine offene Kommunikation zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Insbesondere sind die Zeitschriften für Verwaltungsrecht (*Actualité juridique – Droit administratif*, *Revue française de droit administratif*) dem Verfassungsrecht gegenüber ganz offen.

d) Eine praxisorientierte Dogmatik

aa) Gerichtspositivismus

(25) Staatsratspositivismus kennzeichnet die Tradition des französischen Verwaltungsrechts. Erst in den 1970er-Jahren hat sich das Verfassungsrecht nicht nur als Lehre der politischen Institution verstanden, sondern auch und in erster Linie als Verfassungsrecht. Der Grund für diesen Deutungswechsel war die zunehmende Stärke des Verfassungsrats und seiner Rechtsprechung. Die Kommentierung dieser Rechtsprechung wurde durch die sog. „*École d’Aix*“ zur Hauptaufgabe der Verfassungsrechtswissenschaft.

bb) Theoriearmut

(26) Theorieansätze im französischen Öffentlichen Recht regen keine allgemeine Diskussion an und bleiben auf kleine Kreise begrenzt, obwohl Rechtstheorie eher eine Sache der Staatsrechtslehrer geworden ist.

(27) Die heutzutage herrschende Rechtstheorie – die sog. „realistische Interpretationstheorie“ – bietet für eine Theorie des Öffentlichen Rechts überhaupt keinen Anhaltspunkt.

(28) In der Verwaltungsrechtslehre fehlt es an einer grundsätzlichen Reflexion über das „Allgemeine“ Verwaltungsrecht als „Ordnungsidee“.

2. Verfassungs- und Verwaltungsrecht

a) Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts

(29) Die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts ist eine nicht mehr zu bestreitende Tatsache geworden. Ihre Tiefenschärfe hängt jedoch davon ab, wie die Kompetenz des Verfassungsgerichts ausgestaltet ist. In Ermangelung einer Verfassungsbeschwerde bleibt der *Conseil d’État* dem *Conseil constitutionnel* gegenüber souverän.

b) *Internationalisierung und Europäisierung als Wandlungs-, nicht Fragmentierungsfaktoren*

(30) *Die Internationalisierung und in erster Linie die Europäisierung der nationalen Rechtsordnungen haben erhebliche Änderungen im französischen Öffentlichen Recht bewirkt. Der Begriff „service public“ musste neu zugeschnitten werden. Im Verwaltungsvertragsrecht haben der Gesetzgeber und der Conseil d'État gewichtige, insbesondere verfahrensrechtliche Änderungen eingeführt. Fragmentierungen gab es jedoch nicht, nur Anpassungen.*

c) *Jenseits der Kompetenztrennung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit*

(31) *Die heutige Tendenz der französischen Verwaltungsrechtslehre besteht darin, das Verwaltungsrecht nicht mehr als das von den Verwaltungsgerichten angewandte Recht zu betrachten, sondern auch Zivilrechtssprechung in Verwaltungssachen mit einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für das Verwaltungsvertragsrecht, das Recht der öffentlichen Sachen, die „privatrechtlich“ verwalteten services publics. Ob daraus eine neue Theorie des „allgemeinen“ Verwaltungsrechts entsteht, bleibt fraglich, wäre jedoch wünschenswert.*

3. *Fazit: Gestreuter oder fragmentierter Diskurs?*

(32) *Aus französischer Sicht ist die heute brennende Frage nicht die nach den Fragmentierungen des Öffentlichen Rechts, sondern vielmehr die Frage nach dessen Einheit bzw. dessen Identität. Eine Fragmentierungsdiskussion dürfte nicht begonnen werden, bevor nicht auf der Grundlage eines klaren, nicht-ontologischen, rein erkenntnistheoretischen Begriffs der Einheit vom Öffentlichen Recht hinreichend wissenschaftlich diskutiert wird.*

Vierter Beratungsgegenstand:

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht*

Referat von *Franz Reimer*, Gießen

Inhalt

| | Seite |
|--|-------|
| I. Amalgamierung der Diskurse | 415 |
| 1. Befund | 415 |
| a) Einheitlichkeit der Diskursgemeinschaft | 416 |
| b) Einheitlichkeit der Methoden und Zugriffe | 418 |
| c) Übereinstimmung im Desinteresse an Landes- verfassungsrecht | 423 |
| d) Übereinstimmung im Übergehen der politischen Dimensionen des Öffentlichen Rechts | 427 |
| 2. Gründe und Bewertung | 435 |
| II. Unterschiede zwischen den Diskursen | 438 |
| 1. Historisches Interesse | 438 |
| 2. Innovationskraft | 439 |
| 3. Interesse an Wirkungsfragen | 441 |
| 4. Verfassungstheorie – und Verwaltungsrechtstheorie? | 442 |
| 5. Systematisierungstendenz | 445 |
| III. Fragmentierungen | 447 |
| 1. Befund | 447 |
| 2. Gründe und Bewertung | 449 |
| IV. Perspektiven | 452 |

* Das Referat ist Ergebnis eines Gesprächsprozesses, für den ich meiner Frau Dr. *Sonja Reimer*, meinem Lehrstuhlteam, den Gießener Kolleginnen und Kollegen des Öffentlichen Rechts, ferner *Anna-Bettina Kaiser*, *Ekkehart Reimer* und *Andreas Voßkuhle* sowie den Angehörigen des Luzerner Kreises, besonders *Martin Hochhuth*, herzlich danke – so auch Herrn Dr. *Frank Zeiler* für zahlreiche Informationen zu Fn. 81.

| | |
|---|-----|
| 1. Wiederherstellung der Differenz zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht | 453 |
| 2. Reföderalisierung des Diskurses | 454 |
| 3. Epistemische Repolitisierung und Einbeziehung der Rechtsetzungsperspektive | 455 |
| 4. Defragmentierung des Öffentlichen Rechts | 456 |
| 5. Qualitätssicherung in der Staatsrechtslehre | 459 |

Wer vergleicht, muss auf Unterschiede wie auf Gemeinsamkeiten gefasst sein – auf kleine Unterschiede und auf gewaltige Gemeinsamkeiten. Genau dies ist das Ergebnis meines Vergleichs verfassungsrechtswissenschaftlicher und verwaltungsrechtswissenschaftlicher¹ Diskurse² in der Bundesre-

¹ Dabei übernehme ich die vorgegebene Gegenüberstellung von Verfassung und Verwaltung, die fragwürdig ist, weil Verfassung eine Norm, Verwaltung aber eine „normativ konstituierte Institution“ ist (*Christoph Möllers Methoden*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle [Hrsg.] *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 58) – es sei denn, man verstünde „Verfassung“ gegen alle Konventionen materiell: als die Gesamtheit der den Staat verfassenden Institutionen. Demgegenüber soll hier in Übereinstimmung mit dem hergebrachten Sprachgebrauch als „Verfassungsrecht“ Verfassungsrecht im formellen Sinne und als „Verwaltungsrecht“ Verwaltungsrecht im formell *und* materiell eingegrenzten Sinne, d.h. als verwaltungsbezogenes einfaches Recht, verstanden werden. – Wissenschaft verstehe ich nicht im institutionellen, sondern im materiellen Sinne, nämlich als methodenbewusstes Bemühen um Überzeugung oder Richtigkeit; sie kann daher Gerichtsentscheidungen, Gutachten, ja sogar einmal Grundgesetzkommentierungen umfassen (wobei der dialektische Zusammenhang zwischen Quantität und Qualität dafür sorgt, dass viele Kommentare *schlechte* Wissenschaft sind). Zum Genre „Kommentar“ als Kondensat wissenschaftlicher Tätigkeit aus theologischer, philosophischer und juristischer Sicht: *Thomas Wabel/Michael Weichenhan* (Hrsg.) *Kommentare. Interdisziplinäre Perspektiven auf eine wissenschaftliche Praxis*, 2011; zu Funktionen juristischer Kommentare (auf das Privatrecht konzentriert) *David Kästle-Lamparter* *Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, 2016, 311 ff. – Zu Theorie und Praxis des Fußnotenumfangs in Staatsrechtslehrerreferaten zutreffend *Wolfgang Hoffmann-Riem* *Selbstbindungen der Verwaltung*, VVDStRL 40 (1982), 187 (190 Fn. 1).

² Verstanden in einem weiten, unterminologischen Sinne als argumentative Kommunikation zu einem bestimmten Themengebiet, in Anlehnung an *Habermas*: „die durch Argumentation gekennzeichnete Form der Kommunikation [...], in der problematisch gewordene Geltungsansprüche zum Thema gemacht und auf ihre Berechtigung hin untersucht werden“ (*Jürgen Habermas* *Wahrheitstheorien*, in: Helmut Fahrenbach [Hrsg.], *Wirklichkeit und Reflexion*, FS Walter Schulz 1973, 211 [214]). Den linguistischen Diskursbegriff fruchtbar macht *Matthias Kötter* *Pfade des Sicherheitsrechts. Begriffe von Sicherheit und Autonomie im Spiegel der sicherheitsrechtlichen Debatte der Bundesrepublik Deutschland*, 2008 (20: „Von einem ‚juristischen Diskurs‘ in diesem Sinne kann gesprochen werden, wenn eine Vielzahl von vertexteten Aussagen zu einem bestimmten rechtlichen Thema aufeinander Bezug nehmen und sich so von Aussagen unterscheiden, die sich auf andere The-

publik seit 1991: Die Gemeinsamkeiten überwiegen die Unterschiede bei weitem (I.). Es bleiben Unterschiede (II.); aber nicht sie, sondern die verfassungs- und verwaltungsrechtsinterne Ausdifferenzierung führt zu einer Fragmentierung (III.) und erfordert gemeinsame Überlegungen zur Arbeitsweise der Staatsrechtslehre (IV.).

I. Amalgamierung der Diskurse

1. Befund

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Diskurse sind in der Bundesrepublik nicht nur miteinander *verschränkt*,³ vielmehr hat die große Nähe von Verfassungs- und Verwaltungsrecht zu einem „Verfassungs- und Verwaltungsrecht integrierenden Öffentlichen Recht geführt“.⁴ Dieser Befund impliziert einen einheitlichen, jedenfalls sehr ähnlichen Zugriff auf Ver-

men beziehen“), den Diskursbegriff der historischen Semantik *Anna-Bettina Kaiser* Die Kommunikation der Verwaltung. Diskurse zu den Kommunikationsbeziehungen zwischen staatlicher Verwaltung und Privaten in der Verwaltungsrechtswissenschaft der Bundesrepublik Deutschland, 2009 (vgl. dort 52). Vgl. ferner *Robert Alexy* Theorie der juristischen Argumentation, 1983, 32 und *passim* (Diskurs als sprachliche Tätigkeit hinsichtlich der Richtigkeit normativer Aussagen); *Kästle-Lamparter* Kommentare (Fn. 1), 5 (Kommunikationssystem aus Regeln, Akteuren, Institutionen und Medien).

³ So bereits *Hans Peter Ipsen* 50 Jahre deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: II. Die Verhandlungen von 1949 (Heidelberg) bis 1971 (Regensburg), AöR 97 (1972), 375 (409): „daß Verfassungs- und Verwaltungsrecht in verschränkter Wechselbeziehung stehen“. Die „Wissenschaften vom Verfassungs- und vom Verwaltungsrecht seit jeher als zwei aufs engste miteinander verschränkte Disziplinen“ sieht *Matthias Jestaedt* Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs, JZ 2012, 1 (4); ähnlich *Walter Pauly* Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Deutschland, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.) Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, 2011, § 58 Rn. 30; *Gunnar F. Schuppert* Die Verwaltungsrechtswissenschaft im Kontext der Wissenschaftsdisziplinen, ebd., § 70 Rn. 5, 7; *Helmuth Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre als Mikrokosmos. Eine einleitende Vorbemerkung, in: ders. (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Mikrokosmos. Bausteine zu einer Soziologie und Theorie der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, 2013, 3 (5). – Auch der Begriff der „Verklammerung“ wird bei *Jestaedt* ebd., 10 positiv, nicht pejorativ verwendet, das Problem der Immobilisierung nicht angesprochen.

⁴ *Rainer Wahl* Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 32; ähnlich *Michael Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4, 2012, 513: „gegenseitige Durchdringung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht“. Von der „Chance einer ‚Wiedervereinigung‘“ spricht *Michael Kloepfer* Was kann die Gesetzgebung vom Planungs- und Verwaltungsrecht lernen?, ZG 1988, 289 (299). *Martialischer Ipsen* 50 Jahre deutsche Staatsrechtswissenschaft (Fn. 3), 376: Verwaltungsrecht als „Fortsetzung des Verfassungsrechts mit anderen Mitteln“.

fassungsrecht und Verwaltungsrecht. Sichtbar wird diese Amalgamierung an einer Vielzahl von Indizien, die ich unter vier Gesichtspunkten bündeln möchte:

a) *Einheitlichkeit der Diskursgemeinschaft*

Die öffentlich-rechtlichen Diskurse werden nicht in gegeneinander abgeschotteten Diskursgemeinschaften – unter puren Verfassungsrechtlern einerseits und unter puren Verwaltungsrechtlern andererseits – geführt. So lautet die typische *venia*, häufig auf der Basis je einer Qualifikationschrift im Verfassungs- und im Verwaltungsrecht erworben, auf „Öffentliches Recht und ...“;⁵ die Denomination öffentlich-rechtlicher Professuren und Lehrstühle in der Bundesrepublik⁶ lautet „Öffentliches Recht und ...“;⁷ gelegentlich noch „Staats- und Verwaltungsrecht“; nur ganz wenige Denominationen sind exklusiv auf Verfassungsrecht oder Verwaltungsrecht bezogen. Eine Verbindung zeigt sich auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Herausragende Richterinnen und Richter verbringen prägende Jahre als wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am Bundesverfas-

⁵ Nur auf „Staatsrecht/Verfassungsrecht“ oder auf „Verwaltungsrecht“ lautende Venien sind in den letzten Jahren mit Ausnahme von *Edin Šarčević* (Staatsrecht und Allgemeine Staatslehre, Völkerrecht und Europarecht, Leipzig 1999/2002), soweit ersichtlich, nicht erteilt worden. Häufig begegnen noch auf „Staats- und Verwaltungsrecht“ lautende Lehrbefugnisse; erwartet wird auf jeden Fall „die verfassungs- und verwaltungsrechtswissenschaftliche Doppelqualifikation“ (*Jestaedt* Staatsrechtslehre [Fn. 3], 4. Dementsprechend verzichtet *Helmuth Schulze-Fielitz* Über Berufungen und Karrieren in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Liv Jaeckel/Benno Zabel/Ralph Zimmermann (Hrsg.) Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft, FS Helmut Goerlich, 2015, 13 (19 f.), auf eine Differenzierung nach Verfassungsrecht (oder Staatsrecht) und Verwaltungsrecht.

⁶ Derzeit (Stand August 2017) etwa 300; Quelle: die Internetauftritte der 44 deutschen Fakultäten (Vollmitglieder des DJFT) sowie der betreffenden Lehrstühle und Professuren an der Bergischen Universität Wuppertal, der Carl-von-Ossietzky-Universität Oldenburg, der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, der Leuphana-Universität Lüneburg, der RWTH Aachen, der TU Chemnitz-Zwickau, der TU Darmstadt, der TU Ilmenau, der Universität Erfurt, der Universität Hohenheim, der Universität Kassel.

⁷ Nur „Verfassungsrecht“: *Johannes Masing*, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg: Institut für Öffentliches Recht – Abt. 5 (Verfassungsrecht), nur „Staatsrecht“: *Udo Di Fabio* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn): Institut für Öffentliches Recht – Abteilung Staatsrecht – sowie *Christine Langenfeld* (Georg-August-Universität Göttingen): Institut für Öffentliches Recht, Abteilung für Staatsrecht. Auch die traditionsreiche Abt. 3 des Freiburger Instituts für Öffentliches Recht (*Ernst-Wolfgang Böckenförde*; *Dietrich Murswiek*) lautet auf „Staatsrecht“. Nur wenige Lehrstühle sind auf „Verwaltungsrecht“ bezogen, insb.: *Christian Bickenbach* (Universität Potsdam): Professur für Verwaltungsrecht, insbesondere Regulierungs- und Infrastrukturecht; *Friedrich Schoch* (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg): Institut für Öffentliches Recht – Abt. 4: Verwaltungsrecht.

sungsgericht.⁸ Schlagwortartig: Der verfassungsrechtliche Diskurs ist kein Selbstgespräch der Verfassungsrechtler, und der verwaltungsrechtliche Diskurs ist kein Selbstgespräch der Verwaltungsrechtler. Die Staatsrechtslehre, verstanden als Wissenschaft vom Öffentlichen Recht,⁹ bildet in dieser Hinsicht eine gemeinsame *scientific community*,¹⁰ deren „Quasikirche“¹¹ die Staatsrechtslehrervereinigung ist.

Eine Diskursgemeinschaft bilden, dank der gemeinsamen Sprache der Dogmatik,¹² im Verfassungsrecht wie im Verwaltungsrecht auch Theoretiker und Praktiker:¹³ In verfassungsrechtlichen Diskursen sind – daran sei angesichts der „Dauergefahr professoraler Selbstüberschätzung“¹⁴ erinnert – auch Praktiker satisfaktionsfähig,¹⁵ in verwaltungsrechtlichen Diskursen auch Professorinnen und Professoren. Gemeinsam ist beiden

⁸ Diesen Hinweis verdanke ich, auf das Bundesverwaltungsgericht bezogen, Herrn VorsRiBVerwG Prof. Dr. *Rüdiger Rubel*.

⁹ Oder „Wissenschaft des Öffentlichen Rechts“, so bspw. *Schulze-Fielitz* Mikrokosmos (Fn. 3), 4; zuvor *Ipsen* 50 Jahre deutsche Staatsrechtswissenschaft (Fn. 3), 376 = *ders.* Staatsrechtslehrer unter dem Grundgesetz, 1993, 2. Dagegen ist die Staatsrechtslehre i.e.S. die Lehre/Wissenschaft vom Staatsrecht; so auch *Helmut Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: *ders.* (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV, Beiheft 7, 2007, 11 (12 f.).

¹⁰ *Jestaedt* Staatsrechtslehre (Fn. 3), 4 spricht von einer „weithin integrierten wissenschaftlichen Diskursgemeinschaft in Lehr- und Forschungsgestalt“.

¹¹ „(M)it ihren unsichtbaren ‚Kardinälen‘, ‚Bischöfen‘ und ‚Kaplänen‘, mit ihren ‚Dogmen‘ und ‚Traditionen‘“; *Daniel Thürer* Diskussionseinleitung, VVDStRL 58 (1999), 81; als „emeritierte[n] Landpfarrer“ sah sich *Klaus Vogel* ebd., 85. Zur Dachfunktion der Vereinigung für Verfassungs- und Verwaltungsrechtler *Pauly* Wissenschaft vom Verwaltungsrecht (Fn. 3).

¹² *Jestaedt* Staatsrechtslehre (Fn. 3), 3. – Zur Dogmatik aus der Vielzahl der Angebote die Beiträge in *Gregor Kirchhoff/Stefan Magen/Karsten Schneider* (Hrsg.) Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012; *Eberhard Schmidt-Aßmann* Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, sowie *Christian Bumke* Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, 2017.

¹³ Brückenmedien sind vor allem der Gesetzeskommentar und die Fachzeitschrift, näher *Jestaedt* Staatsrechtslehre (Fn. 3), 2 f.

¹⁴ *Christoph Schönberger* Der „German Approach“. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015, 1 (27).

¹⁵ Beispielfhaft genannt seien (als namhafte Autoren und mit hauptamtlich außeruniversitärer Aufgabe) für das Verfassungsrecht: *Lars Brocker*, *Volker Busse*, *Michael Kleine-Cosack*, *Albert Janssen*, *Hans-Günter Henneke*, *Hans Hofmann*, *Franz Klein*, *Günter Krings*, *Hans-Georg Maaßen*, *Konrad Redeker*, *Klaus Rennert*, *Rüdiger Rubel*, *Rüdiger Sannwald*, *Bruno Schmidt-Bleibtreu*, *Ludger-Anselm Versteyl*, *Dieter Wiefelspütz*, *Wolfgang Zeh*, *Rüdiger Zuck* sowie zahlreiche Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts; viele weitere ließen sich hinzufügen.

Bereichen eine personell gesicherte Einbeziehung der Praxis.¹⁶ Kurz: Der verfassungsrechtliche Diskurs ist kein Selbstgespräch der Theorie, und der verwaltungsrechtliche Diskurs ist kein Selbstgespräch der Praxis.

b) *Einheitlichkeit der Methoden und Zugriffe*

Der Wissenschaft vom Verfassungsrecht und der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht ist der dogmatische Zugriff gemeinsam. Die manchmal in einen Gegensatz dazu gebrachten Grundlagenbezüge sind im engmaschigen, europarechtlich determinierten und völkerrechtlich influenzierten deutschen Recht im Verfassungsrecht ebenso selten wie im Verwaltungsrecht; eine gewisse Ausnahme macht das historische Arbeiten, das sogleich noch einmal aufzugreifen ist (II.1). Zugespitzt formuliert: Autorität haben nicht externe Reflexionshilfen, sondern Präjudizien. In diesem Sinne leisten wir uns – den rechtswissenschaftstheoretischen Arbeiten der letzten zwei Jahrzehnte zum Trotz¹⁷ – einen „Betriebs- und Milieupositivismus“,¹⁸ auf den unter dem Gesichtspunkt des „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ ebenfalls noch einmal zurückzukommen ist.

Auch die Internationalität,¹⁹ lange im Verfassungsrecht ausgeprägter als im Verwaltungsrecht,²⁰ ist kein markanter Unterschied mehr zwischen

¹⁶ Eine spürbare Asymmetrie liegt aber darin, dass eine Theorie des Verwaltungsrechts fehlt (vgl. II.4).

¹⁷ Aus dem überbordenden Angebot: *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (Hrsg.) Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007; *Schulze-Fielitz* (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Fn. 9); *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* (Hrsg.) Rechtswissenschaftstheorie, 2008; *Andreas Funke/Jörn Lüdemann* (Hrsg.) Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2008; *Armin von Bogdandy* Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, JZ 2011, 1 ff.; *Jestaedt* Staatsrechtslehre (Fn. 3); *Oliver Lepsius* Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat 52 (2013), 157 ff.; *Eric Hilgendorff/Helmuth Schulze-Fielitz* (Hrsg.) Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015.

¹⁸ Begriff und Kritik: *Martin Hochhuth* Methodenlehre zwischen Staatsrecht und Rechtsphilosophie, Rechtstheorie 32 (2001), 227 (237); zur Erscheinungsform des „Kommentar-Positivismus“ *Helmut Pollähne* Commentare über das Reichsstrafgesetzbuch (RStGB). Zur Entstehung einer Gattung, in: Thomas Wabel/Michael Weichenhan (Hrsg.) Commentare. Interdisziplinäre Perspektiven auf eine wissenschaftliche Praxis, 2011, 145 (148). – In einer funktionierenden, mit zentralen Gerechtigkeitsintuitionen konvergierenden Rechtsordnung ist dieser Kriterienverzicht kein großes Problem; das Verlernen einer Reflexion von Metakriterien wird aber zum Problem am Tag der Krise.

¹⁹ Im weiten Sinne eines Dialogs mit ausländischen Juristinnen und Juristen und ausländischen Rechtsordnungen sowie der Bereitschaft zur Öffnung des eigenen Rechtsdenkens gegenüber anderen Rechtsordnungen.

²⁰ Indizien hierfür sind m.E. eine überraschend starke (zum Teil *undercover* erfolgende, vgl. *Anna-Bettina Kaiser* Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht, JRP 2010, 203 ff.) Berücksichtigung der Verfassungsvergleichung in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, eine starke Öffnung für die europäische Integration

den beiden Bereichen. Durch die intensive wissenschaftliche Diskussion zur Verfassungsvergleichung sind die Unsicherheiten über die normative Bedeutung der Vergleichung weitgehend geklärt,²¹ so dass sich die Verwaltungsrechtsvergleichung nicht mit vergleichbaren Vorbehalten konfrontiert sieht wie zunächst die Verfassungsvergleichung. Die Verwaltungsrechtsvergleichung erfährt seit geraumer Zeit eine Renaissance.²² Sie floriert.²³

Die Begriffsapparatur ist im Verfassungs- wie im Verwaltungsrecht auf weiten Strecken deckungsgleich; man denke an gemeinsame (häufig

(vgl. bspw. BVerfGE 22, 293 [296]) und die intensive Rezeption wissenschaftlicher Pionierleistungen (wie *Klaus Vogel* Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964). Der Befund einer „besonderen Introvertiertheit der deutschen Rechtsordnung“ (*Jochen Abr. Frowein* Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806) ist auf die Rspr. des BVerfG in bestimmten Phasen – so von der Solange-I-Entscheidung (BVerfGE 37, 271) zur Solange-II-Entscheidung (BVerfGE 73, 339) sowie erneut von der Maastricht-Entscheidung an – sowie auf einzelne Entscheidungen des BVerwG sowie einzelne Veröffentlichungen (aus der Feder von *Rupert Scholz* und *Herbert Bethge*) bezogen. Zur „Rechtsordnung“ gehören danach weder Legislative noch Gubernative noch Exekutive, vom Gros der Rechtswissenschaft ganz zu schweigen.

²¹ Zusammenfassend *Anna-Bettina Kaiser* „It Isn't True that England Is the Moon“: Comparative Constitutional Law as a Means of Constitutional Interpretation by the Courts?, GLJ, Special Issue „Law's Pluralities“ 2017, 293 ff.; harmonistisch zur Rechtsvergleichung: *Franz Reimer* Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 381 ff.

²² *Christoph Schönberger* Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.) Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, 2011, § 71 Rn. 49: „Mit der verstärkten Wahrnehmung der europäischen Integration für das Verwaltungsrecht begann dann seit den ausgehenden siebziger Jahren die bis heute anhaltende Renaissance der Verwaltungsrechtsvergleichung.“ Anders – freilich vor zehn Jahren – *Jens Peter Schneider* Verwaltungsrecht in Europa: Einleitende Bemerkungen zur Verwaltungsrechtsvergleichung, in: ders. (Hrsg.) Verwaltungsrecht in Europa, Bd. 1: England und Wales, Spanien, Niederlande, 2007, 32: „noch ganz am Anfang“ stehend.

²³ Sichtbar nicht nur an Großprojekten, vgl. etwa *Schneider* (Hrsg.) Verwaltungsrecht in Europa, Bd. 1 (Fn. 22); Bd. 2: Frankreich, Polen und Tschechien, 2009, sowie die dem Verwaltungsrecht gewidmeten Bände des Handbuchs Ius Publicum Europaeum (Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber [Hrsg.] Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, 2010; Bd. IV: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft; Bd. V: Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge, 2014), sondern auch am zunehmenden Usus, in verwaltungsrechtliche Qualifikationsarbeiten einen vergleichenden Teil aufzunehmen. Eine Einschränkung ist zu machen: Entsprechend der Föderalismusvergessenheit floriert die intraföderale Vergleichung – zu ihr instruktiv *Daniel Krausnick* Grundfragen der intraföderalen Verwaltungsrechtsvergleichung, JöR N.F. 62 (2014), 33 ff. – nicht.

binäre²⁴) Fundamentalkategorien wie „materiell/formell“, „innen/außen“, „präventiv/repressiv“,²⁵ „rechtmäßig/rechtswidrig“, ferner an Kategorien wie „Zuständigkeit“, „Verfahren“ und „Form“; zu erwähnen ist auch die Rede vom „Ermessen“ für verfassungsrechtlich eingeräumte politische Gestaltungsräume etwa des Gesetzgebers²⁶ oder des Bundespräsidenten.²⁷ Die Begriffsapparatur ist in beiden Bereichen konservativ,²⁸ partiell überaltert,²⁹ häufig mehrdeutig.³⁰

Die Rechtsanwendungsmethoden differieren kaum. Für das Verfassungsrecht entwickelte Argumentationsfiguren wie „stärkste Entfaltung der juristischen Wirkungskraft einer Grundrechtsnorm“,³¹ „Maßstab integrierender

²⁴ Überblick über jüngere Kritik an einzelnen Dichotomien im Öffentlichen Recht: *Lothar Michael* Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht – Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, *VVDStRL* 75 (2016), 131 (141 Fn. 34); vgl. bereits *Erwin Stein* Der Dualismus im Recht und seine Überwindung, in: Otto Triffterer/Friedrich von Zezschwitz (Hrsg.) *FS Walter Mallmann*, 1978, 329 (339 ff.).

²⁵ Hierzu näher *Marius Danne* Die Dichotomie von Prävention und Repression im Sicherheitsrecht (Gießener Diss.), i.V.

²⁶ Bspw. BVerfGE 1, 14 (32); BVerfGE 107, 59 (93); BVerfGE 116, 96 (134); Beschl. (1. K.) v. 6.5.2008, 2 BvR 337/08, Rn. 20; klarstellend vom „(politischen) Ermessen des Gesetzgebers“ spricht BVerfGE 137, 108 (177 Rn. 164). – Zum Themenkomplex *Klaus Meßerschmidt* Gesetzgebungsermessen, 2000, der die Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Gesetzgebungsermessen thematisiert (270 ff.), einen übergreifenden Ermessensbegriff postuliert (280 ff.), um aus der „vergleichsweise hochentwickelten verwaltungsrechtlichen Ermessensfehlerlehre“ (281) zu lernen, und der Prägnanz halber „Gesetzgebungsermessen“ der „gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit“ vorzieht (305).

²⁷ Zu Art. 68 GG: BVerfGE 62, 1 (LS 2, 8, 9 und S. 35 ff.) und BVerfGE 114, 121 (147 ff.) mit Prüfung auf „Ermessensfehler“ (163); krit. zur Terminologie, aber den Begriff des Ermessens akzeptierend, *Wolf-Rüdiger Schenke* in: BK, Art. 68 (124. Aktualis. Sept. 2006) Rn. 232; *Martin Oldiges* in: Michael Sachs (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2014, Art. 68 Rn. 34.

²⁸ Zutreffend *Lepsius* Rechtswissenschaft (Fn. 17), 161: Bis heute verdanke das deutsche Öffentliche Recht „seine zentralen Begriffsprägungen“ dem 19. Jahrhundert. Zur partiellen Öffnung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Begriffsbildung II.2.

²⁹ Zu problematischen Begriffen aus dem (Verwaltungs-)Organisationsrecht vgl. *Matthias Jestaedt* in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 14 Rn. 11; zum Problem bereits *Eckart Yersin* Kritik der Lehre von den Staatsakten. Die herrschende Systematik, ihre Entstehung, ihre Unzulänglichkeit und ihre Überwindung, 1978.

³⁰ Schillernd sind selbst Grundbegriffe wie „Kompetenz“ (vgl. *Matthias Wehr* Inzidenten Normverwerfung, 1998, 126 ff.) und „subjektives öffentliches Recht“ (*Stefan Haack* Theorie des öffentlichen Rechts, 2017, 81 f.), und auch ein so eindeutig scheinender Begriff wie „Nichtigkeit“ zerfällt in mehrere, vgl. *Jost Pietzcker* Zur Inzidentverwerfung untergesetzlicher Rechtsnormen durch die vollziehende Gewalt, *AöR* 101 (1974), 374 (381).

³¹ Nach *Richard Thoma* Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.) *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. 1, 1929, 1 (9); Erweiterung auf „die verschiedenen Funktionen einer Verfassungsnorm“ durch BVerfGE 6, 55 (72).

Wirkung“³², „schonender Ausgleich“³³, „praktische Konkordanz“³⁴ oder „Harmonisierung“³⁵, „Einheit der Verfassung“³⁶ und Berücksichtigung der „Staatspraxis“³⁷ sind verblasst (oder auch von Anfang an blass gewesen); sie haben nur geringe normative Bedeutung.³⁸ Die für die Auslegung von Verfassungsnormen wichtige Kontrollfrage, wie weit der Regelungsanspruch der Verfassung insgesamt reicht,³⁹ wird selten gestellt.

Qualitätskriterien für das wissenschaftliche Arbeiten wie theoretischer Tiefgang, Originalität und hohes Argumentationsniveau gelten im Grundsatz gleich für die einheitlich verstandene öffentlich-rechtliche Forschung.⁴⁰ Realbereichsanalyse und Rechtstatsachenforschung werden konstant gefordert, ihre Verwirklichung kommt aber nach wie vor im Verfassungs- wie im Verwaltungsrecht – insbesondere an den Universitäten – zu

³² Konrad Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967, § 1 III (28).

³³ Gemeinhin Peter Lerche Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 125 ff. zugeschrieben.

³⁴ Richard Bäuml in Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, 1961, 36 (nicht zu verwechseln mit der ebenfalls erwähnten „praktischen Konsonanz“: ebd., 25); prägend dann Hesse Grundzüge (Fn. 32), § 1 III, 28 (20. Aufl. 1995: § 2 III, Rn. 72); zum kirchenrechtlichen Hintergrund der Formel Stolleis Geschichte (Fn. 4), 217 mit Hinweis auf den „subkutanen Einfluss kirchlicher Denktraditionen“. Die Figur der praktischen Konkordanz verteidigend Marcus Schladebach Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip. Eine Verteidigung, Der Staat 53 (2014), 263 ff.

³⁵ Ulrich Scheuner Diskussionsbemerkung, VVDStRL 20 (1963), 125 f.

³⁶ BVerfGE 1, 14 (32) u.ö.; aus der Lit. Hesse Grundzüge (Fn. 32), 28; krit. insb. Friedrich Müller Die Einheit der Verfassung (1979), 2. Aufl. 2007, und Franz Reimer Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, 2001, 103 ff.

³⁷ BVerfGE 33, 125 (152 f.); 42, 20 (29); 61, 149 (175), jeweils zur besonderen Frage der Gesetzgebungskompetenz; ferner BVerfGE 62, 1 (38 f.); krit. BVerfGE 91, 148 (171) und Christian Hillgruber Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 7 (33 f.).

³⁸ Insofern ist es so bezeichnend wie angemessen, dass die genannten Figuren etwa bei Christian Hillgruber Verfassungsinterpretation, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.) Verfassungstheorie, 2010, § 15, 505 ff., nicht und bei Christian Starck Maximen der Verfassungsauslegung, in: HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 271, kaum näher analysiert werden.

³⁹ F. Reimer Verfassungsprinzipien (Fn. 36), 486; ders. Methodenlehre (Fn. 21), Rn. 30.

⁴⁰ So offenbar auch Helmuth Schulze-Fielitz Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?, JöR N.F. 50 (2002), 1 (26 ff.); ferner Hans Christian Röhl und Andreas von Arnould Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74 (2015), 7 ff., 39 ff.

kurz.⁴¹ Sie sind, in Abwandlung des berühmten Satzes von *Karl Valentin*, schön, machen aber viel Arbeit.⁴²

Schließlich sind die Argumentationen oft ressourcenblind,⁴³ blind insbesondere für den Faktor Zeit.⁴⁴ Das zeigt sich etwa in der seit langem strittigen Frage der Nichtanwendungskompetenz der Verwaltung:⁴⁵ Nur sehr

⁴¹ So bereits *Andreas Voßkuhle* Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung, *VerwArch* 85 (1994), 567 (571 ff.); *ders.* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 29 f. – Zur ungenügenden Aufarbeitung der Realbereiche im Verfassungsrecht wie im Verwaltungsrecht *Friedrich Schoch* Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV, Beiheft 7, 2007, 177 (192 ff.); zustimmend *Schönberger* Der „German Approach“ (Fn. 14), 33.

⁴² Die Verwaltungsrechtswissenschaft wird insoweit auch nicht nennenswert durch die Verwaltungswissenschaft entlastet, die sich definitionsgemäß eher für die Verwaltung als Institution denn für das Verwaltungsrecht interessiert, so dass keine Asymmetrie zwischen ausgebauter Verwaltungswissenschaft auf der einen Seite und nicht vergleichbar wahrnehmbarer „Verfassungswissenschaft“ auf der anderen Seite besteht. Die Verfassungssoziologie (vgl. bspw. *Martin Morlok* Soziologie der Verfassung, 2014) ist bisher m.W. nicht durch Rechtstatsachenforschung hervorgetreten.

⁴³ In diesem Sinne auch *Thomas Wischmeyer* Die Kosten der Freiheit, 2015, 2: „Die Rolle geordneter Finanzen als ‚Wirksamkeitsvoraussetzung‘ der Grundrechte wird selten näher thematisiert.“; allgemein zur Finanzblindheit *Josef Isensee* Steuerstaat als Staatsform, in: Rolf Stödter/Werner Thieme (Hrsg.) Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, FS Hans Peter Ipsen, 1977, 409 (412): „Die Staatsrechts- und Verwaltungsrechtslehre sowie die juristisch ausgerichtete Allgemeine Staatslehre sind herkömmlich finanzblind.“; *Christoph Gröpl* Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, HStR V, 3. Aufl. 2007, § 121 Rn. 2 und *Wischmeyer* Kosten, ebd., 3 f.

⁴⁴ In diese Richtung wohl auch *Möllers* Methoden (Fn. 1), § 3 Rn. 58: „Auf wenig Interesse ist bisher die zeitliche Struktur von Verwaltungsentscheidungen getroffen.“ – Früh *Paul Kirchhof* Verwalten und Zeit. Über gegenwartsbezogenes, rechtzeitiges und zeitgerechtes Verwalten, 1975 (auch in: *ders.* Stetige Verfassung und politische Erneuerung, 1995, 73 ff.), der zu Recht vom „Rechtsgut ‚Zeit‘“ spricht (93). Zum ideengeschichtlichen und systematischen Rahmen vgl. *Stephan Kirste* Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins. Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung, 1998, der „Grundzüge einer Theorie der Zeitlichkeit des Positiven Rechts“ (351 ff.) vorlegt. Kurze allgemeine Hinweise finden sich bei *Martin Müller* Der zeitliche Aspekt des Verwaltungsrechts, in: Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth (Hrsg.) Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 37 Rn. 1–3, 24 ff.; Reflexionen zu einzelnen Zeitfragen, beispielsweise im Umfeld der Beschleunigungsgesetzgebung (etwa: *Martin Bullinger* Verwaltung im Rhythmus von Wirtschaft und Gesellschaft, JZ 1991, 53 ff.) haben im Gesamtdiskurs insulären Charakter. Referenztext für das Verwaltungsrecht ist und bleibt *Niklas Luhmann* Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten, DV 1 (1968), 3 ff.

⁴⁵ Aus der neueren Diskussion: *Wehr* Normverwerfung (Fn. 30); *Peter Baumeister/Josef Ruthig* Staatshaftung wegen Vollzugs nichtiger Normen, JZ 1999, 117 ff.; *Peter Grill*

selten – und dann eher im verwaltungsrechtlichen Kontext – wird das in der praktischen Auswirkung zentrale Problem des Zeitablaufs in Verfahren angesprochen⁴⁶ – exemplarisch für die transaktionskostenblinde Argumentation der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in vielen Kontexten.⁴⁷ Wir leben in einer neoklassischen Modellwelt.

c) *Übereinstimmung im Desinteresse an Landesverfassungsrecht*

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Diskurse stimmen überein in der Offenheit für Impulse wie Prozeduralisierung, Informalisierung, Europäisierung, Internationalisierung. Bei allem Interesse für europäisches und internationales Recht ist ihnen ein Desinteresse für Landesverfassungsrecht gemein. Sprechen wir von „Verfassungsrecht“, so geht unser Denken auf das Grundgesetz und seine Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht. Das Landesverfassungsrecht wird nicht gelehrt, in

Normprüfungs- und Normverwerfungskompetenz der Verwaltung, in: JuS 2000, 1080 ff.; *Rüdiger Engel* Zur Normverwerfungskompetenz einer Behörde, NVwZ 2000, 1258 ff.; *Gunther F. Herr* Behördliche Verwerfung von Bebauungsplänen, 2003; *Carol Nonnenmacher/Arne Feickert* Administrative Normverwerfungskompetenz: Zum Umgang mit ungültigen Rechtsverordnungen und Satzungen, VBIBW 2007, 328 ff.; *Fritz Ossenbühl* Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 10 (unentschlossen aber *ders.* Satzung, in: ebd., § 105 Rn. 63); *Gerhard Robbers* in: BK, Art. 20 Abs. 3 (165. Aktualis. Jan. 2014), Rn. 3360; *Klaus F. Gärditz* in: Karl-Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.) GG, Art. 20 (6. Teil) 31. Erg.-Lfg. I/2011, Rn. 108 ff.; *Hans Peter Bull/Veith Mehde* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, Rn. 223 ff.; *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 61 ff.; *Steffen Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2017, Rn. 124 ff.; *Klaus Joachim Grigoleit* in: Ulrich Battis (Hrsg.) BBG, 5. Aufl. 2017, § 63 Rn. 2, 4 f.; *Christoph Külpmann* BVerwGE 112, 373 (Urt. v. 31.1.2001; Az 6 CN 2.00). Inzidente Verwerfung von Normen, in: Armin Steinbach (Hrsg.) Verwaltungsrechtsprechung, 2017, 42 ff.

⁴⁶ So bei *Pietzcker* Inzidentverwerfung (Fn. 30), 378: „kommt in vielen Fällen die Aussetzung, also zeitweilige Nichtentscheidung, einer negativen Entscheidung gleich“; ähnlich gegen die Aussetzung *Herr* Behördliche Verwerfung (Fn. 45), 166 ff., 176 f., 185 f.; vage *Maurer/Waldhoff* Verwaltungsrecht (Fn. 45), § 4 Rn. 67: Aussetzung „nur, wenn dadurch keine unvertretbaren Verzögerungen eintreten“. Besser *Heinz-Uwe Dettling* Normkollision und Normverwerfung als allgemeines Rechtsproblem, VBIBW 2009, 613 (618) – bezeichnenderweise ein verfahrensbeteiligter Praktiker.

⁴⁷ Kaum diskutiert wird bspw. der Zeitbedarf der Normwirkung (Ansätze: *Franz Reimer* Das Parlamentsgesetz, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle [Hrsg.] Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 100), der besonders im Rahmen einer Normänderungstheorie Beachtung finden müsste, die ihrerseits weitgehend Desiderat ist (zu den löblichen Ausnahmen zählt *Thilo Brandner* Gesetzesänderung. Eine rechtstatsächliche und verfassungsrechtliche Untersuchung anhand der Gesetzgebung des 13. Deutschen Bundestages, 2004).

Forschung und Lehre aber kaum behandelt,⁴⁸ in der fachgerichtlichen Rechtsprechung so gut wie gar nicht beachtet und von den Landesverfassungsgerichten wenig eigenständig konturiert, vielmehr vielfach in Übernahme bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung ausgelegt.⁴⁹ Kurz: Es ist untot⁵⁰ – genauso untot wie das Bewusstsein für die Identität der Länder⁵¹ und für den Sinn der Bundesstaatlichkeit;⁵² zu Recht ist von „Auszehrung“ und „Orientierungslosigkeit“ die Rede.⁵³ Demgegenüber kränkt das Verwaltungsrecht der Länder zwar an Unitarisierungstendenzen⁵⁴

⁴⁸ Zu den Ausnahmen zählen: *Pascale Cancik* Parlamentarische Opposition in den Landesverfassungen. Eine verfassungsrechtliche Analyse der neuen Oppositionsregelungen, 2000; *Klaus Lange* Das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.) FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, 289 ff.; *Jörg Menzel* Landesverfassungsrecht. Verfassungshoheit und Homogenität im grundgesetzlichen Bundesstaat, 2002; *Markus Möstl* Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt?, AÖR 130 (2005), 350 ff.; *Thomas Kleinlein* Grundrechtsföderalismus. Eine vergleichende Studie zur Grundrechtsverwirklichung in Mehrebenen-Strukturen – Deutschland, USA und EU, 2018 (i.E.). Eine eigene Kategorie bilden kurze Berichte über Verfassungsreformen, bspw. *Bodo Pieroth* Die Verfassungskommission des Landtags Nordrhein-Westfalen 2013–2016 – eine kritische Bilanz, NWVBl. 2016, 485 ff., hierzu *Hinnerk Wißmann* Verfassungsreform NRW: Dem Grunde nach „klein, aber fein“. Eine kurze Antwort auf Bodo Pieroth, NWVBl. 2016, 490 f.; *Stefan Kadelbach* Zu viel Verfassungsrecht? Die Hessische Verfassung im föderalen System Europas, DÖV 2017, 81 ff.

⁴⁹ Näher *Wolfgang Graf Vitthum* Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 (1988), 7 (35 ff.). Hauptproblem dürfte eine Grundrechte-Rspr. sein, die sich weitgehend in einer Übernahme bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen erschöpft, krit. bspw. *Philip Kunig* Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 34 (42), *Klaus Lange* Diskussionsbemerkung, VVDStRL 61 (2002), 170 f. Näher zum Problem am Beispiel Hessens *Barbara Löhr* Die Rechte des Menschen in der Verfassung des Landes Hessen im Lichte des Grundgesetzes, 2007; übergreifend jetzt *Kleinlein* Grundrechtsföderalismus (Fn. 48).

⁵⁰ Zu Revitalisierungschancen instruktiv *Möstl* Landesverfassungsrecht (Fn. 48), 353 ff. und *passim*.

⁵¹ Zu weitgehend allerdings *Konrad Hesse* Der unitarische Bundesstaat, 1962, 12: „Die Individualität der deutschen Länder, die ganze ‚Irrationalität ihrer geschichtlich-politischen Eigenart‘ und mit ihr die sachliche Differenziertheit des Gesamtkörpers sind bis auf wenige Reste dahin. Sie lassen sich nicht wiederherstellen“.

⁵² Konzise Beschreibung bei *Uwe Volkmann* Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, 271 ff.; aus politikwissenschaftlicher Sicht *Roland Sturm* Der Föderalismus – nur noch ein Schatten, FAZ v. 14.9.2017, 8 mit Plädoyer für die in der Bundesstaatlichkeit liegende „demokratische Vision“.

⁵³ *Volkmann* Grundzüge (Fn. 52), 271 und 275.

⁵⁴ Etwa durch Parallelgesetzgebung bzw. Anlehnung an Mustergesetze (hierzu *Hesse* Bundesstaat [Fn. 51], 15 Fn. 59) oder Staatsverträge, Verwaltungsabkommen, Beschlüsse der Ressortministerkonferenzen (hierzu *Hesse* ebd., 19 ff.). Zur Gefahr der Degeneration des kooperativen zu einem „administrativen Föderalismus“ *Reinhold Zippelius/Thomas Württenberger* Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 14 Rn. 71.

und literarischer Unterbelichtung,⁵⁵ ist in Eigenarten und Eigenstand aber noch präsent.

Der Bedeutungsverlust des Landesverfassungsrechts, faktisch eine Preisgabe der Bundesstaatlichkeit durch Rechtsprechung und Lehre, hat mehrere Gründe: eine zentralistische Mentalität,⁵⁶ ein breites Vertrauen auf das Bundesverfassungsrecht und seinen Hüter, das Bundesverfassungsgericht, die gesamtgesellschaftliche, insbesondere politische⁵⁷ und rechtswissenschaftliche⁵⁸ Vernachlässigung des Föderalismus sowie eine unitarisierende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, besonders die kontrollintensive

⁵⁵ Der Knappheit an aktuellen Lehrbüchern, an Kommentaren und Zeitschriften (Indiz: Einstellung der LKRZ Ende 2015) steht eine ermüdende Redundanz der Literatur zum Verwaltungsrecht des Bundes gegenüber.

⁵⁶ Bereits drei Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes konstatierte *Theodor Maunz* Deutsches Staatsrecht, 2. Aufl. 1952, 121: „Seit dem Entstehen der Bundesrepublik ist ein zentralstaatlicher Zug unverkennbar“, und sah als Ursache „die in Deutschland verbreitete Überzeugung, daß ein Bürger in einem größeren Staatsgebilde besser behütet und umsorgt sei als in einem kleineren. Diese irrige Meinung erklärt sich vermutlich aus überkommenen Vorstellungen über die deutsche ‚Kleinstaaterei‘ alter Zeiten und aus der nationalen Geschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts, die im Bewußtsein weiter Kreise noch fortwirken“.

⁵⁷ Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 90, 91c, 104b, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) vom 13. Juli 2017, BGBl. I 2347, dürfte den Grundsatz des Bundesstaates i.S.d. Art. 20 Abs. 1 i.V.m. 79 Abs. 3 GG berühren. Krit. im Vorgang *Hans-Günter Henneke* „Die wilden 13“, DVBl. 2017, 214 (217): „Die Abschaffung des Länderfinanzausgleichs mit seinem Charakteristikum der ‚Weggabe aus eigenem‘ und seiner Ersetzung durch eine ausgeweitete einstufige Umsatzsteuerzuordnung beseitigt die bündische Komponente des aktiven Entstehens der Länder füreinander als sichtbares föderales Band dauerhaft.“ – Jüngstes Indiz für die Föderalismusvergessenheit sind Angebote aus dem Bundestagswahlkampf 2017 quer durch die Parteien: ein Musterpolizeigesetz (Wahlprogramm der CDU/CSU, 60), im Bereich der Bildung ein Digital- bzw. Breitbandpakt (53), ein Staatsvertrag zwischen Bund und Ländern, der den Ausbau der digitalen Infrastruktur in den Bildungseinrichtungen regelt (Wahlprogramm der FDP, 26), ein Freibetrag bei der Grunderwerbsteuer bei natürlichen Personen bei Erwerb für Wohnungszwecke (123), ein neuer Art. 104c GG zur Aufhebung des Kooperationsverbots (SPD-Wahlprogramm, 13), Abschaffung der Kita-Gebühren (10), finanzielle Hilfe des Bundes für einen Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung von Kita- und Grundschulkindern (10), Bundesgesetz zur Stärkung der Qualität der Kitas (10, ähnlich Wahlprogramm Bündnis 90/Die Grünen, 176), Bundes-Bildungsrahmengesetz zur Standardisierung von Lehr- und Lernbedingungen in der Schule (Wahlprogramm der Linken, 51) sowie bundesgesetzliche Regelung der allgemeinen Hochschulzulassung (ebd., 55).

⁵⁸ Der Befund wissenschaftlicher Vernachlässigung hat sich seit *Hesse* Bundesstaat (Fn. 51), 1 ff. nicht geändert. Als Indizien: Von den ca. 310 öffentlich-rechtlichen Habilitationen der Jahre 1991–2016 in Deutschland haben sich bei sehr großzügiger Zählung etwa 20 (knapp 6,5 %) mit Fragen des Föderalismus befasst (wo nicht als MS angegeben: Titel

Grundrechtsrechtsprechung⁵⁹ und die dabei festzustellende Vernachlässigung landesverfassungsrechtlicher Schranken der Bundesgrundrechte.⁶⁰

und Jahr der Veröffentlichung): *Hartmut Bauer* Die Bundestreue. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre, 1992; *Markus Heintzen* Die Kategorie der Kompetenz im Bundesstaatsrecht, MS, 1994; *Christoph Vedder* Intraföderale Staatsverträge. Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, 1996; *Ulrich Häde* Finanzausgleich. Die Verteilung der Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union 1996; *Stefan Korioth* Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997; *Stefan Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. Untersuchungen zu Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz, 1998; *Jürgen W. Hidi* Der bundesstaatliche Finanzausgleich in Deutschland. Geschichtliche und staatsrechtliche Grundlagen, 1999; *Adelheid Puttler* Die Haushaltsautonomie der Länder. Zur Bedeutung der Finanzierungskompetenz der Länder und zum Einfluß ausgabenlenkender Maßnahmen von Bund und Europäischer Gemeinschaft auf die Machtverteilung im Bundesstaat, MS, 1999; *Edin Šarčević* Das Bundesstaatsprinzip. Eine staatsrechtliche Untersuchung zur Dogmatik der Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes, 2000; *Christian Heitsch* Wettbewerb zwischen Staaten. Die rechtliche Bewältigung zwischenstaatlicher Konkurrenzsituationen im Mehrebenensystem, 2001; *Jörg Gundel* Medienverwaltungsrecht im Bundesstaat. Die Regulierung des Rundfunks in Deutschland nach der Etablierung des dualen Rundfunksystems, MS, 2002; *Veith Mehde* Wettbewerb zwischen Staaten. Die rechtliche Bewältigung zwischenstaatlicher Konkurrenzsituationen im Mehrebenensystem, 2005; *Joachim Sanden* Die Weiterentwicklung der föderalen Strukturen der Bundesrepublik Deutschland. Staatsrechtliche Studie zu einem postmodernen Ansatz der Bundesstaatsreform, 2005; *Bardo Fassbender* Der offene Bundesstaat. Studien zur auswärtigen Gewalt und zur Völkerrechtssubjektivität bundesstaatlicher Teilstaaten in Europa, 2007; *Cristina Fraenkel-Haeberle* Die Universität im Mehrebenensystem. Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich, 2014; *Dirk Hanschel* Konfliktlösung im Bundesstaat. Die Lösung föderaler Kompetenz-, Finanz- und Territorialkonflikte in Deutschland, den USA und der Schweiz, 2012; *Tobias Herbst* Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat. Eine Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2014; *Stefan Korte* Standortfaktor Öffentliches Recht: Integration und Konkurrenz in föderalen Ordnungen, 2016; *Kleinlein* Grundrechtsföderalismus (Fn. 48). Von den 83 Referatsthemen der Vereinigung im selben Zeitraum lassen sich sieben (ca. 8 %) dem Föderalismus zuordnen. Das Desinteresse zeigt z.T. auch die Verfassungstheorie; so widmet das magistrale Werk von *Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter* (Hrsg.) Verfassungstheorie, 2010 dem Bundesstaat (etwa im Teil über die „Theorie der Verfassungsinhalte“) – anders als der Gewaltenteilung, dem Rechtsstaat, der Demokratie, dem Sozialstaat u.a. – keinen eigenen Abschnitt. Strukturell ähnlich, aber inhaltlich gehaltvoll *Volkmann* Grundzüge (Fn. 52).

⁵⁹ Neutral bis positiv *Hesse* Grundzüge (Fn. 32), 20. Aufl. 1995, Rn. 296: Grundrechte „wirken im Sinne moderner Bundesstaatlichkeit vereinheitlichend“.

⁶⁰ Dem Grunde nach richtig dagegen BVerfGE 138, 296 (349 f.) – Kopftuch II. Denn landesverfassungsrechtliche Wertentscheidungen können, vermittelt über das Bundesverfassungsrechtsgut der Verfassungsautonomie der Länder, in einem bestimmten Korridor auch Bundesgrundrechten Schranken setzen.

d) *Übereinstimmung im Übergehen der politischen Dimensionen des Öffentlichen Rechts*

Die „Staatsrechtslehre steht unter dem beständigen Verdacht, hochgradig politisiert zu sein.“⁶¹ Vielleicht um diesen Verdacht zu dementieren, kleiden sich verwaltungs- und verfassungsrechtliche Diskurse in der Bundesrepublik apolitisch ein. Im Sinne geringer Aufmerksamkeit für subkutane Interessen,⁶² implizite Wertungen und Alternativen sowie im Sinne geringen Interesses für Rechtsetzung und ihre Wirkungsbedingungen sind sie es häufig auch.⁶³ Machtfragen werden selten als solche thematisiert,⁶⁴ Macht

⁶¹ *Christoph Möllers/Andreas Voßkuhle* Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften, DV 36 (2003), 321 (328). Zu den „politischen Dimensionen der Staatsrechtslehre“ der gleichnamige Beitrag von *Voßkuhle* in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV, Beiheft 7, 2007, 135 ff.

⁶² Eine vollständige Interessenanalyse hätte dagegen auf drei Ebenen stattzufinden: für den Realbereich, für die in der Norm verkörperte Interessenabwägung sowie für die Ausfüllung der Freiräume bei der Anwendung der Norm.

⁶³ Indizien sind die unkritische Mitarbeit an der Konstitutionalisierung des Rechts und die damit zugelassene Verrechtlichung des politischen Prozesses sowie eine bezeichnende Begriffspraxis, etwa die Rede von „Ermessen“ für die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers (diff. *Lerche* Übermaß [Fn. 33], 86) und die Entscheidungsfreiheit des Bundespräsidenten (Fn. 27) oder von „Spielräumen“ für Freiräume (krit. zu Recht *Klaus Vogel* Diskussionsbemerkerung, VVDStRL 61 [2002], 171: „denn was in jenen Räumen geschieht, ist ja kein Spiel, sondern etwas sehr ernst zu Nehmendes“; der Begriff „Freiräume“ würde diese Dramatik deutlicher machen), ferner die Schweigsamkeit über „Macht“ (hierzu vgl. Folgefußnote).

⁶⁴ Pointiert *Sophie Schönberger* Vom Suchen und Finden der Macht im Verfassungsrecht – Neujustierungen im Verständnis von Art. 21 GG, JZ 2017, 701: „Verfassungsfragen sind Machtfragen. Wenn die Verfassung diejenige Rechtsordnung ist, welche der Legitimation und Begrenzung staatlicher Macht dienen soll, dann sollte man meinen, dass von der Macht nicht schweigen kann, wer von der Verfassung sprechen will. Und doch sind in Deutschland sowohl das Grundgesetz als auch die Verfassungsrechtslehre erstaunlich wortkarg, wenn es darum geht, die politische Macht zu benennen und zu beschreiben, um deren Einhegung es der Verfassung doch gehen soll.“ – Eine korpuslinguistische Stichprobe spricht (bei aller Begrenztheit der Aussagekraft) m.E. eher für als gegen die Richtigkeit der These: Bei den Tagungen der Staatsrechtslehrervereinigung der Jahre 1924–1931 war im Durchschnitt pro Seite (Referat, Thesen und Aussprache) nur etwa 0,193 mal von „Macht“ und entsprechenden Komposita die Rede, zwischen 2007 und 2013 gar nur noch etwa 0,15 mal. Ein ähnliches Bild geben die Stichwortverzeichnisse vieler Grundgesetzkommentare: statt „Macht“ Lemmata wie „Maastricht“, „Maastricht-Kriterien“, „Mächtigkeit, soziale“, „Magnetkissenbahn“, „Mandat“ etc. (*Sachs* [Fn. 27], 2695), hinzu kommen „Mängelrüge“ und „Maklerrecht“ (*Hans D. Jarass/Bodo Pieroth* GG, 14. Aufl. 2016, 1358) oder „Maastrichter Vertrag“, „Maastricht-Urteil“, „Manöverlärm“ (*Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, 1946; auch „Mandat“: *von Mangoldt/Klein/Starck* GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, 2439), „Maastricht-Entscheidung“, „Magisches Viereck“ und „Magna Charta“ (*von Mangoldt/Klein/Starck* GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, 2541), weiter „Männer“, „Markenrechte“ und „Marktwirtschaft“ (*Theodor Maunz/Günter Dürig*

gilt nicht als Rechtsbegriff.⁶⁵ Sie wird – wie beim „Prüfungsrecht“ des Bundespräsidenten⁶⁶ oder des Ausfertigungsorgans für kommunale Satzungen⁶⁷ – leichtfertig zugewiesen; Normalitätsannahme ist jeweils ein kognitiv und volitiv perfekter Amtsträger. Das stellt den Sinn des Öffentlichen Rechts auf den Kopf.

Die Apolizität der Diskurse kommt auch in ihrer Rechtsanwendungs-, ja Rechtsprechungsfixierung zum Ausdruck.⁶⁸ Es dominiert ein „(r)etrospektiver Bezug auf Gerichtsentscheidungen“,⁶⁹ und zwar auf höchstgerichtliche Entscheidungen.⁷⁰ Hier unterscheiden sich Verfassungs- und Verwaltungsrecht insofern deutlich, als die überragende Position des Bundesverfassungsgerichts in verfassungsrechtlichen Diskursen dem Bundesverwaltungsgericht für das Verwaltungsrecht aus einer

GG, Bd. 7, 59. Lfg., Juli 2010, Sachverzeichnis 49), immerhin auch einmal „Machtwechsel“ (*Dieter C. Umbach/Thomas Clemens* GG, Bd. 2, 2002, 1811), „Machtmissbrauch, Verhinderung“ und „Machtübernahme, kommunistische“ (*Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Axel Hopfau* GG, 12. Aufl. 2011, 2613) oder „Macchiavelli“ (*Horst Dreier* GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, 2218). Der Bonner Kommentar kennt im 446-seitigen Gesamtstichwortverzeichnis (181. Aktualis. Okt. 2016, Stichwortverzeichnis, 232) „Machtfrage“ (Art. 110), „Machtkritik“ (Art. 5 Abs. 1 und 2), „Machtmißbrauch“ (ebd.) sowie „Machtunterlegenheit, strukturelle“ (Art. 2). Angemessen zahlreich dagegen die Erwähnungen bei *Gerhard Robbers* in: BK, Bd. 5, Art. 20 (165. Aktualis. Jan. 2014), 1204 f. – Im Gesamtregister des Handbuchs des Staatsrechts begegnen auf gut 1400 Seiten des Sachregisters 32 Verweise zu den vier Lemmata „Macht“, „Macht, soziale“, „Macht, staatliche“ sowie „Machtkampf, politischer“ (Bd. 13, 3. Aufl. 2015, 1028), die meisten verweisen auf den exzeptionellen Beitrag von *Josef Isensee* Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 268, *passim*.

⁶⁵ Dabei liegt das Phänomen als zentrales Steuerungsmittel und Problem dem gesamten Öffentlichen Recht zugrunde und wird stets vorausgesetzt, z.T. als „Gewalt“ (Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 GG, Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) oder „Staatsgewalt“ angesprochen (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG), gelegentlich sogar als Rechtssatzbegriff verwendet (im Grundgesetz bspw. Art. 104 Abs. 2 Satz 3: „Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages“; vgl. ferner Art. 74 Abs. 1 Nr. 16: „Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“; in der BayVerf. bspw. Art. 179 Satz 1: „keine staatlichen Machtbefugnisse“, in der HessVerf. Art. 39 Abs. 1: „zu politischer Macht“). Zu Recht spricht das BVerfG immer wieder von „Macht“, etwa BVerfGE 5, 85 (198 f.), BVerfGE 123, 267 Rn. 175, 210, 262, 264, 270 u.ö.

⁶⁶ Gut dagegen *Tobias Linke* Der Bundespräsident als Staatsnotar oder das vermeintliche „formelle“ und „materielle“ Prüfungsrecht, DÖV 2009, 434 ff. Zur methodologischen Kritik *Franz Reimer* in: BK, Art. 60 (172. Aktualis. Mai 2015) Rn. 3.

⁶⁷ Diff. dagegen *Klaus Lange* Kommunalrecht, 2013, 12. Kap. Rn. 41 ff.

⁶⁸ Auch gegenständlich, insoweit im Staatsorganisationsrecht eine Auseinandersetzung mit „dem Gericht“ (scil. BVerfG) dominiert, die Judikative im Übrigen, die Exekutive und vor allem die Legislative demgegenüber deutlich weniger behandelt werden.

⁶⁹ *Schönberger* Der „German Approach“ (Fn. 14), 28.

⁷⁰ Das große, mindestens heuristische Potential der instanzgerichtlichen Entscheidungen wird häufig – schon aus Zeitgründen – nicht ausgeschöpft.

Reihe von Gründen nicht in gleicher Weise zukommt. Von einem „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“,⁷¹ gar „nacheilende[r]“ Unterwerfung unter das BVerfG⁷² kann freilich keine Rede sein: Denn die Staatsrechtslehre unterwirft sich häufig den Themen des Bundesverfassungsgerichts, nicht stets den Lösungen,⁷³ und arbeitet ihm zuweilen auch vor.⁷⁴ Dennoch werden Rechtsetzungs- und Rechtsgestaltungsfragen –

⁷¹ *Bernhard Schlink* Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), 161 (163 und *passim*); das Phänomen bestätigend, aber positiv wertend *Stolleis* Geschichte (Fn. 4), 171 („nicht unbedingt zu bedauern; denn die Verfassung und die Rechtsordnung werden von einem unter öffentlicher Beobachtung stehenden und qualitativ sorgfältig besetzten Gericht besser ‚gehütet‘ als von einer amorphen Masse akademischer Individualisten, die im Schutz der grundrechtlichen Freiheit von Forschung und Lehre ihre Privatmeinungen publizieren und dafür – zu Recht – nicht zur Rechenschaft gezogen werden können.“); Zwischenbilanzen bei *Stefan Koriath* Der Befund „eines die Staatsrechtswissenschaft bestimmenden Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ – 1989 und 2014, in: Jakob Nolte/Ralf Poscher/Henner Wolter (Hrsg.) Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, FS Bernhard Schlink, 2014, 31 ff.; *Christoph Schönberger* Bundesverfassungsgerichtspositivismus. Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks, ebd., 41 ff. (zum monarchischen Bild 43 ff.).

⁷² *Peter Häberle* Vermachtungsprozesse in nationalen Wissenschaftlergemeinschaften, insbesondere in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV, Beiheft 7, 2007, 159 (167); berührt das Diktum von *Josef Isensee* Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, *JZ* 1996, 1085 (1086): „Das BVerfG aber fürchtet keinen staatsorganisatorischen Widerpart. Auch nicht die Staatsrechtslehre, die als Magd der Verfassungsgerichtsbarkeit agiert, eine solche, die (frei nach *Kant*) ihr die Schleppe hinterherträgt, statt, wie es eigentlich ihres wissenschaftlichen Amtes wäre, ihr mit der Fackel voranzuleuchten.“ Aufschlussreiche maritime Bildersprache bei *Jestaedt* Staatsrechtslehre (Fn. 3), 7: „die grundgesetzliche Staatsrechtslehre im Schlepptau des Bundesverfassungsgerichts“.

⁷³ Man denke an die teilweise sehr kritische, gelegentlich herablassende Behandlung der Rspr. des BVerfG zu Fragen der europäischen Integration durch die Lehre. Irritierend ist es dagegen, wenn *Helmuth Schulze-Fielitz* Schattenseiten des Grundgesetzes, in: Horst Dreier (Hrsg.) Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes, 2009, 9 (10 ff.), seiner Kritik das Grundgesetz in der Form der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts zugrunde legt; dass eine Unterscheidung zwischen Grundgesetz und seiner Auslegung „analytisch nicht möglich wäre“ (ebd.), ist eine Übersteigerung des Bonmots „The constitution is what the judges say it is“, kann als wissenschaftliche Aussage m.E. aber von keiner Rechtsgewinnungstheorie aus überzeugen.

⁷⁴ *Anna-Bettina Kaiser* Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, DVBl. 2014, 1102 (1104): „So kann beispielsweise für weite Teile der Grundrechtsdogmatik belegt werden, wie die Wissenschaft die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorbereitet, ja vorweggenommen hat, etwa beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Deshalb war die These, der zufolge sich die Staatsrechtslehre auf das bloße Nachbereiten der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen beschränke, zu keiner Zeit überzeugend.“ Nach *Dieter Grimm* Plädoyer für Wirkungsforschung, *Rechtsgeschichte* 19 (2011), 97 (105), hat die Staatsrechtslehre die Mehrzahl der großen Innovationen des Bundesverfassungsgerichts in

zumal nach Scheitern des Umweltgesetzbuchs – in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht insgesamt wenig behandelt.⁷⁵ Entgegen § 1 unserer Satzung⁷⁶ vernachlässigen wir Rechtsetzungs- und -gestaltungsfragen gerade auch in der Vereinigung.⁷⁷ Die weitere satzungsmäßige Aufgabe, „in wichtigen Fällen zu Fragen des Öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch schriftliche Kundgebungen Stellung zu nehmen“, hat die Vereinigung – von Ausbil-

der Grundrechtsdogmatik vorbereitet. – Ähnlich einerseits *Jestaedt* Staatsrechtslehre (Fn. 3), 5, dem zufolge andererseits „der Reflexionshorizont der deutschen Verfassungsrechtslehre im Wesentlichen durch die Verfassungsrechtsprechung Karlsruher Provenienz abgesteckt ist“ (ebd., 7).

⁷⁵ Gegenbeispiele aus dem Beobachtungszeitraum, die die Regel eher bestätigen als widerlegen: Entwürfe für die Ergänzung des VwVfG im Bereich des Verwaltungsverfahrenrechts (Gutachten von *Gunnar F. Schuppert* und *Jan Ziekow* zur Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse, in: *Verwaltungskooperationsrecht [Public Private Partnership]*, hrsg. v. Bundesministerium des Innern, 2001); *Friedrich Schoch/Michael Kloepfer* (unter Mitarbeit von *Hansjürgen Garstka*) Informationsfreiheitsgesetz (IFG-Prof.E). Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 2002; *dies./Hansjürgen Garstka* Archivgesetz (ArchG-ProfE). Entwurf eines Archivgesetzes des Bundes, 2007; *Paul Kirchhof* Einkommensteuergesetzbuch. Ein Vorschlag zur Reform der Einkommen- und Körperschaftsteuer, 2003; *ders.* Umsatzsteuergesetzbuch. Ein Vorschlag zur Reform der Umsatzsteuer und der Verkehrssteuer, 2008; *Jens Peter Schneider/Herwig C.H. Hofmann/Jaques Ziller* (Hrsg.) ReNEUAL – Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht, 2015.

⁷⁶ § 1 der Satzung (i.d.F.d. Beschlüsse 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): „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“. Die ursprüngliche Formulierung des § 1 Nr. 3 a.E. lautete „öffentliche Kundgebungen“, vgl. VVDStRL 1 (1924), 145 (so heute auch noch in § 8 der Satzung).

⁷⁷ Von den 182 Referaten (ohne Länderberichte) der Jahre 1991 bis 2016 enthalten bei sehr großzügiger Zählung 28 rechtspolitische Vorschläge. Um ein Bild der Politizität der Tagungen zu gewinnen, muss man gewiss auch politische Terminierungen hinzunehmen, so die Diskussion des Themas „Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit“ vor der dritten Lesung des BVerfGG im Jahre 1950 (hierzu *Felix Lange* Der Dehler-Faktor. Die widerwillige Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts durch die Staatsrechtslehre, *Der Staat* 56 [2017], 77 [83]), ferner die Berliner Sondertagung am 27. April 1990 (*Jochen Abr. Frowein/Josef Isensee/Christian Tomuschat/Albrecht Randelzhofer* Deutschlands aktuelle Verfassungslage, VVDStRL 49 [1990]); aber auch solche Erscheinungen sind Ausnahmen geblieben. Kritisch auch *Josef Franz Lindner* Desiderate an die deutsche Staatsrechtslehre, *JZ* 2015, 589 (594).

dings-⁷⁸ und Zunftfragen⁷⁹ abgesehen – zuletzt 1931 für dringlich angesehen,⁸⁰ als sie sich mit einer vor einem Missbrauch des Notverordnungsrechts warnenden Pressemitteilung zu Wort meldete.⁸¹ Die augenschein-

⁷⁸ So für die ersten fünfzig Jahre des Bestehens *Konrad Hesse* Zum 50. Jahrestag der Gründung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, AöR 97 (1972), 345 (347). Beispiele der Beschäftigung mit Ausbildungsfragen (ob im Sinne der Satzung oder nicht) waren die Beratungen über „Probleme des öffentlichen Rechts im Universitätsunterricht“ am 2.10.1968 (vgl. VVDStRL 27 [1969], V; abgedruckt in der gleichnamigen Sonderveröffentlichung, Hamburg 1969) sowie die „Regensburger Empfehlung“ (vgl. VVDStRL 30 [1972], 6; abgedruckt u.a. in JZ 1971, 725 f.). Dennoch ist die Kritik *Lindners* Desiderate (Fn. 77), 592 f. an der „Vernachlässigung der didaktischen Dimension des Faches“ (592) für das gesamte Öffentliche Recht berechtigt (bedenkenswerte Vorschläge: 594 f.).

⁷⁹ Bspw. „Empfehlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu der Frage, in welcher Form sich die Juristischen Fakultäten in Forschung und Lehre an der Pflege der Wissenschaft von der Politik beteiligen sollen“ (beschlossen auf der Mitgliederversammlung in Kiel am 7.10.1964), JZ 1964, 694 f.; vgl. ferner die „Gemeinsamen Empfehlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der deutschen Vereinigung für politische Wissenschaft zum Verhältnis zwischen der Staatsrechtswissenschaft und der Wissenschaft von der Politik“, JZ 1967, 727, hierzu *John Philipp Thurn* Welcher Sozialstaat?, 2013, 121; ferner Leitsätze „Gute wissenschaftliche Praxis im Öffentlichen Recht“, beschlossen auf der Mitgliederversammlung in Kiel am 3.10.2012.

⁸⁰ 1962 wandten sich 29 Politikwissenschaftler und Staatsrechtler (Bachof, Ehmke, Hesse, Jesch u.a.) in der Spiegel-Affäre an Ministerpräsidenten Kiesinger als Bundesratspräsidenten und Vertreter des Bundespräsidenten (SPIEGEL 48/1962, 38 <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-45124943.html>> [Stand 14.9.2017]). 1965 beschlossen Staatsrechtslehrer und Strafrechtslehrer eine an den Bundestag gerichtete Erklärung gegen die Verjährung von nationalsozialistischen Mordtaten (*Frieder Günther* Denken vom Staat her. Die bundesrepublikanische Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970, 285 f.). Die – soweit ersichtlich – einzige Nachkriegsinitiative unter dem Dach der Vereinigung scheiterte 1968, als ein Schreiben, mit dem beim Bundesrat gegen die bereits vom Bundestag beschlossenen Grundgesetz-Änderungen zur Notstandsverfassung protestiert werden sollte, nicht die nach der Satzung erforderliche Zweidrittelmehrheit (§ 6 Satz 2 a.F., jetzt in § 8 Satz 2) fand (*Günther* ebd., 287). 1990 sprachen sich 100 Staatsrechtslehrer in einer Erklärung für die Wiedervereinigung im Wege des Art. 23 GG aus („Der Beitritt über Artikel 23 ist der richtige Weg zur deutschen Einheit“, Die Welt Nr. 74 v. 28.3.1990, 5).

⁸¹ VVDStRL 7 (1932), 1: „Außerhalb der Tagesordnung fand auf eine Anregung aus der Mitte der Versammlung am Vormittag des zweiten Tages eine Aussprache über die Handhabung des sogenannten Notverordnungsrechts statt. Das Ergebnis der Aussprache wurde in einer an die Presse gegebenen Mitteilung niedergelegt, in der die Vereinigung als ihre Überzeugung ausspricht: „Daß es die Aufgabe der Regierungen des Reiches und der Länder sei, strenger als bisher darüber zu wachen, daß das Mittel der Notverordnung nicht mißbraucht werde durch die Einfügung von Bestimmungen, welche weder mit dem Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, noch mit der Behebung der gegenwärtigen Notlage auch nur in mittelbarem Zusammenhange stehen.““ Die Resolution wurde offenbar mit großer Mehrheit gefasst; von drei Gegenstimmen spricht *Ernst R. Huber* Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 4, 730 Fn. 117; *Carl Schmitt* hält dagegen unter dem 29.10. in seinem Tagebuch (Wolfgang Schuller [Hrsg.] Carl Schmitt Tagebücher 1930 bis 1934, 2010, 141)

liche Furcht vor Politisierung⁸² dürfte aus einem engen Verständnis der Integrationsaufgabe⁸³ der Vereinigung rühren. Auch darin käme ein interes-

fest: „Mehrere heftige Diskussion über unsere Resolution und (mit Bilfinger und anderen) überstimmt. Sah die Gemeinheit und Bösartigkeit von Rothenbücher, Kaufmann und Smend. War nicht geschickt genug, aber mutig. Die Resolution wurde beschlossen, es ist ganz gleichgültig.“ Eine kurze Meldung findet sich etwa in der Vossischen Zeitung v. 30.10.1931, 3 (unter der Überschrift „Mahnung der Staatsrechtslehrer“); ferner *Friedrich Giese* DJZ 1931, Sp. 1438 f.: „Auf Grund eines aus der Mitte der Vereinigung hervorgegangenen Antrags fand eine Aussprache über die gegenwärtige Handhabung des Notverordnungsrechts statt. Das Ergebnis der Aussprache wurde in einer Erklärung niedergelegt, in der die Vereinigung ihre Ueberzeugung dahin aussprach, daß es Aufgabe der Regierungen des Reichs und der Länder sei, strenger als bisher darüber zu wachen, daß das Mittel der NotV. nicht mißbraucht werde durch die Einfügung von Bestimmungen, die weder mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, noch mit der Behebung der gegenwärtigen Notlage auch nur in mittelbarem Zusammenhange stehen.“ Der Vorgang ist – wohl wegen der Aktenvernichtung im Hause *Sartorius* (zu ihr *Michael Stolleis* Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bemerkungen zu ihrer Geschichte, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 80 [1997], 339 [345]) – aus dem Archiv der Vereinigung nicht im Einzelnen rekonstruierbar (frdl. Mitteilung von *Ekkehart Reimer*). Im Tagungsbericht *Arnold Köttgens* AöR 60 (1932), 404 ff. wird sie nicht erwähnt, wohl aber bei *Otto Koellreutter* Zur Krise des liberalistischen Staatsdenkens, Zeitschrift für Politik 21 (1932), 472 (476 f.). Aus der späteren Lit.: *Huber* ebd., 729 f.; *Heinrich Muth* Carl Schmitt in der deutschen Innenpolitik des Sommers 1932, HZ-Beiheft 1, Beiträge zur Geschichte der Weimarer Republik, 1971, 75 (98 f.); *Hesse* Zum 50. Jahrestag der VDSStRL (Fn. 78), 346; *Klaus Rennert* Die „geisteswissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik, 1987, 43 Fn. 125; *Andreas Koenen* Der Fall Carl Schmitt, 1995, 149 f.; *Wolfram Pyta/Gabriel Seibert* Die Staatskrise der Weimarer Republik im Spiegel des Tagebuchs von Carl Schmitt, Der Staat 38 (1999), 423 (431 f.); keine Erwähnung dagegen bei *Ulrich Scheuner* Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in der Zeit der Weimarer Republik, AöR 97 (1972), 349 ff.

⁸² Die m.E. aus den Worten *Ulrich Scheuners* Ansprache zur 50jährigen Wiederkehr der Gründung der Vereinigung, in: VVDStRL 31 (1973), 7 (8) spricht: „Aber zu Recht hat sich die Vereinigung von allen politischen Stellungnahmen ferngehalten. Sie hat so gut wie niemals von der in ihrer Satzung erteilten Ermächtigung zu Eingaben an amtliche Stellen Gebrauch gemacht. Sie hat dies nur im Hinblick auf Fragen des akademischen Unterrichts und seiner Reform getan. Diese Zurückhaltung ist sicherlich ein guter Brauch der Vereinigung, zumal bei ihrer grenzüberschreitenden Zusammensetzung.“; Andeutung von Reserven gegenüber einer Politisierung auch bei *Hans Peter Ipsen* Weitere zehn Staatsrechtslehrer-Tagungen 1972–1981, AöR 109 (1984), 555 (591 f.) = Staatsrechtslehrer (Fn. 9), 80 f. – Zutreffend *Lindner* Desiderate (Fn. 77), 594: „Von thematisch ‚heißen Eisen‘ hält man sich tendenziell eher fern.“

⁸³ Zu ihr *Helmuth Schulze-Fielitz* Das Staatsrechtslehrerreferat, in: ders. (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Mikrokosmos. Bausteine zu einer Soziologie und Theorie der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, 2013, 145 (147 f.), der die Integrations- der „Theorieaufgabe“ und der „Zunft“-Aufgabe“ noch voranstellt und sie „auch weiterhin als ein normatives Ziel“ bezeichnet, „auf das die Vereinigung verpflichtet sein sollte“ (148).

santes Selbstverständnis zum Ausdruck: die Annahme, Uneinigkeit *in politicis* bedrohe die wissenschaftliche Gesprächsfähigkeit.⁸⁴

Die Staatspraxis interessiert die Staatsrechtslehre meist nur im festen Aggregatzustand: schockgefrostet als Gegenstand bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Unbeschadet mancher Pionierarbeiten der Wissenschaft⁸⁵ lässt sich für das Arbeiten der Zunft in der Breite festhalten: „Wir denken lieber ‚nach‘ statt ‚voraus‘“.⁸⁶

Ausdruck apolitischen Denkens sind schließlich auch die in verfassungswie in verwaltungsrechtlichen Diskursen begegnenden Moralisierungstendenzen.⁸⁷ Es ist eine wiederkehrende Versuchung,⁸⁸ zu Rechtsnormen normativ relevante Werte,⁸⁹ zu Verhaltenserwartungen Gesinnungserwartungen treten zu lassen.⁹⁰ Aber können wir wirklich wollen, dass der Staat

⁸⁴ Den Vorwurf einer „Abkapselung der Staatsrechtslehrervereinigung vor der Öffentlichkeit“ oder gar satzungswidriger Praxis (so *Lindner* Desiderate [Fn. 77], 593 Fn. 57) tragen diese Beobachtungen aber nicht; er erkennt m.E. den Gehalt von § 1 Nr. 3 der Satzung.

⁸⁵ Vgl. *Kaiser* Öffnung (Fn. 74); bspw. *Ute Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 1991, implizit rezipiert von BVerfGE 85, 191 (206 f.).

⁸⁶ *Häberle* Vermachtungsprozesse (Fn. 72), 173, wohl vor allem bezogen auf die Verfassungsrechtslehre.

⁸⁷ Ein Anzeichen mag die bereits von *Wilhelm Hennis* beobachtete Sakralisierung des Grundgesetzes sein (Verfassung und Verfassungswirklichkeit, 22: „Verfassung als Religionsersatz – gegen solch unfrome Versuchung ist man versucht, das freiheitliche Grundgesetz als Schutzpatron anzurufen“; aus jüngerer Zeit *Horst Dreier* Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, 98 ff.: „Verfassungssakralisierung“). Eine Moralisierung des Rechts („die möglicherweise gegenwärtig sogar zunimmt“) beklagt *Martin Morlok* Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: *Helmuth Schulze-Fielitz* (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV, Beiheft 7, 2007, 49 (59).

⁸⁸ Zum Parallelphänomen in der politischen Arena *Hermann Lübke* Politischer Moralismus. Der Triumph der Gesinnung über die Urteilskraft, 1987.

⁸⁹ Zur älteren Diskussion *Carl Schmitt* Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie, 1967, 37 ff. unter Aufgreifen der Formel von *Nikolai Hartmann* Ethik, 1926, 524 („Tyrannei der Werte“); *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: *Arno Buschmann/Franz-Ludwig Knemeyer* (Hrsg.) FS Rudolf Gmür, 1983, 7 = ders. (Hrsg.) Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, 29 (50 f.) sowie *ders.* Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, *Reinhard Löw* (Hrsg.) Oikeiosis, FS *Robert Spaemann*, 1987, 1 = ders. (Hrsg.) Recht, Staat, Freiheit, 2. Aufl. 1992, 67 (87 ff.); zum Ganzen *Stolleis* Geschichte (Fn. 4), 216 ff., insb. 244 f. Relativierend zu Werten aus verfassungstheoretischer Sicht *Volkman* Grundzüge (Fn. 52), 96 ff. (insb. 99 f.), der das Problem nur in einer „gelegentlichen Übersteigerung im Sinne einer Übermoralisierung“ sieht (100).

⁹⁰ Ein drastisches einfachgesetzliches Beispiel bildet das Bayerische Integrationsgesetz v. 13. Dezember 2016 (GVBl. 335), dessen Präambel (!) derartige Gesinnungserwartungen formuliert (z.B. Satz 5: „Jeder Einzelne ist daher zur Wahrung des Rechts und zur Loyalität gegenüber Volk und Verfassung, Staat und Gesetzen verpflichtet.“; Satz 7: „Die Solidarität mit den Schwächeren und Hilfsbedürftigen ist Gebot der Gemeinschaft wie jedes Einzel-

Werte durchsetzt?⁹¹ Derzeit ist das Phänomen der Moralisierung dort besonders deutlich zu erkennen, wo die gesellschaftliche Verunsicherung besonders groß ist: bei Fragen im Zusammenhang mit Migration und Integration. Menschenrechte werden über ihre rechtliche Geltung hinaus als Ethik begriffen,⁹² „Integration“ nicht nur von Politikern, sondern auch von Gerichten⁹³ und Gesetzgebern⁹⁴ zu einer Gesinnungserwartung gemacht. Andere Betrachter werden andere Beispiele wählen⁹⁵ – wo immer sie zutreffen, wo immer Recht moralisch aufgeladen wird, fällt die produktive und freiheitssichernde Spannung zwischen Recht und Moral in sich zusammen.⁹⁶

nen, setzt aber zugleich voraus, dass in erster Linie jeder zunächst selbst verpflichtet ist, Verantwortung für sich und die Seinen zu übernehmen und sein Möglichstes dazu beizutragen.“). Publizistisch *Hans Hugo Klein* Bedrohte Demokratie, FAZ v. 30.3.2017, 6: „Von jedem Angehörigen des Staatsvolkes ist uneingeschränkte Loyalität zu dessen kulturellen, das Bewusstsein der Zusammengehörigkeit ‚in guten wie in schlechten Zeiten‘ verbürgenden Traditionen zu verlangen.“ Für „soziale wie kulturelle (Mindest-)Integration im Sinne der freiheitlichen demokratischen Leitkultur“ durch Schule *Matthias Jestaedt* Schule und außerschulische Erziehung, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 44 a.E.

⁹¹ Vgl. *Peter Michael Huber* In der Sinnkrise, FAZ Nr. 228 v. 1.10.2016, 7: „Je stärker die Fragmentierung der Gesellschaft in ethnischer, religiöser, sozialer und kultureller Hinsicht wird, desto mehr muss der Staat Gemeinsamkeiten stiften. Gerade als Einwanderungsland ist Deutschland auf einen Staat angewiesen, der seine Werte durchsetzt und seinen Staatsbürgern Vertrauen und Stolz vermittelt.“

⁹² Sorgenvoll *Dreier* Grundgesetz (Fn. 87), 111: Es stehe „der oft erschreckend undifferenzierte ‚mensenrechtliche Diskurs‘ unserer Tage in der Gefahr, Vorgaben für die Staatsgewalt nicht mehr eindeutig von der Freiheitssphäre des Bürgers abzugrenzen, sondern von einem einheitlich verpflichtenden Normenkanon auszugehen.“

⁹³ Vgl. insb. BVerwG, Urt. v. 11.9.2013, 6 C 121/12, NVwZ 2014, 237 (239 ff.) – Krabat; BVerwG, Urt. v. 11.9.2013, 6 C 25/12 – Burkini, BVerwGE 147, 362 (366 ff.); methodisches und grundrechtsdogmatisches Hauptproblem der Entscheidungen liegt in der undifferenzierten Nutzung des Blanketts „Integration“ als vermeintlicher Konkretisierung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags. Auch der Lit. fehlt es hier an Problembewusstsein, wenn der Bildungs- und Erziehungsauftrag noch um ein „Integrationsmandat des Staates“ ergänzt wird: *Jestaedt* Schule (Fn. 90), § 156 vor Rn. 43 (näher Rn. 44 a.E.); zu Recht krit. *Markus Winkler* Anm. zu BVerwG Urt. v. 11.9.2013, 6 C 25/12 – Burkini, JZ 2014, 143 f.

⁹⁴ Insb. Art. 13 BayIntG: „Achtung der Rechts- und Werteordnung“; hierzu knapp und treffend *Roman Kaiser* Alle Achtung!, JZ 2017, 357.

⁹⁵ So *Morlok* Reflexionsdefizite (Fn. 87), 59: „in der Debatte um die Embryonenforschung, wo versucht wird, bestimmte moralische Positionen als verfassungsrechtlich zwingend darzustellen, insbesondere geht es um die Position eines forcierten vorgeburtlichen Lebensschutzes.“; ähnlich hinsichtlich bioethischer Fragen *Dreier* Grundgesetz (Fn. 87), 107 f.

⁹⁶ *Dreier* Grundgesetz (Fn. 87), 109: „Ungeachtet aller inhaltlichen Überlappungen kann nur die prinzipielle Selbständigkeit von Recht und Ethik die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens sicherstellen. Andernfalls wäre ein Tugend- oder Gesinnungsstaat die unausweichli-

2. Gründe und Bewertung

Die Einheitlichkeit des Diskurses ist zum einen auf die Verschränkung oder Verklammerung der beiden zugrundeliegenden Rechtsmassen zurückzuführen, in erster Linie auf die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung.⁹⁷ Die in der Lüth-Entscheidung und andernorts angelegte Behauptung der Omnipräsenz und Omnirelevanz des Verfassungsrechts⁹⁸ hat zur Folge, dass die Rechtsanwender – als Organisten vorgestellt⁹⁹ – permanent auf zwei Manualen spielen müssen: dem verfassungsrechtlichen und dem einfachrechtlichen. Zugleich nähert sich das positive Recht beider Ebenen strukturell an. Der Detaillierungsgrad vieler neuer Grundgesetzsatzartikel indiziert eine Ver-Verwaltungsrechtlichung des Verfassungsrechts¹⁰⁰ – Ausdruck der Tatsache, dass Verfassungsrecht wie einfaches

che Folge.“ Genau dies zeichnet sich ab, wenn Minderheiten beim Versuch der Grundrechtsausübung in eine moralische und zugleich juristische Rechtfertigungslage gedrängt werden; bspw. BVerwG, Urt. v. 11.9.2013, 6 C121/12, NVwZ 2014, 237 (241): „Wer sich als Beteiligter einer solchen [aus dem Gebot der praktischen Konkordanz abgeleiteten] Konfliktschärfung verweigert und annehmbare Ausweichmöglichkeiten ausschlägt, muss notfalls als Konsequenz hinnehmen, dass er sich nicht länger gegenüber dem anderen Beteiligten auf einen Vorrang seiner Rechtsposition berufen darf.“ Demgegenüber ist nachdrücklich daran zu erinnern, dass der eingreifende Staat „prinzipiell die Darlegungslast“ trägt (*Martin Hochhuth* Die legitime Gesellschaft und ihr Staat zwischen Nachgiebigkeit und Härte, RPhZ 2015, 419 [427]).

⁹⁷ Dass die Konstitutionalisierungsthese näherer Prüfung und Differenzierung bedarf, zeigt *Michael* Bedeutungsverlust? (Fn. 24); die Beobachtungen verdienen nähere Auseinandersetzung, nicht pauschale Abwehr (als Bsp. hierfür *Josef Franz Lindner* Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017, 15 Fn. 38).

⁹⁸ „Allbezüglichkeit“: *Alexander Hollerbach* Ideologie und Verfassung, in: Werner Maihofer (Hrsg.) Ideologie und Recht, 1969, 37 (51), Verfassung definierend als „integrative, Einheit in der Unterschiedenheit anstrebende und gewährleistende Gesamtordnung, aber gerade nicht ‚integralistische‘ oder totale Gesamtordnung“; die Allbezüglichkeit „äußert sich im Hinblick auf das politische Gemeinwesen im Ganzen nur als Dienst- und Schutzfunktion [...]. Sie bedeutet weder Omnipotenz noch Omnikompetenz.“ (51 f.).

⁹⁹ Das ist angesichts der sakralen Untertöne des Öffentlichen Rechts angemessener als das Pianistenbild (gezeichnet von *Günter Hirsch* Zwischenruf: Der Richter wird's schon richten, ZRP 2006, 161; w.N. zur Diskussion bei *F. Reimer* Methodenlehre [Fn. 21], Rn. 5).

¹⁰⁰ Begriff der „Ver-Verwaltungsrechtlichung des internationalen Rechts“: *Giovanni Biaggini*, Die Entwicklung eines internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, VVDStRL 67 (2008), 413 (421). Von „Verfassungsverwaltungsrecht“ spricht *Jens Kersten* Was kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?, DVBl. 2011, 585 (587), von „Vergesetzlichung“ von Verfassungsnormen *Schoch* Verwaltungsrechtslehre (Fn. 41), 186. Nach *Hasso Hofmann* Änderungen des Grundgesetzes. Erfahrungen eines halben Jahrhunderts, in: Reinhard Damm/Peter W. Heermann/Rüdiger Veil (Hrsg.) FS Thomas Raiser, 2005, 859 (870) wird der Abstand „zwischen der Textstruktur der Verfassungsgesetze und der Textstruktur einfacher gesetzlicher Regelungen immer geringer“; zu den Folgen *Christian Waldhoff* Kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungs-

Recht als Gestaltungs- und Steuerungsinstrument wahrgenommen wird.¹⁰¹ Sprechendstes Beispiel hierfür ist das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 13. Juli 2017.¹⁰² Allerdings erwarten nicht nur der verfassungsändernde Gesetzgeber, sondern weithin auch die Rechtsanwender vom Verfassungsrecht detaillierte Antworten auf detaillierte Fragen¹⁰³ – Ausdruck eines dramatisch veränderten Verfassungsverständnisses,¹⁰⁴ einer ungebremsten „Verfassungsausweitung“.¹⁰⁵

Eine weitere Klammer für Verfassungs- und Verwaltungsrecht liegt in der Europäisierung und Internationalisierung des Rechts: Diese Phänomene

recht lernen?, in: Claudio Franzius/Stefanie Lejeune/Kai von Lewinski/Klaus Meßerschmidt/Gerhard Michael/Matthias Rossi/Theodor Schilling/Peter Wysk (Hrsg.) Beharren. Bewegten, FS Michael Kloepfer, 2013, 261 (268 f.). – Hier geht es also nicht um die inhaltliche Ausrichtung der Verfassung, etwa in dem Sinne, in dem für Österreich von der „Verwaltungsverfassung“ (Konrad Lachmayer Eine Sprache, zwei Rechtskulturen: deutsches und österreichisches Verfassungsrechtsdenken, in: Uwe Kischel [Hrsg.] Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven, 2014, 65 [71 ff.]) und „verwaltungsrechtliche[n] Prägung“ des Verfassungsrechtsdenkens (73) die Rede gewesen ist (zur massiven Wandlung seit etwa 30 Jahren: Lachmayer ebd., 78 ff.).

¹⁰¹ „Verfassungsänderung als Instrument politischer Konfliktbewältigung“: Andreas Voßkuhle „Grundrechtspolitik“ und Asylkompromiß, DÖV 1994, 53.

¹⁰² Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 90, 91c, 104b, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) vom 13. Juli 2017, BGBl. I 2347. Krit. im Vorgang Henneke „Die wilden 13“ (Fn. 57), 214 ff.; nun *ders.* Aufgaben und Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen. Zur *ausgefallenen* Föderalismusreform 2017, 2017.

¹⁰³ Deutlich werdend bspw. in der Formulierung *Ipsens* 50 Jahre deutsche Staatsrechtswissenschaft (Fn. 3), 409 f., dass „bis in Einzelbereiche des sog. Besonderen Verwaltungsrechts hinein (und in ihnen besonders einprägsam) die verfassungsrechtliche Vorentscheidung und ihr Verständnis Geltungsanspruch und Geltungsvorrang auch hierzu besitzen“. Dagegen bereits *Lerche* Übermaß (Fn. 33), 131: „Es ist ein durch nichts bewiesenes, wenn auch weithin geglaubtes Dogma heutiger Verfassungslehre, daß die Verfassung eine alle Fälle umfassende Entscheidung selbst getroffen habe, die auch dort zum Klingen gebracht werden könnte, wo der Verfassungstext unzulänglich bleibt.“ Zum Grundgesetz als dirigierender Verfassung statt aller *Thomas Württemberg* Rahmenbedingungen von normativer Kraft und optimaler Realisierung der Verfassung, in: Claudio Franzius/Stefanie Lejeune/Kai von Lewinski/Klaus Meßerschmidt/Gerhard Michael/Matthias Rossi/Theodor Schilling/Peter Wysk (Hrsg.) Beharren. Bewegten, FS Michael Kloepfer, 2013, 277 (287 f.).

¹⁰⁴ *Ernst Forsthoff* Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 144: „juristisches Weltenei“.

¹⁰⁵ *Michael Kloepfer* Verfassungsausweitung und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Bernd Rühers/Klaus Stern (Hrsg.) Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, FG Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, 199 ff., der zwischen legitimem „Verfassungsausbau“ und illegitimem „Verfassungsexpansionismus“ unterscheidet (200). – Zur Erwartung der „Lückenlosigkeit der Grundrechtsgewährleistungen“ und der resultierenden „wunderbare[n] Grundrechtsvermehrung unter dem Grundgesetz“ *Jestaedt* Staatsrechtslehre (Fn. 3), 5, der den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu Recht als „Sonderform des außergewöhnlichen Verfassungswachstums ohne förmliche Verfassungsänderung“ qualifiziert (ebd., 6).

wirken dem Grunde nach auf das Verfassungs- und das Verwaltungsrecht ein und relativieren die Bedeutung des Vorrangs der Verfassung. Sie verlangen von den Rechtsanwendern, zusätzlich auf dem europarechtlichen und dem völkerrechtlichen Manual zu spielen.¹⁰⁶

Der Befund einer Integration von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht wird häufig, positiv konnotiert, als „Einheit“ des Öffentlichen Rechts der Bundesrepublik¹⁰⁷ oder gar „Wiedervereinigung“¹⁰⁸ bezeichnet. So magisch der Begriff der „Einheit“ für Deutsche und zumal für deutsche Rechtswissenschaftler ist,¹⁰⁹ so euphemistisch lässt er sich auch verwenden. Was „Einheit“ genannt wird, kann Ergebnis organischen Zusammenwachsens, aber auch der Überwucherung oder Unterwerfung, kann Ausdruck sachgerechter Konvergenz oder unsachgerechter Differenzierungsverluste, d.h. von Entropie sein. Partiiell verdankt sich die oben skizzierte „Einheit“ des Öffentlichen Rechts in der Tat einer zu starken Vereinheitlichung von oben nach unten, einer „Überkonstitutionalisierung“,¹¹⁰ die den Eigenstand des Verwaltungsrechts¹¹¹ und die demokratischen Gestaltungsräume des Gesetzgebers verkennt. Entsprechendes gilt für Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft: Ihre Verklammerung mag befruchtend gewesen sein.¹¹² Sie sollte sich nun auch wieder lockern; allzu eng umschlungen können sich Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft auf Dauer nicht entfalten. Eine „Einheit des Öffentlichen Rechts“ besteht ohnehin nicht: wegen der verbleibenden Unterschiede zwischen den Diskursen (II.), vor allem aber wegen der säulenartigen Fragmentierung des Öffentlichen Rechts (III.).

¹⁰⁶ Der Rechtsanwender muss also immer häufiger sechs Manuale gleichzeitig bedienen: Verwaltungsvorschriften, Rechtsverordnungen oder Satzungen, Parlamentsgesetze, Verfassungsrecht, Unionsrecht und Völkerrecht.

¹⁰⁷ Etwa bei *Schoch* Verwaltungsrechtslehre (Fn. 41), 179, und *Martin Eifert* Lernende Beobachtung des Verwaltungsrechts durch das Verfassungsrecht, in: Michael Bäuerle/Philipp Dann/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.) Demokratie-Perspektiven, FS Brun-Otto Bryde, 2013, 355 (357).

¹⁰⁸ *Kloepfer* Gesetzgebung (Fn. 4), 299.

¹⁰⁹ Man denke an den generationenübergreifenden Erfolg von *Karl Engischs* Formel „Einheit der Rechtsordnung“ (*Karl Engisch* Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, Ndr. 1987), näher *Dagmar Felix* Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, 1998. Von „Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung“ spricht BVerGE 123, 267 (399).

¹¹⁰ Begriff bei *Robert Alexy* Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 7 (12 ff.).

¹¹¹ Zu ihm *Rainer Wahl* Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, 401 ff.

¹¹² Eine solche „befruchtende Verklammerung“ annehmend *Jestaedt* Staatsrechtslehre (Fn. 3), 10.

II. Unterschiede zwischen den Diskursen

Die Verklammerung von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht zu einem integrierenden Öffentlichen Recht nivelliert nicht alle Unterschiede im Zugriff, im Duktus, in der Wahrnehmungs- und Argumentationsweise. In meinen Augen bleiben markante Unterschiede im historischen Interesse (1.), in der Innovationskraft (2.), im Interesse an Bewirkungsfragen (3.), in der Asymmetrie von Verfassungstheorie und Verwaltungsrechtstheorie (4.) sowie in der Systematisierungstendenz (5.).

1. Historisches Interesse

Verfassungsrechtsanwendung und Verfassungsrechtsreflexion in der Bundesrepublik leben von der Auseinandersetzung mit der Weimarer Reichsverfassung und dem Dritten Reich und vom Wunsch, Lehren zu ziehen.¹¹³ Kritisch angemerkt sei, dass die DDR (auch in verfassungsrechtlichen Diskursen) so gut wie gar nicht als Lernfeld oder Kontrastfolie dient.¹¹⁴ Dagegen sind geschichtliche Rückfragen und Rückvergewisserungen in verwaltungsrechtlichen Diskursen ausgesprochen selten,¹¹⁵ jeden-

¹¹³ Näher (mit Hinweis auf die schwankende Intensität der Rückbesinnung auf Weimar und NS seit der frühen Bundesrepublik) *Michael Stolleis* Verfassungs(ge)schichten als Objekt rechtswissenschaftlicher Reflexion und Theoriebildung, 2017, 1 (38 f.).

¹¹⁴ Krit. zur Abstinenz der Vereinigung *Eckart Klein* Diskussionsbemerkung VVD-StRL 51 (1992), 120 (121); zust. *Ipsen* Staatsrechtslehrer (Fn. 9), 93. Unabhängig von der jüngeren Auseinandersetzung über die Einordnung des Rechtssystems der DDR (*Ernst-Wolfgang Böckenförde* Rechtsstaat oder Unrechtsstaat?, FAZ v. 12.5.2015; *Rupert Scholz* Wider die Relativierung: Die DDR war ein Unrechtsstaat, FAZ v. 1.6.2015, 8; *Guy Beau-camp* Warum die DDR kein Rechtsstaat war, JA 2015, 725 ff.) besteht im – gewiss rudimentären, z.T. unter anderer Bezeichnung firmierenden – Verwaltungsrecht der DDR ein kaum erschlossenes, aber heuristisch vielversprechendes Forschungsfeld (dezidiert a.A. *Maurer/Waldhoff* Verwaltungsrecht [Fn. 45]: etwa mit Blick auf Kodifizierung (Staatshaftungsgesetz, Landeskulturgesetz u. a.), ausgeprägte Rechtsverhältnislehre (bspw. *Autorenkollektiv* Verwaltungsrecht. Lehrbuch, 2. Aufl. 1988, 42 ff.) und Lehre von den Aufgabennormen (hierzu *Karin Althaus-Grewe*, Methodenlehre in der DDR-Rechtswissenschaft, 2004, 72 ff.). – Zum rechtlichen und politischen Rahmen vgl. die Nw. bei *Rolf Stober* Die Verwaltung in der sozialistischen und in der „Volks-Demokratie“, in: Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth (Hrsg.) Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 11 sowie *Michael Stolleis* Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 2 Rn. 103 ff.; zur Verwaltungsrechtswissenschaft *Wolfgang Bernet* Entwicklung und Zustand der Verwaltungsrechtswissenschaft der DDR, Der Staat 29 (1990), 389 ff.

¹¹⁵ Vgl. aber die Beiträge von *Pascale Cancik*, *Peter Collin*, *Erk Volkmar Heyen*, *Margrit Seckelmann* u.a., ferner gewichtige verwaltungsgeschichtliche Teile in Monographien (bspw. bei *Jan Ziekow* Über Freizügigkeit und Aufenthalt. Paradigmatische Überlegungen

falls spielen „[a]usdrückliche Bezüge auf historisches Wissen [...] in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft seit Otto Mayer eine zu vernachlässigende Rolle“.¹¹⁶ Dies mag an der besonders hohen Regelungsdichte des Verwaltungsrechts liegen, die es nahelegt, bei Unklarheiten eher systeminterne Kriterien – etwa Nachbarregelungen – heranzuziehen als einen historischen Abgleich, sowie an der besonderen Zeitbedingtheit vieler verwaltungsrechtlicher Fragestellungen und Antwortversuche. Aber nicht nur in hergebrachten verwaltungsrechtlichen Materien verspricht verwaltungsrechtsgeschichtliches Arbeiten reiche Frucht. So ließe sich auch in Kernfragen des Klimaschutzrechts, etwa in der Instrumentendiskussion, aus den historischen Erfahrungen mit dem Instrumentenmix etwa des Naturschutzrechts lernen.¹¹⁷

2. Innovationskraft

Im letzten Vierteljahrhundert¹¹⁸ sind die verwaltungsrechtlichen Diskurse insgesamt innovativer als die verfassungsrechtlichen.¹¹⁹ Das zeigt

zum grundrechtlichen Freiheitsschutz in historischer und verfassungsrechtlicher Perspektive, 1997; *Hinnerk Wißmann* Generalklauseln. Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen, 2008). Dennoch ist die Verwaltungsgeschichte disziplinar wenig sichtbar, wie der Mangel an Denominationen (bis 2009 *Erk Volkmar Heyens* Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europäische Verwaltungsgeschichte; derzeit: Lehrstuhl für Neuere und Neueste Geschichte, insb. Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte an der DUV Speyer, Inhaber ist der Historiker *Stefan Fisch*) illustriert.

¹¹⁶ *Möllers* Methoden (Fn. 1) § 3 Rn. 43; ähnlich *ders.* Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 131 (144, 148 f.); ihm folgend *Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Fn. 9), 17: „praktische Irrelevanz von Verwaltungsrechtsgeschichte“; *Pascale Cancik* Verwaltungsrechtsgeschichte, in: Rechtsgeschichte 19 (2011), 30: „zartes Pflänzchen“. – Klarstellend sei angemerkt, dass die Sachverhaltsklärung im Verwaltungsrecht natürlich häufig historisches Arbeiten beinhaltet – viel seltener aber die Klärung der Normen.

¹¹⁷ Zur Entwicklung und Relevanz *Hinnerk Wißmann* „Instrumentenverbund“. Zur Bedeutung des Umweltrechts für das Allgemeine Verwaltungsrecht, EurUP 2016, 373 (375 ff.). Grundsätzlich zu Erkenntnisgewinnen: *Möllers* Historisches Wissen (Fn. 116), 161 ff.

¹¹⁸ Im zeitlichen Anschluss an *Stolleis* Geschichte (Fn. 4), 530: „Insofern zeigen die Jahrzehnte zwischen 1970 und 1990 auch im Verwaltungsrecht die Signatur ihrer Zeit. Man operiert mit dem gewohnten Instrumentarium, [...] muss aber eine rasch sich wandelnde Wirklichkeit bewältigen.“

¹¹⁹ So für den „Funktionswandel moderner Staatlichkeit, der in der Staatsrechtslehre der Gegenwart viel genauer, problemnäher und innovativer auf der Ebene des Verwaltungsrechts erörtert wird“: *Helmuth Schulze-Fielitz* Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz in der Beleuchtung des Handbuchs des Staatsrechts, DV 32 (1999), 241 (253); auch abgedruckt in: *ders.* (Hrsg.) Staatsrechtslehre

sich etwa bei der juristischen Begriffsbildung: Hier ist die Verwaltungsrechtswissenschaft weitaus offener und erfinderischer gewesen als die Verfassungsrechtswissenschaft.¹²⁰ Zwar wird das Verfassungsrecht permanent vor neue Fragen gestellt, doch antwortet die Staatsrechtslehre häufig in alten Begriffen und Kategorien.¹²¹ Das Bundesverfassungsgericht

als Mikrokosmos. Bausteine zu einer Soziologie und Theorie der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, 2013, 255 (267), der anmerkt (Fn. 60): „Dieser Umstand erklärt, weshalb auf den Staatsrechtslehrertagungen mindestens des letzten Jahrzehnts die Themen und Diskussionen am zweiten Tag, der traditionell eher verwaltungsrechtlichen Themenstellungen gewidmet ist, regelmäßig interessanter und ertragreicher gewesen sein dürften.“ Den verfassungsrechtlichen Diskurs der Gegenwart sieht *Waldhoff* Verfassungsrecht (Fn. 100), 263 als „etwas erlahmt“ an, „die Innovation scheint gegenwärtig eher aus dem Verwaltungsrecht zu kommen“ (264).

¹²⁰ Man denke an „Infrastrukturverwaltung“, „Publikumsinformation“, „Gewährleistungsstaat“, „regulierte Selbstregulierung“, „Regulierungsrecht“, „Konzepte“, „Privatverfahren“, „Governance“, „Verbundverwaltung“, „Netzwerk“, „Integrationsverwaltungsrecht“, „Individualplan“ (hierzu *Sonja Reimer* Der Individualplan als Handlungsform, i.V.) u.v.a.m. Es versteht sich, dass ein Gutteil dieser Begriffe nicht aus der Verwaltungsrechtswissenschaft stammt, sondern von ihr übernommen und anverwandelt worden ist. Die zentrale Unterscheidung zwischen Handlungs- und Rechtsformen ist in der verwaltungsrechtlichen Diskussion bereits vor dem Untersuchungszeitraum getroffen worden (vorbereitet durch die vielzitierte, jedoch gerade nicht konsequent begrifflich unterscheidende Arbeit von *Peter Krause* Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Überlegungen zu einem System der Handlungsformen der Verwaltung, mit Ausnahme der Rechtsetzung, 1974; wieder anders *Rainer Wahl* Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung, Bd. 1, 1978, 21 Fn. 1; prägend dann *Eberhard Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System. Insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht, 1982, 27 Fn. 41: Rechtsformen nur die „rechtlich durchgebildeten administrativen Steuerungsmittel“, Handlungsform als Oberbegriff, „der auch außerrechtswissenschaftliche Aspekte, insbesondere die instrumentale Seite herausstellt; Subvention und Plan z.B. sind danach Handlungsformen, aber keine eigenständigen Rechtsformen“), aufgegriffen von *Walter Pauly* Grundlagen einer Handlungsformenlehre, in: Kathrin Becker-Schwarze/Wolfgang Köck/Thomas Kupka/Matthias von Schwanenflügel (Hrsg.) Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, 25 (32), ergänzt um „Bewirkungsformen“ bei *Wolfgang Hoffmann-Riem* Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 33 Rn. 9 ff.

¹²¹ Wo neue Begriffe geschöpft werden, setzen sie sich häufig nicht durch. Bsp.: Gewährleistungsbereich, Vorschlag: *Rainer Wahl* Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem, Freiburger Universitätsblätter 1987, 19 (32 ff.: „Gewährleistungsumfang“); *ders.* Forschungs- und Anwendungskontrolle technischen Fortschritts als Staatsaufgabe?, in: Gentechnik und Umweltrecht, UTR 14 (1991), 7 (33 ff.); *Wolfgang Hoffmann-Riem* Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 203 (226); *Benjamin Rusteberg* Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, insb. 169 ff.; Ablehnung: *Wolfgang Kahl* Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, ebd., 167 (184 ff.); *Wolfgang Weiß* AöR 134 (2009), 619 (621 f.). Ferner die Vorschläge bei *Josef Franz Lindner* Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, insb. 105 ff.

springt – insbesondere im Bereich des Integrationsverfassungsrechts – als „Ersatzvisionär“¹²² ein, etwa mit Konzepten wie „Staatenverbund“¹²³, „Verfassungsidentität“¹²⁴ oder „Integrationsverantwortung“¹²⁵, ohne aber – seiner Rolle entsprechend – das konzeptionelle Defizit der verfassungsrechtlichen Diskurse beheben zu können und beheben zu wollen. Auch ist bezeichnend, dass die Anstöße zu einer Neuen Staatswissenschaft¹²⁶ auf viel weniger Resonanz gestoßen sind als der Impuls zur Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft.¹²⁷

3. *Interesse an Bewirkungsfragen*

Steuerungs- und Bewirkungsfragen werden in verfassungsrechtlichen Diskursen erstaunlich wenig gestellt oder jedenfalls expliziert. Das dürfte einerseits für Fragen von Vollzugsproblemen und Steuerungsdefiziten gelten. Die ältere Diskussion um „Verfassung und Verfassungswirklichkeit“, von *Wilhelm Hennis* mit den Worten „[d]ie Verfassung als sozialer und geistiger Eisenbahnfahrplan“ ridikülisiert,¹²⁸ hat kein erkennbares Resultat gebracht;¹²⁹ die Diskussionen über „Regierbarkeit“ und „Staatsversagen“

¹²² *Schönberger* Der „German Approach“ (Fn. 14), 29.

¹²³ BVerfGE 89, 155 (LS 8 und S. 181; wohl auch LS 2 a.E. [„Staatenverbund“]).

¹²⁴ BVerfGE 123, 267 (LS 4 und S. 344 ff.); in anderem Zusammenhang zuvor allerdings Bbg. VerfG, Urt. v. 18.6.1998, Az. 27/97, diss. op. *Will*.

¹²⁵ BVerfGE 123, 267 (LS 2a und S. 351 ff.).

¹²⁶ Vgl. bereits *Karl-Heinrich Friauf* Schlusswort, VVDStRL 27 (1969), 110 (111): „unser Fach hat Anlaß, wieder stärker die Breite der alten Staatswissenschaft anzustreben, wenn wir den Gegebenheiten des modernen intervenierenden Staates gerecht werden wollen“; gleichsinnig die Freiburger Antrittsvorlesung von *Andreas Voßkuhle* Der „Dienstleistungsstaat“. Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, in: *Der Staat* 40 (2001), 495 (502 f.); ferner *Gunnar F. Schuppert* Staatswissenschaft, 2003, 45 ff. Das Anliegen greift die 2005 begründete Schriftenreihe „Neue Schriften zum Staatsrecht“ (im Nomos-Verlag) auf, deren Bände sich „durch Innovationsoffenheit, Grundlagenbezug sowie besonderes Interesse an den einschlägigen Realbereichen und den Erkenntnissen benachbarter Wissenschaftsdisziplinen“ auszeichnen sollen <<http://62.154.218.176/reihenpo-pup.aspx?reihe=123>> (Stand 15.8.2017); bisher sind sieben Bände erschienen.

¹²⁷ Die Gegenüberstellung Neue Staatswissenschaft/Neue Verwaltungsrechtswissenschaft ist freilich insofern problematisch, als Erkenntnisobjekt einmal der Staat (also nicht nur Staatsrecht bzw. Verfassungsrecht), einmal das Verwaltungsrecht ist, so dass der Beitrag der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht je unterschiedlichen Stellenwert hat.

¹²⁸ *Wilhelm Hennis* Verfassung und Verfassungswirklichkeit, 1968, 23; ähnlich 11: „Die Verfassung als eine Art Eisenbahnfahrplan, das scheint ein deutsches Ideal zu sein. So und nicht anders, pünktlich und vollständig soll alles fixiert sein, was da abläuft. Es dürfen auch keine Züge ausfallen. Eine Art horror vacui scheint die Streichung von Verfassungsartikeln zu verlangen, die leer in der Verfassungslandschaft herumstehen könnten.“

¹²⁹ Mit protestantischer Strenge *Hesse* Grundzüge (Fn. 32), 20. Aufl. 1995, Rn. 47: „Die Behauptung eines Widerspruchs zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit

sind weitgehend spurlos an der Verfassungsrechtswissenschaft vorbeigegangen.¹³⁰ Andererseits haben die Anstöße der verwaltungsrechtlichen Reformdiskussion, die Fragen der Bewirkungsperspektive große Aufmerksamkeit schenkt, noch kaum das Verfassungsrecht erreicht.¹³¹ Es wird ganz überwiegend aus der Kontrollperspektive gelehrt und erforscht¹³² – bemerkenswert angesichts der Überfrachtung der Verfassung mit Erwartungen und Detailregelungen.

4. *Verfassungstheorie – und Verwaltungsrechtstheorie?*

Zu den Pfadabhängigkeiten im öffentlich-rechtlichen Diskurs der Bundesrepublik gehört, dass es seit langem eine Verfassungstheorie gibt.¹³³ Und wie halten wir es mit der Verwaltungsrechtstheorie? Sie wäre von Verwaltungssoziologie, Verwaltungslehre bzw. Verwaltungswissenschaft deutlich zu unterscheiden; ihr Gegenstand müsste das positive (allgemeine und besondere) Verwaltungsrecht auf der Metaebene der Funktionen, der Grundbegriffe, der impliziten und expliziten Prämissen und der Grenzen sein – und wegen der kritischen Dimension von Theorie zugleich der Möglichkeitsraum von Verwaltungsrecht. In der Nachkriegsgeschichte des Öffentlichen Rechts der Bundesrepublik gab es immer wieder Ansätze zur Erarbeitung von Theorien (oder auch: einer übergreifenden Theorie) des

ist geeignet, die wahre Problemlage nicht nur zu verdunkeln, sondern auch zu verschieben. Indem nämlich verfassungswidrige Wirklichkeit als Verfassungswirklichkeit bezeichnet wird, wird dieser Wirklichkeit eine normierende Kraft beigemessen, und diese erscheint als normierende Kraft der ‚Wirklichkeit‘ von vornherein der normierenden Kraft des ‚Rechts‘ überlegen. Die Bezeichnung verfassungswidriger Wirklichkeit als Verfassungswirklichkeit enthält daher eine – oft freilich unbewußte – Option gegen die Verfassung, die verfassungsrechtlicher Betrachtung versagt ist.“; ähnlich *Christian Hillgruber* Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2008), 7 (20). Einbettung in den Kontext bei *Württemberg* Rahmenbedingungen (Fn. 103), 282 ff.

¹³⁰ Ausnahmen: *Dieter Grimm* (Hrsg.) unter Mitwirkung von *Evelyn Hagenah* Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990; hierzu bspw. die Rezensionen von *Hans Peter Bull* AöR 116 (1991), 615 ff. mit dem Schluss: „Die Wissenschaft wird zur Kenntnis nehmen müssen, daß die Praxis vielschichtiger und kreativer ist als die Theorie“ (623); *Wilfried Brugger* ARSP 82 (1996), 139 ff.

¹³¹ So – vor zehn Jahren – auch *Schoch* Verwaltungsrechtslehre (Fn. 41), 198.

¹³² Zugespitzt (auf die Rolle der Verfassung bei der Bundesgesetzgebung gemünzt) *Kloepfer* Gesetzgebung (Fn. 4), 289: „Wenn alles vorbei ist, kommt die Verfassung.“

¹³³ Zeitgenössische Stimmen: *Martin Morlok* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988; *Matthias Jestaedt* Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; *ders.* Verfassungstheorie als Referenz für Verfassungsanwendung, Verfassungsänderung und Verfassungsgebung, in: *Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow* (Hrsg.) Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, FS Thomas Württemberg, 2013, 211 ff.; *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.) Verfassungstheorie (Fn. 58); *Volkman* Grundzüge (Fn. 52).

Verwaltungsrechts, etwa bei *Hans Peters*,¹³⁴ *Ernst Forsthoff*¹³⁵ und *Heiko Faber*.¹³⁶ Trotz dieser und ähnlicher Ansatzpunkte¹³⁷ gab es kein wirkliches Pendant zur Verfassungstheorie für das Verwaltungsrecht,¹³⁸ bis der Reformkreis, in die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft mündend, das Anliegen einer wissenschaftlich mehrdimensionalen Durchdringung des Verwaltungsrechts aufgriff.¹³⁹ Dieser Impuls hat eine Vielzahl kommentierender Bemerkungen und vertiefender Arbeiten¹⁴⁰ ausgelöst. Eine Bünde-

¹³⁴ Insb.: *Hans Peters* Lehrbuch der Verwaltung, 1949; *ders.* Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1964.

¹³⁵ Insb.: *Ernst Forsthoff* Staat der Industriegesellschaft, 1971, sowie (in gewisser Weise) das Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1950 (10. Aufl. 1973).

¹³⁶ *Heiko Faber* Verwaltungsrecht (1987), 4. Aufl. 1995, §§ 4–7, 19, 38; *ders.* Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, *ders./Ekkehart Stein* (Hrsg.) Auf einem dritten Weg, FS Helmut Ridder, 1989, 291 ff.

¹³⁷ Wegweisend *Eberhard Schmidt-Aßmann* (insb.: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982 [Fn. 120]; Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998; 2. Aufl. 2004), dessen Arbeiten einen wichtigen Teilaspekt zum Gegenstand haben, nämlich die Allgemeinheit des Allgemeinen Verwaltungsrechts (eine dogmatische Kategorie). Die Rechtspolitologie (zu ihrem Forschungsprogramm: *Axel Görlitz/Rüdiger Voigt* Rechtspolitologie. Eine Einführung, 1985, 7 ff.) zeigte Überschneidungen mit der Verwaltungstheorie, hat sich als Disziplin aber bisher nicht durchsetzen können. Einzelne Ansätze auch bei *Rolf Stober* Methodische Ausgangslage, in: Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth (Hrsg.) Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 2. Am nächsten kommt dem hier vorgeschlagenen Ansatz *Gunnar F. Schuppert* Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, 2000. Der Anspruch des Essays von *Haack* Theorie (Fn. 30) ist gegenständlich ausgreifender (auf das Öffentliche Recht insgesamt gerichtet), inhaltlich aber begrenzter (nämlich auf „subjektive öffentliche Rechte als Zentralinstitut der Rechtsstaatsdogmatik“ bezogen, ebd., 3).

¹³⁸ *Möllers* Methoden (Fn. 1) § 3 Rn. 58: Eine „Disziplin oder auch nur eine Fragestellung namens ‚Verwaltungstheorie‘ [konnte sich] bisher nicht durchsetzen“.

¹³⁹ Vgl. aus den weiteren „Reformbänden“ insbesondere den Band „Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft“, 2000; zusammenfassend *Vöβkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 41) (etwa Rn. 48: steuerungs- und wirkungsorientierte sowie theoretisch reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft). Die jüngeren Diskussionen in der Verwaltungsrechtswissenschaft als „Verwaltungsrechtstheorie“ einordnend *Stefan Haack* Läuterung der Verwaltungsrechtstheorie. Aufgaben und Methoden der Wissenschaft vom Recht der Verwaltung, in: RW 4 (2013), *passim*.

¹⁴⁰ *Wahl* Herausforderungen (Fn. 4), 87 ff.; *Schoch* Verwaltungsrechtslehre (Fn. 41), 203 ff.; *Rainer Schröder* Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, 192 ff.; *Stephan Rixen* Taking Governance Seriously. Metamorphosen des Allgemeinen Verwaltungsrechts im Spiegel des Sozialrechts der Arbeitsmarktregulierung, in: DV 42 (2009), 309 (310 ff.); *Klaus Ferdinand Gärditz* Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, 163 ff. (zum Steuerungsansatz); *ders.* Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Martin Burgi (Hrsg.) Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, Beiheft zu „Die Verwaltung“, 2017, 105 ff.; *Stephan Meyer* Fordert der Zweck im Recht wirklich eine „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“?, in:

lung der hier gestellten und auch der nicht gestellten Fragen (etwa nach den Grenzen des Verwaltungsrechts¹⁴¹ und nach den Herausforderungen durch die Fluktuation verwaltungsrechtlicher Normen) zu einer eigenen Disziplin steht aber noch aus.¹⁴² Sie ist erforderlich, weil ein Steuerungsinstrument, das unser Leben vom Anfang bis zum Ende prägt, nicht ohne distanzierte Reflexion bleiben darf. Daher wird eine Theorie des Verwaltungsrechts sich jedenfalls auch aus der kritischen Beobachtung von Aufgabenstellung und Entwicklung der Besonderen Verwaltungsrechte speisen, die ihrerseits in der Regel nicht von einer diesen Namen verdienenden Theorie unterfan-

VerwArch 2010, 351 ff.; *Bernd Grzeszick* Steuert die Dogmatik? Inwiefern steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Gibt es eine rechtliche Steuerungswissenschaft jenseits der Rechtsdogmatik?, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.) Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012, 97 ff.; *Haack* Läuterung (Fn. 139), 418 ff.; *Irmela Sennekamp* Der Diskurs um die Abgrenzung von Kartell- und Regulierungsrecht. Ein juristischer Streit zwischen gesetzgeberischem Steuerungsanspruch und rechtsdogmatischem Ordnungdenken, 2016, *passim*; *Jan Philipp Schäfer* Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts. Kontroversen reformorientierter Verwaltungsrechtswissenschaft, 2016; ferner die Beiträge in JöR N.F. 65 (2017): *Hubert Treiber* Genese und ursprüngliche Intention einer steuerungswissenschaftlich konzipierten Wissenschaft vom Verwaltungsrecht. Anmerkungen eines Nicht-Juristen (423 ff.); *Claudio Franzius* Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz (441 ff.); *Martin Eifert* Transformation der Verwaltungsrechtswissenschaft – Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (457 ff.); *Jan Philipp Schaefer* „Neue“ oder „neoklassische“ Verwaltungsrechtswissenschaft? Zu den Zukunftsaussichten der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht (471 ff.); *Ralph Christensen/Felix Hanschmann* Was bleibt von der Gesetzesbindung bei der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“? (485 ff.); *Sophie Schönberger* Mehr Wissenschaft wagen! Die uneingelösten Versprechen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft (511 ff.); *Klaus Rennert* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft und Rechtsprechung (533 ff.); *Michael Fehling* Die „neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ – Problem oder Lösung. Innovation durch Kanonisierung?, in: Martin Burgi (Hrsg.) Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, Beiheft zu „Die Verwaltung“, 2017, 65.

¹⁴¹ Zur Asymmetrie gegenüber dem Verfassungsrecht *Oliver Lepsius* Schlusswort, VVDStRL 63 (2004), 337 (339 f.): „Das Verfassungsrecht ist dem Verwaltungsrecht insofern überlegen, weil es die Debatte nach seinen Grenzen schon geführt hat (etwa am Beispiel der sozialen Grundrechte oder des Sozialstaatsprinzips). Das Verwaltungsrecht hingegen muss die Debatte über die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit erst noch führen“; ferner *Hans-Heinrich Trute* Methodik der Herstellung und Darstellung von verwaltungsrechtlichen Entscheidungen, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 293 (299); ihnen folgend *Möllers* Methoden (Fn. 1), § 3 Rn. 58 a.E.

¹⁴² Nicht im Widerspruch hierzu steht m.E. die Beobachtung von *Michael Stolleis*, dass Deutschland „europäisch vergleichend eher ‚Verwaltungstheoretiker‘ als ‚Staatsdenker‘ hervorgebracht“ habe, vgl. *ders.* Verfassungs(ge)schichten (Fn. 113) 57.

gen werden.¹⁴³ Eine solche Verwaltungsrechtstheorie könnte auch der Ort für die Rezeption der bisher, soweit ersichtlich, kaum¹⁴⁴ wahrgenommenen Verwaltungsethik sein.¹⁴⁵

5. Systematisierungstendenz

Der vielzitierte Satz eines Verwaltungsrechtlers, Rechtswissenschaft sei systematisch, oder sie sei nicht,¹⁴⁶ wird besonders gerne in verwaltungsrechtlichen Kontexten zitiert,¹⁴⁷ und die ausgedehnten Felder der Verwaltungsrechtsetzung haben einen systematisierenden Zugriff immer

¹⁴³ Augenfällig bspw. im Umweltrecht – eine Theorie des Umweltrechts, die Perspektiven von philosophischer und theologischer Umweltethik, Umweltpsychologie, Umweltökonomie, den theoretischen Diskussionen der Fachwissenschaften (etwa zur Ausrichtung des Naturschutzes) aufnehmen könnte, fehlt; Indiz ist, dass auch große umweltrechtliche Werke (wie *Michael Kloepfer* Umweltrecht, 4. Aufl. 2016) zwar Ausführungen zu Grundbegriffen, Instrumenten und Prinzipien enthalten, diese aber nicht zu einer Theorie bündeln, geschweige denn an die Diskurse der Nachbarwissenschaften anschließen. Die Ausführungen zu Aufgabenstellung des Umweltschutzes, Umweltbegriffen und Schutzzweck umfassen sechs von 1.935 Seiten. Frühe Ansätze sind ohne hinreichende Rezeption geblieben, bspw. *Heinhard Steiger* Probleme des Umweltrechts, in: Gießener Universitätsblätter XI (1978), 55 ff. – Zum Migrationsrecht vgl. bspw. *Frederik von Harboul/Jeka Markow* (Hrsg.) Philosophie des Migrationsrechts, i.V.

¹⁴⁴ So bezieht sich der ohnehin kurze Abschnitt über „Werteorientiertes Verwaltungsrecht“ bei *Stober* Methodische Ausgangslage (Fn. 137) Rn. 23 f., nur auf die verfassungs- und primärrechtliche Werteordnung, d.h. geltendes Recht.

¹⁴⁵ Insbesondere die Arbeiten von *Tobias Trappe*, etwa: Ethik der öffentlichen Verwaltung – eine Skizze, in: Dörte Busch/Martin Kutscha (Hrsg.) Recht, Lehre und Ethik der öffentlichen Verwaltung, FS Hans Paul Prümmer, 2013, 145 ff.; *ders.* Ethik der Asylgewährung. Über die „Subjekte“ des Asylverfahrens, ZAR 2013, 249 ff.; *ders.* (Hrsg.) Ausgewählte Probleme der Verwaltungsethik, Bd.1, 2013, Bd. 2, 2014; ferner *Detlef Merten* Compliance im Spannungsfeld zu Verwaltungsethos und Verwaltungskultur, in: Rolf Stober/Nicola Ohrtmann (Hrsg.) Compliance, 2015, 36 (40 ff.). – Klargestellt sei, dass es mir nicht um eine Moralisierung des Verwaltungsrechts geht – im Gegenteil (vgl. bei Fn. 87 ff.) –, sondern um eine ethische Reflexion der Strukturen und Verfahren, Ethik verstanden als Reflexionstheorie der Moral (*Niklas Luhmann* Paradigm lost. Über die ethische Reflexion der Moral, 1990, 42) mit der Aufgabe, „vor Moral zu warnen“ (ebd., 41).

¹⁴⁶ *Hans J. Wolff* Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952, 195 (205): „Rechtswissenschaft zumindest ist systematisch oder sie ist nicht!“.

¹⁴⁷ Bspw. *Otto Bachof* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 194 (197); *Dirk Ehlers* Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: *ders./Hermann Pünder* (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 3 Rn. 103; *Friedrich Schoch* Verwaltungsrechtswissenschaft zwischen Theorie und Praxis, in: *Martin Burgi* (Hrsg.) Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, Beiheft zu „Die Verwaltung“, 2017, 11.

schon besonders nötig.¹⁴⁸ Angesichts des Wachstums des Verfassungsrechts – durch Verfassungsänderungen und *case law* des Bundesverfassungsgerichts – erscheint das Verfassungsrecht aber ebenfalls zunehmend systematisierungsbedürftig.

Ist es auch systemisierungsfähig? Gibt es Systemisierungsansätze? Während dem deutschen Verwaltungsrecht die Dualität von Allgemeinem Teil und Besonderen Teilen innewohnt, weist das Verfassungsrecht die ganz anders geartete Dualität aus Grundrechten und Staatsorganisationsrecht auf. Diese Dualität verdankt sich keiner Abstraktion, sie hat keine Gemeinsamkeiten ans Licht hebende, entlastende Funktion, sondern trennende Wirkung, sie bildet einen Hiatus. Einen Allgemeinen Teil des Bundesverfassungsrechts gibt es nicht.¹⁴⁹ Aber auch innerhalb der beiden Kontinente halten sich die Abstraktionsprozesse in Grenzen: Im Staatsorganisationsrecht lassen sich nennenswerte allgemeine Lehren nicht ausmachen;¹⁵⁰ bei den Grundrechten gibt es zwar umfangreiche allgemeine Lehren, aber auch beachtliche Sonderdogmatiken,¹⁵¹ in einer Formulierung *Peter Lerches* „Kathedralen des Verfassungsrechts“.¹⁵² Sie sind eines der Beispiele problematischer Fragmentierungen im Öffentlichen Recht. Auch jenseits der unterschiedlich ausgeprägten Bildung Allgemeiner Teile ist die Systematisierung und begriffliche Durcharbeitung im Verfassungsrecht weit weniger fortgeschritten als im Verwaltungsrecht und auch weit weniger im Blickfeld der Verfassungsrechtswissenschaft.

¹⁴⁸ Zu allgemeinem Systembegriff und Begriff von äußerem/innerem sowie materialem/formalem System *Patrick Hilbert* Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verfassungsrechtswissenschaft, 2015, 3 ff., 48 ff., 63 ff. Krit. zum Systemdenken *Matthias Jestaedt* Das mag in der Theorie richtig sein..., 2006, 81 ff.; *Franzius* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 140), 451.

¹⁴⁹ Augenscheinlich geht hiervon auch *Helmut Philipp Aust* Grundrechtsdogmatik im Staatsorganisationsrecht?, in: AöR 141 (2016), 415 ff. aus.

¹⁵⁰ Weitergehende These eines Dogmatik- und Theoriedefizits der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im Staatsorganisationsrecht bei *Oliver Lepsius* Die maßstabsetzende Gewalt, in: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, 159 (219 ff.). Zurückhaltend *Aust* Grundrechtsdogmatik (Fn. 149), 428 mit der Feststellung, dass es „nicht an Versuchen des Bundesverfassungsgerichts mangelt, eigene dogmatische Figuren zu entwickeln.“

¹⁵¹ So zur Verfassungsmäßigkeit regierungsamtlicher Äußerungen, zur Rundfunkfreiheit, zur Berufsfreiheit (bspw. Erfordernis objektiv berufsregelnder Tendenz). Letztlich ist die These der bereichsspezifischen Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes die Deklaration des Verzichts auf eine einheitliche Sprache und die Chance einheitlicher Maßstäbe.

¹⁵² *Peter Lerche* Europäische Staatsrechtslehrer. Der Wissenschaftler Konrad Hesse, in: JöR N.F. 55 (2007), 455 (458).

III. Fragmentierungen

1. Befund

Zu einer diesen Namen verdienenden „Einheit des Öffentlichen Rechts“¹⁵³ hat das Näheverhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsrecht nicht geführt. Die Verklammerung der Diskurse führt paradoxerweise zu einer Fragmentierung: An die Stelle der Spezialisierung *auf* Verfassungsrecht oder *auf* Verwaltungsrecht tritt die Spezialisierung *im* Verfassungs- und Verwaltungsrecht: Denn eine Medienrechtlerin überblickt zwar die Vorgaben des GATS für das Medienrecht, die verzweigte verfassungsgerichtliche Dogmatik zu Art. 5 Abs. 1 GG – zu der *Peter Lerches* Wort von den „Kathedralen des Verfassungsrechts; mit zahlreichen Säulen und Rundbögen“¹⁵⁴ seinen Ursprung hat –, ferner die Rundfunkstaatsverträge, die Landesmedien- und Landesrundfunkgesetze – aber selten das Pariser Klimaschutzabkommen, die Treibhausgasemissionshandelsrichtlinie, das TEHG und die Klimaschutzgesetze der Länder.¹⁵⁵ Wir alle teilen bestimmte Kategorien des Rechts und der Rechtswissenschaft, driften aber doch auseinander.¹⁵⁶ Wo Sonderdogmatiken gedeihen, zumal, wo sie gar nicht als

¹⁵³ *Schoch* Verwaltungsrechtslehre (Fn. 41), 179; *Eifert*, Lernende Beobachtung (Fn. 107), 357. Zum weitergehenden Ziel einer „Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe“ vgl. den gleichnamigen Beitrag von *Josef Franz Lindner* JZ 2016, 697 ff.

¹⁵⁴ *Lerche* Konrad Hesse (Fn. 152). Theologische Untertöne auch im Bild *Isensees* Quo vadis? (Fn. 72), 1086: In der Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht „entwickelt sich das winzige Senfkorn des Verfassungstextes zum üppigen Baum, der stetig weiter ausläßt, sich dichter verzweigt und den ganzen staatlichen Raum überschattet.“ – Zur Kritik der Rundfunk-Rspr. des BVerfG *Martin Bullinger* Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 163 Rn. 151 ff.

¹⁵⁵ Ähnliche Beschreibung der Gesprächslosigkeit bei *Lindner* Desiderate (Fn. 77), 596.

¹⁵⁶ Eindringlich beschrieben bei *Kloepfer* Verfassungsausweitung (Fn. 105), 203 f.; Sorge bei *Udo Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 235 (275), „daß das öffentliche Recht seine Einheit verliert, wenn disparate Zirkel von Eingeweihten entstehen. Eine Gruppe wird dann im Jargon der Sozialwissenschaften versuchen, eine Entwicklung als ganze angemessen zu beschreiben, um überhaupt rechtliche Systemfragen in einem geordneten Kontext stellen zu können, eine andere wird die Nase lediglich in den Wind politischer Entwicklungen halten, jede gesetzliche Novität bejubelnd, um von der Thermik des Aktuellen hoch in das Licht der Aufmerksamkeit getragen zu werden, und wiederum eine andere Gruppe wird – als wäre nichts geschehen – mit Bienenfließ Gerichtsentscheidungen sammeln und kommentieren. Es besteht die Gefahr, daß dabei der Zusammenhang zu einer systematischen, entscheidungsfördernden Dogmatik verloren geht und Juristen sich untereinander gleichsam nicht mehr verstehen“; für die Staatsrechtslehrervereinigung *Josef Isensee* Staatsrechtslehre als Wissenschaft, JZ 2009, 950 (951): „babylonische Sprachenverwirrung [...]. Das Pfingstwunder [...] ist bislang ausgeblieben“; optimistischer *Stolleis* Geschichte (Fn. 4), 545: „An die Stelle des individuellen ‚Volljuristen‘, der guten

solche erkannt und benannt werden,¹⁵⁷ misslingt die Kommunikation, wächst die Gefahr unterschiedlicher Maßstäbe¹⁵⁸ und des Übergehens von Belangen.¹⁵⁹ Genau dies ist Fragmentierung: Ausdifferenzierung ohne gemeinsame Sprache.

Aber nicht nur das Verwaltungsrecht ist fragmentiert. Die Fragmentierung gilt zunehmend auch für das Verfassungsrecht.¹⁶⁰ Insofern erscheint das Verständnis der Verfassung als einheitsverbürgender Norm und der Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungsrechtswissenschaft als „Klammer für die immer stärker gefährdete Einheit der Rechtsordnung“¹⁶¹ eher als Forderung denn als Beschreibung. Wegen der fast omnipräsenten Einwirkung von Völker- und/oder Unionsrecht lässt sich die Fragmentierung als „Versäulung“ beschreiben,¹⁶² insofern sich die Diskurse auf völker-, uni-

Willens war, sich in alle Gebiete des öffentlichen Rechts [...] einzuarbeiten, treten Gruppen von Spezialisten, die ihr Wissen untereinander vernetzen.“

¹⁵⁷ Bsp.: Das überaus kontrovers diskutierte Thema der Nichtanwendungskompetenz der Verwaltung (Fn. 45) wird in sozialrechtlichen Kontexten umstandslos als unkontrovers behandelt (*Helge Sodan* Verfassungsrechtliche Grundlagen der Krankenversicherung, in: ders. [Hrsg.] *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2010, § 2 Rn. 6: „keine Normverwerfungskompetenz“; *Gernot Dörr/Konrad Francke* Sozialverwaltungsrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. 3 Rn. 3: „keine Verwerfungskompetenz der Verwaltung“).

¹⁵⁸ *Thorsten Kingreen/Stephan Rixen* Sozialrecht: Ein verwaltungsrechtliches Utopia? Ortsangaben zur (Wieder-)Entdeckung einer Referenzmaterie des öffentlichen Rechts, in: DÖV 2008, 741 (748) zu den lange Zeit im Verfassungs- und Allgemeinen Verwaltungsrecht nicht beachteten Richtlinien des GBA: „Dabei ließen sich die Richtlinien als ein legitimatorisch durchaus prekäres Steuerungskonzept begreifen, das nur dank des Abbruchs der Kommunikation zwischen Sozialrecht auf der einen und allgemeinem Verfassungs- und Verwaltungsrecht auf der anderen Seite gedeihen kann“, ferner zum zurückgenommenen Rechtsschutz ebd. 749 f.

¹⁵⁹ Wie der bundesstaatlichen Dimension des Informationshandelns der Bundesregierung in den Osho- und Glykol-Beschlüssen, hierzu eindringlich *Peter M. Huber* Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, JZ 2003, 290 (296).

¹⁶⁰ Es erscheint nur noch als die Summe aus Geistesverfassung, Sicherheitsverfassung, Wirtschaftsverfassung, Sozialverfassung, Wehrverfassung, Integrationsverfassung, Steuer- verfassung bzw. Finanzverfassung, wobei hier nicht die Frage nach einem Mehr an Maßstäblichkeit der Teilverfassungen (hierzu *Rainer Wahl* Der Vorrang der Verfassung, in: *Der Staat* 20 [1981], 485 [508]), sondern die nach der dogmatischen Verselbständigung einzelner Verfassungsteile mit der Folge der Transparenzverluste im Zentrum des Interesses steht.

¹⁶¹ *Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Fn. 9), 32.

¹⁶² Im anderen Sinne – für die Separierung in Fachsäulen – spricht von „Versäulung“ *Lindner* Einheit (Fn. 153), 697 und *passim*. Krit. zur Metapher *Martin Burgi* Intradisziplinarität und Interdisziplinarität als Perspektiven der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ders. (Hrsg.) *Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Beiheft zu „Die Verwaltung“, 2017, 33 (39). Das hier gemeinte Phänomen beschreibt *Lindner* Desiderate (Fn. 77) als „Atomisierung“ (589) und als „Zersplitterung“ (590, 595 f.).

ons-, verfassungs- und einfachrechtliche Schichten beziehen. Die Einheit des Öffentlichen Rechts ist eine scheinbare.¹⁶³

2. Gründe und Bewertung

Hinter dieser Fragmentierung steht die Ausdifferenzierung der Gesellschaft und ein korrespondierendes „gigantisches Normierungsbedürfnis“¹⁶⁴ des sozialen Rechtsstaats. Problematisch ist weniger die Zahl der Normen an sich¹⁶⁵ als die Zahl der Normänderungen.¹⁶⁶ Sie ist Teil des Phänomens der Fragmentierung. Schon wegen dieser intertemporalen Rechtszersplitterung ist der Begriff der „Rechtsordnung“ ein Euphemismus.¹⁶⁷ Der Normen- und Normänderungsfülle wiederum korrespondiert eine Entscheidungs-¹⁶⁸ und Literaturfülle,¹⁶⁹ die gesellschaftlich problematisch

¹⁶³ Ähnlich *Kloepfer* Verfassungsausweitung (Fn. 105), 204 f.

¹⁶⁴ *Kurt Eichenberger* Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 7 (22).

¹⁶⁵ Insofern nicht weiterführend *Fritz Ossenbühl* Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 77–79.

¹⁶⁶ Hierzu m.w.N. *F. Reimer* Parlamentsgesetz (Fn. 47), § 9 Rn. 100; *Brandner* Gesetzesänderung (Fn. 47), 2 f. Paradigmatisch aus dem besonders betroffenen Sozialrecht *Dietrich Katzenstein* Über die Sozialgesetzgebung unserer Zeit, in: Bernd Rütters/Klaus Stern (Hrsg.) Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, FG Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, 139: „Wer die Sozialgesetze unserer Zeit beschreiben will, wird deren stetige Veränderung in den Vordergrund stellen müssen.“

¹⁶⁷ *F. Reimer* Methodenlehre (Fn. 21), Rn. 5: „Rechtsunordnung“.

¹⁶⁸ So enthält die Juris-Datenbank Rechtsprechung nach eigenen Angaben über 940.000 Entscheidungen <www.juris.de/jportal/portal/page/oidhelp.psml> (Stand 27.9.2017).

¹⁶⁹ Diff. *Lindner* Desiderate (Fn. 77), 590 m. Fn. 24, mit der Beobachtung „jedenfalls sektoraler Hypertrophie“ unter Hinweis auf Umwelt-, Verwaltungsprozess- und Europarecht einerseits und etwa Bildungsrecht andererseits. Auch im Weiteren ist nach Bereichen zu unterscheiden. Im Verfassungsrecht fällt die Vielzahl der Kommentare (25 Grundgesetzkommentare identifiziert *Jestaedt* Staatsrechtslehre [Fn. 3], 2 Fn. 9) und der grundrechtsdogmatischen Arbeiten auf (*Lindner* Theorie [Fn. 121], 10, spricht von einer „enormen, nicht mehr vollständig überschaubaren Fülle“, ferner davon *ders.* Desiderate [Fn. 77], 590, es scheine „kaum mehr ein ungespaltenes Haar zu geben“); aber auch die staatsorganisationsrechtlichen Literaturbestände sind nicht eben schlank. Für eine fundierte wissenschaftliche Behandlung der drei Sätze des Art. 68 GG ist die Rezeption von gut 400 Seiten Kommentarliteratur (eigene Zählung anhand der 14 derzeit gängigsten Kommentare, ausgenommen Studien- und Bürgerkommentare) und – gemessen am Literaturverzeichnis bei *Volker Epping* (in: *Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck* GG, Bd. 2 6. Aufl. 2010, Rn. 54) – von 20 Monographien sowie über 100 Aufsätzen erforderlich. Auch ist die Literaturrotation im Staatsrecht besonders hoch, vgl. *Markus Pöcker* Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, 1 f.: „Kommentare und Lehrbücher erscheinen in immer kürzeren Abständen neu, wobei sich eigentlich nie etwas Grundlegendes ändert, sondern allenfalls neues Gesetzesmaterial und neue Rechtsprechung nachgetragen wird. Die Themen monographischer Arbeiten wiederholen sich ebenfalls in immer kürzerem Turnus, ohne daß es in dem Otto Mayer zugeschriebenen Wort jedesmal ‚wesentlich Neues

ist.¹⁷⁰ Denn sie führt zu einer immer stärker werdenden Selektivität der Rezeption.¹⁷¹ Unausweichliche Folge sind *mainstreaming*, Beliebigkeit,¹⁷² Blickfeldverengung – und damit ein Qualitätsverlust der wissenschaftlichen Diskurse.¹⁷³

Man könnte die beschriebenen Fragmentierungstendenzen als Spiegel der gesellschaftlichen Ausdifferenzierungen und damit als unvermeidlich abtun. In *Peter Lerches* Worten: „Die Kathedralen sind [...] nun einmal angelegt und werden weiter ausgestaltet.“¹⁷⁴ Und in der Tat bedarf es angesichts der Zunahme an Komplexität der Lebenswelten einer schritthaltenen Spezialisierung und Ausdifferenzierung im Rechtssystem. Dennoch sollte man es nicht bei einem beschwichtigenden Hinweis auf Sachzwänge

nachzutragen‘ gäbe. Das gilt vor allem für das Staatsrecht. Oder die Arbeiten werden, wie im Verwaltungsrecht, immer kleinteiliger und spezieller [...]“. Der *Wissenschaftsrat* (Perspektiven der Rechtswissenschaft. Situation, Analysen, Empfehlungen. Drs. 2558-12 v. 9.11.2012) kritisiert in der deutschen Rechtswissenschaft eine „Überspezialisierung der Zeitschriftenlandschaft“ (69), ein Urteil, das mehr für das Verwaltungsrecht als das Verfassungsrecht gelten dürfte.

¹⁷⁰ Vor vierzig Jahren nannte *Adalbert Podlech* Sprachliche Bedingungen einer Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts (1977), abgedruckt in: JöR N.F. 65 (2017), 345 (355 f.) das Wachstum des positiven Rechts und des Schrifttums „quellenartig“ und konstatierte: „Die Rechtswissenschaft, die unter dem Gebot öffentlich kontrollierbarer Richtigkeit steht, hat den Zustand bereits weit hinter sich gelassen, in dem ihr unkontrollierbares Wachstum noch sozial erträglich ist.“

¹⁷¹ *Schulze-Fielitz* Staatsrechtslehrerreferat (Fn. 83), 154: „Diese selektive Aufmerksamkeit ist angesichts der Literaturlut unvermeidbar“; *Morlok* Reflexionsdefizite (Fn. 87), 65: „angesichts einer uferlos gewordenen Literatur kann man oft kaum sämtliche einschlägigen Schriften zur Kenntnis nehmen.“ Zu wohlwollend m.E. die Bewertung bei *Stolleis* Geschichte (Fn. 4), 530 („Opulenz der Literatur“).

¹⁷² Pointiert *Brun-Otto Bryde* Verfassungsentwicklung, 1982, 209: „Man darf vermuten, daß zu jeder verfassungsrechtlichen Streitfrage irgendwo in der kaum überschaubaren juristischen Literatur alle denkmöglichen (und eine ganze Reihe denkunmöglicher) Positionen eingenommen werden.“ – Die Gefahr einer Subjektivierung sieht *Podlech* Sprachliche Bedingungen (Fn. 170), vgl. Fn. 229.

¹⁷³ In diese Richtung mit Blick auf GG-Kommentare bereits vor knapp zwanzig Jahren *Schulze-Fielitz* Grundsatzkontroversen (Fn. 119), DV 32 (1999), 241 (280) Fn. 201 = Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 255 (296 Fn. 201): „Zahlreiche Kommentare mit immer wieder ähnlichem Inhalt konstituieren ein selbstreferentielles ‚autopoeitisches‘ System wechselseitiger kommentierender GG-Beobachter, dessen wissenschaftlicher Grenznutzen abnimmt und dessen Sinn sich nicht jedem sofort erschließt“; ähnlich *Pöcker* Rechtsdogmatik (Fn. 169). Dass über schlechte Kommentare seit mindestens 130 Jahren geklagt wird (am Beispiel der RStGB-Kommentierungen: *Pollähne* Commentare [Fn. 18], 145 ff.), ändert am Kritikbedarf nichts. Für eine „Akzentverschiebung vom Kommentar und Handbuch hin zur wissenschaftlichen Grundlagenarbeit mit auch ungewöhnlicheren Themenstellungen und methodischen Zugriffen“ plädiert *Lindner* Desiderate (Fn. 77) 590.

¹⁷⁴ *Lerche* Konrad Hesse (Fn. 152).

belassen. Denn die Spezialisierung ohne gemeinsame Sprache hat ihre Kosten, die gesehen und gewogen werden müssen. Sie zeigen sich im Feld des Verfassungsrechts wie des Verwaltungsrechts.

Die beschriebene Ver-Verwaltungsrechtlichung des Verfassungsrechts und die Auffächerung des Öffentlichen Rechts in Säulen haben zur Folge, dass Verfassungsrecht kein einheitliches Forum der Öffentlichrechtlerinnen und -rechtler ist, geschweige denn der Öffentlichkeit, kein gemeinsamer Boden, sondern eine Summe von Parzellen.¹⁷⁵ Weil der Zugang zu den Diskursen voraussetzungsreicher wird, verliert das Verfassungsrecht an Politizität. Es ist in doppeltem Sinne technisch: als Mittel gesellschaftlicher Problemlösungen und als Terrain der Spezialisten, der Techniker. Ein technisches, ja technokratisches Verfassungsrecht ist aber ein politisches Problem. Dieses Problem entfällt nicht dadurch, dass das Primärrecht kraft Vorrang und erschwelter Abänderbarkeit Verfassungsfunktion für das deutsche Recht übernommen hat. Denn das Primärrecht ist seinerseits dem öffentlichen Diskurs weniger zugänglich als nationales Verfassungsrecht. Der „allerorten zu verzeichnende Prozeß der zunehmenden Instrumentalisierung der Verfassung für macht- und tagespolitisch geprägte Interessen und Zielsetzungen“¹⁷⁶ hat erhebliche negative Folgen für die Stabilitätsfunktion, die Leitbildfunktion und die Konsensbildungsfunktion der Verfassung,¹⁷⁷ letztlich für ihre normative¹⁷⁸ und außernormative Kraft.

Im Verwaltungsrecht verhindert die Versäulung, dass die Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts mit der besonderen Materien schritthält, dass ein verlässlicher gemeinsamer Fundus aus neuen Rechtsinstituten und Rechtsformen entsteht. Meinen wir beispielsweise mit dem Terminus „Zielvereinbarung“ im Kommunal-,¹⁷⁹ im Schul-¹⁸⁰

¹⁷⁵ *Kloepfer* Verfassungsausweitung (Fn. 105), 203, sprach bereits 1984 mit Blick auf Staatskirchenrecht, Finanzverfassungsrecht, Wehrverfassungsrecht, Verfassungsrecht der internationalen Beziehungen vom „Revier für Spezialisten einzelner Verfassungsbezirke“ und von der „Spezialisierung auf einzelne Grundrechte“.

¹⁷⁶ *Voßkuhle* „Grundrechtspolitik“ (Fn. 101), 61.

¹⁷⁷ *Voßkuhle* „Grundrechtspolitik“ (Fn. 101), 62 ff.

¹⁷⁸ *Voßkuhle* „Grundrechtspolitik“ (Fn. 101), 66. Von „stabilisierenden Koordinaten des Verfassungsrechts“ für das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsrechtswissenschaft – Begriff bei *Franzius* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 140), 452 – kann dann keine Rede mehr sein.

¹⁷⁹ *Patrick Ernst Sensburg* Der kommunale Verwaltungskontrakt. Rechtliche Einordnung kommunaler Zielvereinbarungen, 2004.

¹⁸⁰ Zur Qualifikation bspw. *Johannes Gröb* Die rechtsfähige öffentliche Schule, 2014, 195 ff., *Eva Julia Lohse* Verwaltungsrechtliche Steuerung von schulischem Bildungserwerb, 2015, 421 ff., 438 ff.

und Hochschulrecht,¹⁸¹ im Arbeitsförderungs-¹⁸² und im Krankenversicherungsrecht¹⁸³ das Gleiche?¹⁸⁴ Taugt ein Institut namens „Zielvereinbarung“ als übergreifende Rechtsform des Verwaltungshandelns?¹⁸⁵ Was sind seine Grenzen?¹⁸⁶ Wenn wir über solche und ähnliche Fragen keinen Austausch zwischen den Subkontinenten des Verwaltungsrechts herstellen, also keine gemeinsame Sprache finden, leiden mit der Kommunikation und Kohärenz auch Transparenz und Gleichbehandlung, die „Einsehbarkeit“ des Öffentlichen Rechts,¹⁸⁷ seine Plausibilität. Sie ist Lebensbedingung des Öffentlichen Rechts, dessen Befolgung sich ja nur zum kleinsten Teil durch Sanktionierung bewirken lässt.¹⁸⁸ Die Entwicklung einer gemeinsamen Sprache aber setzt (wenn uns schon kein Pflingstwunder geschenkt wird¹⁸⁹) das Bewusstsein der Vielzahl der Sprachen voraus, die wir derzeit sprechen. Das größte Problem ist – wie heute Morgen herausgearbeitet – das Scheinverstehen.¹⁹⁰

IV. Perspektiven

Was folgt aus alledem? Welche Perspektiven ergeben sich aus diesen Befunden? Das hängt in besonderem Maße von der zugrundeliegenden Vorstellung über die Funktionen der Staatsrechtslehre ab. Ich möchte an dieser

¹⁸¹ *Stefan Kracht* Das neue Steuerungsmodell im Hochschulrecht, 2006, 130 ff., 138 ff., 170 ff. und *passim*.

¹⁸² *Foroud Shirvani* Konsensuale Instrumente im SGB II, SGB 2010, 257 (258 ff.).

¹⁸³ *Arend Becker* Die Steuerung der Arzneimittelversorgung im Recht der GKV, 2006, 281 ff.

¹⁸⁴ Zur Relativität der Rechtsbegriffe *Rudolf Müller-Erbach* Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, *Jherings Jb.* 61 (1912), 343 ff.; *F. Reimer* Methodenlehre (Fn. 21), Rn. 284.

¹⁸⁵ Zu Umfeld und Einordnung *Hartmut Bauer* Verwaltungsverträge, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 55 ff. mit Betonung der Kontextabhängigkeit (Rn. 58).

¹⁸⁶ Hierzu *Andreas Musil* Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, 168, 179 ff.

¹⁸⁷ *Schmidt-Abmann* Ordnungsidee, 2. Aufl. (Fn. 137), 1.

¹⁸⁸ Zur „Schlüsselfunktion“ der freiwilligen Befolgung des Rechts im freiheitlich-demokratischen Staat und in der vorausgesetzten „Überschaubarkeit und Verständlichkeit der Rechtsordnung“ statt aller *Roman Herzog* Von der Akzeptanz des Rechts, *FG Gesellschaft für Rechtspolitik*, 1984, 127 (128 ff.).

¹⁸⁹ Hierzu *Isensee* Staatsrechtslehre (Fn. 156).

¹⁹⁰ *Uwe Kischel* Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht, in diesem Band 285 (286 ff.).

Stelle mein Vorverständnis explizieren, um es diskutierbar zu machen. In größtmöglicher Verknappung lauten meine Funktionsannahmen, dass die Staatsrechtslehre neben ihrer Verstehensaufgabe, ihrer Vermittlungsaufgabe und ihrer Entfaltungsaufgabe eine Entwicklungsaufgabe¹⁹¹ und eine Kritikfunktion hat. Auf dieser Basis möchte ich folgende fünf Perspektiven für die Arbeit im Öffentlichen Recht nennen:

1. *Wiederherstellung der Differenz zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht*

Die arbeitsteilige Differenz zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht sollte soweit wie möglich aufrechterhalten¹⁹² bzw. wiederhergestellt werden. Verfassungsrecht ist als Speicher für besonders wichtige und allgemein geteilte gesellschaftliche Erfahrungen, als „Gerüst des Unbezweifelten“¹⁹³ entstanden. Wir sollten es gerade in dieser Funktion hegen und pflegen. Als instrumentelles, nacheilendes oder ratifizierendes Recht verfehlt Verfassungsrecht seine spezifische Funktion. Daraus folgt nicht nur der Imperativ an den verfassungsändernden Gesetzgeber, die traditionelle Eigenart von Verfassungsrecht zu achten und zu restituieren, sondern auch an die Interpreten, an Normen des Verfassungsrechts keine unreflektierten Steuerungserwartungen heranzutragen, ihnen einfachrechtliche Regelungsdichte anzudichten. Die Verfassung „regt an und zieht Schranken, mehr nicht.“¹⁹⁴

¹⁹¹ Zur Rechtswissenschaft als Zukunftswissenschaft: *Werner Maihofer* Realistische Jurisprudenz, in: Günther Jahr/Werner Maihofer (Hrsg.) *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion*, 1971, 427 (430 ff.); zur Dogmatik als Zukunftswissenschaft: *Winfried Brohm* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL* 30 (1972), 245 (251). Die Rechtswissenschaft ist damit auch Entscheidungswissenschaft: *Maihofer* Realistische Jurisprudenz, ebd., 431 f.; *Alexander Hollerbach* Rechtswissenschaft, in: *Staatslexikon*, 7. Aufl. 1995, Bd. 4, Sp. 751 (758); *Andreas Voßkuhle* Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Hartmut Bauer/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle/Detlef Czybulka (Hrsg.) *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, 171 (179 ff.).

¹⁹² Zu den „Sättigungspunkten“ der Konstitutionalisierung *Gunnar F. Schuppert/Christian Bumke* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 63 ff.; zu normativen und faktischen Grenzen ebd., 65 ff.

¹⁹³ Begriff: *Werner von Simson* Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, 1965, 17, 264; auf die Verfassung bezogen bei *Hollerbach* *Ideologie* (Fn. 98), 50 mit Verweis auf *Hauriou* („bloc des idées incontestables“).

¹⁹⁴ *Wilhelm Hennis* Große Koalition ohne Ende?, 1968, 18.

Ferner muss der unbestrittene Geltungsvorrang der Verfassung¹⁹⁵ von ihrer Rezeptions- und Lernbereitschaft¹⁹⁶ unterfangen werden. So erfordert die verfassungskonforme Auslegung nicht nur die verfassungskonforme Auslegung des einfachen Rechts, sondern vorgängig die gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung.¹⁹⁷ Das interpretatorische „Gegenstromprinzip“,¹⁹⁸ das genauso im Verhältnis von Unionsrecht zu nationalem Recht Geltung verlangt, bewahrt vor vorschneller Vereinheitlichung des Rechts von oben nach unten. In diesem doppelten Sinne bedarf unser Diskurs einer Dekonstitutionalisierung.¹⁹⁹

2. Reföderalisierung des Diskurses

Der Umgang mit Landesverfassungsrecht (d.h. die Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen Identität eines jeden Bundeslands) ist Prüfstein für den Umgang mit dem Bundesstaatsprinzip. In Anwendung des Bundesverfassungsrechts und des Verwaltungsrechts muss das Landesverfassungsrecht in seinem Geltungsanspruch wahr- und ernstgenommen werden; dies impliziert eine Rücknahme der bundesgrundrechtlichen Homolo-

¹⁹⁵ Und entsprechend der Anwendungsvorrang des Unionsrechts; für die Konzeptualisierung als Geltungsvorrang *Shu-Perng Hwang* Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normlogische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts, EuR 2016, 355 ff.

¹⁹⁶ Zum Lernen des Verfassungsrechts vom Verwaltungsrecht *Eifert* Lernende Beobachtung (Fn. 107), 355 ff.; *Kersten* Verfassungsrecht (Fn. 100), 585 ff.; *Waldhoff* Verfassungsrecht (Fn. 100), 261 ff. – Begriffsprägend *Kloepfer* Gesetzgebung (Fn. 4).

¹⁹⁷ Nachdrücklich *Hesse* Grundzüge (Fn. 32), 34: Die verfassungskonforme Auslegung „stellt nicht nur die Frage nach dem Inhalt des zu prüfenden Gesetzes, sondern auch die Frage nach dem Inhalt der Verfassung, an dem das Gesetz gemessen werden soll. Sie erfordert daher sowohl Gesetzes- wie Verfassungsinterpretation. Da der materiell- wie der funktionellrechtliche Zusammenhang in die Richtung einer Aufrechterhaltung des Gesetzes weist, wird verfassungskonforme Auslegung die zu interpretierende Verfassungsnorm nach Möglichkeit in dem Sinne auslegen, in dem der Gesetzgeber sie konkretisiert hat. Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen ist daher in ihrer Rückwirkung auf die Verfassungsinterpretation gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung.“

¹⁹⁸ Vgl. *F. Reimer* Methodenlehre (Fn. 21), Rn. 31, 633, 647; in der Sache auch *Kloepfer* Gesetzgebung (Fn. 4), 294: „ist die Ausrichtung aller Staatsgewalt auf die Verfassung kein gleichsam einseitig-hierarchischer Vorgang von oben nach unten“; ferner *ders.* Verfassungsausweitung (Fn. 105), 202 f.; zur vielfachen Abhängigkeit des Verfassungsrechts vom einfachen Recht vgl. *Isensee* Verfassungsrecht (Fn. 64), § 268 Rn. 65 f.; *Waldhoff* Verfassungsrecht (Fn. 100), 266 ff.

¹⁹⁹ Begriff bei *Karl Peter Sommermann* Diskussionsbemerkung, VVDStRL 61 (2002), 201. Adressat dieser Mahnung ist – im Anschluss an *Brun-Otto Bryde* Diskussionsbemerkung, VVDStRL 61 (2002), 165 – nicht in erster Linie das BVerfG, sondern die Staatsrechtslehre.

gisierung. Wiederentdeckung des bundesstaatlichen Verfassungsreichtums, d.h. des Potentials des geltenden Landesverfassungsrechts,²⁰⁰ ist eine Aufgabe, die den Fachgerichten, den Landesverfassungsgerichten, dem Bundesverfassungsgericht und der Wissenschaft gleichermaßen gestellt ist.

3. *Epistemische Repolitisierung und Einbeziehung der Rechtsetzungsperspektive*

Die Staatsrechtslehre bedarf einer epistemischen Repolitisierung: des Erkennens und Benennens von Interessen- und Machtfragen einerseits und der Einbeziehung der Rechtsetzungsperspektive andererseits. *Gegen* eine solche Einbeziehung der Rechtsetzungsperspektive (verstanden als systematische Beschäftigung mit Gesetzgebungstechnik und mit Gesetzgebungspolitik²⁰¹) sprechen gewiss gewichtige Gründe,²⁰² insbesondere das Relevanzproblem, die Kluft zwischen Recht und Politik: Normsetzung ist ein politisch-dezisionistisches Geschäft, in dem juristische Expertise selten den Ausschlag gibt und das Juristen ein erhebliches Maß an Frustrationstoleranz abverlangt. Ferner das Kapazitätsproblem: Weil Rechtsetzung vollständig anderen Gesetzmäßigkeiten folgt als Rechtsanwendung, kann die Auseinandersetzung mit ihr nicht einfach miterledigt werden, sondern bindet Kapazitäten. Allerdings wäre es falsch, hier in eine unreflektierte Nullsummen-Optik zu verfallen, so als verlöre man an Rechtsanwendungsfähigkeiten, was man an Rechtsetzungsfertigkeiten dazugewönne; beides befruchtet sich vielmehr gegenseitig.²⁰³

²⁰⁰ Beispiel: die Fruchtbarkeit der landesverfassungsgerichtlichen Rspr. zur direkten Demokratie, vgl. *Markus Möstl* Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDStRL 72 (2013) 355 (367 f.).

²⁰¹ Grundlegend *Vofßkuhle* Methode und Pragmatik (Fn. 191), 179 f. Aus historischer Perspektive mit frappierenden Einsichten *Sigrid Emmenegger* Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900. Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, 2006.

²⁰² Kein valider Grund ist dagegen die Rechtsbindung (weil es ja nicht um Umsturz, sondern um Rechtsänderung in den verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren geht); a.A. mglw. *Schoch* Verwaltungsrechtslehre (Fn. 41), 180, der anfügt, außerdem könne „die Orientierung am geltenden Recht vor der Beliebigkeit mancher Diskurse schützen, die anscheinend in Teilen der Wissenschaft (und der Rechtsprechung) modern geworden sind.“

²⁰³ Das zeigt sich m.E. bereits bei der Befassung mit der kleinen Schwester der Rechtsetzung, der Rechtsgestaltung: Studierende haben erst durch die Konfrontation mit Rechtsgestaltungsfragen die Chance, die praktische und rechtliche Bedeutung der einzelnen Rechtsformen des Verwaltungshandelns voll zu verstehen. Klausurpraktisches Beispiel: *Franz Reimer/Georg Zimmermann* Rechtsgestaltung im Öffentlichen Recht: „Mehr Spaß ohne Glas“?, LKRZ 2015, 81 ff.

Für die Einbeziehung der Rechtsetzungsperspektive in das rechtswissenschaftliche Arbeiten (einschließlich der Lehre²⁰⁴) sprechen daher zwei zentrale Gründe. Erstens wissenschaftlich, dass die Einbeziehung dieser Perspektive den Blick auf das Recht vervollständigt. In seinen Funktionen, Konturen und Problemen kann man es erst erfassen, wenn man die Blickrichtung, die Rolle wechselt. Dieser Perspektivwechsel zwingt zu einer Besinnung auf externe Kriterien und Wirkfaktoren (die wir ja häufig bei den „Grundlagenfächern“ abladen) und impliziert eine epistemische Repolitisierung,²⁰⁵ d.h. die Identifikation und Diskussion eigener und fremder Wertentscheidungen und ein Denken in Alternativen, besser: in Varianten. Zweitens spricht politisch für die Perspektivenerweiterung, dass die Einspeisung öffentlich-rechtlicher Expertise in den Gesetzgebungsprozess proaktiv immerhin ungefilterter erfolgt als reaktiv. Die Einladung zu parlamentarischen Anhörungen hat häufig bloße Alibi- und Echofunktion. Dagegen kann ein Normvorschlag wegen des Ankereffekts, zumal langfristig, diskussionsbestimmende Wirkung haben. Hierbei sollte es keine faktischen Monopole (etwa der Ministerialverwaltung oder der von ihr beauftragten Anwaltskanzleien) geben. Warum sollte nicht auch die Rechtswissenschaft zur offenen Gesellschaft der Normproponenten gehören?

4. Defragmentierung des Öffentlichen Rechts

Lässt sich das Öffentliche Recht defragmentieren? Man könnte sich angesichts der kathedralartigen Sonderdogmatiken *Lerches* zitierten Seuffer zu eigen machen: „Die Kathedralen sind [...] nun einmal angelegt und werden weiter ausgestaltet.“²⁰⁶ So behielte jede Seitenkapelle ihre eigene Architektur, ihren eigenen Baustil – auf Kosten der Transparenz und der Strukturgleichheit der Räume. Der Fatalismus ist indes verfrüht. Auch in einer hochdifferenzierten Lebens- und Rechtswelt sind Transparenz und Gleichbehandlung möglich. Diesem Ziel dient die Weiterentwicklung allgemeiner Lehren als wissenschaftliche „Grund- und Daueraufgabe.“²⁰⁷

²⁰⁴ Während in der Schweiz und Österreich die Gesetzgebungs- bzw. Rechtsetzungslehre auch in der universitären Lehre etabliert ist, stellt sie in Deutschland ein sehr zartes Pflänzchen dar. Ansätze: Vorlesungen wie „Gesetzgebungslehre“ (*Matthias Rossi*, Universität Augsburg), „Gesetzgebungs- und Verwaltungslehre“ (*Günter Krings*, Universität zu Köln), „Rechtsetzungsrecht“ (*Christian Waldhoff*, HU), „Rechtsetzungslehre“ (*Franz Reimer*, Universität Gießen, SoSe 2018).

²⁰⁵ Zur Unterscheidung zwischen Politisierung des Verfassungsrechts und Sensibilisierung für seine Politizität *Kloepfer* Verfassungsausweitung (Fn. 105), 206 f.

²⁰⁶ *Lerche* Konrad Hesse (Fn. 152).

²⁰⁷ *Kingreen/Rixen* Sozialrecht (Fn. 158), 750, die allerdings warnen, durch die Fixierung auf allgemeine Lehren drohten „Hypertrophien, die die Grundlagenarbeit eher diskre-

Sowohl das Verwaltungsrecht als auch das Verfassungsrecht bedürfen immer neuer Abstraktionsschübe im Sinne eines Lernens aus den Besonderen Teilen: Warum sollte es nicht eines fernen Tages auch im Verfassungsrecht echte allgemeine Lehren geben?²⁰⁸ Im Verwaltungsrecht sind die wiederholten Mahnungen²⁰⁹ und Ansätze²¹⁰ aufzugreifen, die in geeigneten (und das heißt revolvierenden) Referenzgebieten²¹¹ liegenden Reservoirs für Allgemeines Verwaltungsrecht und Besondere Verwaltungsrechte zu erschließen.²¹²

ditieren denn stärken. Es werden Komplexitäten produziert, die [...] immer wieder neue Distinktionen und Denkfiguren nach sich ziehen“ (744).

²⁰⁸ Als gemeinsame Maßstäbe werden bei *Aust* Grundrechtsdogmatik (Fn. 149) Folgerichtigkeit und Verhältnismäßigkeit diskutiert. Möglicherweise lassen sich parallele Methoden zur Bestimmung des Kerngehalts von grundrechtlichen und staatsorganisationsrechtlichen Normen entwickeln (zur Ähnlichkeit der Probleme *Aust* ebd., 427 m. Fn. 59); möglicherweise sind auch Drittwirkungsfragen ähnlich zu behandeln. *Aust* ebd., 446 f. plädiert für eine zurückhaltende („maßvolle“) Dogmatisierung des Staatsorganisationsrechts mit dem bedenkenswerten Hinweis: „Eine im Vergleich zum grundrechtlichen Bereich weniger leistungsfähig erscheinende Maßstabbildung ist dementsprechend kein Defizit, sondern eine funktionsangemessene Differenzierung der Herausbildung verfassungsrechtlicher Vorgaben für den politischen Prozess.“

²⁰⁹ Vgl. *Albert Hensel* und *Otmar Bühler* Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts, VVDStRL 3 (1927), 63 ff., 102 ff.; hiervon inspiriert *Wilhelm Henke* Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 28 (1970), 148 ff., etwa mit Ausarbeitung des Rechtsverhältnisses (156 ff.). Ferner *Voßkuhle* Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 41), Rn. 43–45; *Kingreen/Rixen* Sozialrecht (Fn. 158), insb. 745 ff. Vgl. zum horizontalen und vertikalen Lernen die Beiträge in *JöR N.F.* 64 (2016), 443 ff. („Debatte: Steuerrecht als Innovationsressource des Verfassungsrechts?“): *Andreas Musil* Steuerrecht und Verfassungsrecht, 443 ff.; *Ulrich Palm* Das Steuerverfassungsrecht als dogmatisches Referenzgebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts, 457 ff.; *Simon Kempny* Steuerverfassungsrechtliche Sonderdogmatik zwischen Verallgemeinerung und Zurückführung. Betrachtet anhand der Beispiele der Erforderlichkeit einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung und des Gebots der Folgerichtigkeit, 477 ff.; *Markus Heintzen* Das Steuerrecht zwischen Autarkie und Vernetzung, 493 ff.; *Joachim Wieland* Steuerrecht als Innovationsressource des Verfassungsrechts?, 505 (verneinend: 512 ff.); *Wolfgang Schön* Grundrechtsschutz gegen den demokratischen Steuerstaat, 515 ff.; *Michael Droege* Der Beitrag des Steuerrechts und der Fortschritt der Verfassung, 539 ff.; *Paul Kirchhof* Das Steuerrecht als Verfassungsproblem, 553 ff.

²¹⁰ Bspw. *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee, 2. Aufl. (Fn. 137), 111 und *passim*; *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle* (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012; *Gärditz* Hochschulorganisation (Fn. 140); *Thomas Holzner* Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie. Untersuchungen zur Phänomenologie gruppenpluraler Konsensverwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Sozialrechts als Referenzgebiet, 2016.

²¹¹ Dagegen den „Wetlauf um das beste Referenzgebiet“ ironisierend: *Kingreen/Rixen* Sozialrecht (Fn. 158), 742.

²¹² Hierzu der Sache nach – im Forum dieser Vereinigung – bereits *Hensel* und *Bühler* Begriffsbildung (Fn. 209). Neuimpuls bei *Wolfgang Hoffmann-Riem* Reform des allgemei-

Teil dieser „Kohärenzsicherung“²¹³ ist die Erhöhung der Rechtfertigungslast für Sonderdogmatiken.²¹⁴ Sonderdogmatiken entstehen aus dem Wunsch nach Differenzierung, in einem demokratischen und rechtsschutzorientierten Rechtssystem also gewissermaßen von alleine.²¹⁵ Die *Beseitigung* von Sonderdogmatiken erfolgt dagegen nicht von alleine, sondern erfordert konstantes analytisches und argumentatives Bemühen.²¹⁶ Dieses Bemühen hat seine innere Rechtfertigung in der Tatsache, dass eine Rechtsordnung ihre Überzeugungskraft nicht nur der Differenzierung und dem Perfektionismus, sondern auch ihrer „Einsehbarkeit“²¹⁷ und Nachvollziehbarkeit verdankt. Statten wir unsere Kathedralen nicht häufig mit (nochmals in den Worten *Lerches*) „allzu spitzen Spitzen oder gar Drachenspeiern und ähnlich Dräuendem“²¹⁸ aus? Übersehen wir nicht immer neu, dass neue Differenzierungen neue Probleme schaffen? Demgegenüber muss

nen Verwaltungsrechts als Aufgabe, AöR 115 (1990), 400 (401 ff.); Begriffsprägung und Entfaltung: *Eberhard Schmidt-Aßmann* Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar F. Schuppert (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 14 (26 ff.).

²¹³ *Schmidt-Aßmann* Dogmatik (Fn. 12), 18.

²¹⁴ So auch das Anliegen von *Lindner* Theorie (Fn. 121) für die Grundrechtsdogmatik, dessen anspruchsvolles Projekt möglicherweise aber die Pfadabhängigkeit der Rechtsdogmatik unterschätzt. In diese Richtung wohl auch *Horst Sandler* [Buchbesprechung] DÖV 2006, 441 (442).

²¹⁵ Zur eigendynamischen Tendenz zu immer feineren Differenzierungen statt aller *Wolfgang Rißner* in: Bonner Kommentar, 67. Lfg. Oktober 1992, Art. 3 Abs. 1 Rn. 91.

²¹⁶ Ein Beispiel ist der Rechtsschutz im Beamtenrecht, der auf der Basis des Grundsatzes der Ämterstabilität lange Sonderwege ging. Hierzu als „Mythos Ämterstabilität“ *Hans-Werner Laubinger* Die Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst – eine unendliche Geschichte (Teil 1), ZBR 2010, 289 (293); ihm folgend *Friedrich Schoch*, in: ders./Schneider/Bier, VwGO, 32. EL Oktober 2016, § 123 Rn. 42a ff.; monographisch *Daniel Thal* Das Dogma rechtsschutzverkürzender Ämterstabilität, 2016.

²¹⁷ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 137).

²¹⁸ *Lerche* Konrad Hesse (Fn. 152). Säkularisierte Version bei *Jürgen Schwabe* Über Grundpflichtmythen, Abstraktionitis und Überproduktion in der Grundrechtsdogmatik, JZ 2007, 135, dem es „um einen Rückbau, um Abbruch ebenso verspielter wie überflüssiger Türmchen, Gauben, Balkone und Gesimse“ der Grundrechtsdogmatik geht. Plädoyer für „Deeskalation“ bei *dem.* Grundrechtsbetätigung auf fremdem Eigentum, DÖV 2016, 1041. Kritik der Differenzierung und Perfektionierung durch Rechtsetzung bei *Herzog* Akzeptanz (Fn. 188), 131 ff., durch Dogmatik bei *Christian Waldhoff* Kritik und Lob der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.) Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012, 17 (37: „bestimmte Überdifferenzierungen der deutschen Rechtsdogmatik“). Das schließt Teildogmatiken von beklagenswerter Unterkomplexität nicht aus, etwa die Dogmatik des Hofnarren; statt aller: *F. Reimer* in BK (Fn. 66), Art. 60 Rn. 57 Fn. 157. Weiterführend *Alexander Košenina* Der gelehrte Narr. Gelehrtsentatire seit der Aufklärung, 2. Aufl. 2004, 172 ff.

Dogmatik, soll sie entlasten, robust und alltagstauglich sein.²¹⁹ Den Rechtfertigungsdruck für Sonderdogmatiken zu erhöhen, bedeutet wohlgerne, diese einer ergebnisoffenen Prüfung zu unterziehen, die in den Rückbau der Sonderdogmatik, aber auch in die Korrektur der Generaldogmatik münden kann. So scheint mir die Frage überfällig, ob die zahlreichen Sonderdogmatiken rund um die Wesentlichkeitslehre²²⁰ nicht zu einer Revision des Grundinstituts führen müssten. Sonderdogmatiken können also auch heuristischen Wert haben, insofern sie auf Schwächen gewohnter dogmatischer Institute hinweisen. Auch deshalb brauchen wir eine Dogmatik der Sonderdogmatik.

5. Qualitätssicherung in der Staatsrechtslehre

Vollständigkeit der Rezeption ist als Maßstab längst fraglich geworden. Über die Kriterien für die scheinbar unvermeidliche und jedenfalls längst praktizierte Selektion²²¹ wird wenig gesprochen und noch weniger geschrieben. „Hier beherrschen persönliche Faustregeln und idiosynkratische Praktiken das Feld.“²²² Zu ihnen zählt die Orientierung an der Reputation der Autoren.²²³ Ist es sinnvoll, hier mithilfe der Theorie der subop-

²¹⁹ Zur Entlastungsfunktion dogmatischer Institute *Wahl* Vorrang und Selbständigkeit (Fn. 111), 408 mit dem immer noch aktuellen Hinweis, das Gebot der Stunde heiße „Neubildung von Instituten des Gesetzesrechts und ihre Systematisierung“.

²²⁰ Wie die als „Sonderdogmatik“ kritisierte (*Hartmut Bauer* in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 95; *Wolfram Höfling* in: Sachs [Fn. 27], Art. 9 Rn. 103) Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts, die „Wesentlichkeitstheorie“ im kollektiven Arbeitsrecht zur Geltung zu bringen (BVerfGE 84, 212 [226 f.]; 88, 103 [115 f.]); ferner die sog. „umgekehrte Wesentlichkeitstheorie“ im Umweltrecht (vgl. statt aller *Jürgen Salzwedel* Schutz natürlicher Lebensgrundlagen, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 97 Rn. 19 ff. mit der Annahme demokratischer Legitimation durch konkludente Duldung) sowie das Rechtskonkretisierungskonzept des BSG im Krankenversicherungsrecht (hier ist ebenfalls von einer „umgekehrten Wesentlichkeitstheorie“ die Rede, bspw. *Peter Axer* Gesundheitswesen, in: HStR ebd., § 95 Rn. 20). Auch im Rundfunkbereich (vgl. *Waldhoff* Verfassungsrecht [Fn. 100], 272) und beim regierungsamtlichen Informationshandeln gelten nicht die sonstigen Maßstäbe. Die Wesentlichkeitstheorie erscheint damit als ein Schweizer Käse, der aus mehr Löchern als Käse besteht. Für eine Verabschiedung der Wesentlichkeitslehre aus prinzipiellen Erwägungen *F. Reimer* Parlamentsgesetz (Fn. 47), § 9 Rn. 57 ff.

²²¹ S.o. Fn. 171.

²²² *Morlok* Reflexionsdefizite (Fn. 87), 65.

²²³ *Helmuth Schulze-Fielitz* Leicht spekulative Notizen zur Reputationshierarchie in der deutschen Staatsrechtslehre, in: ders. (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Mikrokosmos. Bausteine zu einer Soziologie und Theorie der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, 2013, 187 (190). Sofern – was nie auszuschließen ist – Reputation auch nach Schulenzugehörigkeit, Denkstilen o.ä. zugewiesen wird (hierzu *Schulze-Fielitz* ebd., 199 f.), liegt darin eine problematische Selbstreferenz.

timalen Entscheidung nach sachgerechteren Kriterien, etwa reflektierten Stopp-Regeln zu suchen?²²⁴

Bevor wir zu derartigen Instrumenten Zuflucht nehmen, sollten wir die Prämisse kontrollieren: ob wir nämlich die gewohnte Schlagzahl des Publizierens aufrechterhalten müssen, oder ob statt der Publikation nicht häufig der Publikationsverzicht ein wissenschaftliches Verdienst ist.²²⁵ Während Stopp-Regeln für die Recherche die Schwelle für das Publizieren senken, erhöht das Beharren auf dem Ideal der Vollständigkeit zusammen mit dem Kriterium der Originalität²²⁶ und weiteren Qualitätskriterien²²⁷ die Schwelle zur Publikation. Diese Ideale sollten wir nicht aufgeben, nur weil wir sie zu häufig unterbieten.

Es ist aber nicht nur eine vollständigere, sondern auch eine analytischere, strukturbewusstere, stärker synoptische,²²⁸ nach dogmatischen Meta-Kategorien fragende²²⁹ rechtswissenschaftliche Arbeit erforderlich.

²²⁴ So *Morlok* Reflexionsdefizite (Fn. 87), 65.

²²⁵ In diese Richtung bspw. *Karl A. Schachtschneider* Die deutsche Staatsrechtslehre in der Wende, JöR N.F. 42 (1994), 23 (57); *Horst Sendler* DÖV 2006, 441 (442); ferner die Empfehlungen des *Wissenschaftsrats* Perspektiven der Rechtswissenschaft (Fn. 169), 47 zur Berufungspraxis: „Bewerberinnen und Bewerber sollten nicht nachweisen müssen, sämtliche Teilgebiete eines an der Universität eingerichteten Schwerpunkts oder einer Lehrstuhlbezeichnung, womöglich durch Forschungspublikationen, abdecken zu können. Vielmehr sollten originäre Forschungsleistungen, inklusive herausragender Aufsätze, höher bewertet werden als rein deskriptive Aufsätze zur neuen Rechtslage in einem Rechtsgebiet, Berichte zum Stand der Rechtsprechung zu einem bestimmten Thema, einzelne Urteilsanmerkungen, Zweit- oder Neuauflagen. Bei Besetzungsverfahren sollten die Kandidatinnen und Kandidaten eine begrenzte Auswahl ihrer Schriften einreichen.“

²²⁶ Zu Recht betont bei *Schulze-Fielitz* Qualität (Fn. 40), 40 ff., sowie *Wissenschaftsrat* Perspektiven der Rechtswissenschaft (Fn. 169), 47 ff.

²²⁷ *Schulze-Fielitz* Qualität (Fn. 40), 26 ff., 57 ff.

²²⁸ In diese Richtung *Kunig* Verfassungsrecht und einfaches Recht (Fn. 49), 73 f.: Die „Rechtswissenschaft sollte wohl wieder stärker bedenken, dass sie auf das ganze Recht bezogen ist, nicht auf Einzelheiten allein. Nur dann ist sie Jurisprudenz. Spezialisierung darf nicht zur Isolierung führen.“

²²⁹ Eindringlich *Podlech* Sprachliche Bedingungen (Fn. 170), 355 f.: „Der Stellenwert eines dogmatischen Arguments ist selten nach übergeordneten Regeln angebbbar und die Übertragbarkeit auf andere Problemsituationen nicht kontrollierbar. Der damit verbundene immer größer werdende Anteil subjektiver Einstellungen – methodisch als „Vorverständnis“ verklärt – führt zur Unverbindlichkeit dogmatischer Argumente. Die Menge der dogmatischen Literatur, die weder jemals eine Chance besitzt, noch es daher überhaupt präferiert, einen Einfluß auf die Rechtspraxis zu haben, wird immer größer und die Geneigtheit der Rechtspraxis, sich von Rechtswissenschaft regelhaft leiten zu lassen, wird immer geringer. Eine Lösung dieser [...] rechtswissenschaftlichen Fundamentalproblematik kann darin liegen, daß die strukturelle Komponente sowohl der Rechtsordnung, der Rechtsordnungen beschreibenden Texte und der rechtswissenschaftlichen Argumente herausgearbeitet wird. Beschriebene und in der Überprüfung bewährte Strukturen sind in der Lage, den Stellen-

Wir werden bewusster Regel-Ausnahme-Verhältnisse herausarbeiten, Parallelkonstellationen und Parallelstrukturen suchen, eine Dogmatik der Sonderdogmatik erarbeiten müssen, wenn wir im Wildwuchs von Normen, Rechtsprechung und Literatur den Wald vor lauter Bäumen, das Firmament vor lauter Kathedralen nicht übersehen wollen.

wert inhaltlicher dogmatischer Argumente in ihrer Übertragbarkeit zu kontrollieren. Wissenschaften, die inhaltlich zu zerfließen drohen, können systematische Einheit nur durch strukturelle Forschung bewahren. [...]. Nur eine Rechtstheorie als strukturelle Grundlagendisziplin dogmatischer Arbeit kann die Kontrollierbarkeit wiederherstellen.“

Leitsätze des 2. Referenten über:

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

I. Amalgamierung der Diskurse

(1) Die verfassungs- und die verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskurse der letzten fünfundzwanzig Jahre sind in der Bundesrepublik – in auffälligem Gegensatz zu denjenigen in vielen anderen Rechtsordnungen – verschränkt, verklammert, amalgamiert.

(2) Dies kommt zum Ausdruck in der

a) Einheitlichkeit der scientific community,

b) Einheitlichkeit der Methoden und Zugriffe (einschließlich einer gewissen Zeitblindheit),

c) Übereinstimmung in der Offenheit für Prozeduralisierung, Informatisierung, europäisches und internationales Recht – und im Desinteresse an Landesverfassungsrecht,

d) Übereinstimmung im Übergehen der politischen Dimensionen des Öffentlichen Rechts (beispielsweise durch oft nur implizite Behandlung von Interessen- und Machtfragen, durch Rechtsprechungsfixierung und Moralisierungstendenzen).

(3) Die Verklammerung der Diskurse hat ihre Ursache in der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts, in der Detailbefrachtung des Verfassungsrechts (sowohl durch die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten als auch durch den verfassungsändernden Gesetzgeber) und in Europäisierung und Internationalisierung.

(4) Diese Verklammerung der Diskurse war befruchtend, sollte sich aber auch wieder lockern.

(5) Ohnehin besteht keine „Einheit des Öffentlichen Rechts“: wegen verbleibender Unterschiede zwischen den verfassungs- und verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskursen (II.) und wegen der säulenartigen Fragmentierung des Öffentlichen Rechts und seiner Diskurse (III.).

II. Unterschiede zwischen den Diskursen

(6) *Historische Methoden sind bei der Normaufbereitung im Verwaltungsrecht – grosso modo – immer noch weniger verbreitet und weniger selbstverständlich als im Verfassungsrecht.*

(7) *In den letzten fünfundzwanzig Jahren war die Innovationskraft der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskurse höher als die der verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskurse.*

(8) *In den verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskursen zeigt sich ein geringeres Interesse an der Bewirkungsperspektive als in den verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskursen.*

(9) *Verfassungstheorie ist als Disziplin seit langem anerkannt. Eine Theorie des Verwaltungsrechts – der Sache nach von der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft angeboten – existiert als Disziplin noch nicht, obwohl Reflexionsbedarf bestand und besteht.*

(10) *Die Systematisierung – etwa durch allgemeine Lehren – ist im Verfassungsrecht weniger fortgeschritten und auch weniger Gegenstand der Reflexion als im Verwaltungsrecht.*

III. Fragmentierungen

(11) *An die Stelle einer Spezialisierung auf Verfassungsrecht oder Verwaltungsrecht tritt eine Spezialisierung innerhalb des verfassungs- und verwaltungsrechtsübergreifenden Öffentlichen Rechts nach gesellschaftlichen und Rechtsbereichen: auf Sozial-, Schul-, Steuer-, Umwelt-, Regulierungsrecht etc. Unter Einbezug des einschlägigen Völker- und Europarechts ergibt sich eine Versäulung, d.h. eine vertikale Fragmentierung des Öffentlichen Rechts.*

(12) *Zur Fragmentierung trägt auch die intertemporale Rechtszersplitterung bei. Sie lässt den Begriff „Rechtsordnung“ zum Euphemismus werden.*

(13) *Die allseitige Überfrachtung des Grundgesetzes führt zu einer parzellierten, technokratischen, entpolitisierten Verfassung, deren normative und außernormative Kraft leidet.*

(14) *Die unkontrollierte Spezialisierung des Verwaltungsrechts und der verwaltungsrechtlichen Diskurse hat zahlreiche Sonderdogmatiken und damit Transparenzverluste und Ungleichbehandlungen zur Folge.*

IV. Perspektiven

(15) Auch die Perspektiven beruhen auf bestimmten Funktionsannahmen: Die Staatsrechtslehre hat neben ihrer Verstehensaufgabe, Vermittlungsaufgabe und Entfaltungsaufgabe eine Entwicklungsaufgabe und Kritikfunktion für das geltende Recht.

(16) Verfassungsrecht sollte bei Verfassungsinterpretation und -änderung als Speicher zentraler gesellschaftlicher Erfahrungen, nicht als ubiquitäres Steuerungsmittel und Generalschlüssel zum einfachen Recht betrachtet werden. Es ist anhand des Gegenstromprinzips auszulegen.

(17) Der Umgang mit Landesverfassungsrecht ist Prüfstein für die Wahrung des Bundesstaatsprinzips. In Anwendung des Verwaltungsrechts und des Bundesverfassungsrechts muss das Landesverfassungsrecht in Geltung und Potential ernstgenommen werden.

(18) Die Staatsrechtslehre bedarf einer epistemischen Repolitisierung: des Erkennens und Benennens von Interessen- und Machtfragen einerseits sowie des Einbezugs der Rechtsetzungsperspektive andererseits, die – in Forschung und Lehre – integraler Bestandteil der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht (auch des Verfassungsrechts) werden sollte.

(19) Sonderdogmatiken sollten wir zur Defragmentierung des Rechts unter höheren Rechtfertigungsdruck stellen als bisher; aber auch zur kritischen Prüfung der Generaldogmatiken nutzen. Allgemeine Lehren sollten im Verfassungsrecht ausgebaut, im Verwaltungsrecht fortentwickelt werden. Die Eigendynamik von Differenzierung und Perfektionierung muss gebremst werden.

(20) Die Diskursqualität kann in der durch Reizüberflutung herausgeforderten Staatsrechtslehre nur durch Zügelung der Publikationspraxis sowie durch stärker synoptisches und strukturbetonendes Arbeiten gesichert werden.

3. Aussprache und Schlussworte

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Franz Merli: Wir freuen uns auf eine interessante Diskussion. Die Ampel kennen Sie schon. Ich habe mir nicht angemaßt, Ihre Wortmeldungen anhand der Stichworte irgendwie thematisch zu ordnen, ich rufe Sie daher sozusagen chronologisch auf.

Christian Bickenbach: Ich habe zwei Anmerkungen bzw. Fragen zum Vortrag von Herrn *Reimer*. Herr *Reimer*, Sie haben aus der Perspektive des Forschers gesprochen. Nun sind wir auch Hochschullehrer, und meine erste Frage zielt auf Ursache und Wirkung der Versäulung. Versäulung war eines Ihrer Stichworte zur Fragmentierung – Versäulung von Fächern und von Diskursen. Inwieweit tragen Ihrer Einschätzung nach beispielsweise unsere Regeln zur Juristenausbildung zur Versäulung bei – also das deutsche Richtergesetz, die JAGe, JAPOs und dergleichen – und eben auch die darin enthaltenen Stoffkataloge? Könnten sie sich andere Kataloge vorstellen, wie könnten diese aussehen, um die Versäulung aufzubrechen von der Ausbildung her? Dann sind wir nämlich bei der Frage der Wirkung dieser Art von Ausbildung, dass dann beim akademischen Nachwuchs wieder spezielle Werke herauskommen, Dissertationen, Habilitationsschriften und dass sich das letztlich dann entsprechend fortsetzt. Also meine erste Frage an Sie: Wie schätzen Sie den Einfluss der Juristenausbildung auf dieses Phänomen ein?

Die zweite Frage, zweite Anmerkung bezieht sich auf Ihre These (19), dass Sie doch sehr stark dafür plädieren, allgemeine Lehren im Verfassungsrecht zu entwickeln und die im Allgemeinen Verwaltungsrecht fortzuentwickeln. So sehr ich ein Freund des Allgemeinen Verwaltungsrechts als Ordnungsidee bin, überschätzt man damit nicht die allgemeinen Lehren bzw. unterschätzen Sie damit nicht die Bereitstellungsfunktion des Rechts? Letztendlich reagieren wir mit vielen speziellen Rechtsgebieten auf bestimmte Phänomene der Wirklichkeit. Müssen wir nicht notwendigerweise einen bestimmten Spezialisierungsgrad haben, weil wir aufgrund der tatsächlichen Entwicklungen gar nicht anders können?

Christoph Engel: Ein Referat kann deshalb vorzüglich sein, weil es einem erlaubt, es zu kritisieren. So ist mir das mit dem Referat von Herrn *Reimer* gegangen. Ich möchte das im Anschluss an etwas, was wir heute Morgen besprochen haben, mit der Frage tun, ob das deutsche Öffentliche Recht einen *realistic turn* braucht. An der einen Stelle waren Sie mir dabei zu zaghaft, und an der anderen Stelle waren Sie mir zu forsch.

Zu zaghaft bei dem, was Sie als Klage über die Defragmentierung beschrieben haben. Ich teile den Wunsch, dass wir mehr intradisziplinäre Rechtsvergleichung machen, also untersuchen sollen, wie es ein Bereich im Vergleich zu einem anderen Bereich macht. Aber ich sehe die Sorge, dass die schon erreichte und idealerweise noch weiter fortschreitende Ernsthaftigkeit der Auseinandersetzung mit dem zugrundeliegenden sozialen Problem wieder zurücktreten könnte, wenn wir es mit dem Wunsch nach dem Allgemeinen an dieser Stelle zu weit treiben. Wir könnten zu juristisch werden und uns zu wenig um die Frage kümmern: Was ist eigentlich das normative Problem? Und in welcher Weise können wir, mit welchen Institutionen, möglicherweise ein Stückchen zur Abmilderung des sozialen Problems beitragen? Ich kann mir nicht verkneifen, an dieser Stelle auch dogmatisch zu werden. Seit 20 Jahren wundere ich mich auch immer wieder literarisch darüber, dass es nach wie vor keine Lehre vom legitimen Ziel gibt. Dadurch hängt das Verfassungsrecht im Grunde in der Luft. Das wäre ein Ort, an dem man die Dinge zusammenführen könnte.

Dagegen waren Sie für meinen Geschmack ein bisschen zu forsch in Richtung auf den *legal realism* bei dem, was Sie mit dem schönen Stichwort „epistemische Repolitisierung“ erfasst haben. Sie haben gesagt, wir sollten die Entscheidungskosten stärker in den Blick nehmen, wir seien machtblind und moralisiert. Das ist als Beschreibung vielleicht gar nicht so falsch. Aber geht es nicht eher darum, dass unsere Disziplin eine regulative Idee formuliert? Und hat die regulative Idee vielleicht eine andere Wirkung als die, die Sie im Blick hatten, nämlich dass wir ein Sprachangebot für diejenigen machen, die tatsächlich die Entscheidungen fällen, dass wir ihnen nahelegen, in welchen Kategorien sie über die Dinge nachdenken sollen? Und ist das – vielleicht im Sinne einer Außenbeobachterperspektive – so etwas wie ein Beitrag zur expressiven Funktion des Verfassungsrechts, der dazu führt, dass die Amtswalter einen Vorschlag darüber bekommen, wie sie ihr Amt verwalten sollen? Und könnte das vielleicht, ganz empirisch, einer der Gründe dafür sein, dass die Verhältnisse bei uns in mancherlei Hinsicht deutlich besser sind als in Ländern, wo der *legal realism* sehr viel länger sehr viel aktiver war?

Claudio Franzius: Ich möchte mich zunächst bedanken für zwei schöne und anregende Referate. Eine Anmerkung und drei kleine Fragen: Zunächst

will ich noch einmal grundsätzlich fragen, ob wir hier über den richtigen Begriff sprechen. Herr *Jouanjan* hat zutreffend angemerkt, dass der Begriff Fragmentierung aus dem Völkerrecht kommt. Aber schon dort gibt es gewisse Zweifel, ob es überhaupt der richtige Begriff ist. Im Völkerrecht ist dieser Begriff eingeführt worden als Gegenbegriff zur Konstitutionalisierungsthese. Schaut man sich das Unionsrecht an, dann kommt man mit dem Begriff Fragmentierung nicht weiter. Die EU ist trotz aller Krisen eine erstaunlich defragmentierte Ordnung. Und jetzt sagt uns Herr *Jouanjan*, dass der Begriff Fragmentierung im französischen Öffentlichen Recht nicht weiterführt. Frage: Bringt er uns im Öffentlichen Recht in Deutschland weiter? Das ist keine Kritik am Vorstand, keine Kritik an der Themenstellung. Das Verwaltungsrecht, sagt *Franz Reimer* und er ist nicht der Erste, der das sagt, bedarf der Dekonstitutionalisierung. Ich denke, wir sollten an dem alten Satz von *Fritz Werner* „Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht“ als Forschungsperspektive, als Perspektive für uns nicht festhalten. Haben die Schwierigkeiten des Allgemeinen Verwaltungsrechts wirklich mit Fragmentierung zu tun? Wird dieser Begriff vielleicht in der negativen Konnotation gewählt, um das Allgemeine Verwaltungsrecht zu retten? Ich habe Zweifel.

Jetzt meine Zustimmung zu den Thesen (7), (8) und (9) von *Franz Reimer*. Ich halte es für richtig zu sagen, dass die Innovationskraft der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskurse in den letzten 25 Jahren höher gewesen ist als in verfassungsrechtlichen Diskursen. Aber woher kommt denn das? Ich meine auch, dass es ein richtiger, aber doch erstaunlicher Befund ist, dass wir uns in verwaltungsrechtlichen Diskursen mit der Bewirkungsdimension des Rechts beschäftigen, es im Verfassungsrecht aber kaum tun. Woher kommt das? Warum haben wir die Bewirkungsdimension im Verwaltungsrecht, sprechen darüber aber nicht im Verfassungsrecht? Und schließlich der dritte Punkt: Woher kommt es, dass wir im Verwaltungsrecht keine Verwaltungstheorie haben? Es ist doch erstaunlich, dass wir keine Verwaltungsrechtstheorie haben. Wenn jetzt angeboten wird, die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft könnte eine Theorie sein, dann würde ich dahinter ein Fragezeichen setzen wollen. Eine Perspektive gewiss, aber eine Theorie? Das, was die verwaltungsrechtliche Auseinandersetzung doch eigentlich immer geprägt hat und worauf wir im Grunde auch stolz sind, ist ja eine Verbindung zwischen Theorie und Praxis, was letztlich auch eine Rechtfertigung für unsere Dogmatik ist. Aber dann meine Frage: Inwieweit ist es der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft gelungen, Einfluss zu nehmen auf die Praxis?

Thomas Groß: Ich habe eine Frage zum ersten Vortrag und eine Bemerkung zum zweiten Vortrag, die mir beide sehr gut gefallen haben. Zum

französischen Verwaltungsrecht wollte ich anmerken – auch wenn wir heute Vormittag gelernt haben, dass man mit vorschnell erkannten Ähnlichkeiten vorsichtig sein muss –, dass möglicherweise die allgemeinen Rechtsgrundsätze im französischen Verwaltungsrecht, jedenfalls partiell, eine ähnliche Funktion erfüllen wie die verfassungsrechtliche Überformung des Verwaltungsrechts in Deutschland, indem nämlich induktiv allgemeine Regeln geschaffen wurden, die dann eine gewisse ordnende Funktion haben. Diese haben wir auch im Europarecht dann wieder gefunden, wo sie zum Teil ganz offensichtlich Vorstufen zu der späteren Konstitutionalisierung, etwa der Grundrechte, gewesen sind. Und damit der Übergang zum zweiten Referat: Ist nicht ein Teil des Problems, das *Franz Reimer* mit „Sonderdogmatiken“ umschrieben hat, dadurch verursacht, dass im deutschen Verfassungsrecht in großem Umfang einzelne Elemente des jeweils fachspezifischen Verwaltungsrechts in das Verfassungsrecht importiert wurden und mit verfassungsrechtlicher Salbe dann, wie man so sagt, petrifiziert worden sind? Drei kleine Beispiele, zunächst eine Referenz auf gestern Nachmittag: die Verwaltungslegitimation. Wenn man Art. 20 Abs. 2 GG etwa mit Art. 20 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) vergleicht, dann wird man zugeben müssen, dass der Aussagegehalt deutlich weniger präzise ist. Was ist in Wirklichkeit passiert? Es ist ein bestimmtes, im einfachen Recht, insbesondere auch im Beamtenrecht angelegtes Organisationsmodell ins Verfassungsrecht importiert worden, als verfassungsnotwendig erklärt worden und damit andere, ebenfalls im einfachen Modell vorhandene Verwaltungsorganisationstypen zur Ausnahme gemacht worden. Zweites Beispiel: Art. 19 Abs. 4 GG. Dort ist die Rede davon, dass ein Rechtsweg gewährleistet wird. Wie dieser Rechtsweg ausgestaltet sein muss, ergibt sich aus dem Verwaltungsprozessrecht, insbesondere aus der Verwaltungsgerichtsordnung und den anderen prozessrechtlichen Instituten. Ein Teil dieser verwaltungsrechtlichen Institute ist dann aber durch die Rechtsprechung sozusagen als verfassungsnotwendig erklärt worden und damit als eine bestimmte Anforderung an diesen Rechtsweg ins Verfassungsrecht importiert worden. Und noch deutlicher ist es an einer Vorschrift, mit der ich mich vor kurzem noch mal intensiver beschäftigt habe, Art. 10 GG. „Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich“, steht dort drin. Inzwischen heißt es: Das Fernmeldegeheimnis ist unverletzlich, außer ein Eingriff ist durch folgende zehn Bedingungen abgesichert, die dann detailliert über viele Seiten in den entsprechenden Entscheidungen des Ersten Senats der letzten Jahre ausformuliert worden sind. Ich will den Kolleginnen und Kollegen des Ersten Senats nicht zu nahe treten, aber das ist natürlich nicht alles von ihnen erfunden worden, sondern das sind Elemente, die aus dem Gefahrenabwehrrecht, aus dem Prozessrecht, zum Teil auch aus anderen Verfas-

sungsvorschriften importiert worden sind in die Auslegung des Art. 10 GG. Also wenn ich meine These zuspitze, dann würde ich sagen: Zum Teil jedenfalls lebt das deutsche Verfassungsrecht in einem parasitären Verhältnis zum Verwaltungsrecht.

Uwe Volkmann: Ich fange dann vielleicht einmal an mit einer leisen Kritik am Vorstand und einem Lob für die Referenten. Als ich die Themen des heutigen Tages gesehen habe, habe ich mich gefragt, wie man den Referenten etwas so Unmögliches aufgeben könnte, und ich fand es ganz wunderbar, was diese heute Morgen und heute Nachmittag daraus gemacht haben. Dafür vielen Dank. Aber als einer der in der „Quasi-Kirche“ dieser Gemeinschaft Tätigen – vielleicht als Priester, vielleicht als protestantischer Pfarrer – will ich doch ein paar Anmerkungen zum Referat von *Franz Reimer* machen. Das betrifft zunächst eine weitere zentrale Gemeinsamkeit zwischen verfassungsrechtlichem und verwaltungsrechtlichem Diskurs. Was beide in ihrem Kern kennzeichnet, finde ich, ist zunächst eine sehr starke Offenheit für gesellschaftliche Dynamik: Wir begreifen bei uns die Verfassung als eine im hohen Maße dynamische, entwicklungs offene Ordnung, und das ist etwas, was unser Verfassungsdenken von dem Verfassungsdenken vieler anderer Staaten unterscheidet. Und es ist umgekehrt das große Verdienst gerade der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, dass sie den Blick für diese Dynamik geöffnet hat. Wenn das aber so ist, dann wird, meine ich, die These vom „entpolitisierten“ Verwaltungs- oder speziell Verfassungsrecht fraglich und letztlich nicht haltbar. Man liest das so relativ oft, aber es wird, glaube ich, durch ständige Wiederholung nicht richtiger. Denn gerade diese Dynamik führt doch dazu, dass wir auf gesellschaftliche Entwicklungen und vor allem auf Machtverschiebungen reagieren können. Die Erweiterung der Grundrechtsdimensionen reagiert etwa auf ein klassisches Machtproblem, nämlich dass Bedrohungen individueller Freiheit nicht mehr nur vom Staat, sondern von mächtigen Privaten ausgehen. Und wenn wir heute über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sprechen, dann versuchen wir, es gegen gesellschaftliche Macht stärker in Stellung zu bringen, und das ist natürlich auch ein politischer Zugriff. Auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Integration kann man vieles vorwerfen, aber es geht doch gerade darum, Machtfragen in Rechtsfragen zu übersetzen und als solche zu bearbeiten. Das führt dann aber notwendig auch zu einer stärkeren Verschränkung von Recht und Moral. Deshalb ist mir nicht ganz klar, wie die Kritik an der Verschränkung von Recht und Moral mit der Kritik an der Entpolitisierung zusammengeht. Wenn wir uns etwa eine Entscheidung wie das Kopftuchurteil ansehen, dann stellen wir bei einem Blick in die Gründe fest, dass dort alle Argumente auftauchen, die so auch im politischen und moralischen Diskurs

auftauchen, nur eben eingekleidet in ein rechtliches Gewand. Eine stärkere Politisierung der Verfassung ist insofern ohne stärkere Moralisierung nicht zu haben. Denn die zentralen Begriffe des Verfassungsrechts – Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit – sind immer auch moralische Begriffe. Nun kann man darüber streiten, ob diese Verklammerung sinnvoll ist. Ich halte sie in einem gewissen Maße für unvermeidlich. Der Konflikt um das Kopftuch etwa ist ein typischer Fall eines sowohl moralischen als auch rechtlichen Konflikts, in dem sich rechtliche und moralische Argumente überlagern. Das führt schließlich zu der These, die ich doch kritisieren möchte, und zwar zur These 13: Die allseitige Überfrachtung des Grundgesetzes, heißt es dort, führe zu einer parzellierten, technokratischen, entpolitisierten Verfassung, deren normative und außernormative Kraft leidet. Die Beobachtung von der Überfrachtung des Grundgesetzes, würde ich sagen, ist als solche zunächst einmal richtig. Was ich aber überhaupt nicht feststellen kann, ist, dass darunter dessen normative oder außernormative Kraft leidet. Im internationalen Vergleich ist das Grundgesetz doch vielleicht die Verfassung mit der größten Normativität, die es überhaupt gibt. Es liegt aber gerade an seiner Überfrachtung und der damit verbundenen beständigen Präsenz im politischen Prozess, dass es eben nicht so leicht beiseitezuschieben ist wie vielleicht die Verfassung in Polen oder in Ungarn. Und auch seine außernormativen Wirkungen sind doch gerade infolge der beständigen Überfrachtung stärker als in jeder anderen Rechtsordnung. Dass wir in der Bundesrepublik politische Fragen immer auch als Verfassungsfragen diskutieren, das ist doch eine zentrale außernormative Wirkung von Verfassung, und das kann man, meine ich, mit dieser These so nicht in den Griff bekommen.

Tonio Klein: Eine Anmerkung auch zu Ihrem sehr anregenden Referat, Herr *Reimer*: Wenn der Strom der Verfassungslehre sich weder verzweigte noch seine Richtung ändere, müsste man dann gegen den Strom schwimmen? Es haben mir insbesondere Herr *Groß* und Herr *Volkmann* schon einiges vorweggenommen, auch ich würde mich insoweit anschließen, als wir diese Politisierung längst haben, würde aber sagen, dass Ihr Ruf, Herr *Reimer*, von daher vielleicht ein bisschen zu deutlich offene Türen einrennt. Exemplifizieren möchte ich das an der These (16) – das Gegenstromprinzip, um gegen den Strom zu schwimmen. Und das tun Sie ja nicht nur hinsichtlich des wissenschaftlichen Diskurses, sondern auch hinsichtlich der traditionellen Hierarchien im Öffentlichen Recht. Ich bin der Ansicht, in manchen Kernbereichen braucht man sie nach wie vor und ein solches Gegenstromprinzip oder, wie Sie es nennen, eine gesetzeskonforme Auslegung des Verfassungsrechts kann das rechtsstaatliche Freiheitsprinzip, wie es in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegt ist, zumindest bedro-

hen. Es ist auch meines Erachtens gar nicht so, dass diese Türen unbedingt geöffnet werden müssten. Wir haben diese Gegenstromdiskussion längst, beispielsweise bei einer allgemeinen Theorie von Freiheitsrechten. Es ist zwar die Lehre der grenzenlosen Schutzbereiche herrschend. Sie war aber nie und ist auch heute nicht unumstritten. Beispielsweise die Behauptung, ein Beruf müsse erlaubt sein, auf Schutzbereichsebene, ist nichts anderes als eine solche gesetzeskonforme Auslegung des Verfassungsrechts. Als Lehrer müsste ich hinzusetzen: andere Ansichten selbstverständlich vertretbar. Weitere Beispiele: die Kritik an der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz, ein Mitglied dieser Vereinigung hat sogar von, ich zitiere, „Verfassungsautismus“ gesprochen; die Diskussion um den engen oder weiten Versammlungsbegriff; oder auch, in einer sehr allgemeinen Hinsicht, die Frage des Gesetzgebungsermessens; oder auch die Theorie eines allgemeinen Friedlichkeitsvorbehalts der Grundrechtsausübung, ebenfalls schon auf Schutzbereichsebene. Das ergibt sich natürlich nicht zwingend aus einfachem Gesetzesrecht, aber dieses einfache Gesetzesrecht ist ja nun mal der Ort, an dem solche Grundrechtskollisionen ausgetragen werden, auch die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG zeigt dies. Von daher gibt es bereits einen Gegenstrom, sind bereits die Türen offen. Vielleicht kann es ja auch gefährlich sein, offene Türen einzurennen, wenn in einem klassischen Cartoon, beispielsweise Tom und Jerry, Tom das versucht, dann macht Jerry kurz vorher die Tür auf, Tom kann nicht mehr bremsen, auf der anderen Seite des Hauses wird er sich Blessuren holen. Holen wir uns da nicht auch Blessuren, wenn wir diese offenen Türen einrennen? Vielleicht sind wir ja doch, zumindest bei einem gewissen Kernbereich, eher die Torwächter? Ich möchte mich da der kritischen Reflexion überhaupt nicht verschließen. Ich neige allerdings zum Festhalten am liberalen Verteilungsprinzip, an den rechtstaatlichen Bindungen nach Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG. Vielleicht wandle ich *Otto Mayer* einmal ab: Einfaches Recht vergeht, ein Kern des Verfassungsrechts besteht. Ein Erstarren vermag ich in der Diskussion überhaupt nicht zu konstatieren. Aber dass wir nicht erstarren dürfen, Herr *Reimer*, darauf können wir uns sicherlich einigen.

Christoph Schönberger: Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich finde, wir haben heute Nachmittag ein kleines Pflingsterlebnis gehabt. In zwei hervorragenden Vorträgen ist uns die Vielfalt der Diskurse im Öffentlichen Recht vor Augen geführt worden. Ich glaube, dass beide Vorträge auf ihre Weise auf einen zentralen Umstand hingewiesen haben, ohne ihn ganz ausdrücklich zum Thema zu machen: nämlich die Abhängigkeit der Diskurse von den Institutionen, die das Recht jeweils tragen. Das ist besonders auffällig geworden beim Vortrag von *Olivier Jouanjan*, der uns ja in intensiver Weise vorgeführt hat, wie sehr das französische Öffentliche Recht auf die

zentrale Institution des *Conseil d'État* bezogen ist, im Grunde seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts. Wie sehr also der *Conseil d'État* die Institution ist, von der her wir das gesamte französische Öffentliche Recht verstehen müssen, und das gilt selbst noch heute in der Epoche des *Conseil constitutionnel*. Du hast uns ja die Rolle des *secrétaire général* des Verfassungsrats sehr gut dargestellt, der immer ein *Conseiller d'État* ist und der in der Sache eigentlich die Fäden beim *Conseil constitutionnel* in der Hand hält, das muss man ganz nüchtern so feststellen. Mit anderen Worten: In Frankreich wird die Einheit des Öffentlichen Rechts durch eine Institution getragen, die im Grunde seit Napoleon besteht. Davon kann natürlich in Deutschland keine Rede sein. Der Kontrastvergleich mit Frankreich ist deswegen für uns so instruktiv, weil es eben diese institutionelle Zusammenführung im deutschen Öffentlichen Recht lange nicht gegeben hat und deswegen in Deutschland im Grunde der Juristenstand als ganzer über lange Zeit als Einheitsersatz fungiert hat. Dieser Juristenstand hat über unsere föderale Zersplitterung hinweg die Einheit des deutschen Öffentlichen Rechts durch seine Konstruktionen und Entwürfe gesichert. Das ist der zentrale Unterschied zwischen der deutschen und der französischen Erfahrung. *Olivier Jouanjan* hat auch darauf hingewiesen, dass das französische Öffentliche Recht gerade deshalb eben keine Juristenkonstruktion ist. Der *Conseil d'État* ist kein Juristengericht. Er ist ein Gericht von Mitgliedern der ENA, die auch mal Kurse im Verwaltungsrecht gehört haben an der ENA, aber er ist kein Juristengericht. In Deutschland wird häufig verkannt, dass das nicht nur in Frankreich so ist, sondern zum Teil auch bei anderen europäischen Partnern. Wir sollten also einen Blick dafür haben, dass wir deutsche Vorstellungen vom Öffentlichen Recht nicht als irgendwie selbstverständlich voraussetzen können. Der Blick dafür wird durch die Vergleichung geschärft. Bei uns ist das erst durch das Bundesverfassungsgericht in der Bundesrepublik wieder etwas institutionell zusammengeführt worden, im Grunde zum ersten Mal in der deutschen Tradition. Und das führt mich jetzt zu der Frage, die *Franz Reimer* als Aufgabe formuliert hat. Können solche Reflexionen im typischen Habitus des deutschen Öffentlichen Rechts eigentlich hinreichend angestellt werden? Mir scheint eines der Probleme, das wir immer noch haben, letztlich immer noch die imaginäre Identifikation der deutschen Rechtswissenschaftler mit den juristischen Entscheidern zu sein. Weil der deutsche Rechtswissenschaftler sich in erster Linie eigentlich in der Position des juristischen Entscheiders versteht, kann er diese Art distanzierter Reflexion, zum Beispiel über das Institutionendesgin und Ähnliches, im Grunde nicht hinreichend anstellen. Also ist die Frage: Woher kommen die Ressourcen der Distanz, um eine solche Reflexion überhaupt zu ermöglichen? Und da hat jetzt *Franz Reimer*, wie ich finde, einen sehr guten Vorschlag unterbreitet, nämlich die

Revitalisierung des allgemeinen Verfassungsrechts oder des allgemeinen Staatsrechts, wie man das vielleicht im 19. Jahrhundert noch genannt hätte. Also der Versuch, allgemeinere Kategorien wiederzugewinnen, die sich ein Stück von dem Material, das die Institutionen produzieren, lösen. Die Frage ist natürlich, wo sollen die intellektuellen Ressourcen dafür herkommen? Und da war Dein Angebot, das hat mich überrascht, der Vergleich mit dem Landesrecht solle als Ressource revitalisiert werden. Das glaube ich nicht. Ich glaube die Unitarisierung des deutschen Bundesstaats ist so weit fortgeschritten, dass die klassische Ressource „föderale Vielfalt“ als intellektuelle Anregung bei uns weitgehend erschöpft ist. Und deswegen kann das, was Dir vorschwebt, im Grunde nur durch qualifizierte internationale Komparatistik erreicht werden. Das ist eine Ressource für uns, um uns selbst besser zu verstehen. Und das ist genau das, was Euer Panel hier heute in vorbildlicher Weise geleistet hat. Wir brauchen das viel mehr.

Johannes Masing: Ich möchte mich zunächst gleichfalls für beide wirklich sehr gelungene Referate bedanken – wobei ich im Folgenden das Referat von *Olivier Jouanjan* aufgreife. Mich hat die französische Sicht sehr fasziniert und insbesondere die kritische Sicht auf den Begriff der Fragmentierung überzeugt. Dieser Begriff suggeriert eine Einheit als hypothetischen Normalfall, die es als solche nicht gibt und nie gegeben hat – das ist ein wichtiger Ausgangspunkt. Denn der Terminus der Fragmentierung verstellt zugleich – wie in dem Referat treffend hervorgehoben wurde – den Blick auf die seit jeher bestehende Aufgabe der Rechtswissenschaft, Vielfalt und Heterogenität miteinander zu relationieren und in übergreifende Strukturen einzubinden. Es handelt sich um vereinheitlichende Strukturen, die von vornherein nur relativ sein und relativ zu einer vorsichtigen Einheit zusammengeführt werden können, das heißt die Unterschiedlichkeit gerade nicht überdecken können und sollen. Sehr erhellend fand ich dies auch in der historischen Perspektive. Es war sehr anschaulich, wie der erste Schritt schon in der bloßen Beschreibung von bestimmten Materien lag, die für völlig inkompatibel gehalten, aber zusammen beschrieben und damit doch zusammengeführt wurden, wie diese Materien dann darüber hinaus systematisierend, ausgrenzend konturiert wurden und ihnen schließlich durch Einordnung in weitere Zusammenhänge größere Ideen unterlegt wurden, wie die *des service public*.

Meine Frage ist jetzt: Wenn die Rechtswissenschaft also die Aufgabe hat, diese Vereinzelung zusammenzuführen, dann stellt sich freilich die Frage: Mit welchem Ziel? Ist diese Zusammenführung, die die Rechtswissenschaft leistet – die Defragmentierung, wie es so schön hieß – eine nur ordnende Beschreibung? Oder ist sie eine ordnende Beschreibung, die darüber hinaus darauf zielt, einen Ideenimpuls für eine geordnete Rechtset-

zung durch Parlament und Verwaltung herzustellen, die aber sozusagen nur ein akademischer Impuls ist? Oder zielt diese ordnende Zusammenführung auf eine normative Vereinheitlichung durch durchsetzbare Grundsätze und damit gerichtlich einforderbare Regeln, womit wir bei der Konstitutionalisierung wären? Anders gewendet, welchen Sinn und welchen Gewinn hat eine große Grundidee wie der Begriff des *service public*? Gerade der Begriff des *service public* ist ja wohl nie ein Begriff gewesen, der darauf zielte, ein durchsetzbares Rechtsinstitut im Sinne einer Verfassungsnorm zu schaffen. Darin liegt aber auch nicht nur eine nackte Beschreibung einer Wirklichkeit, die davon ausgeht, dass sie die innere Vernunft der Geschichte in ihrer Tatsächlichkeit beschreibt, die sich wie durch eine unsichtbare Hand von selbst herstellt. Der *service public* ist ein Referenzpunkt in der wissenschaftlichen Diskussion – aber setzt dieser Referenzpunkt darauf, dass auch der politische Diskurs, der doch zwangsläufig eigenen Logiken folgen muss, diesem rechtlichen Diskurs dann folgt?

Also was ist die Aufgabe oder was ist die Funktion solcher ordnenden Zusammenführungen? Und in diesem Zusammenhang mein letzter Punkt: Ich war sehr erstaunt, von einem französischen Rechtswissenschaftler so oft das Wort „Dogmatik“ zu hören – und das in einem ganz positiven Sinn, nämlich mit der Konnotation, die Suche nach einer zusammenführenden Ordnung ist Aufgabe der Dogmatik als Teil der Defragmentierung der Rechtsordnung (so jedenfalls hatte ich das herausgehört). Insoweit frage ich mich: Was versteht ein französischer Verfassungsjurist unter Dogmatik, wo uns doch immer gesagt wird, in Frankreich sei schon der Begriff nicht übersetzbar und ist die Kategorie Dogmatik eigentlich fremd? Wie also ist dieser Begriff in diesem Kontext zu verstehen? Gibt es eine französische Entsprechung zu diesem Begriff oder jedenfalls eine diesbezügliche Diskussion? Oder versteht sich dieser Beitrag als ein neuer Impuls auch für die französische Diskussion? Ist eine solche Aufgabe zur Defragmentierung durch Dogmatik im Sinn von Freilegung übergreifender Ordnungsideen in Frankreich anschlussfähig? Und wie verhalten sich Theorie und Dogmatik zueinander bezüglich des Anspruchs der Wissenschaft, diese Defragmentierung zu leisten?

Gerade im Begriff des *service public* scheint mir das Verhältnis von Defragmentierung und ihrer notwendigen Grenzen deutlich. Ist dieser Begriff nicht zu groß? Er ist ein großer theoretischer Begriff auf hoher Abstraktionshöhe. Er ist vielleicht auch ein dogmatischer Begriff – wenn er denn dogmatische Ordnungskraft hat, da bin ich jetzt nicht ganz sicher. Mit ihm verbinden sich im Fachrecht jedenfalls aber auch sehr konkrete und kleinteilige Elemente, die unmittelbar anwendungsbezogen sind. Er wird somit sehr konkret benutzt, aber auch ganz allgemein und bezeichnet zum Teil überhaupt die Aufgabe des Staats als Ganzen. Gibt es nicht auch eine

Vereinheitlichung, die zu weit führt? Aber vielleicht bestätigt sich darin nur die Skepsis gegenüber einer durch den Begriff der Fragmentierung suggerierten Vorstellung von einer vorfindlichen Einheit des Rechts.

Matthias Knauff: Ich möchte anknüpfen an These (20) von *Franz Reimer* und als erstes einmal allen unversorgten Privatdozenten dringend davon abraten, ihre Publikationspraxis allzu zügelig zu zügeln. Was mir aber viel mehr zu denken gibt, ist die Frage: Was passiert eigentlich, wenn wir uns aus bestimmten Diskursen auf dieser Grundlage zurückziehen? Im Besonderen Verwaltungsrecht beobachte ich, dass viele Äußerungen in der Literatur natürlich von Praktikern und im Zweifel von interessierten und bezahlten Praktikern kommen. Ich sehe durchaus eine gewisse Funktion der Rechtswissenschaft, dort auch einmal andere Akzente zu setzen – durchaus auch im Sinne einer Übertragung von Ideen oder Ähnlichem. Ich halte es aber für gefährlich, wenn wir uns aus diesen Diskursen sehr stark zurückzögen. Denn dann, fürchte ich, wird in diesen Bereichen vom Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft nicht mehr viel übrig bleiben. Wenn es uns nicht mehr gelingt, dort entsprechenden Input einzubringen, nehme ich zudem an, dass sich das Verständnis in diesen Spezialbereichen noch viel stärker von den allgemeinen Grundsätzen entfernt, als das ohnehin schon der Fall ist. Und ergänzend dazu noch: Wir haben natürlich auch ein Problem mit dem Gesetzgeber. Etwa im Energierecht kommt man kaum noch hinterher, jede Wendung des Gesetzgebers nachzuvollziehen. Außerdem ist der Gesetzgeber der Letzte, der sich an irgendeiner Art von Dogmatik oder übergreifenden Grundsätzen oder Ähnlichem orientiert – jedenfalls in diesem Bereich. Auch insoweit fürchte ich, wenn die Rechtswissenschaft dies nicht einmal mehr entsprechend kommentiert, dann verselbstständigt sich das Besondere Verwaltungsrecht noch viel stärker gegenüber unserem gewollten allgemeinen Rechtsverständnis und den allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätzen.

Andreas Funke: Ja, das Allgemeine und das Besondere. *Franz Reimer* hat eine Fortentwicklung der allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts gefordert und angedeutet, dass man im Verfassungsrecht allgemeine Lehren überhaupt erst einmal entwickeln könnte. Ich glaube, hier steckt ein Problem, das ich adressieren möchte. Was sind eigentlich allgemeine Lehren? Wie verhalten sie sich zu den Sonderdogmatiken, die wir haben? Das betrifft insbesondere das Allgemeine Verwaltungsrecht und darauf bezieht sich meine Nachfrage. Herr *Jouanjan* hat beiläufig angedeutet, dass es in Frankreich schwierig oder gar nicht klar war, was das Allgemeine Verwaltungsrecht eigentlich auszeichnet. Und ich würde meinen, dass wir das bis heute gar nicht so genau wissen. Die Lehrbücher, die in den Fünfzigerjah-

ren zum Verwaltungsrecht in Deutschland erschienen sind, trugen noch den Titel „Verwaltungsrecht“, da gab es kein Allgemeines und auch kein Besonderes Verwaltungsrecht. Und aus Gründen, die ich noch nicht genau kenne, hat sich erst später das Allgemeine Verwaltungsrecht aus diesen Gesamtkonzeptionen ausdifferenziert. Aber die Frage ist, was das eigentlich als Rechtsgebiet, als Diskurs vielleicht, überhaupt ausmacht, dieses Allgemeine Verwaltungsrecht. Ich persönlich nehme gerade die Lehrbücher, die es in diesem Bereich gibt, als unglaublich fragmentiert wahr. Das sind Bruchstücke, die in diesen Lehrbüchern zusammengetragen werden: subjektives Recht, Ermessen, Organisation, Verfahren und vielleicht noch das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen. Wo ist die organische Einheit, wenn es denn überhaupt eine gibt? Die Frage ist nicht unbedeutend, sie ist alles andere als unbedeutend, weil sich aus ihr vielleicht Hinweise dafür ergeben, wie eine ganze Reihe von wichtigen Folgefragen geklärt werden kann. Allgemeine Lehren machen nur Sinn, um in den Sonderdogmatiken auf Erkenntnisse zurückzugreifen, die unhinterfragt sind, jedenfalls temporär. D.h. allgemeine Lehren haben eine besondere Dignität, wie auch immer man diese genau beschreiben will. Dann muss man aber auch wissen, woraus sie diese Dignität beziehen. Die zweite Frage, die sich in dem Zusammenhang stellt, wäre, wie man ein solches Allgemeines Verwaltungsrecht versteht – als eher deskriptives Unternehmen, das wurde eben schon einmal angedeutet, oder als ein normatives Unternehmen? Hat es Rechtsquellencharakter, um diesen Begriff hier zu verwenden? Solche Dinge muss man also klären. Man muss ein Bewusstsein dafür haben, was das ausmacht, um die Sonderdogmatiken in ein Verhältnis zu den allgemeinen Lehren setzen zu können. Letzter Punkt, er wurde auch schon mehrfach angesprochen: Die wichtige Frage nach dem Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, die von der Vereinigung in Speyer sehr intensiv diskutiert wurde, sie findet an diesem Punkt „Allgemeines Verwaltungsrecht“ vielleicht einen Ort. Aber um sie genau beantworten zu können, muss man wissen, was denn nun das Allgemeine Verwaltungsrecht eigentlich ist.

Ulrich Stelkens: Vielen Dank auch von meiner Seite an beide Referenten, deren Referate ich sehr eindrucksvoll fand. Ich möchte etwas zu dem Vortrag von Herrn *Reimer* ergänzen. Er hat die fehlende Eigenständigkeit des Landesverfassungsrechts bedauert. Ich würde ergänzen, wir haben auch eine fehlende Eigenständigkeit des Landesverwaltungsrechts. Das klingt jetzt vielleicht ungewohnt, weil wir immer ohne nähere Überprüfung unterstellen, dass alle Landesrechte weitgehend ähnlich sind, dass keine tiefgreifenden Unterschiede bestehen. Aus meiner Erfahrung aus Speyer, wo wir ja mit Referendaren aus allen Bundesländern zu tun haben, für die wir ein gemeinsames Programm aufstellen müssen, kann ich aber sagen, dass es so

einfach nicht ist. Es greift insoweit auch zu kurz, immer wieder zu wiederholen, was zur Zeit der Gründung der Bundesrepublik gesagt worden ist, nämlich, dass die Bundesländer künstlich geschaffen seien und über keinerlei Traditionen verfügen. Jedenfalls die alten Länder sind mittlerweile fast 70 Jahre alt und haben sich eigenständig entwickelt. Es ist daher heute etwas anderes, ob man mit der niedersächsischen Verwaltung, mit der bayerischen Verwaltung oder mit der saarländischen Verwaltung zu tun hat. Die funktionieren anders. Da haben sich andere Routinen entwickelt, wie die jeweiligen Gesetze zu verstehen und zu lesen sind. Und zwar nicht nur, was ja dann bedenklich wäre, was das Bundesrecht angeht – obwohl man im Saarland vielleicht eine andere Lesart des Baurechts hat, als etwa in Baden-Württemberg oder Nordrhein-Westfalen – sondern auch in der Frage, wie das jeweilige Landesrecht zu verstehen ist. Und daher kann ich den von Herrn *Reimer* gemachten Vorschlag des stärker synoptischen Arbeitens nur unterstreichen. Er würde sich gerade für das Landesrecht anbieten. Seitdem die Gesetze aller 16 Länder im Internet veröffentlicht sind, kann man die einzelnen Gesetze auch tatsächlich vergleichsweise mühelos miteinander vergleichen. Diese Arbeit sollte man sich allerdings auch machen, wenn man etwa über neuere Entwicklungen im Bauordnungsrecht oder im Landesstraßenrecht oder Ähnliches spricht. Das ist etwas Mühe, aber es lohnt sich normalerweise. Ein solcher Vergleich macht dann bestehende Unterschiede sichtbar und kann sie auch teilweise erklären. Man kann so auch erkennen, in welchen Bereichen es funktionierende Bund-Länder-Arbeitsgruppen gibt, in denen *best practices* entwickelt werden, und in welchen Bereichen es an so etwas fehlt, was dann zu sehr individuellen Lösungen oft auch einfacher Probleme führen kann. Letzteres bemerke ich etwa vielfach im Bereich des Friedhofsrechts; aber das nur am Rande.

Das führt mich zu dem Aspekt der Kritik an der Publikationspraxis. Ich denke, sie bezieht sich vor allem auf das Staatsrecht. Wenn das Verwaltungsrecht von der Kritik mit umfasst werden sollte, könnte ich dem jedenfalls nicht zustimmen. Ich kann hier kein Übermaß an wissenschaftlichen Publikationen erkennen. Tatsächlich kann man auch heute noch bei gewissenhaften Arbeiten – auch bei Neuauflagen von Standardwerken – trotz aller Publikationsflut neue Literatur berücksichtigen und hierzu auch neue einschlägige Monografien lesen. Wenn man in sein Thema halbwegs eingearbeitet ist, ist man mit entsprechender wissenschaftlicher Erfahrung auch sehr schnell in der Lage, festzustellen, ob in einem Artikel oder einer Monographie etwas Originelles oder Nachdenkenswertes drin steht. Ich finde daher, dass man es sich mit der Kritik an der Publikationspraxis in dem Sinne „Wer soll das alles lesen?“ zu leicht macht. Sie fördert damit selbst schlechte Publikationen, in dem sie als Entschuldigung dient. So gibt es immer wieder Artikel, die mit der Einleitung beginnen, es sei ja gar

nicht mehr überschaubar, was alles zu einem Problem geschrieben werde, deswegen seien hier nur einige Grundgedanken skizziert. Hier beruft sich jemand auf die – vielleicht nur angeblich – überbordende Literatur, um fehlende Vorarbeit zu entschuldigen. Das ist für mich eigentlich immer ein Zeichen dafür, dass der Artikel nicht lesenswert ist. Deshalb sollten wir aber auch keinen allgemeinen Konsens herstellen, dass zu viel geschrieben wird, um solchen Entschuldigungen den Boden zu entziehen. Insofern war es mir immer bei Marcel Reich-Ranicki aufgefallen, dass er beim „Literarischen Quartett“ immer wieder betonte, er möge nur Bücher unter 150 Seiten. Natürlich ist das bei seinem Beruf normal, weil er die ja lesen musste. Aber für uns sollte für das eigene wissenschaftliche Arbeiten doch selbstverständlich sein, dass man dem Anspruch gerecht wird, auch das neu Geschriebene zu berücksichtigen. Und sich nicht vorschnell zu entschuldigen, dessen Lektüre sei einfach nicht mehr möglich.

Hinnerk Wißmann: Die Themenstellung des heutigen Nachmittags war mit erheblichen Risiken und Chancen verbunden und ich fand es sehr beeindruckend, dass beide Referenten die vorgegebene Größe ihrer Aufgabe gekontert haben mit sehr pointierten Ausarbeitungen. Sie haben uns auch mit klaren Merksätzen versehen: Die Fragmentierung steht am Anfang des modernen Rechts. Oder: Der Publikationsverzicht ist tendenziell eine wissenschaftliche Leistung. Das würde ich auch nochmal an *Ulrich Stelkens* zurückgeben. Gerade der einleitende Hinweis „Ich habe nicht alles gelesen, aber trotzdem schon mal was geschrieben“ scheint mir ein evidenter Beleg für die These, dass lieber weniger geschrieben und mehr gelesen werden sollte. Insgesamt haben beide Referate ganz trefflich die Grundbeobachtung von *Uwe Kischel* heute Vormittag bestätigt, dass auch bei gleichen Grundbegriffen die Pfadabhängigkeiten, die Verknüpfung und Kontextualisierung vor allem immer auf Verschiedenheit hinführt und deswegen immer wieder zur Sensibilität der Rechtsgewinnung, ob im internationalen Vergleich oder auch im Bundesstaat, herausfordert.

Ich möchte zu *Franz Reimer* zwei Grundperspektiven, die ich herausgehört habe, sehr stark unterstreichen. Das Erste ist die Stärkung eines differenzierten Mehrebenenendens unter Einbeziehung des Landesverfassungsrechts. Natürlich kann man sich über das Landesrecht und das Landesverfassungsrecht lustig machen. Ich würde einschieben, so etwas wie Mustergesetze im Landesrecht – Polizeimustergesetz, auch im kommunalen Bereich gibt es dort einiges – sind auch immer schon ein Beitrag zum Allgemeines Verwaltungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht heißt nicht, dass es von einem Autor her kommen muss. Dieser Ansatz scheint mir sehr nachdenkenswert. Und das Zweite ist der Hinweis auf die Gefahr der vertikalen Fragmentierung, die ja sehr schön ausgeleuchtete Darstellung des

Verbunds von Fachbruderschaften und Fachschwesternschaften, die sich mit allen Ebenen ihres Rechtsgebiets auskennen, aber nicht mehr an einer Verknüpfung und Rückkopplung an allgemeine Pfade mitarbeiten. Ich habe freilich die Sorge, dass die, die dieser Appell besonders betreffen würde, heute Nachmittag nicht hier sind, sondern jetzt vor allem diejenigen aushalten, die gerade diese allgemeine Perspektive versuchen zu stärken und auszubauen.

Ich würde allerdings vor zwei Scheinlösungen kurz warnen wollen. Das Erste: Die Entflechtung von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht scheint mir nur funktional möglich, nicht als materielles Konzept. Gerade wenn wir auf Beurteilungsspielräume der Verwaltung als ein Desiderat des modernen Rechtsdenkens bei uns schauen, dann werden wir die Grundrechte als Handlungsmaßstab dort nicht wieder herausnehmen können und den guten, redlichen Beamten ins Feld führen, sondern es wird um Verknüpfungen gehen müssen. Das scheint mir doch evident zu sein. Und das andere, das ist nicht angesprochen worden, aber davor will ich präventiv warnen: Die Verfassungsbeschwerde für Landesverfassungsgerichte ist z.B. eine typische Scheinlösung, um das Landesverfassungsrecht zu revitalisieren. Denn was passiert? Da werden OVG-Gerichtsräte abgeordnet, die dann in großer Stückzahl dem Bundesverfassungsgericht ein bisschen die Arbeitslast mindern sollen. Ich kann die Karlsruher Perspektive verstehen, dass das ein gewünschtes Konzept ist. Aber da wird ein echter Fortschritt des Verfassungsrechts, glaube ich, nicht möglich sein, einfach weil das nur von hauptamtlichen Landesverfassungsrichtern geleistet werden könnte und ich glaube das steht in Deutschland nicht an.

Zum Schluss steht die Frage nach dem hier aufgerufenen Allgemeinen Teil eines Verfassungsrechts. Das möchte ich gern als Frage formulieren: Was gehört in dieses Set rein? Müsste vor allem die Sicht auf Akteure gestärkt werden und auf deren Verhältnis zu Institutionen, zum materiellen Recht, zum Verfahrensrecht? Kontrollfrage von mir aus: Kann man hinterher etwas mehr sagen über die Entscheidungsbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts und seinen Umgang mit dem Rechtsprogramm, das es zu verarbeiten hat? Wäre das z.B. eine Stoßrichtung eines solchen Allgemeinen Teils? Mein letzter Satz: Chancen und Risiken der Themen haben sich über zwei Tage in unterschiedlicher Weise realisiert. Ich möchte aus dem Plenum dem Vorstand dafür danken, dass wir auch als Diskutanten daran teilnehmen durften.

Franz Reimer: Die Makrodiskurse, die Mesodiskurse und die Mikrodiskurse des Öffentlichen Rechts in Deutschland und genauso in Österreich und der Schweiz sind vielstimmig. Ich habe auch heute hier keinen gregorianischen Choral gehört, sondern einen wirklich sehr bunten Klangteppich.

Ich wollte weder in meinem Referat, noch will ich in meinen Schlussbemerkungen zu sehr Einheit stiften oder suggerieren, und möchte mich auf einige wenige Bemerkungen konzentrieren. Ich nehme viele der Fragen als Anregung mit und als Anstoß für eine Fortführung der Gespräche, als deren Zwischenergebnis ich auch mein Referat betrachte, und möchte aus der Vielfalt der Rückfragen, der Kritik und der weiteren Impulse drei Punkte herausgreifen:

Zunächst zur Verwaltungsrechtstheorie. Wohlgermerkt: Es geht nicht um eine Verwaltungstheorie. Die gibt es. Es gibt auch Verwaltungstheorien, und ich glaube, es ist immer wichtig, diesen Unterschied deutlich zu machen – einen Unterschied, der auch für die Verwaltungsrechtstheorie, die ich vorschlage, bedeutsam ist. Man kann Theorieangebote machen. Das ist wichtig und richtig. Aber mir geht es zunächst um eine Disziplin, eine Subdisziplin, einen Ort, an dem Fragen gestellt und an dem dann auch Theorien entwickelt, verifiziert, falsifiziert, verbessert werden können. Mir geht es also mit der Verwaltungsrechtstheorie nicht um die Weltformel, sondern um ein Forum für wichtige Fragen, die wir miteinander stellen und vielleicht beantworten sollten. Ich glaube, dass ein entscheidender Anstoß dazu ausgegangen ist von der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft in ihrer Vielfalt. Sie ist ja keine sozusagen ideologische Bewegung, sondern ein großer Reichtum an Fragestellungen, methodischen Vorschlägen und Antworten. Die Verwaltungsrechtstheorie hat, wie auch immer sie dann institutionell oder disziplinar zu entwickeln ist, nicht zuletzt die Aufgabe, auf weiße Flecken hinzuweisen. Ich habe ja im Laufe meines Referats einige dieser weißen Flecken angetippt und darf rekapitulieren: Eine wesentliche Quelle der Fragmentierungen des Rechts – und ich glaube, da sind alle europäischen Rechtsordnungen gleich – ist die intertemporale Rechtszersplitterung, die wir als ein Phänomen im positiven Recht vorfinden, insbesondere im Verwaltungsrecht, aber auch im Verfassungsrecht. Ihr müssen wir uns offensiver zuwenden, als wir das bisher getan haben. Ich glaube, es gibt sehr viel Expertise in Bereichen wie Steuerrecht und Sozialrecht zu diesen Fragen, aber das Problem geht uns alle an, in der Breite, als Verwaltungsrechtler und Verfassungsrechtler. Wir brauchen eine Normwirkungstheorie, vielleicht eine Normänderungstheorie. Aber mir ist es wichtig, das auf mittlerer Abstraktionsebene zu sehen – nicht auf der Abstraktionshöhe, auf der wir begonnen haben, Rechtswissenschaftstheorie zu betreiben. Sie ist auch wichtig, aber ich glaube, eine Verwaltungsrechtstheorie muss die Entwicklungen des positiven Verwaltungsrechts, der allgemeinen Lehren und der besonderen Verwaltungsrechte, aufgreifen und produktiv verarbeiten. Neben der intertemporalen Rechtszersplitterung würde ich in Erinnerung bringen die Rechtszersplitterung, die sich auch im Verwaltungsrecht aus der Dichotomie zwischen autonomem Recht und Umsetzungsrecht ergibt.

Ich weiß nicht, ob sie möglicherweise Zivilrechtlern bewusster ist als uns. Sie ist eine Dualität, die unsere Rechtsordnung auch im Verwaltungsrecht prägt: Umsetzungsrecht, induziert durch unionsrechtliche Richtlinien, und autonomes Recht. Und ein Anliegen ist mir schließlich auch die Integration des Föderalismus, der Bundesstaatlichkeit mit ihren Pathologien. Meines Erachtens bedeutet Bundesstaatlichkeit keine Fragmentierung, keine problematische Zersplitterung, anders als andere Fragmentierungsphänomene. Das ist also mein Vorschlag für eine Verwaltungsrechtstheorie als eine Subdisziplin, die uns hilft, dieses eminent wichtige Instrument, das unsere Gesellschaft wirklich durch und durch formt, besser, kritischer zu reflektieren. Im besten Falle kann die Rechtswissenschaft – wie mit der Herausarbeitung allgemeiner Lehren im Verwaltungsrecht, vielleicht sogar im Verfassungsrecht – ein Stück ihrer Bereitstellungsfunktion, ihrer Entwicklungsfunktion, ihrer kritischen Funktion für die Gesellschaft realisieren.

Ein zweiter wichtiger Punkt ist der der Repolitisierung. Es ist mir ein großes Anliegen, klarzustellen, dass ich keine Politisierung der Staatsrechtslehre in dem naiven Sinne befürworte, wie ihn vielleicht der bloße Begriff der Repolitisierung nahelegt. Mir geht es um eine *epistemische* Repolitisierung, d.h. ein Bewusstmachen der politischen Implikationen aller Entscheidungen aller an der Rechtsverwirklichung Beteiligten, einschließlich der politischen Implikationen unserer Entscheidungen als Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrer. Das bedeutet: Wir müssen expliziter über Interessen, Konflikte und Macht sprechen – Macht als die Frage, auf die Öffentliches Recht eine Antwort sein will. Also geht es nicht um eine operative Politisierung. Die gibt es natürlich. Aber gerade dieses Problem wird ja erst sichtbar, diskutierbar und lösbar durch das, was ich epistemische Politisierung nenne, nämlich eine Sensibilisierung für die politischen Dimensionen des Öffentlichen Rechts und der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht. Das ist ein entscheidender Unterschied – und vielleicht sollte ich noch sagen, dass eine Entpolitisierung sowohl des Rechts wie auch unserer Wissenschaft, und zwar eine Art operative Entpolitisierung, darin liegt, dass wir den Regelungsanspruch der Verfassung immer weiter ziehen und immer weiter sehen. Ich möchte gleich im Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht noch darauf zu sprechen kommen: Je mehr wir unsere Rechtsordnung konstitutionalisieren oder ihre Konstitutionalisierung zulassen, desto unpolitischer machen wir sie, weil wir die Parlamente immer weiter depotenzieren. Man kann sicher darüber streiten, inwieweit der Prozess der Konstitutionalisierung zu bremsen oder gar in einem bestimmten Umfang rückgängig zu machen ist. Aber mir ist wichtig, diese demokratische Dimension der Konstitutionalisierung und einer möglichen Dekonstitutionalisierung zu sehen und sie diskutiert zu wissen.

Und damit bin ich beim dritten Punkt, dem Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht. Wahrscheinlich ist das Verfassungsrecht auf weiten Strecken „parasitär“ gegenüber dem Verwaltungsrecht. Das wird man wohl unter anderem für das Finanzverfassungsrecht sagen können, wo Regelungen des Verfassungsrechts im formellen Sinne bei Art. 104a ff. GG auch in einem Finanzausgleichsgesetz stehen können. Es ist den Normen nicht mehr anzusehen, ob sie einfachrechtlich sind oder nicht einfachrechtlich. Es gibt einen intensiven Import verwaltungsrechtlicher Weichenstellungen in das Verfassungsrecht. Das ist deutlich zu machen, zu diskutieren, zu problematisieren. Ich glaube, eine Entschärfung liegt auch hier darin, dass wir uns starkmachen für eine Kontrolle und Reflexion des Regelungsanspruchs der Verfassung. Das heißt: In einer stärker dekonstitutionalisierten Rechtsordnung, in einer Rechtsordnung, die beharrt auf der Verfassung, dem formellen Verfassungsrecht, als einem Gerüst des Unbezweifelten, ist so ein parasitäres Verhalten nicht mehr in dem großen Umfang möglich, in dem wir es derzeit beobachten. In diesem Sinne möchte ich für eine arbeitsteilige Differenz zwischen Verfassungsrecht im formellen Sinne und einfachrechtlichem Verwaltungsrecht plädieren. Sie ist eine Errungenschaft, eine Ausdifferenzierung, die wir beibehalten, pflegen und hegen sollten.

Es bleiben viele Fragen offen – insbesondere was all das für unsere öffentlich-rechtliche Lehre bedeutet. Ich glaube, auch dies ist der gemeinsamen Diskussion bedürftig – aber nicht mehr von meiner Seite am heutigen Nachmittag. Lassen Sie mich schließen mit einem Plädoyer für einen Schub unseres dogmatischen Arbeitens. Ich möchte werben für ein weiteres, sorgfältigeres, synoptischeres dogmatisches Arbeiten. Am wichtigsten ist mir dabei die Bemerkung, dass wir Dogmatik in diesem Sinne nicht in Gegensatz bringen sollten zu Theorie; Dogmatik ist gerade der Ort, an dem wir Theorie und Theorien, d.h. Grundlagenarbeit, rezipieren, um ihre Erträge und auch die Irritationen fruchtbar zu machen.

Olivier Jouanjan: Zunächst muss ich um Nachsicht und Entschuldigung bitten, weil ich nun spontan Deutsch reden werde. Ich werde nur eine allgemeine Antwort mit Bezugnahmen auf einzelne Bemerkungen geben. Ich bedanke mich aber ganz herzlich für alle Anmerkungen. Der juristische Diskurs – und das war auch die subkutane These meines Referats – schwebt nicht in der Luft. Er ist produziert. Er ist durch Akteure produziert, erzeugt, und das in einer relativ komplexen Gesellschaft der Rechtsinterpreten. Die Akteure haben unterschiedliche Rollen und vor allem auch eine unterschiedliche Legitimation bzw. Legitimität. Die Struktur dieser Gesellschaft ist natürlich sehr wichtig, um zu verstehen, wie in Deutschland oder in Frankreich verschiedene wissenschaftliche oder dogmatische oder doktrinelle Diskurse erzeugt worden sind und erzeugt werden. Die

Frage nach der Legitimation ist meines Erachtens in Frankreich wichtig. Weil, wie *Christoph Schönberger* erwähnt hat, wir eine besondere Institution wie den *Conseil d'État* haben. Der *Conseil d'État* ist kein Bundesverfassungsgericht, er ist allerdings auch kein Bundesverwaltungsgericht. Er ist etwas sehr Besonderes und sehr Eigenartiges. Wie zutreffend bemerkt worden ist: Die Mitglieder des *Conseil d'État*, die *Conseillers*, sind zwar Juristen, aber sie sind nicht – nicht mehr – durch die juristischen Fakultäten sozialisiert. Vor der ENA [*École nationale d'administration*] besuchen sie normalerweise *Sciences Po* oder, wie *Laurent Fabius*, der heutige Präsident des Verfassungsrates, *Normale Sup'* [*École normale supérieure* – ENS], also die *Grandes Écoles*, nicht die normalen, „proletarischen“ Universitäten Frankreichs. Und sie haben wirklich eine beherrschende Stellung inne. Ich wiederhole mich hier: Die Tradition des Verwaltungsrechts in Frankreich ist sehr „*Conseil d'État*-orientiert“. In meinem Referat habe ich nicht gewagt, zu sagen: Auch wir Professoren des Öffentlichen Rechts begegnen dieser Tradition mit einer gewissen Ehrfurchtshaltung und dementsprechend einem selbstauferlegten, vorauseilenden Gehorsam. Wir machen uns angesichts des *Conseil d'État* sehr gerne klein. Ich habe die zentrale Rolle des *Conseil d'État*, der *Conseillers d'État* im verwaltungsrechtlichen Schrifttum erwähnt. Aber was ich auch nicht gesagt habe: Bei den verwaltungsrechtlichen Dissertationen ist es sehr gut angesehen, wenn in der Prüfungskommission der *soutenance de thèse* ein *Conseiller d'État* sitzt. Und das ist auch wichtig. Ich habe des Weiteren nicht erwähnt, dass im *concours national d'agrégation de droit public*, d.h. dem *concours* für die Rekrutierung der Professoren für Öffentliches Recht, immer ein *Conseiller d'État* mitwirkt. Ich habe schließlich auch nicht erwähnt, dass die Professoren sehr selten Mitglieder des *Conseil d'État* werden, sie werden vom *Conseil d'État* sehr selten rekrutiert, allenfalls zum Zwecke eines „Praktikums“. Natürlich gibt es seltene, sehr seltene Ausnahmen. Aber die *Conseillers d'État* ihrerseits werden sehr gerne – was man in Deutschland nennen würde: – Honorarprofessoren, freilich Honorarprofessoren *mit* Honorar, denn bei uns wird diese Tätigkeit entlohnt. Mein lieber Doktorvater *Michel Fromont* sagte mir einmal: „In Frankreich liegt der Staat, die Staatsgewalt, beim *Conseil d'État*.“ Und ich denke, das ist recht zutreffend beobachtet und ausgedrückt. Man muss die zentrale Rolle sehen, die der *Conseil d'État* in dieser – ich habe gesagt: offenen Gesellschaft, das war ein Euphemismus – also in dieser Gesellschaft der Interpreten zumindest des Verwaltungsrechts, spielt. Das beantwortet eine weitere Frage: Es kann – worauf *Christoph [Schönberger]* zu Recht hingewiesen hat – in dieser besonders strukturierten Gesellschaft Frankreichs das Juristenrecht oder das wissenschaftliche Recht im Sinne Savignys oder Puchtas usw. nicht geben. Diese Gesellschaft ist nicht fragmentiert, sondern hierarchisch

geordnet. An *Johannes Masing* gerichtet: Es gibt keine vernünftige Hoffnung für uns auf einen normativen Einfluss auf die Rechtsprechung des *Conseil d'État* oder auch des Verfassungsrats. Da der *Conseil d'État* – das sollte deutlich geworden sein – an erster und wichtigster Stelle steht, bleibt für uns Professoren nur die Rolle der Kommentatoren. Die Wahl ist: Entweder wir begleiten das Tun des *Conseil d'État*, wie Herr *Masing* das formuliert hat, nur in beschreibender und ordnender Weise. Das wäre dann ein weiteres Stück „Knechtschaft“ – wir verehren den *Conseil d'État*, wir begnügen uns damit, dessen Rechtsprechung zu beschreiben. Oder aber wir wählen die Alternative: Wir betreiben unsere Wissenschaft als kritische Wissenschaft und wir haben den Mut, das auch offen und offensiv zu tun. Es braucht Mut, weil manchmal erhalten wir einen Brief eines *Conseiller* folgenden Inhalts: „Ihr schöner Aufsatz hat uns sehr gut gefallen, aber...“ – und das sage ich aus eigener Erfahrung. Ich hoffe, ich habe damit wichtige Fragen annähernd beantwortet. Gestatten Sie mir noch einige zusätzliche Bemerkungen. Die *Conseillers d'État* lassen sich gerne selbst als *associate professors* rekrutieren, und werden so als Teil der Wissenschaft angesehen. Sie treten mit uns und neben uns als Wissenschaftler allerdings, durch ihre staatliche Position geschützt, als besonders und ausgesprochen legitimierte Wissenschaftler auf. Das bezeichne ich als *concurrence déloyale*, als unlauteren Wettbewerb. Über Dogmatik: Wir machen Dogmatik, ohne es wirklich zu wissen. „Dogmatique“ ist kein gebräuchliches französisches Wort. Bei den französischen Professoren arbeiten nur diejenigen einigermaßen dogmatisch, die sich für das deutsche Recht interessieren. Die anderen machen *doctrine*. Aber wie übersetzt man *doctrine* auf Deutsch? „Doktrin“ – das geht nicht. Also deshalb, habe ich die Worte „Dogmatik“ bzw. „dogmatisch“ in einem eher unbestimmten Sinne benutzt. An Herrn *Funke* gerichtet: Ich wollte nicht über den Stand der Lehrbücher zum Allgemeinen Verwaltungsrecht reden. Meine diesbezüglichen Bemerkungen zielten nicht darauf. Ich bin überzeugt, dass die deutschen Lehrbücher zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, nicht weniger als die französischen, darstellen, was das Allgemeine Verwaltungsrecht leisten sollte, müsste, könnte. Sondern ich wollte nur sagen, dass mir aufgefallen ist, dass es im französischen Verwaltungsrecht nicht diese Impulse, die ich im deutschen Verwaltungsrecht sehe, zur Formulierung eines Gesamtkonzeptes gibt. D.h. das wird wenig reflektiert, mehr wollte ich auch nicht sagen. Zu Herrn *Groß*: Ja, allgemeine Regeln des französischen Verwaltungsrechts vermitteln eine gewisse Einheit, vereinheitlichen die Materie. Das ist ganz zutreffend. Meine Ausführungen bezogen sich indes auf den wissenschaftlichen Diskurs statt auf das positive Recht. Und dass wir in der französischen Wissenschaft über diese allgemeinen Regeln wirklich einen dogmatischen oder theoretischen oder wissenschaftlichen – wie *Johannes Masing* will – Diskurs hätten, kann

ich leider nicht bestätigen. Und zum Schluss an Herrn *Franzius* gerichtet: Ja, meine These ging dahin, dass für mich der Begriff Fragmentierung im Öffentlichen Recht nicht das ist, was wir heute in Frankreich brauchen. Aber auch ein negatives Ergebnis ist ein Ergebnis. Und die These war auch, wie ich ganz am Ende gesagt habe: Es ist besser, wenn wir weiter – wenn auch fragend und ohne große Hoffnung – über Einheit oder Identität nachdenken. Das war ja auch das, was ich im zweiten, historischen Teil meiner Ausführungen zu zeigen versucht habe: Wenn wir die Sache in diesem anderen, sozusagen indirekten Sinn reflektieren, können wir die Fragmentierungen im öffentlichen Recht viel besser sehen und bewerten, als wenn wir direkt, d.h. unvermittelt und unhistorisch danach suchen. Das war überhaupt die These. Zum Schluss möchte ich mich sehr beim Vorstand für dieses wunderbare Thema bedanken.

Franz Merli: Dankeschön. Ich füge nur hinzu, dass wir heute eine Premiere erlebt haben: Das erste Mal hat ein französischer Wissenschaftler hier referiert, und das sollten wir auch festhalten.

Verzeichnis der Rednerinnen und Redner

- von Arnim, Hans Herbert 109
Bezemek, Christoph 224
Bickenbach, Christian 112, 465
Classen, Claus Dieter 211
Diggelmann, Oliver 212
Dietz, Andreas 114
Dörr, Dieter 108
Durner, Wolfgang 216
Eberhard, Harald 114
Engel, Christoph 214, 466
Fechner, Frank 106
Fehling, Michael 227
Franzius, Claudio 213, 466
Funke, Andreas 475
Gärditz, Klaus Ferdinand 223
Germann, Michael 218
Griller, Stefan 346
Gröschner, Rolf 225
Groß, Thomas 467
Hain, Karl-E. 106
Hofmann, Rainer 111
Hwang, Shu-Perng 343
Isensee, Josef 113
Jouanjan, Olivier 482
Kempny, Simon 343
Kirchhof, Paul 339
Kirste, Stephan 228
Kischel, Uwe 344
Klein, Tonio 110, 331, 470
Kley, Andreas 230
Knauff, Matthias 475
Kneihs, Benjamin 221
Kotzur, Markus 117, 336
Leisner-Egensperger, Anna 110, 341
Lepsius, Oliver 225, 328
Luther, Jörg 221, 342
Magen, Stefan 120
Mahlmann, Matthias 335
Masing, Johannes 473
Mayer, Franz 333
Murswiek, Dietrich 217
Nowrot, Karsten 118, 332
Puttler, Adelheid 105
Reimer, Franz 479
Ress, Georg 337
Sacksofsky, Ute 330
Saurer, Johannes 341
Schoch, Friedrich 222
Schönberger, Christoph 471
Schróder, Ulrich Jan 115, 228
Somek, Alexander 220, 327
Spiecker, Indra 122
Stelkens, Ulrich 476
Tschentscher, Axel 212
Ullrich, Norbert 112
Vöneky, Silja 119
Volkmann, Uwe 116, 219, 469
Wißmann, Hinnerk 215, 478

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V.

(Stand 01.01.2018; ständige Aktualisierung
unter www.staatsrechtslehrer.de)

Vorstand

Vorsitzender

Prof. Dr. Martin *Morlok*
Heinrich-Heine-Universität
Juristische Fakultät
Universitätsstr. 1
40225 Düsseldorf
Tel. (0211) 81 11465
Fax (0211) 81 11460
E-Mail 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

Stellvertreter

Prof. Dr. Franz *Merli*
Universität Wien
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
Schottenbastei 10–16
A-1010 Wien
Tel. (0043) 1 4277 35421
E-Mail 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,
(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,
+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,
(0941) 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 Professur 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,
Hochallee 19, 20149 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-Böckler-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

Aust, Prof. Dr. Helmut Philipp,
Peschkestr. 3, 12161 Berlin,
Freie Universität Berlin,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Professur für Öffentliches Recht und die
Internationalisierung der Rechtsordnung,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(030) 838-61731,
E-Mail helmut.aust@fu-berlin.de

Axer, Dr. Peter, Professor,
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,
Lehrstuhl für Sozialrecht in Verbindung
mit dem Öffentlichem Recht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10,
69117 Heidelberg,
(06221) 54-7768,
Fax (06221) 54-7769,
E-Mail axer@jurs.uni-heidelberg.de

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

Bäcker, Dr. Carsten, Privatdozent,
Im Unteren Kienle 8a, 70184 Stuttgart,
(0711) 47046808, (0178) 6340705,
Hermann Kantorowicz-Institut,
Christian-Albrechts-Universität,
Leibnizstr. 6, 24118 Kiel,
(0431) 8803531,
Fax (0431) 8803745,
E-Mail cbaecker@law.uni-kiel.de

Bäcker, Dr. Matthias, LL.M., Professor,
Ludwig-Frank-Straße 52, 68199 Mannheim,
(0621) 12282162;

Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Informationsrecht, insbesondere
Datenschutzrecht,
Jakob-Welder-Weg 9, 55128 Mainz,
(6131) 39 25759,
Fax (6131) 39 28172,
E-Mail mabaecke@uni-mainz.de

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;
Universität Erfurt,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Neuere Rechtsgeschichte,
Staatswissenschaftliche Fakultät,
Nordhäuserstr. 63, 99089 Erfurt,
(0361) 737 4711,
E-Mail manfred.baldus@uni-erfurt.de

Barfuß, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter,
o. Universitätsprofessor,
Tuchlauben 11/31, 1010 Wien;
Präsident des Österreichischen Normungs-
instituts, Generaldirektor für Wettbewerb
a. D. (Bundswettbewerbsbehörde),
Heinestraße 38, A-1020 Wien,
(0043) 1/213 00/612,
Fax (0043) 1/213 00/609,
E-Mail 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

Bast, Dr. Jürgen, Professor,
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Professur für Öffentliches Recht
und Europarecht,
Licher Str. 64, 35394 Gießen,
(0641) 99-21061,
Fax (0641) 99-21069,
E-Mail 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,
oder sekretariat.battis@rewi.hu-berlin.de

Bauer, Dr. Hartmut, Professor,
Am Hegereiter 13, 01156 Cossebaude,
(0351) 452 1603;
Universität Potsdam, Lehrstuhl für Europä-
isches und Deutsches Verfassungsrecht,
Verwaltungsrecht, Sozialrecht und
Öffentliches Wirtschaftsrecht,
August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam,
(0331) 977-3264,
Fax (0331) 977-3310,
E-Mail 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;
Schlatter Rechtsanwälte,
Kurfürsten-Anlage 59, 69115 Heidelberg,
(06221) 9812 17,

Fax (06221) 1824 75,
E-Mail 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

Bausback, Dr. Winfried,
Univ.-Prof. a. D., MdL,
Büro: Roßmarkt 34, 63739 Aschaffenburg,
(06021) 4423 20,
Fax (06021) 4423 18,
E-Mail info@winfried-bausback.de

Beaucamp, Dr. Guy, Professor,
Leharstr. 7, 22145 Hamburg;
HAW Hamburg,
Department Public Management,
Fakultät Wirtschaft und Soziales,
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 ksiebecker@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,
(+41) 264 3622 36;
Universität Freiburg,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Av. Beauregard 1,
CH-1700 Freiburg,
(+41) 26 300 81 47,
E-Mail 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

Berger, Dr. Ariane, Priv.-Doz.
Freie Universität Berlin,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin,
(030) 838 55924,
E-Mail ariane.berger@fu-berlin.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,
 Poststraße 11/1, 69115 Heidelberg,
 (06221) 7262347;
 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,
 Universität Graz,
 Institut für Öffentliches Recht
 und Politikwissenschaft,
 Universitätsstraße 15, 3D,
 A-8010 Graz,
 E-Mail christoph.bezemek@uni-graz.at

Biaggini, Dr. Giovanni, o. Professor,
 Kantstraße 12, CH-8044 Zürich,
 (0041) 44251 1158;
 Universität Zürich, 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

Bickenbach, Dr. Christian,
 Universitätsprofessor,
 E-Mail Christian.Bickenbach@gmx.de;
 Universität Potsdam, Juristische Fakultät,
 Professur für Verwaltungsrecht,
 insbesondere Regulierungs- und
 Infrastrukturrecht,
 August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam,
 (0331) 9773416,
 Fax (0331) 9773533,
 E-Mail cbickenb@uni-potsdam.de

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

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,
Universität Erfurt, Lehrstuhl für
Öffentliches Recht, Völkerrecht
und Europäische Integration,
Nordhäuser Straße 63, 99089 Erfurt,
(0361) 737-4751, (0361) 737-4700 (Sekr.),
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;
momentan zu erreichen über: sekretariat.
schoendorf-haubold@recht.uni-giessen.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

Böhm, Dr. Monika, Professorin,
Lerchenweg 7, 65719 Hofheim/Ts.,
(06192) 9516854,
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

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

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

Braun Binder, Dr. Nadja,
Assistenzprofessorin,
Rechtswissenschaftliches Institut
der Universität Zürich,
Zentrum für Demokratie Aarau,
Villa Blumenhalde,
Küttigerstraße 21, CH-5000 Aarau,
+41 (0) 62 836 9432,
E-Mail nadja.braun_binder@rwi.uzh.ch

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

Brenner, Dr. Michael, Professor,
Drosselweg 8, 73550 Waldstetten,
(07171) 996 742,
Fax (07171) 996 865;
Universität Jena,
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches
Verfassungs- und Verwaltungsrecht,
Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena,
(03641) 9422 40 oder -41,
Fax (03641) 9422 42,
E-Mail 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

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

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

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

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

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
 Wirtschaftsrecht 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

Brühl-Moser, Dr. Denise, Privatdozentin,
 EDA Kurier (Taschkent), Freiburgstr. 130,
 CH-3003 Bern,
 (0041) 998 931 82 3685,
 E-Mail 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

Brünneck, Dr. Alexander von, Professor,
 Blumenhagenstr. 5, 30167 Hannover,
 Tel./Fax (0511) 71 6911;
 E-Mail raue@europa-uni.de

Bryde, Dr. Brun-Otto, o. Professor,
 Richter des Bundesverfassungsgerichts 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

Bull, Dr. Hans Peter, o. Professor,
 Falckweg 16, 22605 Hamburg,

(040) 880 5652,
 E-Mail HP-Bull@t-online.de

Bullinger, Dr. Dr. h.c. (Université de
 Dijon), Martin, o. Professor,
 Altschloßleweg 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

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 piet.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

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 Wirtschaftsinformatik,
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht
 und Europarecht,
 Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen,
 (0271) 740 3219,
 Fax (0271) 740 2477,
 E-Mail marc.bungenberg@gmx.de

Burgi, Dr. Martin, Professor,
 Institut für Politik und Öffentliches Recht
 der LMU München,

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt-
und Sozialrecht,
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-6295,
Fax (089) 2180-3199,
E-Mail martin.burgi@jura.
uni-muenchen.de

Burkert, Dr. Herbert, Professor,
Uferstr. 31, 50996 Köln-Rodenkirchen,
(0049) 22139 7700,
Fax (0049) 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

Burri, Dr. Thomas, Privatdozent, LL.M.,
Bodanstr. 8, CH-9000 St. Gallen,
(+41) 78 754 3340;
Universität St. Gallen, CH-9000 St. Gallen,
E-Mail Thomas-Burri@unisg.ch

Bußjäger, Dr. Peter, Privatdozent,
Institut für Föderalismus,
Adamgasse 17, 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, insbeson-
dere Recht der staatlichen Transfersysteme,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 7 6281 69,
Fax (0511) 762 8203,
E-Mail butzer@jura.uni-hannover.de

Calliess, 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;
Universität Osnabrück,
Institut für Kommunalrecht
und Verwaltungswissenschaft,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Martinistraße 12, 49078 Osnabrück,
(0541) 969-6099 (Sekr.),
Fax (0541) 969-6082,
E-Mail instkv@uni-osnabrueck.de

Caspar, Dr. Johannes, Privatdozent,
Tronjewege 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 (0 40) 42838-6280,
Der Hamburgische Beauftragte für
Datenschutz 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;
Universität Greifswald,
17487 Greifswald,
(03834) 420 21 21 oder 21 24,
Fax (03834) 420 2171,
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,
(030) 4005 6292;
MPI für europäische Rechtsgeschichte,
Hausener Weg 120,
60489 Frankfurt am Main,
(069) 789 78-1 61,
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

Cossalter, Dr. Philippe, Professor,
Lehrstuhl für französisches
öffentliches Recht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(0681) 302-3446,
E-Mail cossalter@mx.uni-saarland.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 (Sekt.),
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

Damjanovic, Dr. Dragana, Privatdozentin,
Universität Wien, Institut für öffentliches
und europäisches Recht,
Welthandelsplatz 1, A-1020 Wien,
(0043) 1 31336 4254,
E-Mail dragana.damjanovic@wu.ac.at

Dann, Dr. Philipp, LL.M.,
Sybelstr. 37, 10629 Berlin;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Rechtsvergleichung,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,

(030) 2093 9975,
E-Mail philipp.dann@rewi.hu-berlin.de

Danwitz, Dr. Dr. h.c. Thomas von,
Professor,
Klinkenbergsweg 1, 53332 Bornheim,
(02227) 90 9104,
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, Bodenmanagement
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 Rechtsvergleichung,
Universität Bielefeld,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(0521) 106 4400 oder 6893 (Skr.),
Fax (0521) 106 8083,
E-Mail udavy@uni-bielefeld.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

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

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

Delbanco, Dr. Heike, Privatdozentin,
Freier Damm 25 c, 28757 Bremen,
(0421) 243 6381,
Fax (0421) 330 4940;
Ärztammer 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 jdelbrueck@web.de

Denninger, Dr. Dr. h.c. Erhard,
Professor em.,
Am Wiesenhof 1, 61462 Königstein,
(06173) 789 88;
Institut für Öffentliches Recht,
Universität Frankfurt,
Senckenberganlage 31,
60325 Frankfurt am Main,
E-Mail Denninger@jur.uni-frankfurt.de

Deppenheuer, 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 Deppenheuer@uni-koeln.de

Desens, Dr. Marc, Universitätsprofessor,
Ferdinand-Lassalle-Str. 2,
04109 Leipzig,
(0341) 3558 7365;
Juristenfakultät,
Universität Leipzig, 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

Determann, Dr. Lothar, Privatdozent,
1275 California Street,
USA-San Francisco, CA 94109;
Freie Universität Berlin,
Kaiserswertherstraße 16/18, 14195 Berlin,
E-Mail lothar.determann@bakernet.com

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,
Vorsitzender Richter,
Bayerisches Verwaltungsgericht Augsburg,
Kornhausgasse 4, 86152 Augsburg,
(0821) 327-04 (Zentrale),
E-Mail andreas.dietz@vg-a.bayern.de

Diggelmann, Dr. Oliver, Professor,
Alte Landstrasse 49, 8802 Kilchberg,
(0041) 43244 4535;
Institut für Völkerrecht und ausländisches
Verfassungsrecht, Lehrstuhl für Völker-
recht, Europarecht, Öffentliches Recht
und Staatsphilosophie,
Rämistrasse 74/36, CH-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;
Seniorforschungsprofessur,
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich 03,
Jakob-Welder-Weg 4, 55128 Mainz;
(06131) 392 5525,
E-Mail ddoerr@uni-mainz.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 Deutsches, Europäisches
und Internationales Steuerrecht und
Öffentliches Recht,
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 36-4243,
Fax (0043) 1313 36-90 4243,
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 den Linden 11, Berlin-Mitte,
(030) 2093 3620,
Fax (030) 2093 3623,
E-Mail martin.eifert@rewi.hu-berlin.de

Eisenberger, Iris, Univ.-Prof. Dr.,
Universität für Bodenkultur Wien,
Institut für Rechtswissenschaften,
Feistmantelstraße 4, A-1180 Wien,
(+43) 1 47654-73600,
E-Mail iris.eisenberger@boku.ac.at

Eisenmenger, Dr. Sven, Professor,
Hochschule in der Akademie der Polizei
Hamburg,
Professur für Öffentliches Recht,
Braamkamp 3b, 22297 Hamburg,
E-Mail sven.eisenmenger@gmx.de

Ekardt, Dr. Felix, LL.M., M.A., Professor,
Forschungsstelle Nachhaltigkeit
und Klimapolitik,
Könneritzstraße 41, 04229 Leipzig,
Tel. + Fax (0341) 9260 883;
Ostseeinstitut für Seerecht,
Umweltrecht und Infrastrukturecht,
Juristische Fakultät,
Universität Rostock,
Richard-Wagner-Straße 31, 18119 Rostock,
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,
 Rechtswissenschaftliche Fakultät,
 Im Stadtwald, 66123 Saarbrücken,
 (0681) 302-2104,
 Fax (0681) 302-4779,
 E-Mail m.elicker@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,
 Peter-von-Fliesteden-Str. 23, 50933 Köln,
 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., Assoz. Prof.,
 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@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

Ernst, Dr. Christian, Privatdozent,
Barmbeker Straße 163, 22299 Hamburg,
0163/5703075,
Bucerius Law School,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,
(040) 3 07 06-204,
Fax (040) 3 07 06-195,
E-Mail christian.ernst@law-school.de

Errass, Dr. Christoph, Professor,
Titularprofessor für öffentliches Recht
an der Universität St. Gallen,

Ritterstraße 20R,
CH-3047 Bremgarten bei Bern,
(+41) 31 741 2117,
Schweizerisches Bundesgericht,
Av. du Tribunal-fédéral 29,
CH-1000 Lausanne 14,
(+41) 21 318 9111,
E-Mail christoph.errass@unisg.ch

Faber, Dr. Angela,
apl. Professorin,
Am Beller Weg 65, 50259 Pulheim,
(02234) 64370,
E-Mail mail@angela-faber.de;
Dezernentin für Schule und Integration
beim Landschaftsverband Rheinland,
Kennedy-Ufer 2, 50679 Köln,
(0221) 809-6219,
E-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,
Burgstraße 21, 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 (0351) 4633-7213,
E-Mail fastenrath@jura.tu-dresden.de

Fechner, Dr. Frank, Professor,
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,
Farmseiner 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 3603,
Fax (0043) 662 8044 3629,
E-Mail rudolf.feik@sbg.ac.at

Felix, Dr. Dagmar, Professorin,
An den Fischteichen 47, 21227 Bendestorf,
(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 Rechts-
wissenschaft und Volkswirtschaftslehre,
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

Finke, Dr. Jasper, Professor, LL.M.,
Klixstraße 4, 10823 Berlin,
Bucerius Law School, Jungiusstr. 6,
20355 Hamburg,
(040) 3 07 06-258,
(040) 3 07 06-145,
E-Mail jasper.finke@law-school.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-lescانو@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-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

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

Frank, Dr. Dr. h.c. Götz, Professor,
Cäcilienplatz 4, 26122 Oldenburg,
(0441) 7 56 89;
Carl von Ossietzky Universität Oldenburg,
Juristisches Seminar,
Öffentliches Wirtschaftsrecht,
26111 Oldenburg,
Paketanschrift: Ammerländer
Heerstraße 114–118, 26129 Oldenburg,
(0441) 798-4143,
Fax (0441) 798-4151,
E-Mail 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

Franzius, Dr. Claudio, Professor,
Dürerstr. 8, 22607 Hamburg,
(040) 46776382;
Universität Bremen,

Fachbereich Rechtswissenschaft,
Universitätsallee GW 1, 28359 Bremen,
(0421) 218-66100,
E-Mail franzius@uni-bremen.de

Fremuth, Dr. Michael Lysander,
Privatdozent,
Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht,
europäisches und internationales Wirt-
schaftsrecht, Rechtswissenschaftliche
Fakultät, Universität zu Köln,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(+ 49) 221 470 2666,
Fax (+ 49) 221 470 4968,
E-Mail mfremuth@uni-koeln.de

Frenzel, Dr. Eike M., Privatdozent,
Acherstraße 2, 76199 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

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

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 (Sekr.),
Fax (06421) 282-38 40,
E-Mail 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

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

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

Funk, Dr. Bernd-Christian,
em. o. Professor,
Franz-Grafler-Gasse 23, A-1230 Wien,
(0033) 1 45 35 73 71,
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

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

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

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

Galetta, Dr. Diana-Urania, LL.M.,
Professorin,
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

Gallwas, Dr. Hans-Ullrich,
Universitätsprofessor,
Hans-Leipelt-Str. 16, 80805 München,
(0170) 216 72 08;
Obermaisparg, 84323 Massing,
(08724) 1386,
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
E-Mail hu-gallwas@t-online.de

Gamper, Dr. Anna, Univ.-Prof.,
Universität Innsbruck, Institut für Öffent-
liches 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

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 Öffent-
liches Recht, insbesondere Europarecht,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(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;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungs-
sowie Medienrecht,
Universität Leipzig, Burgstraße 21,
04109 Leipzig,
0341 97-35 191,
Fax 0341 97-35 199,
E-Mail hubertus.gersdorf@uni-leipzig.de

Giegerich, Dr. Thomas, Professor, LL.M.
(Virginia),
In den Weiden 33, 66440 Blikael;
Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht
und Öffentliches Recht, Chair of EU Law,
Public International Law and Public Law,
Europa-Institut der Universität des Saar-
landes, 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

Glaser, Dr. Andreas, Professor,
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und
Europarecht unter besonderer Berück-
sichtigung von Demokratiefragen,

Universität Zürich,
Rechtswissenschaftliches Institut,
Rämistrasse 74/14,
CH-8001 Zürich,
E-Mail andreas.glaser@rwi.uzh.ch

Görisch, Dr. Christoph, Privatdozent,
Martin-Niemöller-Str. 52,
48159 Münster,
0251/9829867;
Fachhochschule für öffentliche Verwaltung
NRW,
Handwerkerstr. 11, 58135 Hagen,
E-Mail christoph.goerisch@fhoev.nrw.de

Goerlich, Dr. Dr. h.c. 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

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

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

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

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

Graser, Dr. Alexander, Professor,
 Brennerstraße 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,
 55 Bd de la Vilette, BP 132, F-75015 Paris;
 Université de Strasbourg, Faculté de droit,
 1 Place d'Athènes, BP 66,
 F-67045 Strasbourg Cedex,
 E-Mail Constance.Grewe@orange.fr

Grigoleit, Dr. Klaus Joachim,
 Universitätsprofessor,
 Eisenacher Str. 65, 10823 Berlin;
 TU Dortmund, Fakultät Raumplanung,
 Fachgebiet 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,
Rechtswissenschaftliche 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;
Juristische Fakultät,
Technische Universität Dresden,
01062 Dresden,
(0351) 46337364,
E-Mail katrin.boerner@tu-dresden.de

Groß, Dr. Thomas, Professor,
Schreberstr. 19, 49080 Osnabrück;
Universität Osnabrück, European Legal
Studies Institute,
Süsterstr. 28, 49069 Osnabrück,
(0541) 969-4500,
E-Mail 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

Grupp, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Stephanieufer 5, 68163 Mannheim,
(0621) 8221 97,
Fax (06 21) 8221 97

Grzeszik, Dr. Bernd, LL.M. (Cambridge),
Professor,
Schumannstr. 9, 53113 Bonn,
0228-9268869,
Universität Heidelberg, Institut
für Öffentliches Recht, Verfassungslehre
und Rechtsphilosophie,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg,
(06221) 547432,
E-Mail Grzeszik@web.de

Guckelberger, Dr. Annette, Professorin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(0681) 302-5 7401,
E-Mail 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

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

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

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

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

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

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

Hänni, Dr. Peter, o. Professor,
Stadtgraben 6, CH-3280 Murten,
(0041) 26-670 5815;
Universität Freiburg,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Lehrstuhl für Staats- und
Verwaltungsrecht,
Universität Freiburg,
Av. Beauregard 1, CH-1700 Freiburg,
(+41) 26 300 81 47,
E-Mail Peter.Haenni@ifr.ch

Härtel, Dr. Ines, Professorin,
Europa-Universität Viadrina
Frankfurt (Oder),
Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Verwaltungs-, Europa-, Umwelt-, Agrar-
und Ernährungswirtschaftsrecht,
Große Scharnstraße 59,
15230 Frankfurt (Oder),
(0335) 55 34-2227/ -2222, Fax -2418
E-Mail Ls-Haertel@europa-uni.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,
CH-4002 Basel,
(0041) 612 6725 64,
Fax (0041) 612 6707 95,
E-Mail Felix.Hafner@unibas.ch

Hailbronner, Dr. Kay, o. Professor,
Toggenbühl, CH-8269 Fruthwilen,
(0041) 71-6 6419 46,
Fax (0041) 71-6 6416 26;
Universität Konstanz, Universitätsstr. 10,
78457 Konstanz,
(07531) 88 2247,
E-Mail Kay.Hailbronner@uni-konstanz.de

Hain, Dr. Karl-E., Professor,
Herrenstr. 10, 57627 Hachenburg,
(02662) 9420 64;
Universität zu Köln,
Institut für Medienrecht und
Kommunikationsrecht,
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

Haller, Dr. Herbert,
Universitätsprofessor,
Felix-Mottl-Str. 48, Haus 2, A-1190 Wien,
(0043) 1368 0568,
ehemals Wirtschaftsuniversität Wien
und Mitglied des österreichischen
Verfassungsgerichtshofs,
E-Mail r.haller@verkehrt.info

Haller, Dr. Walter, o. Professor,
Burgstrasse 264, CH-8706 Meilen,
(0041) 449 2310 14;
E-Mail 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

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

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

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

Hanschmann, Dr. Felix, Privatdozent,
Basaltstraße 15 c,
60487 Frankfurt am Main;
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
60054 Frankfurt am Main,
(0177) 7829247,
E-Mail hanschmann@jur.uni-frankfurt.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

Hartmann, Dr. Bernd J., LL.M. (Virginia),
Professor,
Universität Osnabrück, Institut für
Kommunalrecht und Verwaltungswissen-
schaften, Professur für Öffentliches Recht,
Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissen-
schaften,
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 hase@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, A-4225 Luftenberg,
(0664) 73757319,
Johannes Kepler Universität Linz,

Institut für Verwaltungsrecht und
Verwaltungslehre,
Altenberger Straße 69, A-4040 Linz,
(0732) 2469 8490,
E-Mail 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

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,
Hohenheimer Straße 26, 13465 Berlin,
(0176) 2329 2826;
Bundesverwaltungsgericht,
Simsonplatz 1, 04107 Leipzig,
(0341) 2007-2065,
Bundeskanzleramt,
Willy-Brandstraße 1, 10557 Berlin,
E-Mail Jan.Hecker@bk.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

Heinig, Dr. Hans Michael, Professor,
Rote Reihe 5, 30169 Hannover,
(0511) 26257865,

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 ls.heinig@jura.uni-goettingen.de

Heintschel von Heinegg, Dr. Wolff,
Professor,
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt
(Oder), Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insb. Völkerrecht, Europarecht
und ausländisches Verfassungsrecht,
August-Bebel-Str. 12,
15234 Frankfurt (Oder),
(0335) 5534-2916,
Fax (0335) 5534-72914,
E-Mail 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

Heißl, Gregor, Priv.-Doz. Dr., E.MA,
Universität Innsbruck, Innrain 52 d,
10. Stock, Zi.-Nr. 41008,
A-6020 Innsbruck,
0043/(0) 512/507/84033,
Fax 0043/(0) 512/507/84099,
E-Mail gregor.heissl@uibk.ac.at

Heitsch, Dr. Christian, apl. Professor,
72 Queens Road, Caversham, Reading,
Berks., RG4 8DL, U.K.,
(0044) 1189 4749 13;
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

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,
(0228) 103-306,
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;
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Campus Westend,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4 (RuW),
60323 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 Inter-
nationales 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

Heselhaus, Dr. Sebastian, Professor, M.A.,
Obmatt 29, CH-6043 Adligenswil,

(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,
(0041) 41 229 53 84,
Fax (00 41) 41 229 53 97,
E-Mail sebastian.heselhaus@unilu.ch

Hettich, Dr. Peter, o. Professor,
Beckenhofstraße 63, CH-8006 Zürich;
Institut für Finanzwissenschaft,
Finanzrecht und Law and Economics
(IFF-HSG),
Varnbühlstraße 19, CH-9000 St. Gallen,
(0041) 71-224 2940,
Fax (0041) 71-224 2670,
E-Mail peter.hettich@unisg.ch

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;
Universität Greifswald,
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 Verwaltungswissenschaften 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

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

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

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

Hoffmann-Riem, Dr. Wolfgang, Professor,
 Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.,
 Auguststr. 15, 22085 Hamburg,
 Professur für Recht und Innovation,
 Bucerius Law School,
 Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,
 + 49 (040) 642 258 48 oder
 + 49 (0) 173 179 1374,
 Fax + 49 (040) 696 45 806,
 E-Mail wolfgang.hoffmann-riem@
 law-school.de

Hofmann, Dr. Ekkehard, Professor,
 Koselstr. 51, 60318 Frankfurt am Main,
 (069) 174 989 27;
 Lehrstuhl für öffentliches Recht,

insbesondere 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,
 (091) 873 88,
 Fax (0931) 7832 88,
 oder Torstr. 176, 10115 Berlin,
 (030) 281 3075,
 Humboldt-Universität zu Berlin,
 Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
 (030) 2093-3553,
 E-Mail hasso-hofmann@gmx.de

Hofmann, Dr. Dr. Rainer,
 Universitätsprofessor,
 Grüneburgplatz 1, 60323 Frankfurt,
 Goethe-Universität Frankfurt,
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
 Völkerrecht und Europarecht,
 Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
 60629 Frankfurt am Main,
 (+49) 69-798-34293,
 Fax (+49) 69 798-34515,
 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,
 Rabenkopfstr. 2, App. 342,
 79102 Freiburg i.Br.,
 (0761) 3685-342

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

Holzinger, Dr. Gerhart, Professor,
 Präsident des Österreichischen
 Verfassungsgerichtshofs,
 Judenplatz 11, A-1010 Wien,
 (0043) 153 1224 12,
 Fax (0043) 153 12 2512

Holznel, 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 holznel@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

Hong, Dr. Mathias, Privatdozent,
Bachstr. 32, 76185 Karlsruhe,
(0721) 9576161;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Öffentliches Recht,
Abteilung 5,
Platz der Alten Synagoge 1,
79085 Freiburg i.Br.,
E-Mail mathias.hong@jura.uni-freiburg.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

Huber, Dr. Peter M., o. Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts,
Josef-Heppner-Str. 2,
82049 Pullach i. I.,
(089) 7442 4662,
Fax (089) 7442 4852;
Universität München, Lehrstuhl für
Öffentliches 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,
Stratenberg 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

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

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

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

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

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

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

Ingold, Dr. Albert, Universitätsprofessor,
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich 03,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insb. Kommunikationsrecht und Recht
der Neuen Medien,
Jakob Welder-Weg 9, 55099 Mainz,

(06131) 39 33035189,
E-Mail aingold@uni-mainz.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 Verwal-
tungswissenschaften, 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;
 Bundesfinanzhof München,
 Ismaninger Straße 109, 81675 München,
 (089) 9231-0,
 Fax (089) 9231-201,
 E-Mail monika.jachmann@bfh.bund.de

Jaeckel, Dr. Liv, Professorin,
 Augustusweg 27, 01445 Radebeul,
 (0351) 563 6286, Mobil (0170) 706 5480,
 Technische Universität Bergakademie
 Freiberg, Fakultät für Wirtschaftswissen-
 schaften, insb. Internationale Ressourcen-
 wissenschaft,
 Institut für Deutsches und Europäisches
 Wirtschafts- und Umweltrecht,
 Schlossplatz 1 (Zimmer 2.108),
 09596 Freiberg,
 (03731) 393408,
 Fax (03731) 392733,
 E-Mail liv.jaekkel@rewi.tu-freiberg.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 christian.jahndorf@schumacher-
 partner.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, apl. Professor,
 Koch-Gotha-Str. 10, 18055 Rostock,
 (0381) 877 29 313;
 Landesrechnungshof Brandenburg,
 Alter Markt 1, 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 deutsches 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

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,
 Buchsweilerstraße 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

Jouanjan, Dr. Olivier, Professor,
 32, rue de Vieux Marché aux Poissons,
 F-97000 Strasbourg,
 (0033) 661 33 2559;
 Université Panthéon-Assas,
 Centre de droit public comparé,
 12 place du Panthéon, F-75005 Paris,
 (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@u-paris2.fr

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,
 Marktgasse 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

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) 307 06-195,
 E-Mail axel.kaemmerer@law-school.de

Kästner, Dr. Karl-Hermann,
 o. Professor,
 Am Rebbberg 18, 78337 Öhningen,
 Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
 Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
 (07071) 297 2971,
 Fax (07071) 2950 96,
 E-Mail Kaestner@jura.uni-tuebingen.de

Kahl, Dr. Arno, Universitätsprofessor,
 Lärchenstraße 4a, A-6063 Rum,
 (0043) 5 12-26 5500;
 Universität Innsbruck, Institut für Öffentli-
 ches Recht, Staats- und Verwaltungslehre,
 Innrain 52d, A-6020 Innsbruck,
 (0043) 512/507 8204,
 Fax (0043) 512/507 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 deut-
 sches 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,
(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

Karpen, Dr. Ulrich, Professor,
Ringstr. 181, 22145 Hamburg,
(040) 677 8398,
Universität Hamburg,
Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg,
(040) 428 38-30 23 oder -4514 od. -4555,
E-Mail ulrich.karpen@yahoo.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, Professorin,
Kufsteinerstr. 18, 10825 Berlin,
(030) 5515 2147,

Professur für Staats- und Verwaltungsrecht,
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Prof.-Huber-Platz 2,
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 3448 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,
Sonnenbühl 22, 70597 Stuttgart,
(+49) 711-2844447,
Eberhard Karls Universität Tübingen,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,

Finanz- und Steuerrecht
 Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof,
 Geschwister-Scholl Platz, 72074 Tübingen,
 (+49) 7071 29-74058,
 Fax (+49) 7071 23-4358,
 E-Mail Iris.kemmler@gmx.de

Kempen, Dr. Bernhard, o. Professor,
 Rheinblick 1, 53424 Remagen/Oberwinter,
 (02228) 9132 91,
 Fax (02228) 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

Kempny, Dr. Simon, Privatdozent,
 Roisdorfer Straße 11, 50969 Köln;
 Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,
 Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
 (0221) 470-6141,
 E-Mail simon.kempny@gmx.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,
 Mäherweg 37 c, A-6841 Mäder,
 (0043) 676 43 38 765;
 Universität Innsbruck, Institut für Öffent-
 liches 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,
 (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,
 Schillerstr. 4–8, 69115 Heidelberg,
 (06221) 54 19356,
 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) 804503,
 Fax (06221) 804503;
 Universität Salzburg, Rechts- und Sozial-
 philosophie, FB Sozial- und Wirtschafts-
 wissenschaften an der Rechtswissenschaft-
 lichen Fakultät,
 Churfürststraße 1, A-5010 Salzburg,
 (0043-662) 8044-3551,

Fax (0043-662) 8044-74-3551,
 Mobil (0043-664) 8289-223,
 E-Mail stephan.kirste@sbg.ac.at

Kischel, Dr. Uwe, LL.M. (Yale),
 Attorney-at-law (New York), o. Professor,
 Dorfstraße 34, 17121 Düstevier,
 (0399 98) 315 46;
 Universität Greifswald,
 Domstr. 20a, 17489 Greifswald,
 (03834) 420-2180,
 Fax (03834) 420-2182,
 E-Mail kischel@uni-greifswald.de

Klatt, Dr. Matthias, Prof.,
 Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
 (040) 42838 2380,
 Fax 040 42838 8296,
 Universitätsprofessur für Rechtsphiloso-
 phie, 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, A-5020 Salzburg,
 (0043) 662 8044-3634,
 Fax (0043) 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 hanshklein@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

Kleinlein, Dr. Thomas, PD,
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Institut für Öffentliches Recht,
Campus Westend,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798-34386,
E-Mail t.kleinlein@jur.uni-frankfurt.de

Klement, Dr. Jan Henrik,
Universitätsprofessor,
Schimperstraße 4, 68167 Mannheim,
(0621) 4300 5130,
E-Mail jan.klement@arcor.de;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
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

Kluckert, Dr. Sebastian, Privatdozent,
Freie Universität Berlin,
Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin,
(+49) 30-702 095 50,
Fax (+49) 30-702 095 70,
E-Mail Kluckert@zedat.fu-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;
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,
Unterdürrbacher 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,
(0174) 3450491,
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,
Wendlohstr. 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,
Martinstr. 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

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

König, Dr. Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Albrecht-Dürer-Str. 20, 67346 Speyer,
(06232) 29 02 16;
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,

(06232) 654-369 oder -350 oder -355,
 Fax (06232) 654-306,
 E-Mail k.koenig@uni-speyer.de

Kokott, Dr. Juliane, LL.M. (Am. Un.),
 S.J.D. (Harvard),
 Universitätsprofessorin, Generalanwältin,
 (06221) 4516-17;
 Gerichtshof der Europäischen
 Gemeinschaften, Th. More 2214,
 Bd. Konrad Adenauer, L-2925, Luxemburg,
 (00352) 4303 2221,
 E-Mail juliane.kokott@curia.europa.eu

Kolonovits, Dr. Dieter, Mag., M.C.J.,
 ao. Universitätsprofessor,
 Berggasse 17/41 A-1090 Wien,
 (0043) 699 1920 2895;
 Präsident,
 Verwaltungsgericht Wien,
 Muthgasse 62, A-1190 Wien,
 (0043) 4000 38501,
 Fax (0043) 4000 99 38501,
 E-Mail dieter.kolonovits@vgw.wien.gv.at

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

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

Korte, Dr. Stefan, Professor,
 Technische Universität Chemnitz,
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht insb.

Öffentliches Wirtschaftsrecht,
 Fachbereich Wirtschaftswissenschaften,
 Thüringer Weg 7, 09126 Chemnitz,
 (0371) 53126460,
 Fax (0371) 53126469,
 E-Mail stefan.korte@wirtschaft.
 tu-chemnitz.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

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

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 Krawietz@uni-muenster.de

Krebs, Dr. Walter, Professor,
Herderallee 13, 44791 Bochum,
(0234) 511288,
E-mail krebs.bo@t-online.de

Kremer, Dr. Carsten, M.A., M.Jur.
(Oxford), Privatdozent,
Nordendstr. 49,
60318 Frankfurt am Main,
(0174) 5632093;
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Institut für Öffentliches Recht,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60323 Frankfurt am Main,
(069) 798 34273,
E-Mail c.kremer@jur.uni-frankfurt.de

Kreßel, Dr. Eckhard, Professor,
Körschtalstr. 21, 73760 Ostfildern,
(0931) 313 05;
Juristische Fakultät der Universität
Würzburg,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
E-Mail l-br.ar.zpr@jura.uni-wuerzburg.de

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,
Universitätsstrasse 1, 40225 Düsseldorf,
(0211) 81 114 35,
Fax (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

Kriete, Dr. Martin, o. Professor,
An der Winkelheide 15,
14641 Nauen OT Börnike,
(0332) 30205082,
Fax (0332) 30229693;
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

Kröll, Dr. Thomas, Assoziierter Professor,
Pyrkergasse 37/5, A-1190 Wien;
Institut für Österreichisches
und Europäisches Öffentliches Recht,
Wirtschaftsuniversität Wien,
Welthandelsplatz 1/D3, A-1020 Wien,
(0043) 1313365441,

Fax (0043) 131336905441,
E-Mail thomas.kroell@wu.ac.at

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,
Universitätsstraße 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,
Schloß-Wolfsbrunnenweg 39a,
69118 Heidelberg (06221) 8904630;
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,
(06221) 547792,
E-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@univie.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@dhpol.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

Lachmayer, Dr. Konrad, Privatdozent,
Weitlofegasse 12/10, A-1180 Wien;
Universität Wien,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 14277 35471,
Fax (0043) 14277 35479,
E-Mail 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

Lampert, Dr. Steffen, Professor,
Rolandstraße 7a, 49078 Osnabrück;
Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Am Natruper Holz 60a, 49090 Osnabrück,
(0541) 969-6168,
Fax (0541) 969-6161,
E-Mail slampert@uos.de

Lang, Dr. Heinrich, Professor,
Dipl.-Sozialpädagoge,
Steinstraße 13, 17489 Greifswald;
Universität Greifswald,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial-
und Gesundheitsrecht,
Domstraße 20, 17489 Greifswald,
(03834) 420-2174,
Fax (03834) 420-2113,
E-Mail heinrich.lang@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

Langenfeld, Dr. Christine, Professorin,
Menckestraße 30, 04155 Leipzig,
(0341) 5611 4940,
Fax (0341) 5611 4941,
E-Mail Dr.Langefeld@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

Laskowski, Dr. Silke Ruth, Professorin,
Gertigstraße 13, 22303 Hamburg,
(040) 366615,
Fax (040) 366615,
Mobil (0179) 2315663;
Universität Kassel, Institut für Wirtschafts-
recht, 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

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

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

Leeb, Dr. David,
Universitätsprofessor,
Zellbachstraße 20b, A-4020 Linz,
Institut für Staatsrecht und
Politische Wissenschaften,
Johannes Kepler Universität Linz,
Altenberger Straße 69,
A-4040 Linz/Auhof,
(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,
Universität Greifswald,
Domstr. 20, 17489 Greifswald,
(03834) 420-2150,
Fax (03834) 420-2156,
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 (Rg.), 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@leisner-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

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;
Universität Münster,

Universitätsstraße 14–16,
48143 Münster,
E-Mail dekan03@uni-muenster.de

Lewinski, Dr. Kai von, Professor,
Stephanstr. 165, 94034 Passau;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien-
und Informationsrecht – Universität Passau,
Innstraße 40 (Nikolakloster),
94032 Passau,
0851/509-2221 (Sekr.),
Fax 0851/509-2222,
E-Mail kai.lewinski@uni-passau.de

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;
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs,
Verfassungsgerichtshof, Freyung 8,
A-1010 Wien,
(0043) 1531 22-1037,
E-Mail g.lienbacher@vfgh.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

Link, Dr. jur. Dres. theol. h.c.
Heinz-Christoph, em. Professor,
Geisbergstraße 8, 91056 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

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

Lohse, Dr. Eva Julia, Privatdozentin,
Bohlenplatz 7, 91054 Erlangen,
(09131) 9756146,
E-Mail eva.j.lohse@fau.de

Lorenz, Dr. Dieter, o. Professor,
Bohlstr. 21, 78465 Konstanz,
(07533) 6822;
Universität Konstanz,
Postfach 55 60 D 100, Universitätsstr. 10,
78434 Konstanz,
(07531) 8825 30,
E-Mail 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 a.lorz@uni-duesseldorf.de

Losch, Dr. phil. Dr. iur. Bernhard,
Professor,
Ulrich-Hofmaier-Str. 45, 86159 Augsburg,
(0829) 6609 6164

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

Ludwigs, Dr. Markus,
Universitätsprofessor,
Frankenberger Straße 52, 52066 Aachen;
Tiepolostraße 2b, 97070 Würzburg,
(0241) 95719015;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Europarecht, Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16,
97070 Würzburg,
(0931) 31-89979,
E-Mail ludwigs@jura.uni-wuerzburg.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

Lüdemann, Dr. iur. habil. Jörn,
Schloßstr. 47, 53115 Bonn,
(0228) 2420584 / (0176) 43105111;
Max-Planck-Institut zur Erforschung von
Gemeinschaftsgütern,
Kurt-Schumacher-Str. 10, 53113 Bonn,
E-Mail luedemann@coll.mpg.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,
E-Mail luther@sp.unipmn.it

Mächler, Dr. iur. August, Professor,
Schindellegistrasse 15,
CH-8808 Pfäffikon,
(0041) 554 1043 20;
Sicherheitsdepartement des Kt. Schwyz,
Postfach 1200, CH-6431 Schwyz,
(0041) 418 1920 02,
Fax (0041) 418 1920 19,
E-Mail august-maechler@swissonline.ch

März, Dr. Wolfgang, Professor,
Zelckstraße 1, 18055 Rostock,
(0381) 377 9255,
Fax (0381) 377 9256;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Verfassungsgeschichte,
Universität Rostock,
Ulmenstr. 69 (Haus 3),
18057 Rostock,
(0381) 498 8190,
Fax (0381) 498 118 8190,
E-Mail wolfgang.maerz@uni-rostock.de

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

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

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

Mahlmann, Dr. Matthias, Professor,
Lehrstuhl für Philosophie und Theorie
des Rechts, Rechtssoziologie
und Internationales Öffentliches Recht,
Universität Zürich,
Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,
(0041) 44634 1569,
Fax (0041) 44634 4391,
E-Mail lst.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

Mangold, Dr. Anna Katharina, Priv.-Doz.,
LL.M. (Cambridge),
Goethe-Universität Frankfurt am Main
Schumpeter Fellow,
Institut für Öffentliches Recht,
Theodor-W-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798 34283,
Fax (096) 798 34513,
E-Mail mangold@jur.uni-frankfurt.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

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

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

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;
 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

Marko, Dr. Joseph, o. Professor,
 Kasernstr. 35, A-8010 Graz,
 (0043) 316-46 2238;
 Institute of Austrian, European
 and Comparative 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

Marsch, Dr. Nikolaus, D.I.A.P. (ENA),
 Privatdozent,
 Haydnstr. 29, 79104 Freiburg;
 Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
 Institut für Informations- und Medienrecht,
 79085 Freiburg,
 (0761) 203-97735,
 Fax (0761) 203-97542,
 E-Mail nikolaus.marsch@jura.uni-freiburg.de

Marti, Dr. Arnold, Titularprofessor
 der Universität Zürich,
 Fernsichtstraße 5,
 CH-8200 Schaffhausen,
 (0041) 52-624 1810,
 E-Mail a.g.marti@swissonline.ch

Martínez Soria, Dr. José,
 Universitätsprofessor,
 Braschzeile 9, 14109 Berlin,
 (030) 8058-6766;

Stiftungsprofessur für Agrarrecht und
 Öffentl. Recht, Institut für Landwirtschafts-
 recht der Universität Göttingen,
 Juristische Fakultät,
 Platz der Göttinger Sieben 6,
 37073 Göttingen,
 (0551) 39-7415,
 Fax (0551) 39-91268,
 E-Mail jmartin@gwdg.de

Martini, Dr. Mario, Professor,
 Adams-Lehmann-Str. 8, 80797 München,
 (089) 3200 2610;
 Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaft,
 Deutsche Universität für Verwaltungs-
 wissenschaften Speyer,
 Freiherr-vom-Stein-Straße 2,
 67346 Speyer,
 (06232) 654-338,
 Fax (06232) 654-404,
 E-Mail martini@uni-speyer.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

Matz-Lück, Dr., Nele, Professorin, LL.M.,
 Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
 Christian-Albrechts-Platz 4;
 Ko-Direktorin des Walther-Schücking-
 Instituts für Internationales Recht,
 Walther-Schücking-Institut für
 Internationales Recht, beides: 24118 Kiel,
 (+49) 431 880-2083,
 Fax (+49) 431 880-1619,
 E-Mail nmatz@wsi.uni-kiel.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

Mayer, Dr. Franz, LL.M. (Yale),
 Universitätsprofessor,
 Universität Bielefeld, Lehrstuhl für Öffent-
 liches 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

Mayer-Tasch, Dr. Peter Cornelius,
 Professor,
 Am Seeberg 13, 86938 Schondorf,
 (08192) 8668;
 Geschwister-Scholl-Institut für Politische
 Wissenschaft der LMU München,
 Oettingenstraße 67,
 80538 München,
 (089) 288 0399-0,
 Fax (089) 288 0399-22

Mayrhofer, Dr. Michael,
 Assoz. Univ.-Professor,
 Schnopfhagenstraße 4/1,
 4190 Bad Leonfelden,
 Lehrstuhl für Österreichisches
 und Europäisches Öffentliches Recht,
 Leitung Abteilung für Technikrecht,
 Johannes Kepler Universität Linz,
 Institut für Verwaltungsrecht
 und Verwaltungslehre,
 Altenbergerstraße 69, 4040 Linz,
 (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

Merli, Dr. Franz, Universitätsprofessor,
 Universität Wien, Institut für Staats- und
 Verwaltungsrecht,
 Schottenbastei 10–16, A-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 (Sekr.) 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,
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,
Donnerbühlweg 30, CH-3012 Bern,
Assistenzprofessur für Völkerrecht und
Staatsrecht, Universität Zürich,
Rechtswissenschaftliches Institut,
Rämistraße 74/50,
CH-8001 Zürich,
(+41) 44 634 36 94,
Fax (+41) 44 634 49 11,
E-Mail daniel.moeckli@rwi.uzh.ch

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

Möstl, Dr. Markus, Professor,
Birkenstraße 77, 95447 Bayreuth,
(0921) 507 168;
Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaftliche Fakultät,
Universitätsstr. 30, 95440 Bayreuth,
(0921) 55-2866,
Fax (0921) 55-2041,
E-Mail markus.moestl@uni-bayreuth.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

Morlok, Dr. Martin, Professor,
Poßbergweg 51, 40629 Düsseldorf,
(0211) 2868 68;
Heinrich-Heine-Universität,
Juristische Fakultät,
Universitätsstr. 1, Gebäude 24.91,
40225 Düsseldorf,
(0211) 81 11465,
Fax (0211) 81 11460,
E-Mail 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

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

Mückl, 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

Müller, Dr. Andreas Th., LL.M. (Yale),
Assoziierter Professor, MMag.,
Institut für Europarecht und Völkerrecht,
Universität Innsbruck,
Innrain 52, 6020 Innsbruck,
(+43) 512 507 8326,
Fax (+43) 512 507 2651,
E-Mail andreas.mueller@uibk.ac.at

Müller, Dr. Bernhard, Privatdozent,
Lisseeweg 36/2, A-1210 Wien,
(0043) 676 934 9343;
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

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, Dr. Thomas,
Universitätsprofessor, LL.M.,
Universität Salzburg, Kapitelgasse 5–7,
A-5020 Salzburg,
(+43) 662/8044-3623,
Fax (+43) 662/8044-303,
E-Mail thomas.mueller2@sbg.ac.at

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 Volkswirtschaftslehre
der Universität Mannheim,
Schloss Westflügel, 68131 Mannheim,
(0621) 181-1857,
Fax (0621) 181 1860,
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

Mußnug, 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.Mussnug@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

Muzak, Dr. Gerhard, Universitätsprofessor,
Theodor-Körner-Gasse 20/8, A-1210 Wien;

Universität Wien, Institut für Staats-
und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043) 1 42 77 35423,
E-Mail gerhard.muzak@univie.ac.at

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

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

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

Nierhaus, Dr. Michael, Professor,
Am Moosberg 1c, 50997 Köln,
(02236) 636 29,
Fax (02236) 9637 95,
E-Mail michael@nierhaus.org

Nolte, Dr. Georg, Professor,
Bamberger Straße 32, 10779 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

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

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

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

Nowak, Dr. Carsten, Universitätsprofessor,
 Jevenstedter Str. 69g, 22547 Hamburg,
 (040) 880 0317;
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.
 Europarecht, Europa-Universität Viadrina
 Frankfurt (Oder),
 Große Scharmstr. 59,
 15230 Frankfurt (Oder),
 (0335) 5534-2710, -2711,
 Fax (0335) 5534-7 2711,
 E-Mail 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

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

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

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

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.oeschling@univie.ac.at

Oesch, Dr. Matthias, Professor,
Universität Zürich,
Rechtswissenschaftliches Institut,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht,
Rämistraße 74/18, CH-8001 Zürich,
(0041) 44 634 5952,
E-Mail 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

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

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

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. Lerke, Professorin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts
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.,
Mitterfeld 5a, 82327 Tutzing;
Institut für Politik und Öffentliches Recht,
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-3339,
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

Payandeh, Dr. Mehrdad, LL.M. (Yale),
Professor,
Moltkestr. 90, 40479 Düsseldorf;
Bucerius Law School,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,
(+49) 40 3 07 06-201,
Fax (+49) 40 3 07 06-235,
E-Mail mehrdad.payandeh@law-school.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,
E-Mail fjpeineberlin@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

Perthold-Stoitzner, Dr. Bettina,
Universitätsprofessorin,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Wien,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(+ 43) 1-4277-35425,
E-Mail bettina.perthold@univie.ac.at

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,
Stiepelers 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,
(030) 2000 21 20,
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

Pirker, Dr. Benedikt, Privatdozent,
Institut für Europarecht,
Universität Freiburg,
Avenue de Beaugard 11,
CH-1700 Fribourg,
(+41) 26 300 8362,
Fax (+41) 26 300 9776,
E-Mail benedikt.pirker@unifr.ch

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, Doctor et Profes-
 sor honoris causa der EÖTVÖS Lorand
 Universität Budapest/Ungarn (ELTE),
 Hermann-Jürgens-Str. 8,
 76829 Landau-Godramstein,
 (06341) 9693 81,
 Fax (06341) 9693 82,
 E-Mail r.pitschas.landau@t-online.de;
 Deutsche Universität für
 Verwaltungswissenschaften Speyer,
 Postfach 1409, 67324 Speyer,
 (06232) 654-345,
 Fax (06232) 654-305,
 E-Mail rpitschas@uni-speyer.de

Pöschl, Dr. Magdalena, Univ.-Prof.,
 Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
 Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
 (+43) 1-4277-354 71,
 E-Mail magdalena.poeschl@univie.ac.at

Polzin, Dr. Monika, Professorin,
 Juniorprofessur für Öffentliches Recht
 mit einem Schwerpunkt im Völkerrecht,
 Universität Augsburg, Juristische Fakultät,
 Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg,
 (0821) 598-4663,
 Fax (0821) 598-144663,
 E-Mail monika.polzin@jura.
 uni-augsburg.de

Poscher, Dr. Ralf,
 Universitätsprofessor,
 Zasiusstr. 6, 79102 Freiburg,
 (0761) 612 4191;
 Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
 Institut für Staatswissenschaft
 und Rechtsphilosophie,
 Abt. 2: Rechtsphilosophie,

Platz der Alten Synagoge 1,
 79085 Freiburg,
 (0761) 20397 570,
 Fax (0761) 20397 571,
 E-Mail rechtsphilosophie@jura.
 uni-freiburg.de

Potacs, Dr. Michael, Professor,
 Hammerschmidtgasse 5/3/2,
 A-1190 Wien,
 (+43) 1324 6623;
 Universität Wien,
 Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
 Abteilung Öffentliches Wirtschaftsrecht,
 Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
 (00 43) 1 4277 35452,
 E-Mail michael.potacs@univie.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

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

Pünder, Dr. Hermann, LL.M (Iowa),
 Universitätsprofessor,
 Hagedornstraße 25, 20149 Hamburg,
 (040) 4146 6934;
 Bucerius Law School,
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht
 (einschließlich Europarecht), Verwaltungs-
 wissenschaft und Rechtsvergleichung,
 Postfach 30 10 30, 20304 Hamburg,
 (040) 30706-260,

Fax (0 40) 30706-235,
E-Mail hermann.puender@law-school.de

Püttner, Dr. Dr. h.c. Günter, o. Professor,
Schwerdstraße 3, 67346 Speyer,
(06232) 71997

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

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

Ramsauer, Dr. Ulrich, Professor, VRiOVG,
Wiesenstraße 5, 20255 Hamburg,
(040) 4318 1 53;
Universität Hamburg,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Seminar für Verwaltungslehre,
Rothenbaumchaussee 33,
20148 Hamburg,
(040) 42838-4965,
Fax (040) 42838-5670,
E-Mail ulrich.ramsauer@uni-hamburg.de

Randelzhofer, Dr. Albrecht, o. Professor,
Wulffstr. 12, 12165 Berlin,
(030) 7926 085

Raschauer, Dr. Bernhard,
o. Universitätsprofessor,
Pfeilgasse 7/2/6, A-1080 Wien,
(+43) 1408 3353;
Universität Wien, Institut für Staats- und
Verwaltungsrecht, Abt. Wirtschaftsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(+43) 1 4277-35352,
Fax (0043) 1 4277-354 59,
E-Mail sekretariat.raschauer.staatsrecht@univie.ac.at

Raschauer, Dr. Nicolas,
Universitätsprofessor,
CHSH Rechtsanwälte Wien,
Parkring 2, A-1010 Wien,
(+43) 1-51435-451,
Fax (+43) 1-51435-35,
E-Mail nicolas.raschauer@gmail.com

Rasenack, Dr. Christian A.L., LL.M.,
Professor,
Taanusstr. 8, 12309 Berlin,
(030) 745 2543;
TU Berlin, Fakultät VIII, Institut für Volks-
wirtschaftslehre 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,
Am Kirschenberg 4, 35394 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, Universitätsprofessor,
Feldstraße 32a, 25469 Halstenbek,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 73-1949,
E-Mail philipp.reimer@uni-bonn.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 reinhardt@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,
Universität Augsburg, Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Europarecht,
Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg,
(0821) 598-4571,
Fax (0821) 598-4572,
E-Mail Sekretariat.Rensmann@jura.
uni-augsburg.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;
Professor an der Jacobs University Bremen,
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;

Institut Nauk Prawnych, Polskiej Akademii
Nauk, Nowy Swiat 72,
PL-00-030 Warszawa,
(06842) 9610140 und (0048) 22 826 78 53,
E-Mail d.richter@tu-bs.de

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 rinkens@uni-bremen.de

Rixen, Dr. Stephan, Universitätsprofessor,
Universität Bayreuth, Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftliche 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

Rodi, Dr. Michael, M.A.,
Universitätsprofessor,
Richardstr. 82, 12043 Berlin;
Universität Greifswald,

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Finanz- und Steuerrecht,
17487 Greifswald,
(03834) 420 21 00,
E-Mail mrodi@uni-greifswald.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

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 m.ronellenfisch@datenschutz.
hessen.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

Rozek, 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 rozek@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

Rüfner, Dr. Wolfgang, Professor,
Hagebuttenstr. 26, 53340 Meckenheim,
(02225) 7107,
E-Mail 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

Rütsche, Dr. Bernhard, Professor,
Jubiläumsstr. 87, CH-3005 Bern,
(0041) 313 1115 84,
E-Mail 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

Ruffert, Dr. Matthias, Professor,
Naumannstraße 12, 07743 Jena,
(03641) 6283880;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffent-
liches Recht und Europarecht,
Unter den Linden 6,
D-10099 Berlin,
(+49) 30 2093-3773,

Fax (+49) 30 2093-3449,
E-Mail matthias.ruffert@rewi.hu-berlin.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

Rupp, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,
Am Marienpfad 29, 55128 Mainz,
(06131) 345 88

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;
Mobil (0170) 855 4477,
E-Mail s.ruppert@outlook.de

Ruthig, Dr. Josef, Universitätsprofessor,
Dreiweidenstr. 6, 65195 Wiesbaden;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaften, Lehrstuhl für Öffentliches
Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung,
55099 Mainz,
(06131) 3920 964,
Fax (06131) 3924 059,
E-Mail Ruthig@uni-mainz.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

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

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

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

Sauer, Dr. Heiko, Professor,
Lehrstuhl für deutsches und europäisches
Verfassungs- und Verwaltungsrecht,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 73-62411,
E-Mail sauer@jura.uni-bonn.de

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

Saxer, Dr. Urs, Titularprofessor, LL.M.,
Höhenstraße 51, CH-8700 Küsnacht,
(0041-44) 422 4042;
Steinbrüchel Hüsey Rechtsanwältin,
Grossmünsterplatz 8, CH-8001 Zürich,
(0041) 44 69 4000,
Fax (0041) 269 4001,
E-Mail Saxer@steinlex.ch

Schachtschneider, Dr. Karl Albrecht,
o. Professor,
E-Mail 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

Schambeck, Dr. Dr. h.c. mult. Herbert,
em. o. Universitätsprofessor,
Präsident des Bundesrates i.R.,
Hofzeile 21, A-1190 Wien,
(0043-1) 3683494;
Universität Linz,
Altenbergerstraße 69, A-4040 Linz,
(0043-732) 2 4687 400

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

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

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,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(0931) 31-823 60,
Fax (0931) 31-8 6070,
E-Mail 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

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

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 (Sokr.),
Fax (0361) 737-4709,
E-Mail 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

Schiedermaier, 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

Schiedermaier, Dr. Stephanie,
Privatdozentin,
117er Ehrenhof 3, 55118 Mainz;
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,
(06131) 3925 536,
E-Mail schiedermaier@uni-mainz.de

Schilling, Dr. Theodor, apl. Professor,
Le Mas des Roses, Fontcaudette,
F-84220 Gordes;
Humboldt-Universität zu Berlin,
10117 Berlin,
(+49) 1578 1948 717,
Fax (+33) 651 44 04 04,
E-Mail theodorf.schilling@gmail.com

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

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

Schladebach, Dr. Marcus, LL.M.,
Privatdozent,
Düstere Straße 24/25, 37073 Göttingen,
E-Mail 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

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

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

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

Schmahl, Dr. Stefanie, LL.M., Professorin,
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

Schmalenbach, Dr. Kirsten, Professorin,
Markus Sittikus-Str. 19/20,
A-5020 Salzburg;
Fachbereich Öffentliches Recht/
Völkerrecht,
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

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

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

Schmidt, Dr. Reiner, o. Professor,
Bachwiesenstr. 5, 86459 Gessertshausen,
(08238) 4111,
Fax (08238) 609 01,
E-Mail Rein.Schmidt@t-online.de;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirt-
schaftsverwaltungsrecht 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-Knauß-Str. 86, 64285 Darmstadt,
(06151) 64710;
Universität Frankfurt,
60054 Frankfurt am Main,
(069) 798 221 89

Schmidt am Busch, Dr. Birgit, LL.M.
(Iowa),
außerplanmäßige Professorin,
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. Dr. h.c. mult.
Eberhard, o. Professor,
Höhenstr. 30, 69118 Heidelberg,
(06221) 8008 03;
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg,
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

Schmitz, Dr. Thomas, Professor,
DAAD-Langzeitdozent für Rechtswissen-
schaften,
Zentrum für deutsches Recht,
Truong Dai hoc Luat Ha Noi
(Rechtshochschule Hanoi),
87 Nguyen Chi Thanh,

Dong Da, Hanoi, Vietnam,
+84 125.223.8069 (MEZ +6);
in Deutschland: Mittelstraße 1,
31535 Neustadt am Rübenge,

E-Mail tschmitt1@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

Schneider, DDr. Christian F.,
Priv.-Dozent,
Franz-Keim-Gasse 44/13,
A-2345 Brunn am Gebirge;
bpv Hügel Rechtsanwältinnen OG,
Ares-Tower, Donau-City-Straße 11,
A-1220 Wien,
(0043) 1 260 50-204,
E-Mail christian.schneider@
bpv-huegel.com

Schneider, Dr. Dr. h.c. Hans-Peter,
em. Professor,
Deutsches Institut
für Föderalismusforschung,
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

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

Schneider, Dr. Karsten, Privatdozent,
Akademischer Oberrat a.Z.,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn, Institut für Öffentliches Recht –
Abteilung Europarecht,
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(+49) 228 9156244,
E-Mail karsten.schneider@jura.uni-bonn.de

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

Schöbener, Dr. Burkhard, Professor,
Am Glölsberg 27, 97342 Oberbreit,
(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

Schönberger, Dr. Christoph, Professor,
Universität Konstanz,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Postfach D 110, Universitätsstr. 10,
78457 Konstanz,
(07531) 88-3004,
Fax (07531) 88-4008,
E-Mail Christoph.Schoenberger@
uni-konstanz.de

Schönberger, Dr. Sophie-Charlotte,
Professorin,
Universität Konstanz,
Universitätsstraße 10, 78457 Konstanz,
(07531) 88-3654,
Fax (07531) 88-2194,

E-Mail Sophie.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

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; Universität München, Institut für Politik und Öffentliches Recht, Ludwigstr. 28/RG, 80539 München, (089) 2180-2113, E-Mail rupert.scholz@jura.uni-muenchen.de

Schorkopf, Dr. Frank, Professor, Ehrengard-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

Schott, Dr. Markus, Privatdozent, Rütistr. 38, CH-8032 Zürich, (0041) 44363 1444; Bär & Karrer AG, Brandschenkestr. 90, CH-8027 Zürich, (0041) 58261 5000,

Fax (0041) 58263 5477, E-Mail markus.schott@baerkarrer.ch

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

Schröder, Dr. Meinhard, Professor, Universität Passau, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Informationstechnologierecht, Innstr. 39 – Juridicum, 94032 Passau, (0851) 509-2380, Fax (0851) 509-2382, E-Mail meinhard.schroeder@uni-passau.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

Schröder, Dr. Ulrich Jan, Privatdozent, Goebenstraße 19, 48151 Münster; Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Universitätstraße 14–16, 48143 Münster, 0251/8322701, Fax 0251/8328315, E-Mail jan.schroeder@uni-muenster.de

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,
(+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 (Sokr.), -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

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;
Bundeswirtschaftskammer,
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 Bischofzell,
(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. Angela, Privatdozentin,
Heinrich-Roller-Str. 6, 10405 Berlin;
Humboldt-Universität zu Berlin –
Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(+49) 30 2093 3367,
E-Mail angela.schwerdtfeger@rewi.hu-berlin.de

Schwerdtfeger, Dr. Gunther,
Universitätsprofessor,

Hülsebrinkstr. 23,
30974 Wennigsen/Deister,
(05103) 1311;
Juristische Fakultät, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 762-8 69

Seckelmann, Dr., Margrit, Privatdozentin,
Ringstr. 21, 69115 Heidelberg,
Geschäftsführerin des Deutschen
Forschungsinstituts für
öffentliche Verwaltung,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,
(06232) 654-387,
E-Mail seckelmann@foev-speyer.de

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,
Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre
und Rechtsphilosophie, Friedrich-Ebert-
Platz 1, 69117 Heidelberg,
(+49) 6221/54-7469,
Fax (+49) 6221/54-161-7468,
E-Mail sekretariat.seibert-fohr@jurs.uni-heidelberg.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) 85 24097,
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 thorsten.siegel@fu-berlin.de,
Sekretariat: sekretariat.siegel@rewiss.
fu-berlin.de

Siehr, Dr. Angelika, LL.M. (Yale),
Professorin,
Zickzackredder 9, 24850 Schuby,
(04621) 9488 88;
Universität Bielefeld, Lehrstuhl für öffent-
liches Recht, Völkerrecht, Rechtsphiloso-
phie 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 geld-und-waehrung@
imfs-frankfurt.de

Simon, Dr. Sven, Universitätsprofessor,
Philipps-Universität Marburg,
Lehrstuhl für Völkerrecht und Europarecht
mit öffentlichem Recht,
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg,
(06421) 28 231 31 oder
(06421) 28 231 27 (Sekretariat),
Fax (06421) 28 238 53,
E-Mail sven.simon@uni-marburg.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-Witten-
berg, Juristische und Wirtschaftswissen-
schaftliche 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,
Epanerstr. 9, 94036 Passau,
(0851) 58520;
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats-
und Verwaltungsrecht insbesondere
Finanz- und Steuerrecht,
94032 Passau,
(0851) 509-2350,
Fax (0851) 509-2352,
E-Mail hsoehndr@web.de

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

Sommermann, Dr. Karl-Peter,
Universitätsprofessor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Staatslehre und Rechtsvergleichung,
Deutsche Universität für Verwaltungs-
wissenschaften 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 Döhmman, 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

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. Dominik, Professor,
Mehringdamm 45, 10961 Berlin,
KU Leuven, Faculty of Law, Tiensestraat 41,
3000 Leuven, Belgien,
E-Mail dominik.steiger@kuleuven.be

Steiger, Dr. Heinhart,
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

Steinbach, Dr. Dr. Armin, Privatdozent,
Max-Planck Institute zur Erforschung
von Gemeinschaftsgütern,
Kurt-Schumacher-Str. 10, 53113 Bonn,
E-Mail steinbach@coll.mpg.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 rs@themistokles.net

Stober, Dr. Dr. h.c. mult. Rolf,
Universitätsprofessor,
Prins-Claus-Str. 50, 48159 Münster,
(0251) 16241 62,
Fax (0251) 16241 63,
Fakultät für Wirtschafts- und Sozial-
wissenschaften, Universität Hamburg,
Department Wirtschaftswissenschaften,
Institut für Recht der Wirtschaft,

Max-Brauer-Allee 60, 22765 Hamburg,
(+ 49) 40 42838-4621,
Fax (+49) 40 42838-6458,
E-Mail rolf-stober@gmx.de

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,
Ragnitztalweg 82/1, 8047 Graz;
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,
Hansaal 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;
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

Stumpf, Dr. Dr. Christoph, Privatdozent,
Taylor Wessing,
Hanseatic Trade Center,
Am Sandtorkai 41, 20457 Hamburg,
(+49) 40 36 80 30,
Fax (+49) 40 36 80 3280,
E-Mail 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;
Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,

(0931) 31-82897 oder 31-82899,
E-Mail 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

Talmon, D. Phil. (Oxon.) Stefan, LL.M.
(Cantab.), Universitätsprofessor,
Institut für Völkerrecht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 7391 72 od. 7339 32 (Sekt.),
Fax (0228) 7391 71,
E-Mail talmon@jura.uni-bonn.de

Tappe, Dr. Henning, Universitätsprofessor,
Kernscheider Höhenweg 13,
54296 Trier,
(0651) 56154062;
Universität Trier, Fachbereich V –
Rechtswissenschaft,
Universitätsring 15, 54296 Trier,
(0651) 201-2576 oder -2577,
Fax (0651) 201-3816,
E-Mail tappe@uni-trier.de

Thiel, Dr. iur. Dr. rer. publ. Markus,
Universitätsprofessor,
Frangenheimstraße 27, 50931 Köln,
(0221) 40 87 83,
Deutsche Hochschule der Polizei,
Fachgebiet III.4 – Öffentliches Recht
mit Schwerpunkt Polizeirecht,
Zum Roten Berge 18–24, 48165 Münster,
(02501) 806 339,
E-Mail Markus.Thiel@dhpohl.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 9,
E-Mail alexander.thiele@jura.
uni-goettingen.de

Thiemann, Dr. Christian, Privatdozent,
Johannes-Gutenberg-Universität,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europarecht, Finanz- und Steuerrecht,
Fachbereich Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaften,
Jakob-Welder-Weg 9, Zimmer 03-224,
55128 Mainz, 06131/39 2206,
E-Mail LS-Thiemann@uni-mainz.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@univie.ac.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;
Stiffler & Partner Rechtsanwälte,
Postfach 1072, CH-8034 Zürich,
E-Mail 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

Thym, Dr. Daniel, LL.M. (London),
Professor,
Helene-Merk-Str. 3, 78467 Konstanz,

Universität Konstanz, Lehrstuhl für Öffent-
liches Recht, Europa- und Völkerrecht,
Fach 116, Universitätsstr. 10,
78457 Konstanz,
07531-88-2247,
E-Mail 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-Witten-
berg, Juristische Fakultät, Juridicum,
Universitätsplatz 5, 06108 Halle (Saale),
(0345) 552-3180,
Fax (0345) 552-7201,
E-Mail tietje@jura.uni-halle.de

Tomuschat, Dr. Christian, Professor,
Odiolostraße 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

Towfigh, Dr. Emanuel V., Professor,
(0228) 97148677,
Fax (0228) 97148678;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Empirische Rechtsforschung
und Rechtsökonomie,
Gustav-Stresemann-Ring 3,
65189 Wiesbaden,
(0611) 7102-2253,
Fax (0611) 7102-10-2253,
E-Mail emanuel@towfigh.net

Traulsen, Dr. Christian, Professor,
Professur für öffentliches Recht mit
Schwerpunkt Sozialversicherungsrecht,

Hochschule für öffentliche Verwaltung
und Finanzen Ludwigsburg,
Reuteallee 36,
71634 Ludwigsburg,
(07141) 140-491,
E-Mail christian.traulsen@
hs-ludwigsburg.de

Trute, Dr. Hans-Heinrich,
Universitätsprofessor,
Wettpfplatz 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

Tschentscher, Dr. Axel, LL.M.,
Professor,
Lehrstuhl für Staatsrecht, Rechts-
philosophie und Verfassungsgeschichte,
Universität Bern,
Institut für öffentliches Recht,
Schanzeneckstraße 1, CH-3001 Bern,
(0041) 31-631 8899 (direkt),
(0041) 31-631 3236 (Sekretariat),
Fax (0041) 31-631 3883,
E-Mail axel.tschentscher@oefre.unibe.ch

Uebersax, Dr. Peter, Profesor,
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, insb.
für Staatsrecht, Allgemeine Staatslehre
und Verfassungstheorie, Juristenfakultät,
Technische Universität Dresden,
01062 Dresden,
Burgstraße 21, 04109 Leipzig,
(0341) 97-35250,
Fax (0341) 97-35259,
E-Mail arnd.uhle@uni-leipzig.de

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

Ullrich, Dr. Norbert, Professor
Gaußstraße 5, 37127 Dransfeld,
(0176) 21822254;
Privatdozent am Institut für
Allgemeine Staatsrechtslehre
und Politische Wissenschaften,
Nikolausberger Weg 17, 37073 Göttingen,
E-Mail ullrichgoe@aol.com

Unger, Dr. Sebastian, Univ.-Professor,
Flemingstraße 1, 22299 Hamburg,
Ruhr-Universität Bochum,
Juristische Fakultät,
Massenbergstraße 11, 44787 Bochum,
(0234) 32-22781,
Fax (0234) 32-14855,
E-Mail sebastian.unger@rub.de

Ungern-Sternberg, Dr. Antje von, M.A.,
Univ.-Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,

Universität Trier,
 FB V – Rechtswissenschaft, 54286 Trier,
 (0651) 201-2542,
 Fax (0651) 201-3905,
 E-Mail vonungern@uni-trier.de

Unruh, Dr. Peter, apl. Professor,
 Hakensoll 8a, 24226 Heikendorf;
 Nordelbisches Kirchenamt,
 Dänische Str. 21–35, 24103 Kiel,
 E-Mail punruh@gwdg.de

Vallender, Dr. Klaus A., Professor,
 Unterbach 4, CH-9043 Trogen,
 (004171) 9427 69;
 Law School St. Gallen, IFF,
 Vambüelstrasse 19. 4,
 CH-9000 St. Gallen,
 (0041-71) 224 2519,
 Fax (0041-71) 229 2941,
 E-Mail klaus.vallender@unisg.ch

Valta, PD Dr. Matthias,
 Balinger Str. 67, 70567 Stuttgart,
 (0711) 78789924;
 Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf,
 Universitätsstraße 1, 40225 Düsseldorf,
 Gebäude 24.81, Etage/Raum U1.50,
 (+49) 211 81-15868,
 Fax (+49) 211 81-15870,
 E-Mail LS.Valta@hhu.de

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, Titularprofessor,
 Zentralstr. 12, CH-8604 Volketswil,
 (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

Voßkuhle, 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,
(0761) 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,
Lennéstraße 47, 53113 Bonn,
(0228) 2 89 10 64;
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-Aebystrasse 29,
CH-3186 Düringen,
(+41) 26 493 5705;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität Freiburg,
Av. Beauregard 1, CH-1700 Freiburg,
(+41) 26 300 8147,
E-Mail bernhard.waldmann@unifr.ch

Wallerath, Dr. Maximilian,
Universitätsprofessor,
Gudenauer Weg 86, 53127 Bonn,
(0228) 2832 02,
Universität Greifswald, Rechts- und
Staatswissenschaftliche Fakultät,
17487 Greifswald,
(03834) 8621 44,
Fax (03834) 868 0077,
E-Mail max.wallerath@web.de

Wallrabenstein, Dr. Astrid, Professorin,
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Fachbereich Rechtswissenschaften,
Professur für Öffentliches Recht
mit einem Schwerpunkt im Sozialrecht,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4,
60629 Frankfurt am Main,
(069) 798-34 287,
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,
(0541) 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) 85 29285,
Fax (09131) 85 26439,
E-Mail 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

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

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 weiss@uni-speyer.de

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, Abtei-
lung Sozialpolitik, Recht und Soziologie,
Arnold-Bode-Str. 10, 34109 Kassel,
(0561) 8042 970,
E-Mail mail@felix-welti.de

Wendel, Dr. Mattias, Privatdozent,
Lehrstuhlvertretung am Lehrstuhl für
Öffentliches Recht und Europarecht,
Freie Universität Berlin,
Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin,
(+49) 30 838-51456,
Fax (+49) 30 838-451456,
E-Mail mattias.wendel@fu-berlin.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,
Rechtswissenschaftliche 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

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

Wessely, Dr. Wolfgang, Privatdozent,
Universität Wien, Institut für Staats-
und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(+43) 1 9005 11216,
Fax (+43) 1 9005 11210,
E-Mail 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

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,
Bergmannngasse 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

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 Öffentli-
ches 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 Besonderes 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 Wirt-
schaftswissenschaftliche 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,
Universitätsprofessor,
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, apl. Professor;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswis-
sensschaften,
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

Verlag Medien und Recht GmbH,
 Danhausergasse 6, A-1040 Wien,
 (0043) 1505 2766,
 Fax (0043) 1505 2766-15

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

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

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

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

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) 4295-42222

Wolff, Dr. Heinrich Amadeus, Professor,
 Rudolf-Ditzen-Weg 12,
 13156 Berlin,
 030-48097948, mobil 0163-9012445,
 Fax 032226859576,
 E-Mail HeinrichWolff@t-online.de;
 Universität Bayreuth, Rechts- und Wirt-
 schaftswissenschaftliche Fakultät,
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Recht
 der Umwelt, Technik und Information I,
 Universitätsstraße 30, D-95447 Bayreuth,
 Gebäude RW I, Raum 1.0.01.106,
 0921-556030 – Sekretariat -6031,
 Fax 0921-556032,
 E-Mail Heinrich.wolff@uni-bayreuth.de

Wittmann, Dr. Heinz,
 a.o. Universitätsprofessor,
 Steinböckengasse 4/14, A-1140 Wien,
 (0043) 1914 3175;

Wolfrum, Dr. Dr. h.c. Rüdiger, o. Professor,
 Mühltalstr. 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,
Sandrainstrasse 58, CH-3007 Bern,
(0041) 31 372 06 12,
mobil (0041) 79 285 80 05,
E-Mail mpwyss@bluewin.ch;
Stellvertretender Chef Fachbereich II
für Rechtsetzung, Bundesamt für Justiz,
Bundesrain 20, CH-3003 Bern,
(0041) 58 462 75 75,
Fax (0041) 58 462 78 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

Zezschwitz, 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 Verwaltungs-
wissenschaften 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,
(+39) 382-98 4437,
Fax (+39) 382-98 4435,
E-Mail jacques.ziller@unipv.it

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

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) ¹Der Verein führt den Namen „Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“. ²Er 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 hat¹ und

¹ 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 Universität² einschließlich der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist oder gewesen ist.

(2) ¹Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. ²Ist 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. ³Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Absicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. ⁴Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. ⁵Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

§ 4

¹Abweichend 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.

²Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlich begründeten Vorschlag von mindestens zehn Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. ³Für das weitere Verfahren findet § 3 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 entsprechende Anwendung.

² 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) ¹Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahr an einem vom Vorstand zu bestimmenden Ort stattfinden. ²In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. ³Die Mitgliederversammlung wird vom Vorstand unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen schriftlich oder in elektronischer Form unter Angabe der Tagesordnung einberufen. ⁴Auf 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) ¹Verlauf und Beschlüsse der Mitgliederversammlung werden protokolliert. ²Der Protokollführer wird vom Versammlungsleiter bestimmt. ³Das Protokoll ist vom Versammlungsleiter und vom Protokollführer zu unterzeichnen. ⁴Es 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).

§ 6³

(1) ¹Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. ²Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. ³Der Vorstand wird von der Mitgliederversammlung auf zwei Jahre gewählt; er bleibt jedoch bis zur Bestellung eines neuen Vorstandes im Amt. ⁴Zur Vorbereitung der Jahrestagung ergänzt sich der Vorstand um ein Mitglied, das kein Stimmrecht hat. ⁵Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet. ⁶Auf der nächsten Mitgliederversammlung findet eine Nachwahl für den Rest der Amtszeit des Ausgeschiedenen statt.

(2) ¹Der Verein wird gerichtlich und außergerichtlich durch ein Mitglied des Vorstandes, in der Regel durch den Vorsitzenden, vertreten. ²Innerhalb seines ihm nach Absatz 1 Satz 2 zugewiesenen Aufgabenbereichs ist das jeweilige Vorstandsmitglied alleinvertretungsberechtigt; insbesondere ist in allen finanziellen Angelegenheiten dasjenige Vorstandsmitglied allein-

³ § 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. ³Das nach Absatz 1 Satz 4 kooptierte Mitglied des Vorstandes ist in allen Angelegenheiten alleinvertretungsberechtigt, die die Vorbereitung und Durchführung der Jahrestagung betreffen. ⁴Ist 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

¹Über 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. ²Ein solcher Beschluss bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

§ 9

¹Der Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. ²Der 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) ¹Der Austritt erfolgt durch schriftliche Erklärung gegenüber einem Mitglied des Vorstandes. ²Für die Erklärung ist eine Frist nicht einzuhalten. ³Der Austritt wird zum Schluss des Kalenderjahres vollzogen.

(3) ¹Ein Mitglied kann durch Beschluss des Vorstandes von der Mitgliederliste gestrichen werden, wenn es trotz zweimaliger schriftlicher Mahnung mit der Beitragszahlung in Rückstand ist. ²Die 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. ³Die Streichung ist dem Mitglied mitzuteilen.

(4) ¹Ein Mitglied kann durch Beschluss des Vorstandes aus dem Verein ausgeschlossen werden, wenn es in grober Weise gegen die Vereinsin-

teressen verstoßen hat. ²Vor der Beschlussfassung ist dem Mitglied unter Einräumung einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. ³Der Beschluss über den Ausschluss ist schriftlich zu begründen und dem Mitglied zuzusenden. ⁴Gegen den Beschluss des Vorstandes kann das Mitglied innerhalb eines Monats nach Zugang der Entscheidung des Vorstandes die Mitgliederversammlung anrufen. ⁵Die 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.