

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Band 70

Der Schutzauftrag des Rechts

Martin Nettesheim, Oliver Diggelmann

Grundrechtsschutz der Privatheit

Joachim Lege, Thorsten Kingreen

**Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit
im Gesundheitswesen**

Elke Gurlit, Michael Fehling

Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

Johannes Hellermann, Wolfgang Durner

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

Referate und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Berlin vom 29. September bis 2. Oktober 2010

De Gruyter

Redaktion: Prof. Dr. Wolfram Höfling M.A. (Köln)

ISBN 978-3-11-024854-8
eISBN 978-3-11-026221-6

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2011 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/Boston

Druck: Strauss GmbH, Mörlenbach

Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Inhalt

Jahrestagung 2010	5

Der Schutzauftrag des Rechts

Erster Beratungsgegenstand

Grundrechtsschutz der Privatheit

1. Referat von Professor Dr. Martin Nettesheim	7
Leitsätze des Referenten	44
2. Referat von Professor Dr. Oliver Diggelmann	50
Leitsätze des Referenten	78
3. Aussprache und Schlussworte	82

Zweiter Beratungsgegenstand

Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen

1. Referat von Professor Dr. Joachim Lege	112
Leitsätze des Referenten	150
2. Referat von Professor Dr. Thorsten Kingreen	152
Leitsätze des Referenten	190
3. Aussprache und Schlussworte	195

Dritter Beratungsgegenstand

Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

1. Referat von Professorin Dr. Elke Gurlit	227
Leitsätze der Referentin	274
2. Referat von Professor Dr. Michael Fehling	278
Leitsätze des Referenten	330
3. Aussprache und Schlussworte	338

Vierter Beratungsgegenstand

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

1. Referat von Professor Dr. Johannes Hellermann	366
Leitsätze des Referenten	391
2. Referat von Professor Dr. Dr. Wolfgang Durner	398
Leitsätze des Referenten	445
3. Aussprache und Schlussworte	448
 Verzeichnis der Redner	 469
 Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre	 471
 Satzung der Vereinigung	 605

Jahrestagung 2010

Die 70. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V. fand vom 29. September bis 2. Oktober 2010 an der Humboldt-Universität zu Berlin statt. Die Staatsrechtslehrervereinigung traf sich damit zum fünften Mal – häufiger als an allen anderen Orten – in der Stadt, in welcher sie 1922 gegründet wurde. Das Treffen fiel mit dem 200-jährigen Jubiläum der Humboldt-Universität zu Berlin – zunächst Berliner Universität, später Friedrich-Wilhelms-Universität genannt – zusammen. An der Tagung nahmen etwa 575 Personen teil, 400 Kolleginnen und Kollegen sowie 175 Besucher – ausländische Gäste, Vertreter von juristischen Verlagen und Begleitpersonen.

In der Mitgliederversammlung am 29. September 2010 wurde zu Beginn der seit der letzten Jahrestagung verstorbenen Mitglieder *Thilo Brandner*, *Hugo J. Hahn*, *Andreas Sattler*, *Dimitris Tsatsos*, *Hans Schneider*, *Cornelia Vismann* und *Heinrich Wilms* gedacht. Die Vereinigung wird ihnen ein ehrendes Andenken bewahren.

Im gleichen Zeitraum wurden 27 neue Mitglieder aus Deutschland, Österreich und der Schweiz in die Vereinigung aufgenommen. Die Mitgliederzahl hat damit erstmalig die Marke von siebenhundert überschritten. Zum Zeitpunkt der Tagung gehörten 705 Mitglieder der Staatsrechtslehrervereinigung an. In der Mitgliederversammlung wurde eine Ergänzung der Erläuterung der Mitgliederversammlung von 3. 10. 1979 betreffend § 3 Abs. 1 b) der Satzung der Staatsrechtslehrervereinigung zum Begriff der Universität verabschiedet. Ferner stimmte die Mitgliederversammlung der Einrichtung und Angliederung eines neuen Arbeitskreises – Gesprächskreis Grundlagen des öffentlichen Rechts – an die Staatsrechtslehrervereinigung zu.

Das wissenschaftliche Programm der Jahrestagung stand unter dem Generalthema „Der Schutzauftrag des Rechts“. Die acht Berichte zu den vier Themenstellungen behandelten den Grundrechtsschutz der Privatheit, die Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, den Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht und den Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht. Eine lebhaft, von *Wolfram Höfling* und *Oliver Lepsius* moderierte Aussprache, die zusammen mit den Referaten in diesem Band dokumentiert wird, hat den wissenschaftlichen Ertrag der Tagung weiter gesteigert und zum Erkenntnisgewinn beigetragen. Gefördert worden ist die Diskussion auch dadurch, dass die Referenten zuvor um thesenhafte Zuspitzung gebeten worden sind.

Das Rahmenprogramm der Tagung begann bereits am Vorabend (28. September 2010), an dem die neu aufgenommenen Mitglieder und

ihre Mentoren zu einem Begrüßungssessen eingeladen wurden. Am Eröffnungstag (29. September 2010) trafen sich die Gesprächskreise „Europäisches Verfassungsrecht“ und „Verwaltung“ zu Beratungen. Behandelt wurden zum einen das Thema „Kulturelle Einheit und Differenzen in Europa“ mit Referaten von *Ulrich Haltern* zur „Politik der Kultur als Selbstvergewisserung? – Zur Suche nach Eigenem und Fremdem in Europa“ sowie *Matthias Mahlmann* zu den „Grundrechtstheorien in Europa – Kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt“, zum anderen das Thema „Evaluation von Verwaltungsleistungen“ mit Referaten von *Susanne Kuhlmann* sowie *Veith Mehde*.

Die Tagungsberatungen wurden eröffnet durch ein Grußwort der Studiendekanin der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Frau Kollegin Professorin Dr. *Susanne Baer*, und umrahmt von drei abendlichen Empfängen. Der Empfang am Mittwochabend (29. September 2010) fand im Museum für Naturkunde statt und wurde von dem Präsidenten der Humboldt-Universität zu Berlin, Herrn Professor Dr. *Markschies*, und dem Regierenden Bürgermeister von Berlin, vertreten durch die Senatorin für Justiz, Frau *von der Aue*, ausgerichtet. Das Naturkundemuseum ist von dem Direktor, Prof. Dr. *Leinfelder*, vorgestellt worden. Am Donnerstagabend (30. September 2010) traf sich die Vereinigung im Bundesratsgebäude, am Freitagabend (1. Oktober 2010) in der Deutschen Parlamentarischen Gesellschaft, unmittelbar neben dem Deutschen Bundestag gelegen. Gastgeber waren der Präsident des Bundesrates, vertreten durch den Verwaltungsdirektor *Brouër*, sowie der Präsident des Deutschen Bundestages, vertreten durch den Bundestagsvizepräsidenten *Thierse*. Der traditionelle Ausflug am Samstag mit einer Bootsfahrt von Wannsee nach Caputh beschloss die Jahrestagung.

Der besondere Dank der Vereinigung gilt unserer in den Vorstand kooptierten Kollegin *Rosemarie Will*, die mit großem Einsatz die Tagung hauptsächlich organisiert hat. Wir danken ferner allen Fakultätskollegen, die sich an der Organisation beteiligt haben, sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von Frau *Will*. Die vielfältigen Angebote des nichtwissenschaftlichen Programms haben dazu beigetragen, den Teilnehmerinnen und Teilnehmern das historische, kulturelle und politische Berlin näherzubringen und die Tagung insgesamt zu einer Veranstaltung zu machen, die in Erinnerung bleiben wird.

Dirk Ehlers

Erster Beratungsgegenstand:

Grundrechtsschutz der Privatheit

1. Referat von Professor Dr. *Martin Nettesheim*, Tübingen

Inhalt

	Seite
I. Die voyeuristische Kultur	8
II. Privatheit: Zwischen einer sozialen Institution und einem Produkt der Politik	14
III. BVerfG: Vom Verfassungsschutz der Privatsphäre zum politisierten „Persönlichkeitsschutz“	17
IV. Dogmatikanalyse	21
1. Schutz vor staatlichem Eindringen	21
2. Sonstige Formen staatlicher Verbildlichung	25
3. Schutzpflichten	30
V. Ein Neuansatz: Schutz vor freiheitsbeeinträchtigender Vergegenbildlichung	33
1. Grundrechtliche Anforderungen an den Staat	35
a) Beschränkungen der Datenerhebung	35
b) Erstellung und Zusammenführung von Information	36
c) Nutzung von Gegenbildern	37
2. Anforderungen im horizontalen Verhältnis	38
a) Datenerhebung und -nutzung ohne Zustimmung	39
b) Verarbeitung und Verwertung freiwillig preisgebener Daten und Informationen	41
3. Schlussfolgerung: Umstellung der Dogmatik von der Datenerhebung auf die Informationsbildung	43

I. Die voyeuristische Kultur

Die Identität konstituiert sich immer über den anderen. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* betrachtete den Kampf um Anerkennung als Quelle des Selbstbewusstseins.¹ Eine Person ist nur, wenn sie der andere anerkennt als die, die sie ist. Erst der andere bestätigt die Existenz der Persönlichkeit und verleiht Subjektivität. Der Kampf um Anerkennung ist für *Hegel* ein Kampf auf „Leben und Tod“. Er bestimmt, ob wir Herr oder Knecht werden. Die Entstehung unseres Selbstbewusstseins hängt damit von intersubjektiven Gegebenheiten ab, über die nur begrenzte Verfügungsmacht besteht. Aber auch *im* intersubjektiven Verhältnis bedrängt uns, wie *Jean-Paul Sartre* betonte, der je andere:² Sein Blick kann immer auch bedrohlich oder beschämend ausfallen. Das Beobachtetwerden kann uns festlegen und Handlungsmöglichkeiten nehmen.³ Auf diese Gegebenheiten reagiert das Konzept der *Privatheit*. Mit ihm lassen sich Lagen bezeichnen, in denen wir dem Zugriff der anderen nicht umstands- und willenlos ausgesetzt sind.⁴ Diese Lagen können gegenständlich (das Körperliche), räumlich (Wohnung) oder als Ausschnitte des sozialen Lebens (menschliche Kommunikation, Schutz vor der Bedrängung durch Gegenbilder) definiert sein. Der Schutz kann umfassend sein, kann sich aber auch nur auf einzelne Formen des Zugriffs oder der Produktion von Gegenbildern beziehen. Er kann eher defensiv ausgerichtet sein (das Recht, allein gelassen zu werden⁵), kann sich aber auch auf öffentliche Räume beziehen. Er kann physisch, konventionell, moralisch oder rechtlich bewirkt werden. Privatheit grenzt Sphären und Räume ab, regelt Macht-, Kontroll- und Zugangsbefugnisse.

¹ *G. W. F. Hegel*, *Phänomenologie des Geistes*, 1807.

² *J.-P. Sartre*, *Das Sein und das Nichts* (1943), 2007, S. 405, 424 ff.

³ *B. Rössler*, *Der Wert des Privaten*, 2001, 240 f.; *G. Britz*, *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung*, 2007, 28; *U. di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Loseblatt, 59. Erg.-Lfg. (Juli 2010), Art. 2 I Rdnr. 166.

⁴ Überblick über die hier nicht vorstellbare Vielzahl von Konzeptionen etwa bei *J. Rachels*, *Why Privacy is Important*, in: *Philosophy and Public Affairs* 4 (1975), 323; *F. D. Schoeman* (Hrsg.), *Philosophical Dimensions of Privacy – An Anthology*, 1984; *B. Rössler*, *Der Wert des Privaten* (oben Fn. 3), 11 ff.

⁵ Zum US-amerikanischen Verständnis: *D. J. Solove/P. M. Schwartz*, *Information Privacy Law*, 2009, 33 f.; *C. Fried*, *Privacy*, in: *Yale Law Journal* 77 (1968), 475; *W. Brugger*, *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre in den Vereinigten Staaten von Amerika*, AöR 108 (1983), 25; *R. Kamlah*, *Right of Privacy. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in amerikanischer Sicht*, 1969. Den Anstoß zur Entwicklung eines (zunächst: einfachrechtlichen) Privatheitskonzepts haben *S. Warren/L.D. Brandeis*, *The Right to Privacy*, HLR 4 (1890), 193.

In der Auflösung der beschriebenen Spannungslage scheint es gewisse anthropologische Konstanten zu geben.⁶ Vor allem aber ist die Art, wie mit ihr umgegangen wird, Ausdruck kultureller Prägung. Privatheit ist keine natürliche Tatsache. Sie ist soziale Wirklichkeit in der Geschichte;⁷ sie wird von einzelnen Gesellschaften in je unterschiedlicher Weise konstruiert.⁸ Sie kann als Residuum des in die Gesellschaft eintretenden freien Menschen,⁹ aber auch als gesellschaftlich zugestandenes Privileg¹⁰ des einzelnen oder der Familie¹¹ verstanden werden. Sie kann Freiheit, aber auch Status zum Gegenstand haben.¹² Als Begriff, der seinen Gegenstand nicht unmittelbar in der realen Welt findet, knüpft Privatheit an beweglichen Gegebenheiten an, ist den Wellen sozialen Geschehens ausgesetzt. Nur zu häufig veranlasst dies zur alarmierten Klage. Immer wieder hat man Grenzverschiebungen und Ver-

⁶ Nach *H. P. Duerr*, Nacktheit und Scham, 1988, entwickelten die Mitglieder aller menschlichen Gesellschaften zu allen Zeiten eine Körperscham sowie das Bedürfnis nach Wahrung ihrer Intimsphäre.

⁷ Überblicke etwa bei *R. Wacks*, Privacy, 2010; *B. Moore*, Privacy: Studies in Social and Cultural History, 1984. Zur deutschen Verwaltungsgeschichte etwa: *K. von Lewinski*, Geschichte des Datenschutzrechts 1600 bis 1977, in: F. Arndt u. a. (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 2009, 196; *J. Ostermann*, Datenschutz, in: Jeserich u. a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5, 1987, 1112; *W. von Rienen*, Frühformen des Datenschutzes? 1984.

⁸ Insofern verwundert es nicht, dass immer wieder neue Konzeptionalisierungen schutzbedürftiger Privatheit unterbreitet werden. Vgl. etwa *B. Rössler*, Der Wert des Privaten (oben Fn. 3) (mit umfassendem Überblick über den Diskussionsstand); *R. C. Post*, Three Concepts of Privacy, Georgia Law Review 89 (2001), 2087 ff.; *R. Wacks* (Hrsg.), Privacy, Vol. I: The Concept of Privacy, 1993; *J. C. Inness*, Privacy, Intimacy and Isolation, 1992; *M. C. Nussbaum*, Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law, 2004; *D. J. Solove*, Understanding Privacy, 2008; *E. Alderman/C. Kennedy*, The Right to Privacy, 1995; *M.-T. Tinnefeld*, Privatheit, Garten und politische Kultur, in: S. Lamnek/dies. (Hrsg.), Privatheit, Garten und politische Kultur, 2003, 18; *K. Jurczyk/M. Oechsle* (Hrsg.), Das Private neu denken, 2008.

⁹ *J. S. Mill*, Über die Freiheit (Hrsg. A. von Borries), 1969, S. 19; *A. F. Westin*, Privacy and Freedom, 1967; *B. De Bruin*, The Liberal Value of Privacy, Law and Philosophy 29 (2010), 505; zur liberalen Konzeption der Abgrenzung von Öffentlichkeit und Privatheit *U. Haltern*, Europarecht und das Politische, 2005, 51 f.

¹⁰ *A. Etzioni*, The Limits of Privacy, 1999. Ähnlich *H. Arendt*, Vita Activa [1958], 1981, 60.

¹¹ *D. Thym*, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, International and Comparative Law Quarterly 57 (2008), 87.

¹² *J. Q. Whitman*, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, YLJ 113 (2004), 1151.

schränkungen erblickt, die als Verfall gedeutet und als Verlust beklagt werden.¹³

Wenn es richtig ist, dass der Voyeurismus¹⁴ zur zentralen kulturellen Erscheinung der heutigen Gesellschaft geworden ist, dann sind Irritationen zwangsläufig. In der Tat wird heute in einer Weise und mit einer Intensität beobachtet, wie dies noch vor wenigen Jahren schlicht unvorstellbar war.¹⁵ Öffentliche Räume lassen sich mit Kameras überwachen,¹⁶ das Mobilitätsverhalten von Menschen¹⁷ kann reproduziert werden. Soziales Verhalten, das bislang in engen räumlichen Kreisen und sozialen Zirkeln geübt wurde, findet sich heute „im Netz“ – für alle einsehbar, langfristig fixiert, jederzeit reproduzierbar.¹⁸ Es entstehen Gegenbilder, die sich vom Ich zunehmend verselbstständigen, jedenfalls aber in

¹³ C. J. Sykes, *The End of Privacy*, 1999; R. Whitaker, *The End of Privacy: How Total Surveillance is Becoming a Reality*, 1999; P. Schaar, *Das Ende der Privatsphäre: Der Weg in die Überwachungsgesellschaft*, 2007; W. Sofsky, *Verteidigung des Privaten*, 2007; J. L. Mills, *Privacy: The Lost Right*, 2008; C. Arpagaus u. a., *Die Zukunft der Privatheit*, 2003.

¹⁴ C. Calvert, *Voyeur Nation: Media, Privacy, and Peering in Modern Culture*, 2004.

¹⁵ L. Hempel/J. Metelmann (Hrsg.), *Bild-Raum-Kontrolle*, 2005; K. Ball/F. Webster (Hrsg.), *The Intensification of Surveillance*, 2003; C. J. Bennet, *Privacy Advocates: Resisting the Spread of Surveillance*, 2008; J. Gibb, *Who's Watching you? The Chilling Truth about the State, Surveillance and Personal Freedom*, 2005; K. Laidler, *Surveillance Unlimited: How We've Become the Most Watched People on Earth*, 2008; D. Lyon, *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*, 2001; ders., *Surveillance Studies: An Overview*, 2007; J. Rosen, *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age*, 2004. Teilweise ist von einem „Krieg“ die Rede: J. Losek, *The War on Privacy*, 2007.

¹⁶ Hierzu etwa: H.-J. Bücking (Hrsg.), *Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Räume*, 2007; U. H. Schneider, *Offene und verdeckte Kameraüberwachung – Manie oder Chance und Anspruch*, in: FS A. Podlech, 1994, 246; P. Breyer, *Kfz-Massenabgleich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, NVwZ 2008, 824. Zu den Erkennungstechniken etwa: S. T. Kent/L.I. Millett (Hrsg.) *Who Goes There? Authentication Through the Lens of Privacy*, 2003; J. Krumm, *A Survey of Computational Location Privacy*. In: *Personal and Ubiquitous Computing* 13 (2009), 391.

¹⁷ M. Ronellenfitsch, *Datenschutz und Mobilität – Grundrechte im Wechselspiel*, in: M. Rodi (Hrsg.), *Fairer Preis für Mobilität*, 2007, 93; ders., *Mobilität und Datensicherheit* SächsVBl. 2006, 101; St. Bausch, *Videoüberwachung als präventives Mittel der Kriminalitätsbekämpfung*, 2004; D. Büllesfeld, *Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge*, 2002; A. Breyer, *Kfz-Massenabgleich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, NVwZ 2008, 824. Zu den Erkennungstechniken etwa: S. T. Kent/L.I. Millett (Hrsg.) *Who Goes There? Authentication Through the Lens of Privacy*, 2003; J. Krumm, *A Survey of Computational Location Privacy*. In: *Personal and Ubiquitous Computing* 13 (2009), 391.

¹⁸ D. J. Solove, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, 2004; D. J. Solove/M. Rotenberg/P. Schwartz, *Privacy, Information and Technology*, 2006.

Konflikt mit dem Selbstbestimmungsanspruch treten können.¹⁹ Das sog. ubiquitäre Rechnen²⁰ wird demnächst umfassende Abbilder des alltäglichen Lebens produzieren,²¹ in Datensammlungen werden diese zusammengeführt sein.²² Auf der Gesundheitskarte²³ und auf E-Dokumenten²⁴ werden digitale Identitäten²⁵ der Person abrufbar sein.²⁶ Von den Gegebenheiten in Wohnungen, Kommunikationsbeziehungen²⁷

¹⁹ Vgl. etwa *D. J. Solove*, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, 2007.

²⁰ *H. Sauerburger* (Hrsg.): *Ubiquitous Computing*, 2003.

²¹ Hierzu Deutscher Bundestag, Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung, *Zukunftsreport – Ubiquitäres Computing*, Unterrichtung vom 6. 1. 2010, BT-Drs. 17/405; *A. Roßnagel*, *Datenschutz in einem informatisierten Alltag*. Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin, 2007; *P.J. Denning*, *The Invisible Future: The Seamless Integration of Technology into Everyday Life*. New York, 2002; *C. Doctorow*, *Little Brother*, 2008; *J. Bizer/S. Spiekermann/O. Günther/K. Dingel et al.*, *Technikfolgenabschätzung Ubiquitäres Computing und Informationelle Selbstbestimmung*. Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, 2006; *F. Mattern*, *F.* (Hrsg.), *Die Informatisierung des Alltags: Leben in smarten Umgebungen*, 2007; *S. Meyer/E. Schulze/F. Helten/B. Fischer*, *Vernetztes Wohnen: Die Informatisierung des Alltagslebens*, 2001; *M. Oberholzer*, *Strategische Implikationen des Ubiquitous Computing für das Nichtleben-Geschäft im Privatkundensegment der Assekuranz*, 2003.

²² *H. D. Hellige*, *Weltbibliothek, Universalenzyklopädie, Worldbrain*: Zur Säkulardebatte über die Organisation des Wissens. In: *Technikgeschichte* 67(2000), 303.

²³ *Chr. Dierks*, *Gesundheits telematik – Rechtliche Antworten*, in: *Datenschutz und Datensicherheit (DuD)* 2006, 142 ff.; *M. Ronellenfitsch*, *Datenschutz und Patientenschutz*, FS U. Steiner, 2009, 644; *A. Gräfe/B. Griewing/C. Holtmann/A. Rashid et al.*, *Pervasive Computing im Gesundheitswesen: Technologische, gesellschaftliche und medizin-ökonomische Zusammenhänge*, *Krankenhaus-IT Journal* 1/2006, S. 44–48; *L. Siep*, *Ethische Fragen des Pervasive Computing im Gesundheitswesen*, *Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis* 17 (2008), 65.

²⁴ *J. Beel/B. Gipp*, *ePass – der neue biometrische Reisepass. Eine Analyse der Datensicherheit, des Datenschutzes sowie der Chancen und Risiken*. Aachen, 2005; *D. Kügler/I. Naumann*, *Sicherheitsmaßnahmen für kontaktlose Chips im deutschen Reisepass: Ein Überblick über Sicherheitsmerkmale, Risiken und Gegenmaßnahmen*, *DuD* 2007, 176.

²⁵ *M. Hansen/S. Meissner/M. Häuser et al.*, *Verkettung digitaler Identitäten*, 2007; *M. Hildebrandt/S. Gutwirth*, *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*, 2008; vgl. auch *G. Hornung*, *Datenschutz für Chipkarten: Die Anwendung des § 6c BDSG auf Signatur- und Biometriekarten*, *DuD* 2007, 15.

²⁶ Die „einfache“ Identitätsfeststellung hat eine lange Tradition: *V. Groebner*, *Der Schein der Person. Steckbrief, Ausweis und Kontrolle im Mittelalter*, 2004.

²⁷ *W. Diffie/S. Landau*, *Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption*, 2007.

und öffentlichen Räumen²⁸ können längst umfassende Bilder erstellt werden. In absehbarer Zeit wird eine sichere biometrische Erkennung gelingen,²⁹ die Durchleuchtung der Kleidung,³⁰ ja selbst die Implantation von Chips in den Körper ist inzwischen möglich.³¹ Die DNA-Analyse ermöglicht es, längst vergangene Sachverhalte zu erhellen;³² die Genom-Analyse verspricht vielen den – oder bedroht sie mit dem – Blick in die Zukunft.³³ Gefördert wird der voyeuristische Blick von immer neuen und immer extremeren Inszenierungen, die das um Anerkennung buhlende Individuum in den Medien oder im Internet abliefern.³⁴ Man müsste sich wundern, wenn sich dieser Kulturwandel nicht auch im Denken staatlicher Amtsträger niederschläge. Die häufig zi-

²⁸ M. A. Zöller/Th. Fetzer, Verfassungswidrige Videoüberwachung, NVwZ 2007, 775; C. Norris/G. Armstrong, The Maximum Surveillance Society: The Rise of CCTV, 1999; J. Parker, Total Surveillance: Investigating the Big Brother World of E-Spies, Eavesdroppers and CCTV, 2000.

²⁹ Bundeskriminalamt, Gesichtserkennung als Fahndungshilfsmittel – Foto-Fahndung Abschlussbericht. Wiesbaden, 2007; P. Strasser, Biometrie – ein Schritt in die Überwachungsdemokratie? In: Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Biometrie und Datenschutz – der vermessene Mensch, 2006, S. 14; A. Gruner, Biometrie und informationelle Selbstbestimmung, Diss. jur. Dresden, 2005.

³⁰ Zu sog. „Sicherheitsscannern“ ein Überblick bei: Europäische Kommission, Communication on the Use of Security Scanners at EU airports, 15. 6. 2010, COM (2010) 311 final.

³¹ I. Geis, Von der Volkszählung zum implantierten Chip? Zur Entwicklung der Privatheit im Recht, in: Bettina Sokol (Hrsg.), Total transparent – Zukunft der informationellen Selbstbestimmung? 2006, 4.

³² K. Stumper, Informationelle Selbstbestimmung und DNA-Analysen, 1996; B. E. Jansen, Rechtliche und ethische Aspekte von DNA – Datenbanken im internationalen Vergleich 2008; K. Rogall, Die DNA-Analyse im Strafverfahren: eine endlose Geschichte, in FS. für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, 691; J. Andersen, Molekulargenetische Vaterschaftsuntersuchungen im Lichte des Grundgesetzes, 2009; M. J. Zimmermann, Die Feststellung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, NJOZ 2008, 1703.

³³ U. Stockter, Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität, 2008; J. Heyers, Prädiktive Gesundheitsinformationen – Persönlichkeitsrechte und Drittinteressen, MedR 2009, 507; R. Zuck, Biomedizin als Rechtsgebiet, MedR 2008, 57; J. F. Lindner, Grundrechtsfragen prädiktiver Gendiagnostik, MedR 2007, 286; D. Lorenz, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gentechnologie, JZ 2005, 1121; R. Damm, Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung, JZ 1998, 926.

³⁴ Zu den Wirkungen des Internets etwa C. Sunstein, republic.com 2001; ders., republic.com, 2. Aufl. 2007; allgemein: M. Köhler/H.-W. Arndt/Th. Fetzer, Recht des Internets, 6. Aufl. 2008.

tierten neuen Sicherheitsgefahren³⁵ sind nicht Anstoß, sondern erstes Bezugsobjekt des technisch realisierbaren Wunsches, in fremde Realitäten eindringen zu können.³⁶

Es verwundert nicht, dass in dieser Situation die Sorge um die Zukunft der Privatheit umtreibt³⁷ – und zwar einerseits im Hinblick auf die Grenzen, die dem fremden Blick gezogen sind. Andererseits aber geht es auch um die Steuerung des Gegenbildes, das der moderne Voyeur regelmäßig entwirft. Anders als der menschliche Blick, der nicht mehr als ein Gedankenbild im Kopf des Beobachters hinterlässt, erzeugen die modernen Formen der Beobachtung Datenspuren, die zu umfassenden,

³⁵ St. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008; O. Lepsius, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland, in: Leviathan 2004, 64; E. Denninger, Prävention und Freiheit, 2008; W. Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, 497; M. Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 37; O. Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaats, 2007; W. Brugger/Chr. Gusy, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63 (2004), 101/151; U. Volkmann, Sicherung und Risiko als Probleme des Rechtsstaats, JZ 2004, 696; W. Frenz, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht versus Opferschutz und Fahndungserfolg, NVwZ 2007, 631; R. van Ooyen, Öffentliche Sicherheit und Freiheit, 2007; M. Kötter, Pfade des Sicherheitsrechts. Begriffe von Sicherheit und Autonomie im Spiegel der sicherheitsrechtlichen Debatte der Bundesrepublik Deutschland, 2008. Zum Terrorismus ferner: H. Münkler, Gewalt und Ordnung, 1992; L. Richardson, What Terrorists Want. Understanding the Enemy, Containing the Threat, 2006; U. Schneekener, Transnationaler Terrorismus, 2006; Ph. H. Schulte, Terrorismus- und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung – Eine rechtssoziologische Analyse, 2008; S. Middel, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, 2007; O. Diggelmann, Wohin treibt der Präventionsstaat?, in: C. Abbt/O. Diggelmann (Hrsg.) Zweifelsfälle, 2007, 173; F. Roggan, Das neue BKA-Gesetz, NJW 2009, 257.

³⁶ D. Wiefelspütz, Die Abwehr terroristischer Anschläge und das Grundgesetz, 2007; M. Baldus, Freiheitssicherung durch den Rechtsstaat des Grundgesetzes, in: St. Huster / Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, 107.

³⁷ U. Volkmann, Schutz der Privatsphäre im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat, AnwBl 2/2009, 118; J. Kühling, Datenschutz in einer künftigen Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung, Die Verwaltung 40 (2007), 153; dogmatische Überblicke bei H.-D. Horn, Schutz der Privatsphäre, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 149; E. Wiederin, Schutz der Privatsphäre, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/1, 2009, § 190; T. Marauhn/K. Meljnik, Privat- und Familienleben, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.) EMRK/GG – Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 16; V. Epping, Schutz der Privatsphäre, in: ders., Grundrechte, 2010, 289. Zum europäischen Recht: F. Mayer, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 2010, nach Art. 6 EUV Rdnr. 127 ff.; M. Maus, Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2007.

dauerhaften³⁸ und vielseitig einsehbaren Gegenbildern des Menschen geformt werden können.

II. Privatheit: Zwischen einer sozialen Institution und einem Produkt der Politik

Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit bewegt sich in einem Rahmen, der sich in den letzten Jahrzehnten³⁹ wesentlich veränderte.⁴⁰ Privatheit konstituiert sich immer in Abgrenzung zu dem jeweils anderen.⁴¹ Historisch war dies zunächst das Staatliche. Später dann konnten Privatsphäre, der Bereich der Öffentlichkeit und jener der Staatlichkeit unterschieden werden, schließlich bildete sich auch der Markt als eigenständige Sphäre heraus. Sie sind jeweils durch je eigenständige Handlungsrationitäten gekennzeichnet. Das Private bildete sich zunächst im Gegenüber zum Staat, später dann als Begriff für Bereiche heraus, in denen der einzelne, seine Familie, sein Freundeskreis und die Kommunikationspartner „ungestört“, „vertraulich“ oder „für sich“ walten konnten.⁴² Es war jene Sphäre, in der menschliche Beziehungen, Verhaltensweisen und Werthaltungen zum Tragen kommen können, ohne sich den in den anderen Sphären geltenden Rationalitäten und Normen fügen zu müssen. Dies eröffnete Freiräume. Hier konnten Ehe und Familie, Sexualität und Freundschaft „willkürlich“ gedeihen.⁴³ Es liegt auf der Hand, dass die genauen Grenzverläufe zwischen den Sphären niemals leicht zu ziehen waren.⁴⁴ Es gab Überschneidungen, vor allem aber auch vielfältige Wechselwirkungen, Übergriffe und Verschie-

³⁸ Anschauliche Darstellung des Wertes gesellschaftlichen Vergessens bei *E. Espósito*, *Soziales Vergessen*, 2002.

³⁹ Ausgreifende Schilderung der Entwicklung bei *R. Geuss*, *Privatheit. Eine Genealogie*, 2001.

⁴⁰ Zur Entwicklung etwa: *R. Ruetz*, *Kleine Geschichte der Privatheit*, in: K. Hummler/G. Schwarz (Hrsg.), *Das Recht auf sich selbst*, 2003, 27.

⁴¹ *J. Weintraub/K. Kumar* (Hrsg.), *Public and Private in Thought and Practice. Perspectives on a Grand Dichotomy*, 1997; *M. Passerin d'Entrèves/U. Vogel* (Hrsg.), *Public & Private. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, 2000.

⁴² Eine empirische Darstellung bietet das fünfbandige Werk von *G. Duby/P. Aries*, *Geschichte des privaten Lebens*, 1999.

⁴³ *W. H. Riehl*, *Die Familie*, 10. Aufl. 1889, 174ff.; *H. Schelsky*, *Schule und Erziehung in der industriellen Gesellschaft*, 1957; *H. Zinn*, *Entstehung und Wandel bürgerlicher Wohngewohnheiten und Wohnstrukturen*, in: L. Niethammer (Hrsg.), *Wohnen im Wandel. Beiträge zur Entstehung der Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft*, 1979, 16.

⁴⁴ *W. Engler*, *Was ist privat, politisch, öffentlich?* In: *Leviathan* 1994, 470.

bungen.⁴⁵ Vielfach sind die Einwirkungen des Marktes und des Privaten in die Sphäre der Öffentlichkeit⁴⁶ abgehandelt worden. Ich erinnere nur an die Großtheorien, die einen Verfall der Öffentlichkeit zu sehen glauben (*Koselleck*,⁴⁷ *Habermas*,⁴⁸ *Adorno*⁴⁹, *Sennett*⁵⁰). Ebenso ist der Wandel der Funktion des Privaten von der Keimzelle (ich erinnere an die politischen Salons in Bürgerhäusern) zum leeren Substitut von Öffentlichkeit beschrieben worden.⁵¹

Aus der Beobachtungsperspektive erschließt sich, dass Haus und Wohnung zwar einen entpolitisierten Raum bildeten. Machtfrei war dieser aber, wie die Genderforschung betont,⁵² niemals. Staatliches Recht hat zudem nicht nur die Sphärentrennung immer reproduziert und verstärkt, sondern auch die Beziehungen in der Privatsphäre geordnet. So wurden etwa häusliche Rollenverteilungen festgeschrieben. Dem Recht ging es um die Sicherung des stabilisierenden Effekts, der der Sphärentrennung innewohnt. Dem individuellen Belieben wollte es den Bereich der Privatsphäre aber nicht überantworten. Insofern verwundert es nicht, dass die frühen Menschenrechtsdokumente keines-

⁴⁵ *S. Lamnek*, Die Ambivalenz von Öffentlichkeit und Privatheit, von Nähe und Distanz, in: ders./M.-T. Tinnefeld (Hrsg.), *Privatheit, Garten und politische Kultur*, 2003, 18.

⁴⁶ Beschreibungen der Sphäre des Öffentlichen zuletzt von: *B. Holznagel/N. Horn*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit? *VVDStRL* 68 (2009), 381 (388ff.)/413 (422ff.); vgl. auch *R. Smend*, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, *GS W. Jellinek*, 1956, 3; *U.K. Preuß*, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, untersucht am Beispiel des verfassungsrechtlichen Status kultureller Organisationen, 1970; *A. Rinken*, das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände, 1971; Überblick bei *M. Stolleis*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, *VerwArch* 65 (1971), 1.

⁴⁷ *R. Koselleck*, *Kritik und Krise* [1959], 1973.

⁴⁸ *J. Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuauflage 1990. Vgl. *A. von Arnau*, Privatheit bei Jürgen Habermas, in: G. S. Schaal (Hrsg.) *Das Staatsverständnis von Jürgen Habermas*, 2009, 185.

⁴⁹ *Th. W. Adorno*, Resümee über Kulturindustrie (1963), in: *Ohne Leitbild. Parva Aesthetica*, 1967, 60; *M. Horkheimer/Th. W. Adorno*, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, 16. Auflage 2006.

⁵⁰ *R. Sennett*, *The Fall of Public Man*, 1977.

⁵¹ *J. Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (oben Fn. 48).

⁵² *B. Sauer*, „Die Magd der Industriegesellschaft“. Anmerkungen zur Geschlechtsblindheit von Staatstheorien, in: B. Kerchner/G. Wilde (Hrsg.), *Staat und Privatheit*, 1997, 29 (35): „‚Privatheit‘ ist gleichsam eine ‚Leitmetapher‘ der geschlechtsspezifischen Befragung von Staatstheorien, ist doch die Konstruktion von Privatheit jener Modus der Moderne, mit der Geschlecht aus der öffentlichen Sphäre ausgeschieden wird.“; *K. Hausen*, Überlegungen zu einem geschlechtsspezifischen Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990; *J. B. Elshtain*, *Public Man, Private Woman*, 1981.

falls unspezifiziert die „Privatheit“ oder die „Privatsphäre“ schützen. Es geht dort vor allem um den Schutz einer klar begrenzten häuslichen Sphäre, in der das Leben weder den Wogen industriellen Wirtschaftens noch den Begründungsanforderungen des öffentlichen Diskurses ausgesetzt war.

Ungeachtet dessen pflegten Politik und Recht – aus der Binnenperspektive – bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts die Vorstellung von der Privatsphäre als einem vorgesellschaftlichem Raum, der der Autonomie der einzelnen überlassen blieb.⁵³ Es war ein institutionelles Konzept, das durch konventionelle Regeln abgesichert wurde – und zwar in beide Richtungen: Das Eindringen in die Privatsphäre war ebenso verpönt und sozial geächtet wie eine Intimisierung öffentlicher Räume.⁵⁴ In dieser Konzeption war Freiheit ein Wert, der sich in der Sphäre des Privaten besonders gut realisieren konnte; aber es war eben auch immer ein Wert, der nicht über den Grenzverlauf von Privatheit und Öffentlichkeit determinierte. Freiheit war die abhängige Variable, deren Größe sich mit dem Verlauf der Grenzziehung von Privatheit und Öffentlichkeit mal in die eine, mal in die andere Richtung verändern konnte. In den Umwälzungen der sechziger und siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts wurde diese Selbstbeschreibung dann schwer erschüttert, vielleicht sogar zerstört. Die Privatsphäre sollte als Bereich oder Sphäre demaskiert werden, in denen traditionelle Verhaltensmuster und Strukturen der Ungleichheit immunisiert und stabilisiert wurden. Man meinte, damit durch eine Politisierung des Privaten die dort herrschenden repressiven Verhältnisse überwinden zu können. Seither weist Privatheit eine schillernde Ambivalenz auf.⁵⁵ Einerseits und weiterhin kann man sie als Kategorie begreifen, die von vorrechtlichen, sich aus historischer Erfahrung speisenden Maßstäben geprägt wird, in denen

⁵³ Deutlich etwa noch bei *W. Schmitt Glaeser*, Schutz der Privatsphäre, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 129; anders inzwischen *H.-D. Horn*, Schutz der Privatsphäre, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 149 Rn. 24 ff.

⁵⁴ Zur Entwicklung etwa: *K. Imhof/P. Schulz* (Hrsg.), Die Veröffentlichung des Privaten – die Privatisierung des Öffentlichen, 1998; *R. Weiß/J. Groebel* (Hrsg.), Privatheit im öffentlichen Raum, 2002; *F. Hermann/M. Lünenborg* (Hrsg.), Tabubruch als Programm, 2001; *P. Nolte*, Öffentlichkeit und Privatheit: Deutschland im 20. Jahrhundert, in: *Merkur* 60 (2006), 499; *J. Hufschmid*, Die Privatisierung der Welt, 2004; *L. Probst*, Politisierung des Privaten. Privatisierung des Politischen, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 10 (1998), 1181.

⁵⁵ Erst hierdurch wurde Privatheit zu einem zu problematisierenden Konzept (vgl. *A. Westin*, *Privacy and Freedom*, 1967). Noch in dem grundlegenden Werk von *Otto Brunner u. a.* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 1–8., 1972–1997, findet sich kein eigenständiger Artikel zur Privatheit bzw. Privatsphäre.

sich gesellschaftliche Anschauungen verfestigt haben und so zum Transportmittel anthropologischer Sätze werden konnten. Andererseits muss sie der Staat als aufgegebene Kategorie begreifen – sie wird Produkt des Rechts, nicht mehr der vorfindliche Orientierungspunkt der Rechtsetzung.⁵⁶

III. BVerfG: Vom Verfassungsschutz der Privatsphäre zum politisierten „Persönlichkeitsschutz“

Diese Wandlung wird hier so ausführlich geschildert, weil sie in der Rechtsprechung des BVerfG tiefe Spuren hinterließ. Der Text des Grundgesetzes enthält bekanntlich kein „Grundrecht auf Privatheit“. Mehr noch, Privatheit wird als Rechtswert im Grundgesetz ebenso wenig erwähnt oder geschützt wie die Privatsphäre. Die Sorge des Verfassungsgebers drehte sich um den Freiheits-⁵⁷ und Institutionenschutz. Die Privatsphäre – als Konstrukt einer als vor- und außergesellschaftlich begriffenen Sphäre – wurde vielmehr in Einzelbestimmungen ausgekleidet. Es finden sich bereichsspezifische Schutzvorkehrungen für die Wohnung (Art. 13 GG), der Schutz der Ehe und Familie (Art. 6 GG) sowie die Gewährleistung der Vertraulichkeit des – insofern in die Sozialsphäre hineinreichenden – Brief- und Fernmeldeverkehrs (Art. 10 GG). In der frühen Rechtsprechung des BVerfG spielt bei der Interpretation dieser Bestimmungen die Idee einer als vor- und außergesellschaftlich begriffenen Privatsphäre vielfach hinein. Dabei wird ein räumlich-formales Verständnis von Privatheit zum Tragen gebracht – und zwar auch in Entscheidungen, in denen dies gar nicht passt, wie etwa der Tonband-Entscheidung, in der der Schutz vor heimlichen Gesprächsmitschnitten dem Schutz des „privaten Lebens“, gegebenenfalls

⁵⁶ Es ist keine zeitliche Koinzidenz, dass die Suche nach einem gesellschaftsange-messenen Privatheitskonzept im Recht in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts einsetzt (*G. Rüpke*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, 1976; *D. Rohlf*, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1980). Dort finden sich Überblicke über denkbare Begriffsverständnisse (nochmals aufgegriffen bei *U. Volkmann* (oben Fn. 37)).

⁵⁷ Zum Freiheitsschutz etwa: BVerfGE 6, 32 (Elfen); BVerfGE 9, 83 (Eingriffsfreiheit); BVerfGE 80, 137 m. abw. M. *Grimm* (Reiten im Walde); BVerfGE 89, 214 (Bürgschaftsverträge); *K. Stern*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, in: ders., Staatsrecht IV/1, 2006, 871; *H. Kube*, Die Elfen-Konstruktion, JuS 2003, 111; *M. Cornils*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168; *Chr. Degenhart*, Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, JuS 1990, 161; *J. Lege*, Die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG, Jura 2002, 753.

sogar dem Schutz des „schlechthin unantastbaren Bereich[s] privater Lebensgestaltung“ zugeordnet wird, obgleich der konkrete Fall eine geschäftliche Unterredung betraf.⁵⁸ Das Gericht begreift die von ihm besonders geschützten Bereiche als feststehend-statischen Ausdruck aufgefundener und hingenommener sozialer Konvention und verwendet insofern konsequent eine Sphärenkonzeption konzentrisch zugeordneter Kreise.⁵⁹

Anfang der achtziger Jahre verlieren dann aber soziale Strukturen als unhinterfragter Anknüpfungspunkt an Bedeutung.⁶⁰ Das Individuum und sein Selbstbestimmungsrecht werden zum zentralen Orientierungsmaßstab.⁶¹ Dies bringt einen Austausch des teleologischen Ansatzes und der dogmatischen Konstruktion mit sich. In der *Eppler*-Entscheidung⁶² führt das Gericht ein allgemeines Persönlichkeitsrecht⁶³ ein, dessen Schutzgut die „konstituierenden Elemente der Persönlichkeit“ sein sollen.⁶⁴ Die Konstruktion wird als Quellrecht verstanden,

⁵⁸ BVerfG 34, 238 (247 f.).

⁵⁹ Chr. Degenhart, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, JuS 1992, 361 (363 f.); A. von Arnould, Strukturelle Fragen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ZUM 1996, 286 (289); W. Schmitt Glaeser, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl., 2001, § 129 Rdnr. 27 ff.

⁶⁰ A. Podlech, Das Recht auf Privatheit, in: J. Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, 50.

⁶¹ Zu den grundrechtstheoretischen Folgen dieser Verschiebung: W. Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987; M. Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993; J. Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte? 1980. Einen anschaulichen Kontrast bildet: E. Forsthoff, Der Persönlichkeitsschutz im Verwaltungsrecht, in: Festschrift zum 45. Deutschen Juristentag, 1964, 41.

⁶² BVerfGE 54, 148 (Eppler). Vgl. etwa D. Grimm, Persönlichkeitsschutz im Verfassungsrecht, in: Karlsruher Forum 1996, Schutz der Persönlichkeit, 1997, 3; F. Hufen, Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 105; W. Leisner, Von der persönlichen Freiheit zum Persönlichkeitsrecht, FS Hubmann, 1985, S. 295.

⁶³ Hierzu etwa E. Benda, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, 161; K. Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre, in: ders., Staatsrecht IV/1, 2006, § 99, 177; H.D. Jarass, Die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung des BVerfG, in: H.-U. Erichsen u. a. (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, 1996, 89; H. Ehmann, Zur Struktur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, 193; M. Germann, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Jura 2010, 734; F. Hufen, Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 105; H. Kube, Persönlichkeitsrecht, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 148, 79.

⁶⁴ Zur Entwicklung persönlichkeitsbezogenen Rechtsdenkens: D. Klippel, Persönlichkeit und Freiheit. Das Recht der Persönlichkeit in der Entwicklung der Freiheits-

dem als Untergewährleistungen ein Bündel „persönlichkeitsschützer“ Rechtspositionen zugeordnet werden. Das Recht liegt quasi hinter den Freiheitsrechten. Es ermöglicht dem BVerfG die Durchsetzung von Vorstellungen, welches soziale Umfeld für das gute Leben des Menschen angemessen ist. Ein klar umrissenes Schutzgut weist das Recht nicht auf.⁶⁵ Mit dem Persönlichkeitsrecht steht nunmehr eine Rechtsposition zur Verfügung, mit der jedenfalls potentiell das gesamte Lebensumfeld eines Menschen dem individuellen Beherrschungsanspruch unterworfen werden kann. Die Rechtsposition drängt „nach außen“; es gibt keinen Grund, warum der Schutz sich nur auf den „engeren persönlichen Lebensbereich“ beschränken soll. Auch das weitere Lebensumfeld lässt sich so rechtlich thematisieren. Nicht mehr die Privatsphäre,⁶⁶ sondern die Persönlichkeit und ihre Privatheit werden geschützt. Das individualzentrierte Verständnis wird in der Folge weiter ausgebaut; das kurz danach erzeugte Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁶⁷ erstreckt sich nicht lediglich auf Daten, die in irgendeiner Weise dem Bereich privater Lebensführung zuzuordnen wären. Wenn man inzwischen dazu übergeht, die Existenz eines umfassenden Anspruchs auf Kontrolle der Rezeption der Selbstinszenierung zu postulieren, ist dies nur der letzte – und konsequente – Schritt der rechtlichen Verfügung über die soziale Umwelt.⁶⁸

rechte im 18. und 19. Jahrhundert, in: G. Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, 1987, 269.

⁶⁵ Bislang ist es noch niemandem gelungen, kohärente Kriterien vorzuschlagen, nach denen sich bestimmt, inwieweit der Persönlichkeitsschutz dem politischen Prozess überlassen werden muss und ab wann der Schutzbereich einer verfassungsrechtlichen, vom Karlsruher Gericht durchzusetzenden Rechtsposition zum Tragen kommt.

⁶⁶ So zuletzt K. Stern, Der allgemeine Privatsphärenschutz durch das Grundgesetz und seine Parallelen im internationalen und europäischen Recht, FS für Georg Ress, 2005, 1259.

⁶⁷ BVerfGE 65, 1. Hierzu etwa E. Gurlit, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, 1035; Ph. Kunig, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, 595; F. Schoch, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Jura 2008, 352; H.-H. Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: A. Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2003, 156ff.; B. Holznagel, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, in: B. Pieroth (Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, 29.

⁶⁸ G. Britz, Freie Entfaltung (oben Fn. 3), 37 ff., 52 ff.: Schutz „gegen diejenigen Einschränkungen des inneren Freiheitsraums ..., die aus (der Erwartung von) fremden Identitätserwartungen resultieren“ (S. 67). Vgl. auch H. Kube (oben Fn. 63), HBStR VII, 2009, § 148 Rdnr. 43: „... gewährleistet das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Selbstdarstellung des einzelnen in der Öffentlichkeit und damit die von ihm selbst gewählte soziale Identität.“

Dieser scheinbare Gewinn wird allerdings dadurch unterlaufen, dass das Gericht die Politisierung des Privaten verfassungsrechtlich nachvollzieht. Verfassungsrechtlich wandelt sich Privatheit von einer vorfindlichen Zone eingeschränkten Zugriffs zu einem Feld, dessen Konturen sich erst aus einer Abwägung von Allgemein- und Individualinteressen ergeben. Dies gilt selbst für den – semantisch weiter hochgehaltenen – „Kernbereich“ der privaten Lebensführung.⁶⁹ Den Wendepunkt bildet hier die Tagebuchentscheidung.⁷⁰ Die vier Richter, die die Entscheidung tragen, begründen die Zulässigkeit des staatlichen Zugriffs auf Tagebuchaufzeichnungen damit, dass private Äußerungen dann keinen Schutz beanspruchen könnten, wenn ihr Gegenstand oder Inhalt „Belange der Allgemeinheit nachhaltig berührt“⁷¹. Es ist nur konsequent, wenn das Gericht im Anschluss feststellt, dass das staatliche Strafverfolgungsinteresse der Privatheit jedenfalls vorgehe.⁷² Von diesem – in der Tagebuchentscheidung noch hoch umstrittenen – Verständnis ist das Gericht in der Folge nicht mehr abgerückt. Die Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung illustriert, wie weit diese Politisierung gehen kann.⁷³ Das Gericht übt dort seine Definitionsmacht über den nunmehr in Art. 1 GG abgesicherten⁷⁴ Kernbe-

⁶⁹ Etwa BVerfG 101, 361 (382 f.); BVerfG, DVBl. 2007, 1425 (1429); ausführlich: *E. Gurlit*, Kernbereich privater Lebensgestaltung in der deutschen und europäischen Verfassungsordnung, in: *Der Hessische Datenschutzbeauftragte/Der Präsident des Hessischen Landtags (Hrsg.): Privatheit und Datenschutz*, 2007, 15; *M. Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, 36 ff., 48 ff.; *ders.*, Der Kernbereichsschutz nach dem Online-Durchsuchungsurteil, in: *F. Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen*, 2008, 57; *R. Poscher*, Menschenwürde und Kernbereichsschutz, JZ 2009, 269.

⁷⁰ BVerfGE 80, 367 (Tagebuch). In der Elfes-Entscheidung begründete das Gericht erstmalig, dass die Garantie der Menschenwürde den Staat dazu verpflichte, einen für Dritte unzugänglichen Bereich individueller Privatheit zu respektieren (BVerfGE 6, 32, 41). In der Mikrozensusentscheidung wird eine Verletzung jedenfalls für jenen Fall postuliert, dass der Staat das Recht für sich in Anspruch nimmt, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren (BVerfGE 27, 1, 6).

⁷¹ BVerfGE 80, 367 (376 ff.).

⁷² Kritisch *M.-E. Geis*, Der Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes JZ 1991, 112 (114 ff.); *K. Amelung*, Die zweite Tagebuchentscheidung des BVerfG, NJW 1990, 1753; *G. Küpper*, Tagebücher, Tonbänder, Telefonate, JZ 1990, 416.

⁷³ BVerfGE 109, 279 (313, 316 ff.).

⁷⁴ BVerfGE 109, 279 (313); zum Streit um die Auslegung von Art. 1 GG etwa: *M. Nettesheim*, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, AöR 130 (2005), 71; *J. Isensee*, Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), 173.

reich in einer hochgradig technizistischen Weise aus.⁷⁵ Diese Politisierung erstreckt sich damit nicht lediglich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern ist auch in Art. 10, Art. 13 und Art. 1 GG⁷⁶ eingewandert. Sie hat eine Radikalität entwickelt, die vor dem Maßstab fortbestehender sozial-kultureller Anschauungen von Privatheit („Heiligkeit des Hauses“) befremdet.⁷⁷ Freistatt im Sinne von Art. 115 WRV ist das Haus nicht mehr.

IV. Dogmatikanalyse

Inzwischen ist das BVerfG vielfach mit Fällen konfrontiert worden, in denen es um den Schutz vor der Beblickung oder der Konfrontation mit Gegenbildern ging. Dabei erweist sich sein Zugriff nicht immer als sicher und gelungen: Während das Gericht dort, wo es um das staatliche Eindringen in geschützte Sphären geht – insbesondere im Bereich von Art. 13 und Art. 10 GG –, eine stringente und weitsichtige Feder führt, erweist sich seine Handschrift bei anderen Formen der Vergegenbildlichung als wesentlich unsicherer. Dies sei im Wege einer Dogmatikanalyse dargelegt.

1. Schutz vor staatlichem Eindringen

Wie das BVerfG Art. 13 GG⁷⁸ und Art. 10 GG⁷⁹ gegen den voyeuristischen Staat in Stellung gebracht hat, ist inzwischen vielfach dargestellt worden. Sachlich geht es vor allem um die Kriminalitätsbekämpfung, in der sich der Staat in naheliegender Weise der inzwischen zur Verfügung stehenden Techniken der Beblickung (bzw. Belauschung) des Indivi-

⁷⁵ Chr. Möllers (Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, 1973 (1976)) formuliert: Das Gericht „kreiert ... Kriterien für Privatheit“.

⁷⁶ Methodische Kritik zum Vorgehen des Senats in BVerfGE 109, 279: Sondervotum von Jaeger und Hohmann-Dennhardt, BVerfGE 109, 279 (386 ff.); O. Lepsius, Der große Lauschangriff vor dem Bundesverfassungsgericht, Teil 1, Jura 2005, 433 (437 f.). Bei der Beurteilung der Verfassungsänderung des Asylrechts (BVerfGE 94, 49 (103 f.)) hat sich das Gericht dieser Technik nicht bedient.

⁷⁷ Zu den praktischen Problemen des Schutzes verbliebener Reservate: Chr. Gusy, Lauschangriff und Grundgesetz, JuS 2004, 457 (458 f.); E. Denninger, Verfassungsrechtliche Grenzen des Lauschens, ZRP 2004, 101 (102). Vgl. im übrigen M. Ronellenfitsch, in: Privatheit und Datenschutz, hrsgg. vom Hessischen Datenschutzbeauftragten und dem Präsidenten des Hessischen Landtags, 2007, 52 f.

⁷⁸ BVerfGE 51, 97 (107); BVerfGE 109, 279 (313 f.).

⁷⁹ Hierzu etwa: BVerfGE 67, 157; BVerfGE 107, 299; BVerfGE 113, 348; jüngst BVerfG NJW 2010, 833. Chr. Hinz, Onlinedurchsuchungen, Jura 2009, 141.

duums bedienen will. Das Eindringen in geschützte Räume,⁸⁰ Computer⁸¹ bzw. vertrauliche Kommunikation führt zur Verhaltensanpassung und unterläuft damit die Freiheit zur autonomen Lebensführung. Konsequenter hat das BVerfG deshalb den Eingriffsschutz der Wohnung auf sämtliche Formen des elektronischen Eindringens ausgedehnt.⁸² Und folgerichtig ist es auch, dass sich der Schutz der Kommunikation thematisch von Brief und Ferngespräch gelöst hat⁸³ und der Zielrichtung nach das Vertrauen in die Integrität des jeweiligen technischen Mediums⁸⁴ während des laufenden Kommunikationsvorgangs⁸⁵ umfassend schützt.⁸⁶ Verfassungsrechtlichen Schutz des Vertrauens in die Integrität des Kommunikationspartners gibt es demgegenüber nicht.

In dieser Linie liegt es auch, wenn das Gericht inzwischen die Integrität und Vertraulichkeit von IT-Systemen schützt⁸⁷ – es handelt sich

⁸⁰ Zur Verwanzung der Wohnung etwa *G. Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG I, 2. Aufl. (2004), Art. 10 Rdnr. 97.

⁸¹ *T. B. Petri*, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur „Online-Durchsuchung“. In: DuD 2008, 443.

⁸² BVerfGE 65, 1 (40); BVerfGE 109, 279 (309).

⁸³ BVerfGE 106, 28 (36); BVerfGE 115, 166 (182); BVerfGE 120, 274 (307). Zu Emails: BVerfGE 113, 348 (383).

⁸⁴ Es geht um den Schutz vor den Risiken, die durch den Einsatz technischer Mittel im Kommunikationsvorgang begründet werden [BVerfGE 85], 386 (396); BVerfGE 106, 28 (36); BVerfGE 107, 299 (313); BVerfGE 115, 166 (184).

⁸⁵ BVerfGE 115, 166 (184); BVerfGE 120, 274 (307 f., 340).

⁸⁶ BVerfGE 67, 157 (172); BVerfGE 107, 299 (312 f.); BVerfGE 115, 166 (183); jüngst *BVerfG*, NJW 2010, 833 Rdnr. 189.

⁸⁷ BVerfGE 120, 274 (302 ff.); hierzu *O. Lepsius*, Das Computer-Grundrecht, in: *F. Roggan* (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, 2008, 21; *U. Volkmann*, Urteilsanmerkung, DVBl. 2008, 590 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009; *G. Britz*, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DÖV 2008, 411; *T. Böckenförde*, Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre, JZ 2008, 925; *Th. Hoeren*, Was ist das „Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme“? MMR 2008, 365; *R. Uerpmann-Witzack* (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, 2009; *M. Eifert*, Informationelle Selbstbestimmung im Internet, NVwZ 2009, 521; *B. Holznagel*, Auswirkungen des Grundrechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme auf RFID, 2008; *M. Sachs/Th. Krings*, Das neue Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, JuS 2008, 481; *G. Hornung*, Ein neues Grundrecht, CR 2008, 299; *Chr. Gusy*, Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DuD 2009, 33; *A. Roßnagel/Chr. Schnabel*, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und sein Einfluss auf das Privatrecht, NJW 2008, 3534. Das Gericht geht damit nicht den Weg über Art. 13 GG (so *M. Kutscha*, Verdeckte Online-Durchsuchung, NJW 2007, 1169; *W. Bär*, Anmerkung, MMR 2007, 239; *G. Hornung*, Er-

hierbei um einen raumanalogen⁸⁸ subjektivrechtlichen⁸⁹ Schutz, mit dem das Gericht der Herausbildung fester Verhaltenserwartungen in der Nutzung von Computersystemen vielleicht vorgreift, jedenfalls aber einen freiheitssichernden Rahmen für die „digitale Identitätsbildung“ liefert.⁹⁰ Nach Art und Speicherkapazität hierfür in Betracht kommende Systeme sollen vor Infiltration geschützt werden. Die dogmatische Arbeit an der Abgrenzung der verschiedenen Schutzbereiche ist inzwischen weit vorangeschritten,⁹¹ auch wenn es durchaus noch offene Fragen gibt.⁹²

Das Gericht misst Maßnahmen, mit denen der Staat in die beschriebenen Sphären eindringt – an der Eingriffseigenschaft bestehen keine Zweifel –, inzwischen an einem festen und weitgehend einheitlichen System von Rechtfertigungsanforderungen. Es setzt die föderale Kompetenzordnung durch,⁹³ unterscheidet zwischen der Arbeit der Nach-

mächtigungsgrundlage für die „Online-Durchsuchung“? DuD 2007, 575; J. Rux, Ausforschung privater Rechner durch die Polizei- und Sicherheitsbehörden, JZ 2007, 285).

⁸⁸ Der Schutz darf nicht vom Standort des Systems abhängen; vgl. *R. Poscher* (oben Fn. 69), JZ 2009, 269; *Chr. Starck*, Das neue Recht polizeilicher Datenerhebung und –verarbeitung in Niedersachsen, NdsVBl 2008, 145 (148); *S. Schlegel*, Warum die Festplatte keine Wohnung ist – Art. 13 GG und die „Online-Durchsuchung“, GA 2007, 648 (654ff.); *M. Gercke*, Instrumente zum heimlichen Zugriff auf Computerdaten, CR 2007, 245 (250); *T. Böckenförde* (oben Fn. 87), JZ 2008, 925 (926).

⁸⁹ Skeptisch etwa *O. Lepsius*, Das Computer-Grundrecht, in: F. Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, 2008, 21 (46ff.).

⁹⁰ Angesichts der Konturenlosigkeit des „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“ sind die Klarheit und Härte der vom BVerfG entwickelten Position zu begrüßen [BVerfGE 120, 274 (313); N. Härting, Datenschutz im Internet – Wo bleibt der Personenbezug? CR 2008, 743 (747f.); W. Hoffmann-Riem, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität (oben Fn. 87), JZ 2008, 1009 (1016f.)]. Am Bedarf zweifelnd demgegenüber U. Volkmann, Anmerkung, DVBl 2008, 590; M. Eifert, Informationelle Selbstbestimmung im Internet, NVwZ 2008, 521; G. Britz, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DÖV 2008, 411 (413f.); M. Kutscha, Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht? NJW 2008, 1042 (1043).

⁹¹ Vgl. etwa *E. Gurlit*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes (oben Fn. 67), NJW 2010, 1035; *M. Baecker*, Das IT-Grundrecht, in: Uerpmann-Witzack (oben Fn. 87), 1ff.

⁹² Hierzu etwa: *H.-H. Trute*, Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts in der Rechtsprechung des BVerfG, Die Verwaltung 2009, 85; *M. Bäcker*, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, in: H. Rensen/S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, 2009, 99.

⁹³ BVerfGE 103, 21 (30); BVerfGE 113, 348 (369f.).

richtendienste und der Polizei,⁹⁴ fordert die parlamentarische Verantwortung ein, wenn es die Schaffung hinreichend konkreter Eingriffsbefugnisse verlangt,⁹⁵ und erzwingt die gesetzliche Festlegung der Eingriffsschwellen und eine hinreichend spezifische Zweckbindung⁹⁶ bei der Verwendung von einmal erhobenen Daten.⁹⁷ Die Bereitstellung kompensatorischer verfahrensrechtlicher⁹⁸ bzw. materiell-rechtlicher Sicherungen wird ebenso verlangt wie das Monitoring und die Evaluation der in ihrer Wirkung noch unsicheren Maßnahmen. In materieller Hinsicht spielen Faktoren wie die Persönlichkeitsrelevanz⁹⁹ und die individuelle Belastungsintensität,¹⁰⁰ die Transparenz bzw. Heimlichkeit der Maßnahme,¹⁰¹ der Kreis und die Verantwortlichkeit der Betroffenen, zugleich aber auch das Gewicht und der Grad der Gefährdung des zu schützenden Rechtsguts hinein.¹⁰² Der „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ soll eine absolute Grenze bilden.¹⁰³ Die Entstehung eines präventivorientierten Polizeirechts¹⁰⁴ wurde so zugelassen, aller-

⁹⁴ BVerfG, NJW 2010, 833 (Rdnrn. 232–234). Allgemein: V. Mehde, Terrorismusbekämpfung durch Organisationsrecht, JZ 2005, 815; Chr. Gusy, Trennungsgebot, in: M. H.W. Möllers/R. van Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, S. 177.

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1 (46ff.); BVerfGE 113, 348 (375); BVerfGE 118, 168 (186); BVerfGE 120, 274 (315f.); BVerfGE 120, 378 (406f.).

⁹⁶ Anforderungen an die Definition von Zweck und Anlass: BVerfGE 65, 1 (46); BVerfGE 115, 320 (365); BVerfGE 118, 168 (187); BVerfGE 120, 351 (366f.); BVerfGE 120, 378 (408).

⁹⁷ BVerfGE 110, 33 (57); BVerfGE 113, 348 (375ff.); BVerfGE 120, 274 (315ff.).

⁹⁸ Vgl. etwa BVerfGE 100, 313 (361); BVerfGE 109, 279 (363f.); BVerfGE 112, 304 (318); BVerfGE 118, 168 (208ff.); BVerfGE 120, 274 (331); BVerfG, NJW 2010, 833 Rdnr. 221 ff. Zum Wert des Richtervorbehalts etwa: O. Backes/Chr. Gusy (Hrsg.), Wer kontrolliert die Telefonüberwachung?, 2003; C. E. Talaska, Der Richtervorbehalt, 2007.

⁹⁹ BVerfGE 100, 313 (376); BVerfGE 109, 279 (353); BVerfGE 113, 348 (382); BVerfGE 115, 320 (348); BVerfGE 118, 168 (197); BVerfGE 120, 274 (322f.); BVerfGE 120, 378 (402).

¹⁰⁰ BVerfGE 110, 33 (55); BVerfGE 120, 378 (401f.).

¹⁰¹ BVerfGE 109, 279 (354f.); BVerfGE 118, 168 (197f.); BVerfGE 120, 274 (325); BVerfG, NJW 2009, 2431.

¹⁰² BVerfGE 113, 348 (385ff.); BVerfGE 120, 378 (429); BVerfGE 120, 274 (326). Auch praktische Gesichtspunkte gesetzgeberischer Regelungstechnik werden berücksichtigt: BVerfGE 118, 168 (188); BVerfGE 120, 274 (316).

¹⁰³ BVerfGE 113, 348 (390ff.); BVerfGE 120, 274 (343); BVerfGE 115, 320 (358f.); BVerfGE 120, 274 (335). M. Baldus, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungs offen, JZ 2008, 218;

¹⁰⁴ M. Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und Strafverfolgungsvorsorge, 2001; M. Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, in: DVBl. 2007, 581; F. Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? Der Staat 43 (2004), 347.

dings rechtsstaatlich eingefangen und dogmatisch jedenfalls ansatzweise ausgekleidet.

2. Sonstige Formen staatlicher Verbildlichung

Wesentlich größere Schwierigkeiten bereitet dem BVerfG die dogmatische Bewältigung von Formen staatlicher Verbildlichung von Personen in der staatlichen Binnensphäre, in öffentlichen – auch virtuellen – Räumen bzw. unter Rückgriff auf Daten Dritter. Stichworte sind: Rasterfahndung,¹⁰⁵ Videoüberwachung öffentlicher Plätze¹⁰⁶ und automatisierte Kennzeichenüberwachung,¹⁰⁷ Vorratsdatenspeicherung¹⁰⁸ und automatisierte Kontoabfrage.¹⁰⁹ Teilweise – und nicht immer systematisch – unternimmt das Gericht den Versuch, die Szenarien *freiheitsperspektivisch* einzufangen. So etwa in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung.¹¹⁰ Dabei kommt es allerdings zu unsachgerechten

¹⁰⁵ BVerfGE 115, 320; zur Problematik: *H. Liskén*, Zur polizeilichen Rasterfahndung, NVwZ 2002, 513; *U. Volkmann*, Anmerkung, JZ 2006, 918. Vgl. auch EuGH, Urt. vom 22. 6. 2010, verb. Rs. 188 und 189/10, Azis Melki, noch nicht in der amtl. Sammlung; Besprechung von *N. Graf Vitzthum*, ELR 2010, 236.

¹⁰⁶ BVerfG NVwZ 2007, 688; zur Problematik etwa: *P. Collin*, Die Videoüberwachung von Kriminalitätsschwerpunkten, JuS 2006, 494; *M. Anderheiden*, Videoüberwachung in der Fußgängerzone, JuS 2003, 438 (Bespr. zu VG Karlsruhe, NVwZ 2002, 117); *F. Roggan*, Die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen, NVwZ 2001, 134; *R. Maske*, Nochmals die Videoüberwachung öffentlicher Plätze, NVwZ 2001, 1248; *K. Fischer*, Polizeiliche Videoüberwachung des öffentlichen Raums, VBIBW 2002, 89 ff.; *M. Dolderer*, Verfassungsfragen der „Sicherheit durch Null-Toleranz“, NVwZ 2001, 130; *Chr. Gusy*, Polizeibefugnisse im Wandel, NWVBI 2004, 1; *Chr. Schewe*, Die Abkehr von der Prävention bei der Videoüberwachung?, NWVBI 2004, 415; *A. Schmitt Glaeser*, Videoüberwachung öffentlicher Räume, BayVBI 2002, 584; *A. Henrichs*, Staatlicher Einsatz von Videotechnik, BayVBI 2005, 289; *M. Lang*, Videoüberwachung und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, BayVBI 2006, 522.

¹⁰⁷ BVerfGE 120, 378. *M. Cornils*, Grundrechtsschutz gegenüber polizeilicher Kfz-Kennzeichenüberwachung, Jura 2010, 443; *A. Guckelberger*, Zukunftsfähigkeit landesrechtlicher Kennzeichenabgleichsnormen, NVwZ 2009, 352; *D. Bodenbenner/M. Heinemann*, Die Neuregelung der automatisierten Kennzeichenerfassung in Hessen, NVwZ 2010, 679; *J. Martínez Soria*, Grenzen vorbeugender Kriminalitätsbekämpfung im Polizeirecht: Die automatisierte Kfz-Kennzeichenerkennung, DÖV 2007, 779; *C. Arzt/J. Eier*, Section Control und allgemeine Videoüberwachung im Straßenverkehr – Neue und alte Maßnahmen ohne Rechtsgrundlage, NVZ 2010, 113; *P. Breyer*, Kfz-Massenabgleich nach dem Urteil des BVerfG, NVwZ 2008, 824.

¹⁰⁸ BVerfG, NJW 2010, 833.

¹⁰⁹ BVerfGE 118, 168; *B. Huber*, Das Bankgeheimnis der Nachrichtendienste, NJW 2007, 81.

¹¹⁰ BVerfG NJW 2010, 833.

Überdehnungen. Auch wenn Art. 10 GG nicht lediglich das Vertrauen in die technische Integrität eines Kommunikationsmediums, sondern auch den Schutz vor einer staatlichen Erhebung der äußeren Kommunikationsumstände umfasst, liegt die Anordnung der Speicherung von Daten beim TK-Anbieter doch vor einer fühlbaren Eingriffsschwelle.

Häufiger versucht das Gericht, Szenarien über *persönlichkeitsrechtliche* Selbstbestimmungsansprüche einzufangen. Insbesondere¹¹¹ wird das informationelle Selbstbestimmungsrecht¹¹² teleologisch immer weiter ausgebaut.¹¹³ Seine Funktion wird inzwischen in der Erweiterung des grundrechtlichen Schutzes von Verhaltensfreiheit und Privatheit gesucht, der schon im *Vorfeld irgendeiner konkreten Rechtsgutsgefährdung* greife.¹¹⁴ Es ist so ein Recht entstanden, mit dem beliebige Gefähr-

¹¹¹ Über das Verhältnis von „allgemeinem Persönlichkeitsrecht“ und den daraus „abgeleiteten“ (oder eben schon zu Selbststand gekommenen) Unterrechtspositionen besteht keine Einigkeit und Klarheit. Durchaus repräsentativ die Beschreibung bei *M. Albers*, Grundrechtsschutz der Privatheit, DVBl. 2010, 1061 (1065): „Heute steht das Recht auf Achtung der Privatsphäre neben dem Recht am eigenen Wort und am eigenen Bild, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder dem Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. ... Das Verhältnis zueinander ist nicht von vornherein festgelegt; es lässt sich ... im Sinne eines Nebeneinanders, einer Komplementarität oder einer Kooperation gestalten“.

¹¹² BVerfGE 65, 1. Vgl. die Überblicke bei *M. Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005; *H. P. Bull*, Datenschutz oder: Die Angst vor dem Computer, 1984; *ders.*, Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?, 2009; *ders.*, Informationsrecht ohne Informationskultur? RDV 2008, 49; *H.-H. Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen. In: A. Roßnagel, (Hrsg.): Handbuch des Datenschutzrechts, 2003, 157; *ders.*, Der Schutz personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft, JZ 1998, 822.

¹¹³ Zur Diskussion um die teleologische Stimmigkeit und dogmatische Stringenz dieses Rechts etwa: *W. Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998), 513; *T. Vesting*, Das Internet und die Notwendigkeit der Transformation des Datenschutzes, in: K.-H. Ladeur (Hrsg.): Innovationsoffene Regulierung des Internets, 2003, 155; *H. P. Bull*, Informationelle Selbstbestimmung (oben Fn. 112), 2009; *ders.*, Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung – Datenschutz als Datenaskese? NJW 2006, 1617; *K.-H. Ladeur*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion? DÖV 2009, 45; *G. Britz*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des BVerfG, in: W. Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, 2010, 561 mwN. Zur Wirkung gegenüber dem Unionsrecht: *M. Ronellenfitsch*, Der Vorrang des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung vor dem AEUV, DuD 2009, 451.

¹¹⁴ BVerfGE 115, 320 (361).

dungsszenarien thematisiert werden können.¹¹⁵ Dabei macht sich das BVerfG den Umstand zunutze, dass schon das Schutzgut des Rechts in der Schwebe ist.¹¹⁶ Einerseits soll Selbstbestimmung ermöglicht werden;¹¹⁷ insofern konsequent erstreckt das BVerfG den Schutz auf Daten jeden Typs.¹¹⁸ Zugleich soll aber ein – wie dann meistens formuliert wird: absolutes, dem Eigentum¹¹⁹ vergleichbares – Herrschaftsrecht über die eigenen Daten gerade nicht gewährt werden.¹²⁰ Wie das zusammenpasst, bleibt unklar. Man spricht von der „Absicherung der Persönlichkeitsentfaltung“, will aber den in Kommunikationszusammenhänge eingebundenen Individuen keinen Anspruch auf Schutz gegen Fremdzuschreibungen gewähren.¹²¹ Eine konsistente¹²² Darlegung, worin die Beeinträchtigung des Grundrechtsträgers liegt, ist auf diesem Hintergrund kaum möglich.¹²³

Wertungswidersprüche sind denn auch unvermeidlich: Einerseits soll jede Kamera, die einen öffentlichen Raum abdeckt, eine *prima facie* unzulässige Beeinträchtigung darstellen, andererseits aber die Erhebung von Daten aus allgemein zugänglichen Webseiten keinen Grundrechts-

¹¹⁵ Ein derartiges Recht läuft der Idee, wonach die Verfassung als Rahmenordnung (*E.-W. Böckenförde*, Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, 2089) den politischen Prozess nur begrenzt, ihn aber weder einschnürt noch ersetzt, zuwider.

¹¹⁶ Kritisch zuletzt *K.-H. Ladeur* (oben Fn. 113), DÖV 2009, 45.

¹¹⁷ Das BVerfG spricht mit Blick auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht davon, dass jeder *prima facie* die Befugnis habe, „selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“ [BVerfGE 65, 1 (43)]. *H.P. Bull*, Informationelle Selbstbestimmung (oben Fn. 108), S. 45, spricht diesbezüglich von „mehr Illusion als Möglichkeit“. Skepsis auch bei *H.-H. Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen (oben Fn. 111), 165 Rdnr. 11.

¹¹⁸ BVerfGE 65, 1 (45).

¹¹⁹ Zu den Strukturgleichheiten von Eigentums- und Privatheitspositionen: *H.-P. Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995.

¹²⁰ So aber – konsequent – *W. Kilian*, Informationelle Selbstbestimmung und Marktprozesse, CR 2002, 921 (925); *K.-H. Ladeur*, Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung vom Wissensnetzwerken, DuD 2000, 12 (18).

¹²¹ *G. Britz*, Freie Entfaltung (o. Fußn. 3), 47f.; *M. Albers*, Informationelle Selbstbestimmung (oben Fn. 112), 152 ff., 454 ff.

¹²² Die Inkonsistenz ist bereits in Leitsatz 1 der Volkszählungsentscheidung (BVerfGE 65, 1) angelegt: Dort spricht das BVerfG davon, dass Schutz vor einer „unbegrenzten“ Erhebung etc. von Daten zu gewähren sei; als Schutzinstrument konstruiert das Gericht dann aber einen Anspruch, der (*prima facie*) gegen *jede* Form der Erhebung etc. gerichtet werden kann.

¹²³ Die Unwägbarkeiten stehen zu dem Bemühen, die Schutzbereichs- und Eingriffsdogmatik zu schärfen (*Chr. Möllers*, Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, 1973), in auffälligem Kontrast.

eingriff bewirken.¹²⁴ Während der an der Straße stehende Polizist, der einen Kennzeichenabgleich manuell vornimmt, keine Grundrechtsbeeinträchtigung bewirken soll, wird der automatisierten Kennzeichenüberwachung¹²⁵ die Eignung zur Beeinträchtigung der Freiheit zur Führung eines autonomen Lebens attestiert – zwar nicht dann, wenn es nach einem unverzüglichen und automatischen Abgleich zur Löschung der Daten kommt, wohl aber in einem Trefferfall. Der Rasterfahndung wird freiheitsbeeinträchtigende Wirkung attestiert, obgleich sie lediglich der Individualisierung von Personen dient.¹²⁶ Das Gericht behilft sich damit, dass es in psychologisierender und suggestiver, allerdings empirisch nicht unterlegter Manier als Beeinträchtigungstatbestand das „sich einstellende Gefühl des Überwachtwerdens“ und „Einschüchterungseffekte“ anführt.¹²⁷ Spätestens auf der Abwägungsebene wird allerdings deutlich, dass es an einem Substrat individueller Freiheit, das in die Verhältnismäßigkeitsabwägung eingestellt werden könnte, fehlt. Auf mehr als objektive rechtsstaatliche Prinzipien und politische Klugheitserwägungen kann sich das Gericht nicht stützen.¹²⁸

Das BVerfG versucht insofern, die neuen Lagen dadurch verfassungsrechtlich zu thematisieren, dass der Blick des je anderen bzw. die

¹²⁴ BVerfGE 120, 351 (361 f.); BVerfGE 120, 274 (344 f.).

¹²⁵ Zur Frage der Kompetenz: C. Arzt, Voraussetzungen und Grenzen der automatisierten Kennzeichenerkennung, DÖV 2005, 56 (59); G. Hormann, Verfassungswidrigkeit der Befugnis über den automatisierten Kfz-Kennzeichenabgleich im Hessischen Polizeirecht, NVwZ 2007, 669; A. Roßnagel, Verfassungsrechtliche Grenzen polizeilicher Kfz-Kennzeichenerfassung, NJW 2008, 2547 (2549 f.); A. Guckelberger (oben Fn. 107), NVwZ 2009, 352 (354 f.).

¹²⁶ Zur verfassungsgerichtlichen Entscheidung etwa: U. Volkmann, Die Verabschiedung der Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung, in: Juristische Ausbildung (Jura) 2007, 132.

¹²⁷ BVerfGE 120, 378 (430); kritisch auch H.-P. Bull, Informationelle Selbstbestimmung (oben Fn. 112), 61 ff.

¹²⁸ Inzwischen häufen sich denn auch die Stellungnahmen, die ganz offen dafür plädieren, das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ als bloßen Hebel anzusehen, mit dem im Informationsverwaltungsrecht („objektive“) Vorgaben der Verfassung formuliert werden können [K.-H. Ladeur, Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken (oben Fn. 120)], DuD 2000, 12; ders., Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion? (oben Fn. 113), DÖV 2009, 45; A. Scherzberg, Die öffentliche Verwaltung als informationelle Organisation, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 195 (219); M. Bäcker, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation (oben Fn. 92), 99 (122); H.-H. Trute, Öffentlichrechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 1999, 216 (263); M. Albers, Informationelle Selbstbestimmung (oben Fn. 112), passim; V. Karavas, Digitale Grundrechte – Elemente einer Verfassung des Informationsflusses im Internet, 2007, 166 ff.

Datenerhebung nicht nur unter Verdacht gestellt werden, sondern auch mit dem Prima-facie-Verdikt der Verfassungswidrigkeit versehen werden. Jedes Datum wird als potentiell sensibel angesehen, jeder Blick als potentiell freiheitsgefährdend. In einer Art intellektueller Maschinenstürmerei wird der technischen Seite des Kulturwandels pauschal „Gefährdungsqualität“ zugeschrieben. Es ist dies ein Verständnis, das zwischen den herkömmlichen sozialen Gegebenheiten und der sich wandelnden technischen Realität eine radikale Grenzziehung vornimmt: Während der menschliche Blick im öffentlichen Raum selbstverständlich keinen Grundrechtseingriff bewirkt, sollen die Kamera oder der Sensor dies immer bewirken. Das BVerfG überzieht sie mit einer Art Kontrollteppich und erblickt schon darin einen Freiheitsgewinn.¹²⁹ Mangels fassbaren Rechtssubstrats betätigt sich das BVerfG dann allerdings nicht als Garant individueller Rechtspositionen, sondern formuliert eine (durchaus kluge) „Überpolitik“. Grundrechte werden als Sprungbretter begriffen, um die Anordnung objektiver (vor allem rechtstaatlicher) Vorgaben zur Ordnung eines Sachbereichs zu ermöglichen. Die Betroffenheit vieler oder gar aller wird nicht als Hinweis darauf begriffen, dass es sich um ein politisch zu bewältigendes Problem handelt, sondern als Argument für einen besonderen Bedarf „grundrechtlichen“ Einschreitens des Karlsruher Gerichts verwandt.¹³⁰ Grundrechtstheoretisch überzeugt dies nicht.¹³¹ Das Freiheitsgefährdende der voyeuristischen Kultur vermag das Gericht auf diesem Weg nicht grundrechtstheorie-konsistent in den Griff zu bekommen. Die Vorstellung, dem einzelnen könne das Recht zustehen, auch nur prima facie umfassend über die Preisgabe persönlicher Informationen zu bestimmen, ist im übrigen nicht nur illusionär; ihr liegt ein dem grundgesetzlichen Menschen- und Gesellschaftsbild fremdes Bild eines grundsätzlich monadenhaft lebenden Menschen zugrunde.¹³²

¹²⁹ Vor der „Verrechtlichungsfalle“ warnen denn auch zutreffend *W. Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998), 513 (514ff.); *K.-H. Ladeur*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion? (oben Fn. 113), DÖV 2009, 45.

¹³⁰ BVerfGE 115, 320 (354); BVerfGE 120, 378 (402, 430); BVerfG (I. Kammer des Ersten Senats), NVwZ 2007, 688 (691). Vgl. auch BVerfG, NJW 2010, 833 (Rdnr. 204ff., 269ff.).

¹³¹ *J. H. Ely*, Democracy and Distrust, 1980.

¹³² Das sieht auch das BVerfG: Niemand habe ein Recht darauf, in der Öffentlichkeit nur so dargestellt zu werden, wie er es möchte (BVerfGE 101, 361 (380)). Ähnlich *G. Müller*, Persönlichkeitsrecht als Schutz vor unerwünschter Berichterstattung? ZRP 2009, 189.

3. Schutzpflichten

Ähnliche Unsicherheiten sind auch beim verfassungsrechtlichen Schutz¹³³ vor dem Blick von und der Verbildlichung durch private Dritte zu erkennen.¹³⁴ Das Gericht war inzwischen mehrfach mit Fällen konfrontiert, in denen sich Personen gegen die private Erzeugung eines Gegenbilds wehrten, das ihrer Selbstdarstellung zuwiderlief.

In der Caroline-Entscheidung¹³⁵ ging es aus der Perspektive eines freiheitsorientierten Grundrechtsverständnisses um die Frage des Verhältnisses von Markt und Öffentlichkeit.¹³⁶ Durch die eigentumsähnlich ausgestaltete Verfügungsbefugnis einer Person über ihr Bild¹³⁷ lässt der Gesetzgeber einen Markt entstehen. Vom BVerfG war zu entscheiden, inwieweit sich ein Medienunternehmen, um ein angebliches öffentliches Informationsinteresse zu bedienen, über dessen Regeln hinwegsetzen und frei bedienen darf?¹³⁸ Auf den vom Gesetzgeber eingerich-

¹³³ Zu Schutzpflichten allgemein etwa BVerfGE 39, 1 (42); BVerfGE 88, 203 (251); BVerfGE 115, 118 (152).

¹³⁴ Die staatliche Pflicht zum Schutz vor Gefährdungen durch Datenmissbrauch ist anerkannt: BVerfGE 106, 28; *BVerfG (I. Kammer des Ersten Senats)*, NJW 2007, 3055; *BVerfG (I. Kammer des Ersten Senats)*, JZ 2007, 576; *F. Schoch*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (oben Fn. 67), Jura 2008, 352 (354); *J. Kühling*, Datenschutz in einer künftigen Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung (oben Fn. 37), Die Verwaltung 40 (2007), 153 (164 ff.); *W. Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung (oben Fn. 129), AöR 123 (1998), 513 (524 ff.).

¹³⁵ BVerfGE 101, 361. Zur weiteren Entwicklung: *Chr. Grabenwarter*, Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderweges, AfP 2004, 309; *A. Heldrich*, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 2004, 2634 ff.; *A. Peters*, Die Causa Caroline: Kampf der Gerichte?, Betrifft Justiz 21 (2005), 160 ff.; *Chr. Starck*, Das Caroline-Urteil des EGMR und seine Konsequenzen, JZ 2006, 58; *Chr. Teichmann*, Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte, NJZ 2007, 1917; *W. Hoffmann-Riem*, Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, 20; *E. Barendt*, Balancing Freedom of Expression and Privacy: The Jurisprudence of the Strasbourg Court, J. of Media Law 2009, 49.

¹³⁶ Allgemein zum Verhältnis von Presse, Meinungsfreiheit und Privatheit: *J. Rozenberg*, Privacy and the Press, 2005; *H. Tomlinson*, Privacy and the Media, 2002; *R. Wacks*, Privacy and Press Freedom, 1995; vgl. auch *H. Jenkins*, Convergence Culture: Where Old and New Media Collide, 2008.

¹³⁷ Diese Position entstammt der Feder des Gesetzgebers. Zum verfassungsrechtlichen Schutz etwa: BVerfGE 101, 361 (381); *BVerfG*, NJW 2005, 3271; BVerfGE 120, 180 (198). Vgl. auch BVerfGE 34, 238 (246 f.); BVerfGE 54, 148 (155); BVerfGE 106, 28 (41).

¹³⁸ Rechtsvergleichend *G. Wagner*, Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, ZEuP 2000, 200; *I. Fahrenhorst*, Paparazzi und Privatsphäre – eine kritische Betrachtung der neueren Rechtsprechung des BGH im Lichte der EMRK, ZEuP 1998, 84; *J. Gerlach*,

teten Markt geht das Gericht allerdings gar nicht ein. Es rekurriert statt dessen überraschend auf das Recht des Privatsphärenschutzes und erstreckt dies auf öffentliche Räume wie die „freie, gleichwohl abgegrenzte Natur“ – mit der Folge der Konstruktion von „Privatheit in der Öffentlichkeit“. Dies ist doppelt zweifelhaft – einerseits, weil es eben kein vorfindliches soziales Substrat mehr gibt, das das BVerfG unhinterfragt zum Schutzgegenstand eines solchen Rechts machen könnte, und andererseits, weil es dem Gericht letztlich überhaupt nicht um eine besondere Verfügungsbefugnis in der „Natur“ geht. Es geht vielmehr um die Darstellung in den Medien. Der hilfsweise verwandte Standard der „berechtigten Privatheitserwartungen“ ist – als empirischer Orientierungspunkt – mit der Tagebuchentscheidung kaum in Einklang zu bringen, zudem in streitigen Fällen kaum ergiebig; als normatives Konzept erweist er sich als zirkulär.¹³⁹

Auch in der *Esra*-Entscheidung¹⁴⁰ ging es um den grundrechtlichen Schutz vor der Erzeugung von Gegenbildern – hier durch einen Künstler. Bekanntlich operierte die Senatsmehrheit hier mit der Differenz zwischen echten und verfremdeten, fiktionalisierten Bildern. Über Vermutungsregeln und Verfremdungszwang wurde der Versuch unternommen, zwischen dem Selbstdarstellungsanspruch der schutzsuchenden Person und dem künstlerischen Abbild je nach „Persönlichkeitsrelevanz“ eine hinreichende Distanz zu postulieren bzw. zu sichern. Die erkenntnistheoretische und kunstästhetische Problematik derartiger Distanzvorstellungen ist bereits in einem der Minderheitsvoten dargestellt worden.¹⁴¹ Ein freiheitsakzessorischer¹⁴² Ansatz hätte hier mehr Konsistenz gebracht. Die Gefahr der Veröffentlichung intimer Details aus einer Beziehung heraus wird die Interaktion der Partner wesentlich beeinflussen. Die Sicherung autonomer Lebensführung in einer Beziehung erzwingt insofern reziproken Schutz. Im Fall *Esra* stellte sich

Der Schutz der Privatsphäre von Personen des öffentlichen Lebens in rechtsvergleichender Sicht, JZ 1998, 741; *St. Barnett*, The Right to One's Own Image, American Journal of Comparative Law 1999, 555.

¹³⁹ Positiv demgegenüber *M. Albers*, Grundrechtsschutz der Privatheit, DVBl. 2010 1061.

¹⁴⁰ BVerfGE 119, 1. Hierzu etwa *T. Gostomzyk*, Wahrheit, keine Dichtung NJW 2008, 737; *S.-C. Lenski*, Grundrechtsschutz zwischen Fiktionalität und Wirklichkeit – Zum „*Esra*“-Beschluss des BVerfG, NVwZ 2008, 281; *P. Raue*, Kunstfreiheit, Persönlichkeitsrecht und das Gebot der praktischen Konkordanz, AfP 2009, 1; *F. Wittreck*, Persönlichkeitsbild und Kunstfreiheit. Grundrechtskonflikte Privater nach den Entscheidungen *Esra* und *Contergan* des Bundesverfassungsgerichts, AfP 2009, 6.

¹⁴¹ *W. Hoffmann-Riem*, in: BVerfGE 119, 1 (38 ff.).

¹⁴² Zu dieser Formulierung etwa: *H. M. Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008.

letztlich die Frage, inwieweit der künstlerische Anspruch die grundsätzlich beschränkte Verfügungsmacht der Partner über das Geschehen in einer Beziehung erweitern kann. Bei der Darstellung dritter Personen wird man dem Künstler größere Freiheit einräumen als bei der Darstellung des Partners. Die Vergegenbildlichung des letzteren wird umso mehr möglich sein, je deutlicher sie von einer ästhetischen Dimension überhöht wird. Absolute Tabuzonen gibt es dann aber nicht, ebenso wenig wie ein „Verfremdungsgebot“. Das ist der Preis, der dafür zu zahlen ist, mit einem Künstler zusammen zu sein.

Ich stelle diese Entscheidung hier beispielhaft gegenüber, um deutlich zu machen, wie unsicher die dogmatische Bewältigung von Spannungslagen im Privatrechtsverhältnis ausfällt. In manchen der Entscheidungen scheint es letztlich nur das Lebensgefühl der Richter zu sein, das dabei anleitet, die Sachkunde der Fachgerichte zu übertrumpfen. Die Bilder, die das Gericht von der menschlichen Persönlichkeit malt, sind allgemein genug, um es zu ermöglichen, induktiv die je eigenen Vorstellungen vom gelungenen Leben als Ausdruck verfassungsrechtlicher Vorgaben zu bezeichnen. Letztlich hat sich Privatheit so zur abhängigen Variablen entwickelt, deren Grenzverlauf durch eine Abwägung zwischen dem Verfügungsanspruch des Einen und dem Freiheitsanspruch des Anderen bestimmt werden soll – ohne dass allerdings eine Wesensschau menschlicher Persönlichkeit vorgenommen würde oder auch nur sinnvoll wäre. Das Gericht begnügt sich in dieser Situation mit einer methodisch unkontrollierten Abwägung irgendwie relevanter „Topoi“. Hält man sich vor Augen, welche Herausforderungen¹⁴³ sich im Bereich des kommerziellen Dataminings,¹⁴⁴ der Auswertung von Profilen in sozialen Netzwerken,¹⁴⁵ der Erstellung von Mobilitäts-¹⁴⁶

¹⁴³ Allgemein etwa *J. Kühling*, Datenschutz in einer künftigen Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung (oben Fn. 37), DV 40 (2007), 153; *W. Hoffmann-Riem*, Der grundrechtliche Schutz (oben Fn. 87), JZ 2008, 1009; *H. Maurer*, Google Freund oder Feind? Informatik Spektrum 30 (2007), 273; *F. Mattern* (Hrsg.), Total vernetzt: Szenarien einer informatisierten Welt, 2003.

¹⁴⁴ *Ph. Scholz*, Datenschutz bei Data Warehousing und Data Mining, in: *A. Roßnagel* (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2003, 1833 ff.; *J. F. Geiger*, Aufgedrängte Vertragsschlüsse durch Zusammenwirken von Adresshandel, Telefonmarketing und angemäßen Einzugsermächtigungen“, NJW 2008, 3030; *K.-U. Plath/A.-M. Frey*, Direktmarketing und der BDSG-Novelle: Grenzen erkennen, Spielräume optimal nutzen, BB 2009, 1762.

¹⁴⁵ *St. Bauer*, Personalisierte Werbung auf Social Community-Websites – Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verwendung von Bestandsdaten und Nutzungsprofilen, MMR 2008, 435.

¹⁴⁶ *R. Fraenkel/V. Hammer*, Keine Mautdaten für Ermittlungsverfahren: Anmerkungen zum Beschluss des LG Magdeburg (25 Qs 7/06), DuD 2006, 497.

oder Lebensprofilen¹⁴⁷ oder gar im Fall der Entstehung eines „Internets der Dinge“¹⁴⁸ – stellen, befriedigt der Stand der Dogmatik nicht.¹⁴⁹

V. Ein Neuansatz: Schutz vor freiheitsbeeinträchtigender Vergegenbildlichung

Niemand wird in Abrede stellen, dass von der voyeuristischen Kultur eine Gefahr für die autonome Lebensführung der einzelnen im Verfassungsstaat ausgehen kann. Das freiheitsgefährdende Potential der Entwicklung ist enorm und kann nicht überschätzt werden.¹⁵⁰ In dieser Situation die Hoffnung zu äußern, das Rechtssystem könne in eine Zeit zurückkehren, in der Privatheit als feststehende soziale Institution begriffen werden konnte, erscheint allerdings fruchtlos. Erfassen lässt sich diese Gefahr auch nicht dadurch, dass jeder technisch vermittelte Blick und jede irgendwie technisch bewirkte Datenerhebung zum Grund-

¹⁴⁷ Etwa durch die Verbreitung von RFID-Sendern: *M. Ronellenfitsch*, Funkerkennung (RFID) und Datenschutz, in: FS für H.-W. Rengeling, 2008, 167; *B. Holznagel/M. Bonnekoh*, Radio Frequency Identification – Innovation vs. Datenschutz? MMR 2006, 17; *K. Finkenzeller*, RFID-Handbuch: Grundlagen und praktische Anwendungen induktiver Funkanlagen, Transponder und kontaktloser Chipkarten, 2006; *S. Garfinkel/H. Holtzman*, Understanding RFID Technology, in: S. Garfinkel/B. Rosenberg, RFID: Applications, Security, and Privacy 2006, 15; *C. Kern*, Anwendungen von RFID-Systemen, 2007; *M. Friedewald/R. Lindner*, Datenschutz, Privatsphäre und Identität in intelligenten Umgebungen: Eine Szenarioanalyse, in: F. Mattern (Hrsg.), Total vernetzt (oben Fn. 143), 207; *B. Oertel/M. Wölk*, Anwendungspotenziale „intelligenter“ Funketiketten, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 5–6/2006, 16; *M. von Westerholt/W. Döring*, Datenschutzrechtliche Aspekte der Radio Frequency Identification (RFID), CR 2004, 710; *P. Remagnino/G.L. Foresti/T. Ellis* (Hrsg.), Ambient Intelligence: A Novel Paradigm, 2005.

¹⁴⁸ *H.-J. Bullinger/M. ten Hompel*, Internet der Dinge, 2007; *A. Roßnagel*, Informationelle Selbstbestimmung in der Welt des Ubiquitous Computing, in: F. Mattern (Hrsg.), Total vernetzt (oben Fn. 143), 265; *A. Roßnagel/T. Sommerlatte/U. Winand* (Hrsg.), Digitale Visionen: Zur Gestaltung allgegenwärtiger Informationstechnologie, 2008; *E. Fleisch/F. Mattern* (Hrsg.), Das Internet der Dinge – Ubiquitous Computing und RFID in der Praxis: Visionen, Technologien, Anwendungen, Handlungsanleitungen, 2005. Vgl. auch *B. Grzeszick*, Neue Medienfreiheit zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Ordnung. Das Beispiel des Internets, AöR 123 (1998), 173; *A. Kündig/D. Bütschi* (Hrsg.) Die Verselbstständigung des Computers, 2008.

¹⁴⁹ Methodik der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung: *W. Hoffmann-Riem*, Zur Eigenständigkeit rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, in: W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider, J.-P. (Hg.): Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, 389.

¹⁵⁰ *M.-T. Tinnfeld*, Sapere aude! Über Informationsfreiheit, Privatheit und Raster, NJW 2007, 625.

rechtseingriff gemacht und so *prima facie* mit einem Verbot belegt werden.¹⁵¹ Nicht die Beblickung beeinträchtigt die freiheitliche Lebensführung, sondern der Hemmungseffekt und die die Entwicklungsoptionen einschränkende Wirkung der dadurch entstehenden *Gegenbilder*. Entgegen der blickzentrierten Vorstellung des BVerfG muss der verfassungsrechtliche Schutz hier ansetzen. Nur über das zu erwartende Gegenbild lässt sich die Datenerhebung und Informationsbildung – der fremde Blick – bewerten.¹⁵²

Allerdings darf dabei nicht die Vorstellung zugrunde gelegt werden, autonome Lebensführung setze eine – wenn auch nur potentiell – umfassende Kontrolle über das Gegenbild voraus, das andere sich machen.¹⁵³ Dem liegt ein Bild individueller Lebensführung zugrunde, dem nur ein Wesen mit autistischem Grundzug anhängen kann. Die grundsätzliche Unkontrollier- und Unbeherrschbarkeit des Bilds, das andere sich machen, ist nicht nur empirische Gegebenheit; Autonomie ist überhaupt erst in einer Umgebung denkbar, die nicht dem individuellen Belieben willfährig untergeordnet ist, sondern das Gegenüber bildet, vor dem eine Lebensplanung zu entwickeln und zu realisieren ist. Die Bilder, die einem Individuum entgegengehalten werden, können Orientierung geben, Anstoß zur Weiterentwicklung sein, Anlass zur Korrektur, aber auch Bestätigung sein. Selbstbestimmung ist nur im Angesicht heteronomer Gegebenheiten denkbar. Autonomie würde im übrigen missverstanden, wenn eine historisch kontingente Kultur des Blicks und Gegenbildes undifferenziert gegen technisch induzierte Veränderungen abgeschirmt werden sollte.

Verfassungsrechtlicher Schutz kann und muss insofern – als freiheitsakzessorisch verstanden – dort einsetzen, wo es zur Erstellung und Nutzung von Gegenbildern kommt, durch die Realisierung der Selbstbestimmung einer Person in einer Welt, in der die Subjektstellung des Menschen und seine Einbindung in soziale Zusammenhänge untrennbar verbunden sind, tatsächlich beschädigt wird.¹⁵⁴ Die diesbezügliche

¹⁵¹ Dieser Vortrag beschäftigt sich nicht mit der Zweckmäßigkeit einer Reform des Datenschutzrechts; hierzu etwa K.-H. Ladeur, Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken: Zur „objektiv-rechtlichen Dimension“ des Datenschutzes DuD 2000, 12; A. Roßnagel/A. Pfitzmann/H. Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001.

¹⁵² Zur demokratischen Kontrolle der Entwicklung: E. von Hippel, Democratizing Innovation, 2005.

¹⁵³ So etwa auch G. Britz, Freie Entfaltung (oben Fn. 3), 27 ff., 48 ff.

¹⁵⁴ Ähnlich H.-D. Horn, Schutz der Privatsphäre, HBStR VII, § 149 Rdnr. 9 ff. („Möglichkeitenbedingungen autonomer Persönlichkeitsentfaltung“). Allgemein K. Stern, Idee

Diskussion ist noch ganz am Anfang. Meist wird lediglich auf Schlagworte zurückgegriffen. Die „Bedrohungswirkung“ von Profilen wird in dunklen Worten ausgemalt. Man beschwört das Bild vom „Gläsernen Menschen“, spricht von der Gefahr der Bildung „vollständiger Profile“. Panoptische Verhältnisse werden in immer neuen Wendungen und unter immerwährenden Rekurses auf das Phantasiegebilde *Benthams*¹⁵⁵ ausgemalt. Damit wird die Diskussion zwar emotionalisiert, nicht aber weitergeführt. Erst wenn die Dogmatik eines grundrechtlichen Profilierungsverbots prozesshaft und inhaltlich ausdifferenziert wird, wird man gesicherte Erkenntnisse gewinnen. Ich will versuchen, Ansätze einer derartigen Dogmatik zu entwickeln.

1. Grundrechtliche Anforderungen an den Staat

a) Beschränkungen der Datenerhebung

Schon an der *Datenerhebung* muss ein staatsgerichteter Unterlassungsanspruch ansetzen, soweit es um Informationen geht, die für den Freiheitsgebrauch so relevant sind, dass bereits die Erhebung – und nicht erst die Verwendung im Rahmen der Informationsgenerierung – rechtlich gesteuert werden muss. Die Entscheidung des BVerfG zum Bayrischen Versammlungsgesetz betraf einen derartigen Fall.¹⁵⁶ Die Erstellung und Speicherung von Videoaufnahmen von einer Demonstration kann vom Gebrauch der Versammlungsfreiheit abschrecken. Insofern ist es nicht ausgeschlossen, dass sich der grundrechtliche Unterlassungsanspruch bereits gegen Gegenbilder richtet, deren Informationsgehalt eher gering ist. Hieraus darf allerdings nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass jede Datenerhebung durch den Staat hemmende Wirkung hat – dies gilt insbesondere nicht zwangsläufig für den Fall, dass zunächst nur eine Datenspeicherung bei Dritten angeordnet wird.¹⁵⁷ Die Videoüberwachung öffentlicher Räume ohne Aufzeich-

der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, HBStR V, 2. Aufl. 2000, § 108 Rdnr. 3.

¹⁵⁵ J. Bentham, *The Panopticon Writings* (ed. Miran Bozovic), 1995, 29. Aufgegriffen von M. Foucault, *Überwachen und Strafen* (1975), 1976. Zur Rezeption: J. Semple, *Bentham's Prison. A Study of the Panopticon Penitentiary*, 1993; St. Luik, *Die Rezeption Jeremy Benthams in der deutschen Rechtswissenschaft*, 2003, 19 ff, 217 ff.

¹⁵⁶ BVerfGE 122, 342.

¹⁵⁷ Anders BVerfG, NJW 2010, 833; zum Problemkreis P. Gola/Chr. Klug/Y. Reif, *Datenschutz- und presserechtliche Bewertung der „Vorratsdatenspeicherung“*, NJW 2007, 2599; K. Graulich, *Telekommunikationsgesetz und Vorratsdatenspeicherung*, NVwZ 2008, 481; zur unionsrechtlichen Rechtslage: EuGH, NJW 2009, 1801; G. Britz, *Europäisierung des grundrechtlichen Datenschutzes?* EuGRZ 2009, 1.

nungsfunktion bewirkt danach als solche noch keinen Grundrechtseingriff.¹⁵⁸ Auch der Umstand, dass bestimmte Daten zugleich von einer Vielzahl von Bürgern erhoben werden, bringt nicht allein eine verfassungsrelevante Beeinträchtigungswirkung mit sich.¹⁵⁹

Vorsorgliche, also außerhalb legitimer Verwendungskontexte erfolgende Datenerhebung ist, wenn sie *zwangsweise* erfolgt, unzulässig – gerade, wenn sie dem Ziel der Kriminalitätsbekämpfung dienen soll. Misstrauen zerstört, selbst wenn es nur latent ist, die Textur des liberalen Verfassungsstaats. Der „misstrauische Staat“ wird das Vertrauen und die Unterstützung seiner Bürger verlieren. Verwendungsfunktionalität ist daher grundsätzlich ebenso geboten wie Transparenz. Dies schränkt die Überwachung öffentlicher Räume erheblich ein.

In der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung spricht das Gericht schließlich davon, dass staatliche Politiken, „die auf eine Totalerfassung der Kommunikation oder Aktivitäten der Bürger insgesamt angelegt“ sind, vor dem Grundgesetz keinen Bestand hätten.¹⁶⁰ In einem Ansatz, der als „Überwachungsgesamtrechnung“¹⁶¹ bezeichnet werden kann, zieht das Gericht der Datenerhebung auch dann Grenzen, wenn diese „im Zusammenspiel mit anderen vorhandenen Dateien zur Rekonstruierbarkeit praktisch aller Aktivitäten der Bürger führen“ darf. Der darin angelegte Maßstab ist allerdings noch nicht ausgeformt worden. Die Grenzziehung bewertet nicht den einzelnen Akt der Datenerhebung, sondern beruht auf der Vorstellung, der Staat dürfe sich niemals in die Position versetzen, über jene Datenmenge zu verfügen, die für die Erstellung eines umfassenden Verhaltensprofils geeignet wäre. Dies wirft eine Vielzahl von qualitativen und quantitativen Wertungsproblemen auf.¹⁶²

b) *Erstellung und Zusammenführung von Information*

Auch bei der *Verwendung* von Daten zur Informationsbildung und der Zusammenführung von Informationen zu einem Gegenbild oder Profil sind grundrechtliche Anforderungen zu beachten. Regelmäßig

¹⁵⁸ Hierzu M. A. Zöller/Th. Fetzner, Verfassungswidrige Videoüberwachung (oben Fn. 28), NVwZ 2007, 775. Zu den einfachrechtlichen Grenzen der Videoüberwachung etwa: OVG Münster, Urt. vom 8. 5. 2009 – 16 A 3375/07.

¹⁵⁹ Siehe schon oben bei Fn. 131.

¹⁶⁰ BVerfG NJW 2010, 833 (839 Rdnr. 216).

¹⁶¹ A. Roßnagel, Die „Überwachungs-Gesamtrechnung“ – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, 1238 (1242).

¹⁶² Zum rechtswissenschaftlichen Problem der Grenzdefinition in Kumulationsfällen: G. Kirchhof, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, 732. Vgl. auch: O. Depenheuer, Zählen statt Urteilen. Die Auflösung der Urteilskraft in die Zahlengläubigkeit, SächVBl. 2010, 177.

wird die Erstellung eines Gegenbildes noch keine Freiheitsbeschränkung bewirken. Dies gilt insbesondere, wenn sie verwaltungsintern erfolgt, wie etwa die Erstellung sozialrechtlicher Profile, mit denen die Anspruchsbedürftigkeit eines Menschen geprüft wird. Selbst das umfassende Gesundheitsprofil, das auf der Gesundheitskarte abgebildet werden soll, ist als solches keine unzulässige Vergegenbildlichung.¹⁶³ Allerdings müssen hier Verwendungskontexte genau und verhältnismäßig definiert und Missbrauch sicher ausgeschlossen sein. Institutionell muss sichergestellt sein, dass – ungeachtet staatlicher Einheitstheoreme – Informationen nicht außerhalb des definierten Kontextes innerhalb der staatlichen Verwaltung verbreitet und verwandt werden.

c) *Nutzung von Gegenbildern*

Was schließlich die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die staatliche *Nutzung* von Gegenbildern angeht: Vertraulichkeit ist dort, wo sie aufgrund der Erhebungsrelation geboten ist, zu wahren; die Verbreitung der erzeugten Bilder kann auf Grenzen stoßen. Staatliche Stellen müssen ihr Handeln zudem an der Maxime ausrichten, dass die von ihnen erstellen Bilder falsch sein können. Im Zuge der automatisierten Kennzeichenüberwachung kann es etwa zu Fehlermeldungen kommen; die Rasterfahndung wird regelmäßig vor allem harmlose Bürger aussondern. Dies ist bei der Formulierung der Maßnahmen und Handlungen, die auf der Grundlage der erstellten Gegenbilder getroffen werden, zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Häufig wird hier auch spezifischer Grundrechtsschutz – etwa gegen Zwangsmaßnahmen – zu erlangen sein. Die Bewältigung der Spannungslagen, die sich insbesondere mit Blick auf berechnete Informationsinteressen Dritter ergeben, steht bislang noch am Anfang.¹⁶⁴

¹⁶³ Hierzu etwa: R. Pitschas, Regulierung des Gesundheitssektors durch Telemedizininfrastruktur – die elektronische Gesundheitskarte, NZS 2009, 177; A. Roßnagel/G. Hornung, Forschung à la Card? MedR 2008, 538.

¹⁶⁴ Vgl. etwa J. Lege, Privatsphäre und Politik. Helmut Kohl und die Stasi-Unterlagen (BVerwG NJW 2004, 2462), Jura 2005, 616; G. Sydow, Staatliche Verantwortung für den Schutz nichtstaatlicher Geheimnisse. Eine Rekonstruktion des Geheimnisschutzrechts Die Verwaltung 38 (2005), 35; Th. Mayen, Verwertbarkeit von geheim gehaltenen Verwaltungsvorgängen im gerichtlichen Verfahren?, NVwZ 2003, 537; F. Wollenschläger, Budgetöffentlichkeit im Zeitalter der Informationsgesellschaft, AöR 135 (2010), 363.

2. Anforderungen im horizontalen Verhältnis

Die eigentliche Bewährungsprobe stellt sich der hier entwickelten Konzeption aber erst mit Blick auf horizontale (Privatrechts-)Verhältnisse.¹⁶⁵ Eine Konzeption, die verfassungsrechtlich nicht allgemein informationelle Selbstbestimmung gewährt (oder soll ich sagen: verspricht¹⁶⁶), sondern (nur) vor freiheitsbeeinträchtigender Vergegenbildlichung schützt, wird staatliche Schutzvorkehrungen¹⁶⁷ nur insoweit verlangen, als in einer Lage oder einem Szenario die Erwartung begründet ist, dass es zu einer freiheitsgefährdenden Einwirkung auf autonome Lebensführung kommt. Damit erweist sich nicht bereits jede Kundendatenbank, die zu Werbezwecken verwandt wird, als verfassungsrechtlich problematisch. Eine gesetzgeberisch einzulösende Schutzpflicht kommt vielmehr nur in seltenen Fällen überhaupt zum Tragen.¹⁶⁸ In einem liberalen Gemeinwesen sind die – eh wandelbaren – Grenzen der Vergegenbildlichung zunächst privat zu verhandeln, gegebenenfalls auch politisch festzulegen. Das BVerfG kann verfassungsrechtliche Schutzanforderungen nur dort postulieren, wo es zu einem offensichtlichen Versagen des politischen Prozesses kommt.

Bei der Konkretisierung der Schutzpflichten, die sich in informationeller Hinsicht aus dem Grundgesetz ergeben, ist immer im Blick zu behalten, dass durch Art. 10 GG, Art. 13 GG und das „Computer-Grundrecht“ Sphären garantiert sind, in denen Privatheit und Vertrau-

¹⁶⁵ Allgemein: *Th. Placzek*, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz, 2006; *U. Amelung*, Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht, 2002.

¹⁶⁶ Deutlich zur Unangemessenheit der Regelungen des BDSG im horizontalen Bereich: *E. Gurlit*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen (oben Fn. 67), NJW 2010, 1040: „Es ist aber *common sense*, dass die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) für den so genannten nicht öffentlichen Bereich den offenbar gewordenen Risikolagen nicht gerecht werden.“

¹⁶⁷ Die Frage, inwieweit der Schutz strafrechtlich (§§ 201 ff. StGB) oder zivilrechtlich gewährt werden soll, wird verstärkt diskutiert (*R. B. Abel*, Die neuen BDSG-Regelungen, RDV 2009, 147 /151; *M. Bartsch*, Die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 BGB, CR 2008, 613; *BVerfG*, NJW 2010, 833 Rdnr. 253). Zur Diskussion um die Befugnisse der Datenschutzbeauftragten: *J. Bizer*, Unabhängige Datenschutzkontrolle, DuD 1997, 481; *J. Hellermann/J. Wieland*, Die Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle im nicht-öffentlichen Bereich, DuD 2000, 284; *S. Simitis*, Zur Datenschutzgesetzgebung: Vorgaben und Perspektiven, CR 1987, 602; *K. Faßbender*, Die Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie als Nagelprobe für das Demokratieprinzip deutscher Prägung RDV 2009, 96.

¹⁶⁸ Zur Ausgestaltungsbedürftigkeit der verfassungsrechtlichen Anforderungen: *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 201 ff.

lichkeit geschützt werden. In anderen Worten: Wer will, kann auch weiterhin sein Leben weitgehend in Privatheit führen. Allerdings gibt es hier Grenzen. Dem neugierigen Blick von Google Street View kann sich auch jemand, der sich im öffentlichen Auftritt Askese auferlegt, nicht entziehen. Viele Dienstleistungen und Angebote der Wirtschaft sind zu nützlich, als dass man nur um des Schutzes vor einer Informationsverbreitung willen darauf verzichten will. Und wer sich gar aktiv in sozialen Netzwerken oder anderen Einrichtungen inszeniert, kann nicht verhindern, dass andere die so veröffentlichten Daten zur Erstellung von Gegenbildern nutzen.

a) Datenerhebung und -nutzung ohne Zustimmung

Bei der Beantwortung der Frage, wie schutzbedürftig einzelne vor der Erstellung und Verwertung informationeller Gegenbilder sind, ist zwischen verschiedenen Szenarien zu unterscheiden. Eine erste Unterscheidung hat die Frage zum Gegenstand, ob Informationen auf Daten beruhen, die (wenn auch nicht unbefugt, so doch) ohne Zustimmung erhoben wurden, oder ob die Verfügbarkeit der Daten willentlich und freiwillig hergestellt wurde. Grundsätzlich ist die Schutzbedürftigkeit in Fällen, in denen keine Freiwilligkeit vorliegt, größer als im letztgenannten Fall. Zu Recht hat das BVerfG ausgesprochen, dass von Freiwilligkeit nicht gesprochen werden kann, wenn ein Versicherungsunternehmen im Rahmen eines Vertrags über eine Berufsunfähigkeitszusatzversicherung eine Leistung – mithin eine für die persönliche Lebensführung elementar wichtige Leistung – nur dann gewährt, wenn der Vertragspartner der Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht pauschal und umfassend zustimmt.¹⁶⁹

Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass es Teil der unternehmerischen und bürgerlichen Freiheit ist, im öffentlichen Raum Daten zu erheben, mit der sich Informationen über die Lebensführung anderer bilden lassen. Die Argumentationslast dafür, dies einzuschränken, liegt bei demjenigen, der sich in öffentlichen Räumen bewegen will, ohne dass dies dokumentiert wird.¹⁷⁰ Dass wir uns bislang weitgehend anonym und gegenbildlos bewegen konnten, ist Ausdruck historischer Kontinenz und kann allein nicht Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen sein. Das Interesse an der Privatheit allein reicht hierfür nicht aus, wenn

¹⁶⁹ BVerfG (I. Kammer des Ersten Senats), JZ 2007, 576 mit Anmerkung J. Schwabe.

¹⁷⁰ Vgl. H. Bäumler, Das Recht auf Anonymität, in: H. Bäumler/A. von Mutius (Hrsg.), Anonymität im Internet, 2003, 1 ff.; A von Mutius, Anonymität als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – terminologische, rechtssystematische und normstrukturelle Grundfragen, ebd., 12 ff.

es nicht um Daten geht, aus denen sich besonders intime oder sensible Informationen bilden lassen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bedeutet dies etwa, dass etwa das Data-Mining¹⁷¹ von sozialen Profilen keine verfassungsrechtliche Schutzpflicht auslöst. Über die politische Zweckmäßigkeit der Steuerung dieser Entwicklungen ist damit nichts gesagt – aber insofern ist Berlin und nicht Karlsruhe zuständig. Entsprechendes gilt für den Aufenthalt in den Räumen oder in der Sphäre eines Dritten.¹⁷² Gegen die technische Überwachung von Arbeitnehmern in Räumen des Arbeitgebers lässt sich damit keine Schutzpflicht stellen;¹⁷³ nur für Bereiche, in denen die Einsichtnahme in den Intimbereich möglich ist, wird etwas anderes gelten.¹⁷⁴

Grundsätzlich überlässt eine grundrechtliche Schutzpflicht dem Gesetzgeber weitreichende Entscheidungsbefugnisse über die Art und Form der zu ergreifenden Schutzmaßnahmen. Die Verfassung determiniert nicht abschließend, wie der zu gewährende Schutz auszusehen hat. Es ist auf diesem Hintergrund zu bedauern, dass das Spektrum der Möglichkeiten, wie Schutz vor freiheitsbeeinträchtigender Vergegenbildlichung gewährt werden kann, in der rechtswissenschaftlichen Diskussion häufig nicht ausgeschöpft wird. Das Spektrum der Möglichkeiten wird mit der Alternative von unbeschränkter Handlungsfreiheit, Einwilligungslösungen und Verbot nicht ausgeschöpft. Transparenzpflichten können die freiheitsbelastende Wirkung von Datenerhebungen

¹⁷¹ S. Brown, Customer Relationship Management: A Strategic Imperative in the World of e-Business, 1999; A. Schweizer, Customer Relationship Management: Datenschutz- und Privatrechtsverletzungen beim CRM, 2007.

¹⁷² Zum Arbeitnehmerdatenschutz etwa R. Erfurth, Der „neue“ Arbeitnehmer-schutz im BDSG, NJW 2009, 2723; G. Thüsing, Datenschutz im Arbeitsverhältnis – Kritische Gedanken zum neuen § 32 BDSG, NZA 2009, 865; M. Franzen, Arbeitnehmerdatenschutz – rechtspolitische Perspektiven“, RdA 2010, 257; M. – T. Tinnefeld/T. Petri/S. Brink, Aktuelle Fragen um ein Beschäftigtendatenschutzgesetz. Eine erste Analyse und Bewertung, MMR 2010, 727.

¹⁷³ Zur Problematik etwa U. H. Schneider, Offene und verdeckte Kameraüberwachung – Manie oder Chance und Anspruch? FS A. Podlech 1994, 247. Ähnliche Fragen stellen sich bei der Einsicht des Arbeitgebers in die Email-Korrespondenz der Arbeitnehmer: N. Härting, E-Mail und Telekommunikationsgeheimnis, CR 2007, 311; H.-Chr. Schimmelpfennig/H. Wenning, Arbeitgeber als Telekommunikationsdiensteanbieter? DB 2006, 2290; S. Nägele/L. Meyer, Internet und Email am Arbeitsplatz, K&R 2004, 312; S. Ernst, Der Arbeitgeber, die Email und das Internet, NZA 2002, 585.

¹⁷⁴ Auch hier gilt wieder, dass der Gesetzgeber weitergehende Schutzregelungen erlassen kann: S. Brink/S. Schmidt, Die rechtliche (Un-)Zulässigkeit von Mitarbeiter-screensings. Vom schmalen Pfad der Legalität, MMR 2010, 592; U. H. Schneider, Investigative Maßnahmen und Informationsweitergabe im konzernfreien Unternehmen und im Konzern, NZG 2010, 1201.

reduzieren. In informationellen Kontexten weiterführend sind darüber hinaus vor allem Marktmodelle: Daten und Informationen werden hier zum Gegenstand eigentumsähnlicher Rechtspositionen gemacht, deren Marktwert dann realisiert werden kann. Dies setzt rechtstechnisch voraus, dass eine ausschließliche Verfügungsbefugnis begründet und ein Markt hergestellt wird, innerhalb derer diese Rechtspositionen dann gehandelt werden können. Ein derartiges Modell wäre etwa zweckmäßig, um die Eigentümer von Grundstücken an den Verwertungserlösen teilhaben zu lassen, die Google mit seinem Dienst Street View erzielen wird. Leider ist die Theorie der ökonomischen Analyse von Privatheit noch unterentwickelt;¹⁷⁵ die Ansätze, die es gibt, werden von der Rechtswissenschaft bislang kaum zur Kenntnis genommen.

b) Verarbeitung und Verwertung freiwillig preisgegebener Daten und Informationen

Besondere Herausforderungen stellen sich auch bei der Bestimmung der verfassungsrechtlichen Schutzanforderungen, die für den Umgang mit Daten und Informationen gelten müssen, die eine Person freiwillig preisgegeben hat. Grundsätzlich gilt hier das Verantwortungsprinzip: Eine erwachsene Person hat die Konsequenzen zu tragen, die sich aus ihrem Handeln ergeben. Wer sich im Rahmen eines sozialen Netzwerkes so inszeniert, dass ein Gegenbild entsteht, das sozial oder beruflich nachteilige Folgen nach sich zieht,¹⁷⁶ kann grundsätzlich kein staatliches Einschreiten verlangen.¹⁷⁷ Die Vorstellung, hier könne zwischen privaten und beruflichen Sphären unterschieden werden, ist wenig sachgerecht.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Überblick bei J. Zhan/V. Rajamani, *The Economics of Privacy*, International Journal of Security and its Applications Vol. 2 (2008), 101.

¹⁷⁶ Zur Selbstpreisgabe in derartigen Foren: E. Gurlit, *Gesellschaftlicher Wandel und technologischer Fortschritt in der Verfassungsrechtsprechung zur Privatheit*, in: B. Sokol (Hrsg.), *Total transparent – Zukunft der informationellen Selbstbestimmung?*, 2006, S. 4.

¹⁷⁷ Zur „Intimisierung“ der Gesellschaft durch Selbstinszenierung: W. Gottschach, *„Intimisierung der Gesellschaft oder kollektive Infantilisierung?“* in: H. Koenig (Hrsg.), *Politische Psychologie heute* (Leviathan: Sonderheft 9), 1998, 297; K. Imhof, *Die Privatisierung des Öffentlichen: Zum Siegeszug der Primärgruppenkommunikation in den Medien*, in: C. Honegger/St. Hradil/F. Traxler (Hrsg.): *Grenzenlose Gesellschaft?* 1998, 717.

¹⁷⁸ Vgl. hierzu A. Bissels/M. Lützelzer/G. Wisskirchen, *Facebook, Twitter & Co.: Das Web 2.0 als arbeitsrechtliches Problem*, BB 2010, 2433; F. Bayreuther, *Einstellungsuntersuchungen, Fragerecht und geplantes Beschäftigtendatenschutzgesetz*, NZA 2010, 6.

Gewiss sind auch hier verfassungsrechtliche Grenzen zu beachten. Ich vermag der Verfassung allerdings kein Gebot zu entnehmen, die Erhebung bestimmter Daten überhaupt zu unterbinden, selbst wenn eine tatsächlich freiwillige Preisgabe angeboten wird.¹⁷⁹ Dies gilt auch für genanalytische Daten.¹⁸⁰ Das jüngst erlassene Gesetz¹⁸¹ geht insofern über den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz hinaus.

Wohl aber lassen sich dem Verfassungsrecht Leitprinzipien entnehmen, die der Gesetzgeber bei der Bestimmung der Grenzen zu beachten hat, die der Gegenbildformung und Profilierung gezogen sind:¹⁸² Sicherung der Verwendungskontextualität;¹⁸³ Transparenz;¹⁸⁴ Gewährleistung eines Informationsmanagements, das Richtigkeit und Angemessenheit sicherstellt;¹⁸⁵ schließlich: Diskriminierungsschutz, der sich gegen die Erstellung und Nutzung gruppennachteiliger Profile richtet.¹⁸⁶ Dabei muss es einerseits darum gehen, rechtliche und technische Vorkehrungen zu schaffen, mit denen die Steuerung von Daten- und Informationssammlungen ermöglicht wird (Auskunft etc.; „Informationsagenten“¹⁸⁷). Ansprüche auf Löschung von zulässig erhobenen und richtigen Daten oder auf ein „Vergessen von Informationen“ lassen sich aus der

¹⁷⁹ S. Spiekermann, RFID and Privacy – What Consumers Really Want and Fear, *Personal and Ubiquitous Computing* 13 (2009), 423.

¹⁸⁰ J. Schmidtke u. a. (Hrsg.) *Gendiagnostik in Deutschland. Status quo und Problemerkundung*, 2007

¹⁸¹ Hierzu etwa W. H. Eberbach, Das neue Gendiagnostikgesetz, *MedR* 2010, 155; A. Geneger, Das neue Gendiagnostikgesetz, *NJW* 2010, 113.

¹⁸² Vgl. etwa M. Langheinrich, *Personal Privacy in Ubiquitous Computing: Tools and System Support*, Diss. ETH Zürich, 2005.

¹⁸³ Hierzu gehört auch die Information bei Missbrauch: G. Hornung, Informationen über „Datenpannen“ – Neue Pflichten für datenverarbeitende Unternehmen, *NJW* 2010, 1841.

¹⁸⁴ Zur Problematik des Datenhandels etwa: A. Roßnagel, Die Novellen zum Datenschutzrecht – Scoring und Adresshandel, *NJW* 2009, 2716.

¹⁸⁵ T. Wybitul, Das neue Bundesdatenschutzgesetz: Verschärfte Regeln für Compliance und interne Ermittlungen“, *BB* 2009, 1582; D. A. Pauly/Chr. Ritzer, Datenschutz-Novellen: Herausforderungen für die Finanzbranche, *WM* 2010, 8; S. Salvemoser/Chr. E. Hauschka, Korruption, Datenschutz und Compliance, *NJW* 2010, 331.

¹⁸⁶ In diese Richtung nunmehr §§ 28a und 28ab des Gesetzes zur Änderung des BDSG v. 29. 7. 2009, BGBl I, 2254, und Art. 5 des Gesetzes u. a. zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, BGBl I, 2355; s. auch P. Gola/P. Klug, Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2008/09, *NJW* 2009, 2577. Allgemein etwa D. Lyon (Hrsg.), *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*, 2003.

¹⁸⁷ K. Cornelius, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, *MMR* 2005, 353; T. Eymann, Digitale Geschäftsagenten: Softwareagenten im Einsatz, 2003; R. Gitter/A. Roßnagel, Rechtsfragen mobiler Agentensysteme im E-Commerce, in: *Kommunikation und Recht* 2/2003, 64.

grundrechtlichen Schutzpflicht aber nicht ableiten. Vor allem aber ist darüber nachzudenken, inwieweit Märkte für Informationen aufgebaut werden können, in denen die Möglichkeit besteht, persönlichen Daten einen Preis zuzuweisen und so sicherzustellen, dass kommerzielle Nutzer die Betroffenen an ihren Gewinnen partizipieren lassen.

3. *Schlussfolgerung: Umstellung der Dogmatik von der Datenerhebung auf die Informationsbildung*

Damit sind die dogmatischen Konturen einer Rechtsposition formuliert, mit denen freiheitsakzessorisch auf Gefährdungen durch die voyeuristische Kultur reagiert werden kann, die jenseits eines staatlichen Eindringens in Wohnung, Kommunikation oder IT-System liegen. In der Konzeption verzichtet sie auf ein *prima facie* umfassendes Blickungsverbot. Sie respektiert die Freiheit des Blicks in öffentlichen Räumen; allerdings verschließt sie nicht die Augen vor den Gefahren, die sich aus der technisch gestützten Formung von Gegenbildern ergeben können. Im Telos ist sie nicht persönlichkeitsorientiert, sondern Ausdruck der Bedingungen einer freiheitlichen Lebensführung in einer sich ändernden Beobachtungskultur. Ihre Anerkennung hätte nicht nur zur Folge, dass auf ein „Recht auf Privatsphärenschutz“¹⁸⁸ jedenfalls dort verzichtet werden könnte, wo es um öffentliche Räume geht.¹⁸⁹ Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung könnte als eine Übergangserscheinung der frühen Zeit der Datenverarbeitung wieder in der Versenkung verschwinden.¹⁹⁰

¹⁸⁸ BVerfGE 80, 367 (373 f.); BVerfGE 101, 361 (381 f.); BVerfGE 120, 180 (199).

¹⁸⁹ Wenig Klarheit besteht in der Frage, ob es – über die Gewährleistung von Art. 13 GG hinaus – eines Schutzes der Privatsphäre bedarf, durch den dem Grundrechtsträger in sozialer wie räumlicher Hinsicht ein Rückzugsbereich gewährt wird. Teilweise scheint man die Aggregation und Kumulation grundrechtlichen Schutzes für sinnvoll anzusehen [M. Albers, Grundrechtsschutz der Privatheit (oben Fn. 111), DBVl. 2010, 1061 (1065)], ohne sich allerdings mit den systematischen und inhaltlichen Einwänden auseinander zu setzen.

¹⁹⁰ Die Frage, wie sich das Gemeinwesen den Herausforderungen durch die voyeuristische Kultur stellt, ist zunächst und vor allem politischer Natur. Verfassungsrechtlicher Schutz kann erst dort greifen, wo es zu einer politisch nicht mehr verhandelbaren Beeinträchtigung der autonomen Lebensführung kommt. Eine Rechtsposition, die den einzelnen einen (wenn auch nur *prima facie*) umfassenden Bestimmungsanspruch über Daten in der sozialen Umgebung verleiht, vermag hier keine Grenze zu formulieren. – Es geht also nicht darum, das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ nur anders „abzuleiten“ [dazu etwa M. Albers (oben Fn. 112), Informationelle Selbstbestimmung, 2005, 353 ff.; H.-P. Bull (oben Fn. 112), Informationelle Selbstbestimmung, 2009, 56 ff.].

Leitsätze des 1. Referenten über:

Grundrechtsschutz der Privatheit

1. Die voyeuristische Kultur

(1) Erst der Blick des anderen bestätigt die Existenz der Persönlichkeit und verleiht Subjektivität. Dieser Blick verobjektiviert zugleich aber auch. Das Beobachtetwerden kann beschämen, festlegen und Handlungsmöglichkeiten nehmen.

(2) Mit dem Konzept der Privatheit werden Lagen bezeichnet, in denen wir dem Zugriff der anderen nicht umstands- und willenlos ausgesetzt sind. Diese Lagen können gegenständlich (das Körperliche), räumlich (Wohnung) oder als Ausschnitte des sozialen Lebens (menschliche Kommunikation, Schutz vor der Bedrängung durch Gegenbilder) definiert sein.

*(3) **Voyeurismus ist zur zentralen kulturellen Erscheinung der heutigen Gesellschaft geworden.** Die Beobachtung des sozialen Geschehens hat ein nie gekanntes Maß erreicht. Dies führt zur Irritation überlieferter kultureller Prägungen.*

(4) Beim Schutz der Privatheit geht es nicht nur um Grenzen, die dem fremden Blick gezogen werden. Es geht auch um die Steuerung des Gegenbildes, das der moderne Voyeur regelmäßig entwirft. Die modernen Formen der Beobachtung erzeugen Datenspuren, die zu umfassenden, dauerhaften und vielseitig einsehbaren Gegenbildern des Menschen geformt werden können.

2. Privatheit: Zwischen einer sozialen Institution und einem Produkt der Politik

(5) Privatheit konstituiert sich immer in Abgrenzung zu dem jeweils anderen (Staat, Öffentlichkeit, Markt). Die Sphären sind jeweils durch eigenständige Handlungsrationitäten gekennzeichnet.

(6) Aus der Beobachtungsperspektive erschließt sich, dass Haus und Wohnung zwar einen entpolitisierten Raum bildeten. Machtfrei war dieser aber niemals. Staatliches Recht hat zudem nicht nur die Sphärentrennung immer reproduziert und verstärkt, sondern auch die Beziehungen in der Privatsphäre geordnet.

(7) *Politik und Recht pflegten – aus der Binnenperspektive – bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts die Vorstellung von der Privatsphäre als einem vorgesellschaftlichem Raum, der der Autonomie der einzelnen überlassen blieb. Über den Grenzverlauf von Privatheit und Öffentlichkeit determinierte nicht Freiheit; Freiheit war die abhängige Variable, deren Größe sich mit dem Verlauf der Grenzziehung von Privatem und Öffentlichkeit mal in die eine, mal in die andere Richtung verändern konnte.*

(8) *In der Folge der Umwälzungen der sechziger und siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts wurde Privatheit politisiert. **Seither weist das Konzept eine schillernde Ambivalenz auf: Es speist sich aus vorrechtlichen, von historischer Erfahrung geprägten Maßstäben, muss aber auch als aufgegebene Kategorie (Produkt des Rechts) begriffen werden.***

3. *BVerfG: Vom Verfassungsschutz der Privatsphäre zum politisierten „Persönlichkeitsschutz“*

(9) *Die Idee einer sozial-institutionellen, als vor- und außergesellschaftlich zu begreifenden Privatsphäre klingt in der frühen Rechtsprechung des BVerfG zu den privatheitsrelevanten Bestimmungen des GG vielfach an.*

(10) *Anfang der achtziger Jahre verlieren soziale Strukturen als unhinterfragter Anknüpfungspunkt an Bedeutung, das Individuum und sein Selbstbestimmungsrecht werden zum zentralen Orientierungsmaßstab. Mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kann potentiell das gesamte Lebensumfeld eines Menschen dem individuellen Beherrschungsanspruch unterworfen werden. Die Rechtsposition drängt „nach außen“; es gibt keinen Grund, warum der Schutz sich nur auf den „engeren persönlichen Lebensbereich“ beschränken soll.*

(11) *Zugleich vollzieht das Gericht die Politisierung des Privaten verfassungsrechtlich nach. Privatheit wandelt sich von einer vorfindlichen Zone eingeschränkten Zugriffs zu einem Feld, dessen Konturen sich erst aus einer Abwägung von Allgemein- und Individualinteressen ergeben. Dies gilt selbst für den „Kernbereich“ der privaten Lebensführung. **Diese Politisierung – auch von Art. 1 GG – hat eine Radikalität entwickelt, die vor dem Maßstab fortbestehender sozial-kultureller Anschauungen von Privatheit („Heiligkeit des Hauses“) befremdet.***

(12) *Bei oberflächlicher Betrachtung erweist sich das Verfassungsrecht so als wohl aufgestellt, um den Herausforderungen der voyeuristischen Kultur zu begegnen. Bei genauerer Betrachtung stellt sich das Bild allerdings als weniger glänzend dar. **Während das Gericht dort, wo es um das staatliche Eindringen in geschützte Sphären geht – insbesondere Art. 13 und Art. 10 GG –, eine stringente und weitsichtige Feder führt, erweist sich seine***

Handschrift bei anderen Formen der Bildschöpfung und Vergegenbildlichung als wesentlich unsicherer.

4. Dogmatikanalyse

a) Schutz vor staatlichem Eindringen

(13) In einer inzwischen ausdifferenzierten Rechtsprechung hat das BVerfG Art. 13 GG, Art. 10 GG und ein „Computergrundrecht“ gegen den voyeuristischen Staat in Stellung gebracht. Das Gericht misst Maßnahmen, mit denen der Staat in die beschriebenen Sphären eindringt – an der Eingriffseigenschaft bestehen keine Zweifel –, inzwischen an einem festen und weitgehend einheitlichen System von Rechtfertigungsanforderungen.

b) Sonstige Formen staatlicher Verbildlichung

*(14) Wesentlich größere Schwierigkeiten bereitet dem BVerfG die dogmatische Bewältigung von Formen staatlicher Verbildlichung von Personen in der staatlichen Binnensphäre, in öffentlichen – auch virtuellen – Räumen bzw. unter Rückgriff auf Daten Dritter. Stichworte sind: Rasterfahndung, Videoüberwachung öffentlicher Plätze und automatisierte Kennzeichenüberwachung, Vorratsdatenspeicherung oder automatisierte Kontoabfrage. **Teilweise – und nicht immer systematisch – unternimmt das Gericht den Versuch, die Szenarien freiheitsperspektivisch einzufangen – allerdings unter Überdehnung des Eingriffsbegriffs.***

*(15) Häufiger versucht das Gericht, Szenarien über persönlichkeitsrechtliche Selbstbestimmungsansprüche einzufangen. Insbesondere wird das informationelle Selbstbestimmungsrecht teleologisch immer weiter ausgebaut. Bei dem Versuch, eine Beeinträchtigung des Grundrechtsträgers darzulegen, kommt es allerdings nicht ohne eine psychologisierende und suggestive, allerdings empirisch nicht unterlegte Beschwörung des „sich einstellenden Gefühls des Überwachtwerdens“ und der „Einschüchterungseffekte“ aus. **Auf der Abwägungsebene stehen dann lediglich objektive rechtsstaatliche Prinzipien und politische Klugheitserwägungen zur Verfügung.***

c) Schutzpflichten

*(16) **Ähnliche Unsicherheiten sind auch beim verfassungsrechtlichen Schutz vor dem Blick von und der Verbildlichung durch private Dritte zu erkennen.** So greift das Gericht in der Caroline-Entscheidung, in der es um das Verhältnis von Markt (Verfügungsrecht am eigenen Bild) und Öffentlichkeit (angeblich gemeinwohllegitimierter Zugriffsanspruch eines Me-*

dienunternehmens) ging, unvermittelt auf ein Recht des Privatsphärenschutzes in der „freien, gleichwohl abgeschiedenen Natur“ zurück. Der hilfsweise verwandte Standard der „berechtigten Privatheitserwartungen“ ist – als empirischer Orientierungspunkt – mit der Tagebuchentscheidung kaum in Einklang zu bringen, zudem in streitigen Fällen kaum ergiebig; als normatives Konzept erweist er sich als zirkulär.

(17) In der Esra-Entscheidung operierte die Senatsmehrheit mit der Differenz zwischen echten und verfremdeten, fiktionalisierten Bildern. Die erkenntnistheoretische und kunstästhetische Problematik derartiger Distanzvorstellungen ist bereits in einem der Minderheitsvoten dargestellt worden. Ein freiheitsakzessorischer Ansatz, dessen Ausgangspunkt die Schutzbedürftigkeit autonomer Lebensführung in einer Beziehung gewesen wäre, hätte hier mehr Konsistenz gebracht. Von dort aus lassen sich dem künstlichen Verfügungsanspruch tragfähige Grenzen ziehen.

(18) Privatheit hat sich in der Rechtsprechung so zur abhängigen Variablen entwickelt, deren Grenzverlauf durch eine Abwägung zwischen dem Verfügungsanspruch des Einen und dem Freiheitsanspruch des Anderen bestimmt werden soll – ohne dass allerdings eine Wesensschau menschlicher Persönlichkeit vorgenommen würde oder auch nur sinnvoll wäre.

5. Ein Neuansatz: Schutz vor freiheitsbeeinträchtigender Vergegenbildlichung

(19) Eine Rückkehr zu Zeiten, in denen das Rechtssystem Privatheit als feststehende soziale Institution begriff, ist schlechterdings ausgeschlossen. **Ein freiheitsakzessorischer Neuansatz ist aber möglich.** Dabei darf allerdings nicht die Vorstellung zugrunde gelegt werden, autonome Lebensführung setze eine – wenn auch nur potentiell – umfassende Kontrolle über das Gegenbild voraus, das andere sich machen.

(20) Verfassungsrechtlicher Schutz kann und muss dort einsetzen, wo es zur Erstellung und Nutzung von Gegenbildern kommt, durch die die Realisierung der Selbstbestimmung einer Person in einer Welt, in der die Subjektstellung des Menschen und seine Einbindung in soziale Zusammenhänge untrennbar verbunden sind, tatsächlich beeinträchtigt wird. Die diesbezügliche Diskussion ist noch ganz am Anfang.

(21) Die Dogmatik eines grundrechtlichen Vergegenbildlichungsverbots muss prozesshaft und inhaltlich ausdifferenziert werden.

a) *Grundrechtliche Anforderungen an den Staat*

aa) *Beschränkungen der Datenerhebung*

(22) *Schon an der Datenerhebung muss ein staatsgerichteter Unterlassungsanspruch ansetzen, soweit es um Informationen geht, die für den Freiheitsgebrauch so relevant sind, dass schon die Erhebung – und nicht erst die Verwendung – rechtlich gesteuert werden muss (Videoaufnahmen von einer Versammlung). Der Schutz vor der Vergegenbildlichung kann schon den Blick beschränken.*

(23) *Vorsorgliche Datenerhebung ist unzulässig. Der „misstrauische Staat“ wird das Vertrauen und die Unterstützung seiner Bürger verlieren. Verwendungsfunktionalität ist daher grundsätzlich ebenso geboten wie Transparenz.*

(24) *Der Maßstab der „Überwachungsgesamtrechnung“ wirft eine Vielzahl von qualitativen und quantitativen Wertungsproblemen auf.*

bb) *Erstellung und Zusammenführung von Information*

(25) *Auch bei der Verwendung von Daten zur Informationsbildung und der Zusammenführung von Informationen zu einem Gegenbild sind grundrechtliche Anforderungen zu beachten. Regelmäßig wird die Erstellung eines Gegenbildes noch keine Freiheitsbeschränkung bewirken, wenn Verwendungskontexte genau und verhältnismäßig definiert werden und Missbrauch ausgeschlossen wird. Diskriminierungen sind auszuschließen.*

cc) *Nutzung von Gegenbildern*

(26) *Staatliche Stellen müssen ihr Handeln an der Maxime ausrichten, dass die von ihnen erstellten Bilder falsch sein können.*

b) *Anforderungen an den Schutz im horizontalen Verhältnis*

(27) *In einem liberalen Gemeinwesen sind die – wandelbaren – Grenzen der Vergegenbildlichung zunächst privat zu verhandeln, gegebenenfalls auch politisch festzulegen.*

aa) *Datenerhebung und -nutzung ohne Zustimmung*

(28) *Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass es Teil der unternehmerischen und bürgerlichen Freiheit ist, im öffentlichen Raum Daten zu erheben, mit der sich Informationen über die Lebensführung anderer bilden lassen. Die weitgehend anonyme und gegenbildlose Bewegung in öffentlichen Räumen ist Ausdruck historischer Kontingenz und kann allein nicht Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen sein.*

(29) Bei der Einlösung von Schutzpflichten werden Marktmodelle viel zu wenig berücksichtigt (Google Street View). Dies hängt damit zusammen, dass die Theorie der ökonomischen Analyse von Privatheit noch unterentwickelt ist; vorhandene Ansätze werden von der Rechtswissenschaft bislang kaum zur Kenntnis genommen.

bb) Verarbeitung und Verwertung freiwillig preisgegebener Daten und Informationen

(30) Grundsätzlich gilt hier das Verantwortungsprinzip: Eine erwachsene Person hat die Konsequenzen zu tragen, die sich aus ihrem Handeln ergeben. **Es gibt keine Daten, die der Verfügungsbefugnis des einzelnen gänzlich entzogen sind (Genanalyse).**

(31) Allerdings sind auch hier verfassungsrechtliche Grenzen zu beachten. Dem Verfassungsrecht lassen sich insbesondere folgende Leitprinzipien entnehmen: Sicherung der Verwendungskontextualität; Transparenz; Gewährleistung eines Informationsmanagements, das Richtigkeit und Angemessenheit sicherstellt; schließlich: Diskriminierungsschutz, der sich gegen die Erstellung und Nutzung gruppennachteiliger Profile richtet. Ansprüche auf Löschung von zulässig erhobenen und richtigen Daten oder auf ein „Vergessen von Informationen“ lassen sich aus der grundrechtlichen Schutzpflicht nicht ableiten. Hierüber ist politisch zu entscheiden.

c) Der Status der Rechtsposition und ihre Implikationen

(32) Die vorstehend entwickelte Konzeption respektiert die Offenheit freiheitlich ausgestalteter öffentlicher Räume, verschließt aber nicht die Augen vor den Gefahren, die sich aus der (auch: technisch) gestützten Formung von Gegenbildern ergeben können. Ihrem Status nach ist die Rechtsposition den Freiheitsrechten zuzuordnen; sie wird von den Anforderungen des Art. 1 Abs. 1 GG geprägt. Ihrer Anlage nach handelt es sich nicht um eine Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes. Ein „Recht auf Privatsphärenschutz“ könnte fallen gelassen werden. **Auch ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung könnte als eine Übergangserscheinung der frühen Zeit der Datenverarbeitung wieder in der Versenkung verschwinden.**

Erster Beratungsgegenstand:

Grundrechtsschutz der Privatheit

2. Referat von Professor Dr. *Oliver Diggelmann*, Zürich

Inhalt

	Seite
Ausgangspunkt: relativ ungesicherter Status des grundrechtlichen Privatsphärenschutzes	52
I. Problemaufriss: Privatsphärenrelevante Grossentwicklungen	53
1. Technikentwicklung: Wahrnehmungsgrenzen, Privatheitsspuren, Sicherheitsaufwand	54
2. Wissensentwicklung: „Kollektivierung“ gesellschafts- relevanten Privatverhaltens	56
3. Ökonomieentwicklung: „customer relationship management“, Marktparadigma im Medienbereich . . .	58
4. Werteentwicklung: Innovationsvertrauen und Desensibilisierung	61
II. Schutzkonzepte im Vergleich: EMRK und US-Verfassung im Vergleich	62
1. Relative Gemeinsamkeit: Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitäts- bildung	63
2. Hauptdifferenz I: Schutz der „öffentlichen Privatheit“ . .	65
3. Hauptdifferenz II: Einbezug weiterer Aspekte selbstbestimmter Lebensführung	67
4. Deutung der Unterschiede: Freiheitskonzeption und Egalitarismus	69
III. Dogmatische Schlüsselfragen: Unmittelbare staatliche Eingriffe – Schutzpflichten	71
1. Begrenzungswirkung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei staatlichen Eingriffen: vermehrte Schaffung abwägungsfester Zonen?	71
2. Zunahme heimlicher Eingriffe: Möglichkeiten prinzipiengeleiteter Eingriffshegung? . . .	73

3. Abwicklungsorganisationen des Alltags und Personen-
daten: Erforderlichkeit grundrechtlicher Inpflichtnahme? 75
4. Rentabilität von Privatsphärenverletzungen durch
Massenmedien: Erweiterung der Schutzpflichten? 76

Ausgangspunkt: relativ ungesicherter Status des grundrechtlichen Privatsphärenschutzes

Das auffälligste Merkmal des grundrechtlichen Schutzes der Privatheit ist bei rechtsvergleichender Betrachtung sein relativ ungesicherter Status.¹ Bemerkenswert ist zunächst, dass hoch entwickelte Grundrechtssysteme wie jene der USA und Deutschlands – aus unterschiedlichen Gründen allerdings – bis heute keine explizite Integralgarantie in ihren Verfassungstexten kennen; sie garantieren nur Aspekte der Privatsphäre.² Aus grundsätzlicher Sicht ist allerdings weit bedeutender, dass keine allgemein konsensfähige Antwort auf die Frage nach dem Schutzzweck existiert.³ Der Schutzzumfang divergiert entsprechend zwischen den einzelnen Grundrechtssystemen teilweise massiv.⁴ Dies gilt insbesondere bei Vergleichen zwischen Europa und den USA. Symptomatisch für die Unklarheiten ist auch, dass Gerichte definitorische Festlegungen etwa des Begriffs des Privatlebens nach Möglichkeit vermeiden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestimmt den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK gemäss seiner Standardformulie-

¹ Die Begriffe Privatheit, Privatsphäre und Privatleben werden im Folgenden als Synonyme verwendet.

² In den USA war die Schaffung einer über Aspektgarantien hinausreichenden integralen Garantie der Privatsphäre bei der Ausarbeitung der Bill of Rights kein Thema. Seither erfolgten Ausdehnungen der Grundrechtsgewährleistungen – soweit nicht durch Bürgerkrieg und Geschlechteremanzipation veranlasst – stets auf dem Rechtsprechungsweg, wobei das „right to privacy“ überwiegend in die Freiheitsklausel von Amendment XIV hineingelesen wird. In Deutschland ermöglichte der Entscheid des Verfassungsgebers für die Menschenwürdegarantie und ein allgemeines Freiheitsrecht (Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 2 Abs. 1 GG), den generellen Schutz der Privatsphäre in diesen unspezifischen Garantien zu situieren: *H.-D. Horn* Schutz der Privatsphäre, HStR VII, 2009, § 149 Rn. 24ff.

³ Anspruchsvolle Bestimmungen des Schutzobjekts sind regelmässig lang und von einer relativ hohen Theoretizität. James Q. Whitman bezeichnet den Begriff der Privatsphäre als ein „unusually slippery concept“: *J. Q. Whitman* The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, YLJ 113 (2004), 1151 (1153). Zum Spektrum der Schutzdimensionen vgl. etwa *W. Kälin/J. Künzli* Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl. 2008, 435 ff.; *M. Maus* Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2006, 23 ff. Zur Komplexität des Privatsphärenbegriffs vgl. auch *R.C. Post* Three Concepts of Privacy, Georgetown Law Journal 89 (2001), 2087 ff.; *B. De Bruin* The Liberal Value of Privacy, Law and Philosophy 29 (2010), 505 ff.

⁴ Für einen systematischen Vergleich der Schutzkonzepte von EMRK und Grundgesetz: *T. Marauhn/K. Meljnik* Privat- und Familienleben, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.) EMRK/GG – Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 16, insb. Rn. 15 ff.

rung „fallweise“.⁵ Zuweilen bezeichnet er die Garantie des Privatlebens als „Konzept“, nicht nur als Garantie.⁶ Darin könnte sich die Intuition ausdrücken, dass es sich um etwas Komplexeres als um einen „normalen“ Grundrechtsbegriff mit etwas unscharfen Konturen handeln könnte.⁷

Dieser Bericht befasst sich mit ausgewählten grundsätzlichen Fragen der Thematik. Im ersten Teil geht es zunächst darum, ihre Virulenz im Grundsätzlichen näher zu bestimmen (I). Es wird aufgezeigt, dass ihre heutige Aktualität Folge des Zusammenwirkens eines ganzen Bündels von Entwicklungen ist – nicht nur des die öffentliche und die Fachdiskussion dominierenden Technikwandels. Weitere, teilweise subtil wirkende Entwicklungen spielen ebenfalls bedeutende Rollen. Der zweite Teil befasst sich mit der auffälligen Variabilität der grundrechtlichen Schutzkonzepte (II). Die Schutzkonzepte von EMRK und US-Verfassung werden einander gegenüber gestellt. Die Ausführungen sollen den sich spezifisch mit Deutschland befassenden Bericht meines Vorredners ergänzen. Der dritte Teil schliesslich wirft Schlaglichter auf praktisch-dogmatische Fragen von besonderer Bedeutung (III). Er behandelt dogmatisch-regulatorische Problemfelder, bei denen zu erwarten ist, dass sie uns in Zukunft länderübergreifend besonders beschäftigen werden.

I. Problemaufriss: Privatsphärenrelevante Großentwicklungen⁸

Hintergrund der heutigen Tragweite der Privatsphärenproblematik ist eine Reihe teilweise zusammenhängender gesellschaftlicher Großentwicklungen. Sie werden im Folgenden analytisch möglichst auseinander-

⁵ EGMR, Slg. 2002–VI, § 72 – Christine Goodwin; *L. Wildhaber* IK EMRK, Art. 8, Rn. 96ff.

⁶ EGMR, 12. 1. 2010, Nr. 4158/05, § 61 – Gillan and Quinton (zur Publikation in der amtl. Sammlung vorgesehen).

⁷ Symptomatisch für die Schwierigkeiten bei der Einordnung der Privatsphärengarantie ist auch die berühmte metaphorische Formulierung des U.S. Supreme Court in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), wonach der Schutz der Privatsphäre im „Halbschatten“ mehrerer expliziter Garantien zu situieren sei: „The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. [...] Various guarantees create zones of privacy [...]“

⁸ Die privatsphärengefährdenden Entwicklungen werden im Folgenden skizziert, ohne dass der Begriff der Privatsphäre vorgehend näher bestimmt wird. Man kann dieses Vorgehen aus epistemischer Sicht als intuitivistisch kritisieren. Sein Vorteil besteht darin, dass der Blick nicht durch eine – ihrerseits wiederum kritisierbare – verengende Begriffsbestimmung beschränkt wird.

dergehalten, um den Blick auf das Spektrum aktueller und aufziehender grundrechtlicher Fragen zur Privatsphäre nicht unnötig zu verengen.

1. *Technikentwicklung: Wahrnehmungsgrenzen, Privatheitsspuren, Sicherheitsaufwand*

Die für die Privatsphäre einschneidendste Großentwicklung ist offenkundig die Technikentwicklung. Auf einer grundsätzlichen Ebene sind zwei Dimensionen zu unterscheiden. Die erste betrifft die laufenden Relativierungen von Wahrnehmungsgrenzen im Großen wie im Kleinen und den Abbau von Zugänglichkeitshindernissen, d.h. die Zunahme der Zugriffsmöglichkeiten auf das Private.⁹ Länderübergreifend immer mehr zur Schlüsselfrage wird etwa, unter welchen Voraussetzungen Datenbanken miteinander vernetzt werden dürfen.¹⁰ Von fundamentaler Bedeutung ist, dass – im Rahmen der Grenzen des Wachstums – laufend neue Zugriffsmöglichkeiten hinzutreten, zusätzlich zu den bereits bestehenden.¹¹ Ein sich derzeit erst richtig auffächerndes Großproblem sind etwa die Nutzungsmöglichkeiten der Gendiagnostik im Gesundheits- und Versicherungswesen.¹² Werden wir künftig dafür bezahlen müssen, wenn wir unsere Krankheitsprädispositionen nicht wissen wollen? Manche der durch die Technikevolution hervorgebrachten neuen Zugriffsmöglichkeiten erscheinen für sich genommen als harmlos. Der Einsatz von Wärmedetektoren zur Ortung von Indoor-Marihuana-Produktion beispielsweise lässt die meisten von uns

⁹ Für eine Übersicht über das technisch Mögliche und denkbare Szenarien im Umgang damit vgl. C. Arpagaus u.a. Die Zukunft der Privatheit. Expertenstudie im Auftrag von: Centre for Global Dialogue/Gottlieb Duttweiler Institut/IBM Forschungslabor Zürich, 2003.

¹⁰ Die länderübergreifend dominierenden Themen weisen 2010 einen klaren Schwerpunkt beim Datenschutz auf. Zu erwähnen sind in erster Linie: die Google-Street-View-Problematik, insbesondere das unautorisierte Speichern von über unsichere WLAN-Netze versendeten Daten; die Auseinandersetzung um die Modalitäten der Übermittlung und Nutzung von SWIFT-Daten durch die USA; die Nutzung von Daten von Telekommunikationsanbietern (vgl. BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2. 3. 2010 – Vorratsdatenspeicherung).

¹¹ Ewald Wiederin bezeichnet die Privatsphäre wegen der Technikentwicklung als „bedrohter denn je“: E. Wiederin Schutz der Privatsphäre, HbdGR VII/1, 2009, § 190 Rn. 2.

¹² Für eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Problemkomplex vgl. J. Schmidtke u.a. (Hrsg.) Gendiagnostik in Deutschland. Status quo und Problemerkundung, 2007, insbesondere den Beitrag W. van den Daele Droht präventiver Zwang im Public Health Genetics?, ebd., 143 ff.

schmunkeln.¹³ Ein grundlegendes Problem ist jedoch, dass die Kumulation vieler für sich genommen geringer Zugriffe die Privatheit verändert und einen diffus wahrnehmbaren Konformitätsdruck erzeugt.¹⁴ Ein illustratives Beispiel für das sanfte Eindringen der Technik in unser Privates und dessen Veränderung ist auch die Wirkungsweise sogenannter „smart meter“. „Smart meter“ sind Apparate, die den Energieverbrauch jedes einzelnen Haushaltsgeräts aufzeichnen. Sie sollen durch Transparenz zum Energiesparen beitragen und müssen EU-weit eingeführt werden.¹⁵ Aus grundrechtlicher Sicht ist relevant, dass sie nicht nur den Verbrauch jedes einzelnen Haushaltsgeräts aufzeichnen. Sie halten Lebenswandelsmuster fest. Das Außergewöhnliche wird transparent. Warum etwa war in der Ferienwohnung vor zwei Wochen nachts um drei die Dusche in Betrieb?

Die zweite Folge des Technikwandels betrifft die Gefahrenseite des Sicherheitsproblems. Technikfortschritt bedeutet, abstrakt und vereinfacht formuliert, mehr Schädigungspotential für Systemstörer: Amokläufer, Internetbetrüger, Virenprogrammierer, das organisierte Verbrechen, Terroristen. Die relative Macht des „Systemstörers“ nimmt zu, da die Verletzlichkeit der technikabhängigen Gesellschaft mit der Technikentwicklung ebenfalls wächst. Man muss kein Sicherheitsfanatiker sein, um diesen Zusammenhang auf einer grundsätzlichen Ebene anzuerkennen, bei allen notwendigen Relativierungen im Einzelnen. Er bedeutet zunächst einmal wenig Erfreuliches: Für ein gleich bleibendes Sicherheitsniveau muss tendenziell ein Mehr an Sicherheitsaufwand betrieben werden. Prävention muss tendenziell früher einsetzen, wenn sie wirksam sein soll.¹⁶ Ich sage dies in vollem Wissen um die freiheits-

¹³ Vgl. die Supreme Court-Entscheidung *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001). Das Gericht hielt in diesem Urteil fest, dass der Einsatz von Wärmebildgebungstechniken zwecks Feststellung von Wärmequellen in einem Haus als „Durchsuchung“ im Sinne von Amendment IV zu betrachten ist und daher einer richterlichen Durchsuchungsermächtigung bedarf.

¹⁴ A. von Arnaud spricht von der „systemkonformierenden“ Wirkung staatlichen Eindringens in die Privatsphäre, die sich von einer Aussenperspektive aus als Rationalisierung darstellen lässt: A. von Arnaud *Privatheit* bei Jürgen Habermas, in: G. S. Schaal (Hrsg.) *Das Staatsverständnis von Jürgen Habermas*, 2009, 185 (207).

¹⁵ Art. 13 der Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen. Die Einführungspflicht steht gemäss Abs. 1 unter einem ausdrücklichen Verhältnismässigkeitsvorbehalt.

¹⁶ Zu den Zusammenhängen zwischen Technikentwicklung und Prävention vgl. O. Diggelmann *Wohin treibt der Präventionsstaat?*, in: C. Abbt/O. Diggelmann (Hrsg.) *Zweifelsfälle*, 2007, 173 ff.

verkürzende Wirkung von Prävention.¹⁷ Sie ist flächendeckend, und sie trifft wesensgemäß zum grössten Teil jene, von denen keine Gefahr droht. Exemplarisch für dieses Problem ist etwa der Umstand, dass die SWIFT-Daten in den USA bis 2009 ohne jede rechtliche Zweckbindung gespiegelt wurden.¹⁸ Zwar haben mittlerweile Korrekturen eingesetzt.¹⁹ Das Entscheidende aber ist, dass das datenschützerische Netz jahrelang nicht nur Löcher aufwies, sondern gewissermaßen gerissen war.

2. *Wissensentwicklung: „Kollektivierung“ gesellschaftsrelevanten Privatverhaltens*

Die zweite Großentwicklung mit bedeutenden Folgen für das Private ist die Wissensentwicklung. Sie wird im Folgenden vom Technikwandel unterschieden, obschon auch dieser selbstredend Wissensfortschritt bedeutet. Gemeint ist an dieser Stelle Erkenntnisfortschritt im Allgemeinen, auch bezüglich des Sozialen und Psychologischen, d.h. auch Fortschritt des „nichttechnischen“ Wissens. Auch diese Grundentwicklung der Gesellschaft hat bedeutende Folgen für das Private.²⁰ Zentral ist, dass die wissenschaftliche Forschung laufend unbekannte oder bisher nur vermutete Folgen von privatem Verhalten aufdeckt, etwa von Erziehungsmethoden oder von Ernährungs- und Freizeitgewohnheiten wie beispielsweise Fernsehkonsum.²¹ Die Folgen werden nach Mög-

¹⁷ D. Grimm Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 69 (1986), 38 ff.

¹⁸ Vgl. E. de Busser Data Protection in EU and US Criminal Cooperation, 2009, 384 ff.

¹⁹ Auch heute noch werden Daten nicht verdächtigter Personen übermittelt. Das vom Europäischen Parlament am 8. Juli 2010 genehmigte und am 1. August 2010 in Kraft getretene neue „SWIFT-Abkommen“ (Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Zahlungsverkehrsdaten und deren Übermittlung aus der Europäischen Union an die Vereinigten Staaten für die Zwecke des Programms zum Aufspüren der Finanzierung des Terrorismus) trägt Datenschutzanliegen weiterhin nur sehr partiell Rechnung. Die Übermittlung der SWIFT-Daten verdächtigter Personen erfolgt weiterhin in Grosspaketen, die neben den Daten der betreffenden Personen auch solche weiterer Personen enthalten.

²⁰ Die hier angesprochene Problematik gehört in den weiteren Kontext der von Michel Foucault unter den Titeln der „Gouvernementalität“ und der „Biopolitik“ erforschten Regierungstechniken. Für eine Zusammenfassung seiner Grundideen vgl. seine Vorlesung vom 1. Februar 1978 am Collège de France; deutsche Fassung abgedruckt in: M. Foucault Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, 2006, 134 ff.

²¹ 2006 behauptete eine amerikanische Studie einen direkten Zusammenhang zwischen Autismus und kleinkindlichem Fernsehkonsum. Sollte sich der Befund der umstrittenen Studie erhärten, so ist absehbar, dass der Staat mindestens als eindringlicher

lichkeit quantifiziert und bewertet. Erfährt eine Verhaltensweise eine eindeutig positive oder negative Bewertung, so entsteht Druck, sie gesellschaftlich zu steuern. Der Staat wird auf den Plan gerufen und nimmt sich – gewissermaßen als „Wissensvollstrecker“ – immer neuer, ursprünglich als Privatsache betrachteter Lebenssachverhalte an. Er gebietet, verbietet und mahnt.²² Die Grenze zwischen Staat und staatsfreier Zone wird verschoben.²³

Dieser Mechanismus staatlichen Vordringens ins Private soll zunächst an einem harmlosen Beispiel verdeutlicht werden. Es liegt noch unterhalb der Schwelle grundrechtlicher Relevanz. Es gehört heute zum gesicherten Wissen über die Integration von Ausländern, dass positive Alltagserlebnisse sowohl von Migranten als auch der Aufnahmegesellschaft bei diesem Prozess eine wichtige Rolle spielen.²⁴ Weil Essen wichtiger Bestandteil unseres Alltags ist, kam der Kanton Zürich auf die Idee, in einer Informationskampagne dazu aufzurufen, man solle sich kulinarisch auf Neues einlassen. Neben Röschi und Fondue solle man auch Kebap und Sushi eine Chance geben.²⁵ Der Kanton Zürich kümmerte sich damit – im Hinblick auf die Integration – um positive Alltagserlebnisse in einem Bereich, den wir als Privatsache empfinden. So harmlos die Einmischung erscheinen mag: Hier wird eine Grenze verschoben, und die Kumulation solcher Verschiebungen verändert die Privatsphäre. Die Rechtfertigung dafür ist – abstrakt for-

Mahner auf den Plan gerufen wird. Vgl. *M. Waldman u.a.* Does Television Cause Autism? NBER Working Paper No. W12632, October 2006, abrufbar unter: www.nber.org/papers/w12632, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

²² Es sei daran erinnert, dass sanfter Paternalismus – in den Worten J. Isensees – nicht minder wirksam steuert als der gestrenge: *J. Isensee* Privatautonomie, HStR VII, 2009, § 150 Rn. 33.

²³ Aus grundsätzlicher Sicht ist mit Blick auf diesen Mechanismus auch zu bemerken, dass dort, wo der Staat regelnd oder mahnend eingreift, selbstverantwortetes Handeln tendenziell im Rückzug begriffen ist. Die staatliche Zuständigkeitsbeanspruchung – manchmal: -anmassung – entlastet tendenziell von der eigenen, konfliktiven Auseinandersetzung mit der Frage. Es findet gewissermassen eine Verschiebung von selbstverantworteter Moral zu systemkonformem Handeln statt. Wenn etwa das Gesetz Diskriminierungen bei der Wohnungsvermietung für unrechtmässig erklärt (man könnte Vermietungen auch als „reine Privatsache“ betrachten), so wird der Einzelne die Diskriminierungsfrage primär als Frage legalen Verhaltens und weniger als Problem individueller Moral empfinden; er wird vom moralischen Konflikt entlastet. In dieser Entlastung liegt – bei aller Rationalität, die ihr innewohnt – ein Stück Entmündigung, die Analogien mit der Entmündigung durch religiöse Regeln aufweist.

²⁴ Für eine Übersicht über den Stand der Integrationsforschung: *I. Oswald* Migrationssoziologie, 2007, 93 ff.

²⁵ Vgl. www.integration.zh.ch/internet/ji/integr/de/home.html, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

muliert – Wissen über das Gelingen von Sozialem.²⁶ Etwas weniger harmlos ist ein zweites Beispiel. 2005 wurde im Auftrag des schweizerischen Justizministeriums eine Expertenstudie zur außerfamiliären Kinderbetreuung erstellt.²⁷ Zu den wichtigen Erkenntnissen der Studie gehörte, dass die unqualifizierte Betreuung von Kindern ein bedeutendes Problem darstellt. Das Ministerium erarbeitete deshalb gestützt auf die Studie einen Verordnungsentwurf.²⁸ Folge der vorgesehenen Regelung wäre u.a. gewesen, dass Eltern, die während drei Tagen pro Woche arbeiten, ihre Kinder nicht mehr ohne staatliches Plazet bei einer Nachbarin unterbringen dürfen. Es gab in der Folge einen Proteststurm, und die Bewilligungspflicht für die geschilderte Konstellation wurde letztlich fallen gelassen.²⁹ Das Beispiel zeigt aber ebenfalls, wie Expertenwissen die Selbstverantwortung der Eltern als einen Kernbereich des Privaten massivem Druck aussetzen kann. Ein weiteres Beispiel sind die Rauchverbote, die in den letzten Jahren gestützt auf Erkenntnisse der Gesundheitsforschung für geschlossene Gaststätten erlassen wurden.

3. *Ökonomieentwicklung: „customer relationship management“, Marktparadigma im Medienbereich*

Von großer Relevanz für die Privatsphäre sind auch zwei wichtige Entwicklungen im Bereich der Ökonomie. An erster Stelle zu erwähnen ist die Ausbreitung der Verkaufsmethode des sogenannten „customer relationship management“ seit den 1990er-Jahren.³⁰ Gemeint ist damit

²⁶ Ähnliches wäre von anderen Botschaften derselben Kampagne vom Mai 2010 zu sagen, etwa: Man solle mehr lachen und die schlechte Laune zu Hause lassen; man solle mit Geld sparsam umgehen und es für härtere oder schönere Zeiten aufheben.

²⁷ K.B. Zatti Das Pflegekinderwesen in der Schweiz. Analyse, Qualitätsentwicklung und Professionalisierung, Expertenbericht im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Juni 2005, abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/gesellschaft/ref_gesetzgebung/ref_kinderbetreuung.html, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

²⁸ Verordnung über die ausserfamiliäre Betreuung von Kindern, Vernehmlassungsvorlage vom 5. Juni 2009.

²⁹ Geblieben ist auch nach diesem Rückzieher eine Art „Umkehr der Beweislast“ in diesem Bereich elterlicher Eigenverantwortung, ablesbar etwa am Duktus der Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. Dezember 2009: „[...] Von der Bewilligungspflicht ausgenommen sind [...] Betreuungsleistungen durch Verwandte sowie weitere den Eltern nahestehende Personen. Bewilligungsfrei ist zudem die Betreuung im Haushalt der Eltern (z.B. durch Nannies). Der Verzicht auf die Bewilligungspflicht bedeutet, dass sowohl die Aufsicht durch die Behörden als auch die Pflicht zur Weiterbildung der Betreuungsperson vollständig entfällt.“

³⁰ Vielsagend ist etwa der Titel der folgenden, kommerziell sehr erfolgreichen Publikation: S. Brown Customer Relationship Management: A Strategic Imperative in the World of e-Business, 1999.

das gezielte Ansprechen potentieller Konsumenten oder Kunden, das mit dem Aufstieg der Informatik stark zugenommen hat.³¹ Antrieb ist der Umstand, dass der Wettbewerb in den westlichen Überangebotsmärkten nur teilweise über Preis und Qualität gewonnen werden kann. Von großer Bedeutung ist auch die Kundenpflege, die wesentlich über die individualisierte Ansprache zustande kommt.³² Grundlage solcher Ansprachen sind Personendaten und ganze Persönlichkeitsprofile. Sie stellen heute eine zentrale Wettbewerbsressource dar. Um an sie zu gelangen, setzen Unternehmen auch persönlichkeitsgefährdende und -verletzende Methoden ein.³³ Die Symptome dieser Entwicklung reichen von vergleichsweise harmlosen Belästigungen wie unerbetenen Telefonanrufen über adressierte Werbebriefe zur Umgehung von Direktwerbeverboten bis zum illegalen Datenhandel. Zur Erinnerung: 2008 wurde in Deutschland ein Fall kriminellen Datenhandels bekannt, bei dem Personendaten von sechs Millionen Bundesbürgern teilweise mit Kontonummern illegal für gerade 850 Euro angeboten worden waren.³⁴ Experten warnen seit Längerem, dass die Kluft zwischen technisch Möglichem und Realisiertem immer kleiner wird. So gehörten etwa die automatisierte Profilzuweisung bei Kundenanrufen und teilweise auch das gemeinsame Führen von Listen mit unerbetenen Kunden bereits 2003 zu den verbreiteten Methoden beim Kundenkontakt.

Die zweite Entwicklung im Ökonomiebereich betrifft die Medien.³⁵

³¹ Der Begriff der Verkaufsmethode ist wohl zu harmlos. Das sogenannte „Analytische CRM“ ist eine mit wissenschaftlicher Präzision betriebene Praxis der – wie es in der Sprache der Betriebswirtschaft heisst – Optimierung des Kundenwissens und des Kundenprofits in den verschiedenen Stadien der Kundenbeziehung. Eine junge Tendenz im Bereich des analytischen CRM ist die Entwicklung von Software für soziale Netzwerke wie etwa Facebook oder Xing. Diese Art von CRM wird – wohl mit unfreiwilliger Selbstironie – als „Social CRM“ bezeichnet.

³² Vgl. etwa J. Gitomer Customer Satisfaction is Worthless, Customer Loyalty is Priceless, 2003.

³³ Für eine detaillierte Analyse aus rechtlicher Sicht unter Einschluss grundrechtlicher Überlegungen vgl. etwa A. Schweizer Customer Relationship Management: Datenschutz- und Privatrechtsverletzungen beim CRM, 2007, insb. 349 ff.

³⁴ T. Denkler Datenhandel in unvorstellbarem Ausmass, Süddeutsche Zeitung vom 18. August 2008.

³⁵ Die hier beschriebene Entwicklung wird seit einem Jahrzehnt unter dem durch Otfried Jarren und Werner A. Meier geprägten Stichwort der Ökonomisierung und Kommerzialisierung der Medien diskutiert: K.-D. Altmeyen Die Medien – (k)ein Sonderfall der Ökonomisierung?, in: A. Maurer/U. Schimank (Hrsg.) Die Gesellschaft der Unternehmen – Die Unternehmen der Gesellschaft. Gesellschaftstheoretische Zugänge zum Wirtschaftsgeschehen, 2008, 237 ff.; O. Jarren/W.A. Meier Ökonomisierung und Kommerzialisierung von Medien und Mediensystemen, Medien & Kommunikationswissenschaft 49 (2001), 145 ff.

Die Grundproblematik besteht hier darin, dass die Ausdehnung des Marktparadigmas als organisierendes und regulierendes Prinzip – bei allen Differenzierungen, die hier im Einzelnen vorzunehmen wären – strukturelle Probleme schafft.³⁶ Medienauffächerung und Informationsbeschleunigung³⁷ haben den Kampf um Aufmerksamkeit in einer Weise verschärft, dass die Versuchung, absichtsvoll und ökonomisch kalkulierend die Privatsphäre zu verletzen, signifikant grösser geworden ist. Privatlebensinhalte gelten in diesem atemlosen Kampf als günstig „produzierbare“ und in der Wirkung verlässliche „Produkte“.³⁸ Das gilt nicht zuletzt gerade, wenn rechtliche Grenzen ausgereizt und teilweise überschritten werden. Aus grundsätzlicher Sicht ist von Bedeutung, dass die Vorteile von Privatsphärenverletzungen die Nachteile gerade bei größeren und mächtigen Medienunternehmen aufwiegen können. Nur ein kleiner Teil der Betroffenen beschreitet den ressourcenverzehrenden Rechtsweg. Außerdem verschafft auch das allgemeine Gespräch über die Grenzverletzung einen zusätzlichen Wettbewerbsvorteil im Kampf um Aufmerksamkeit. Als Beispiel für diese Strategie der kalkulierten Grenzverletzung sei ein Fall aus der jüngsten schweizerischen Vergangenheit angefügt. Im Jahr 2009 publizierte die Schweizer Boulevardzeitung „Blick“ – gewissermaßen die Schweizer Variante von „Bild“ – eine Meldung, wonach der dreijährige Sohn des Romanautors *Martin Suter* gestorben sei. Der Junge war beim Essen erstickt. Die Zeitung illustrierte die Meldung mit dem Bild des Photos des Jungen, das auf dessen Grab aufgestellt worden war. Die Verantwortlichen behaupteten in der Folge – wider besseres Wissen –, sie seien davon ausgegangen, die Privatsphäre sei mit dem Aufstellen des Photos auf dem Grab aufgegeben worden.³⁹

³⁶ Teilweise kritisch zum Informationsselektionsprozess und seinen Kriterien, die Folgen der Wettbewerbsverschärfung aber nicht spezifisch thematisierend *M. Kloepper* Öffentliche Meinung, Massenmedien, HStR III, 2005, § 42 Rn. 39f.

³⁷ J. Habermas verwendet 1990 im Vorwort zur Neuauflage seines Werkes zum Strukturwandel der Öffentlichkeit den Begriff der „Verdichtung des Kommunikationsnetzes“, der als allgemeine Metapher auch die seitherigen Entwicklungen einfängt: *J. Habermas* Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 27.

³⁸ Richard Sennett hat den Grundmechanismus, der hier am Werk ist, schon 1977 drastisch, im Kern wohl aber nicht unzutreffend erfasst, als er vom intimen Erleben als dem Allzweckmassstab zur Beurteilung der Wirklichkeit gesprochen hat: *R. Sennett* The Fall of Public Man, 1977, 25f.

³⁹ Das Selbstkontrollorgan der schweizerischen Presse rügte die Zeitung: Schweizer Presserat, Stellungnahme vom 7. Januar 2010 („Blick c. Suter“), abrufbar unter: www.presserat.ch/25580.htm, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

4. *Werteentwicklung: Innovationsvertrauen und Desensibilisierung*

Eine vierte Entwicklung von grundsätzlicher Bedeutung sei hier angefügt. Sie betrifft das Selbstverständnis westlich-liberaler Gesellschaften bzw. die Wirkungsweise des Anspruchs an den Einzelnen, sich „zeitgemäß“ zu verhalten. Gemeint ist das Problem, dass die mächtige soziale Erwartung der Offenheit gegenüber Innovationen beim Einzelnen ein Verhalten fördert und geradezu einfordert, das mit den wachsenden Bedrohungen des Privaten immer weniger Schritt hält. Auf der Höhe der Zeit – bei Jugendlichen: „in“ oder „cool“ – zu sein bedeutet, die Möglichkeiten der Technik zu nutzen wissen.⁴⁰ Es bedeutet, sich in der Welt der Kredit- und Kundenkarten, Mobiltelefone, Internetbuchungssysteme und des W-LAN leichtfüßig zu bewegen.⁴¹ Es bedeutet auch, technische Innovationen mit einem Vertrauensvorschuss auszustatten, der wiederum Ausdruck der eigenen Leichtfüßigkeit ist. Es bedeutet damit unvermeidlich die Bereitschaft, immer neue Datenspuren zu hinterlassen, zusätzlich zu den bereits selbstverständlich gewordenen. Zeitgemäß sein bedeutet nicht nur Hinnehmen und grundsätzliches Bejahen der eigenen Datenspuren, sondern auch ihres ständigen Anwachsens. Die Norm des Zeitgemäßseins erzeugt Druck, Zweifel in dieser Hinsicht zu unterdrücken. Wer bei Innovationen mehr Nach- als Vorteile sieht, gilt als unzeitgemäß. Kein Mobiltelefon zu haben, erzeugt Stirnrunzeln. Wer die Kundenkarte im Supermarkt ablehnt und auf Bonuspunkte verzichtet, zahlt mehr und gerät zudem leicht in den Ruch des Fundamentalisten. Unmodernsein wird sanktioniert, finanziell und sozial.⁴²

⁴⁰ Zur Bedeutung des Technologiewandels für Fragen des Menschenbildes vgl. R. Capurro *Menschenbilder. Einführung in die philosophische Anthropologie*, in: P. Grimm/R. Capurro (Hrsg.) *Menschenbilder in den Medien – ethische Vorbilder?*, 2002, 103 ff.

⁴¹ Ausdruck dieser Erwartung ist nicht zuletzt die Etablierung des pädagogischen Ziels der Medienkompetenz, die in erster Linie instrumentell und nicht kritisch-reflexiv verstanden wird. Zu diesem Problemkomplex vgl. N. Groeben/B. Hurrelmann (Hrsg.) *Medienkompetenz. Voraussetzungen, Dimensionen, Funktionen*, 2002.

⁴² Datengeiz kostet auch gegenüber dem Staat, wie das folgende, überraschende Beispiel aus der Schweiz zeigt: Die schweizerische Post – eine selbständige, öffentlich-rechtliche Anstalt – verlangt bei einem Umzug eine Gebühr von 30 Franken, wenn man ihr nicht gestattet, die neue Adresse an Personen weiterzuleiten, die weiterhin die alte Adresse benutzen – an jene also, denen der Umziehende die neue Adresse nicht mitteilen will, weil er keinen Kontakt wünscht, und denen er im Regelfall auch die alte Adresse nicht mitgeteilt hat. Wer die Mitteilung der neuen Adresse dagegen autorisiert, bezahlt nichts.

Die soziale Norm des Zeitgemäßseins wirkt hier als Komplize der Privatsphärenverletzung. Sie desensibilisiert auf einer grundsätzlichen Ebene für das Problem des ständigen Anwachsens technischer Zugriffsmöglichkeiten auf das Private. Sie erzeugt ein trügerisches Vertrauen, dass einem persönlich bestimmt nichts geschieht, wenn man die soziale Norm achtet.⁴³ Es kann nicht falsch sein, zeitgemäß zu leben, lautet die Botschaft, wenn dies der dominierende „way of life“ ist. Die Norm wächst den wachsenden technischen Zugriffsmöglichkeiten in einem negativen Sinne nach. Sie entschärft berechnete Fragen gewissermaßen atmosphärisch. Niederschlag ist etwa der Umstand, dass auch die zahlreichen Datenskandale der letzten Jahre an der Grundbereitschaft zu Datenfreizügigkeit wenig geändert haben.⁴⁴ Kurz: Unser Verständnis des Zeitgemäßseins spielt der Privatsphärenverletzung direkt in die Arme.

II. Schutzkonzepte im Vergleich: EMRK und US-Verfassung im Vergleich

Wenden wir uns dem zweiten Problemkomplex zu: dem auffälligen Spektrum möglicher grundrechtlicher Schutzkonzepte. Was sind die Hintergründe der großen Variabilität? Ausgangspunkt des folgenden Erklärungsversuchs bildet eine Gegenüberstellung der Konzepte von EMRK und US-Verfassung, wobei ich mich auf die Grundelemente beschränke.⁴⁵

⁴³ Ausgehend von Experimenten Solomon Aschs in den frühen 1950er-Jahren haben sozialpsychologische Forschungen gezeigt, dass Menschen besonders in mehrdeutigen Situationen und bei vermuteter Kompetenz der Majorität dazu neigen, mit den Urteilen der anderen konform zu gehen. Hinweise bei *E. von Avermaet Sozialer Einfluss in Kleingruppen*, in: W. Stroebe/M. Hewstone/G.M. Stephenson (Hrsg.) *Sozialpsychologie*, 3. Aufl. 1997, 503 (507ff.).

⁴⁴ Die von älteren Generationen zuweilen sorgenvoll beobachtete Tendenz vieler Angehöriger jüngerer Generationen, Privates in sogenannten sozialen Netzwerken preiszugeben, erscheint im Licht der hier skizzierten Grundproblematik als punktuelle Steigerung eines im Grundsatz von der Gesellschaft geradezu eingeforderten Verhaltens.

⁴⁵ Die im Folgenden für die Gegenüberstellung verwendete Differenzierung verschiedener Schichten der Privatsphäre fällt partiell, aber nicht vollständig mit B. Rösslers Unterscheidung verschiedener Privatheitsdimensionen zusammen. Während Rössler Kontrolle des Zutritts zu Räumen, Kontrolle des Zugangs zu Informationen und Kontrolle des Zugriffs auf autonome Entscheidungen voneinander abschichtet, werden hier der Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitätsbildung, der Schutz von Rückzugsmöglichkeiten und Ansehen jenseits von

I. *Relative Gemeinsamkeit: Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitätsbildung*

Als Mittelpunkt beider Systeme lässt sich meines Erachtens als gemeinsamer Nenner – bei allen Differenzen im Einzelnen – der Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitätsbildung ausmachen. Solche Prozesse finden in erster Linie in der eigenen Wohnung statt. Beide Systeme garantieren explizit die Unverletzlichkeit der Wohnung.⁴⁶ Darin lebt ein Rest früherer Heiligkeit des Hauses,⁴⁷ die wesentlich älter ist als die liberale Gesellschaft.⁴⁸ Ohne Schutz eines solchen Rückzugsbereichs ist menschliche Spannkraft nicht denkbar.⁴⁹ Jede liberale Gesellschaft kennt ihn, auch wenn sie keine Integralgarantie der Privatsphäre vorsieht.⁵⁰ Als eine Art Verlängerung dieser physischen Rückzugszone schließt sich in beiden Systemen der Schutz vertraulicher Kommunikation an. Der Schutz dieser Anschlusszone hat sich selbstredend im Lauf der Zeit stark gewandelt.

Zonen der Vertraulichkeit, sowie der Schutz von Voraussetzungen autonomer Lebensführung unterschieden. Die hier gewählte Kategorienbildung ist vom Anliegen geleitet, möglichst alle in der grundrechtlichen Praxis unter dem Titel der Privatsphäre diskutierten Lebenssachverhalte einer Schicht zuweisen zu können. Zu den Privatsphären dimensionen bei Rössler vgl. *B. Rössler* Der Wert des Privaten, 2001, 23 ff.

⁴⁶ Art. 8 Abs. 1 EMRK; Amendment III (Verbot der Hausrequisitionierung durch Soldaten) und Amendment IV (Verbot der unautorisierten Haus- und Personendurchsuchung) der US-Verfassung. Für eine Übersicht über die durch die US-Verfassung explizit garantierten Aspekte der Privatsphäre: *D.J. Solove/P.M. Schwartz* Information Privacy Law, 2009, 33 f.; *W. Brugger* Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre in den Vereinigten Staaten von Amerika, AöR 108 (1983), 25 (31 ff.).

⁴⁷ Der Supreme Court spricht in einem Urteil von 1886 explizit von der „Heiligkeit“ (sanctity) des Hauses: *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886).

⁴⁸ Zur Wohnung als „Ort“ des Menschen in der Welt und zur Unantastbarkeit des umgrenzten Rückzugsbereichs, die bemerkenswerterweise erst durch die Entfaltung des Kapitalismus und die Einebnung der Differenzen zwischen Grundeigentum und Eigentum im Allgemeinen unter grösseren Druck geriet: *H. Arendt* Vita Activa [1958], 1981, 60 ff.

⁴⁹ Über die Zusammenhänge zwischen Privatsphäre und Totalitarismus wäre viel zu sagen. Kulturhistorisch interessant sind in diesem Punkt schon die Differenzen zwischen Platon und Aristoteles. Während bei Platon – zumindest in Bezug auf die Wächter – die institutionalisierten Privatheitsformen von Ehe und Familie zu Gunsten der Aufgabenerfüllung im Staat aufgehoben werden (Staat, 449 a ff.), lässt Aristoteles diese bewusst stehen (Politik, 30 ff.). Aristoteles lässt gewissermassen Privatheit zu, diese wird bei ihm sogar „staatstragend“, während sie bei Platon als „staatsgefährdend“ angesehen wird.

⁵⁰ Vgl. die Formulierung von Justice Douglas in seiner Dissenting Opinion in *Osborn v. United States*, 385 U.S. 323, 354 (1966): „If a man's privacy can be invaded at will, who can say he is free?“

Er ist in beiden Systemen den veränderten Kommunikationsmitteln im Wesentlichen nachgewachsen, wobei der Supreme Court Veränderungen zögerlicher nachvollzieht.⁵¹

Die Kongruenzen beim Schutz von Wohnung und vertraulicher Kommunikation sind allerdings relativer Natur. Die beiden Gerichte setzen die Akzente unterschiedlich. Tendenziell weiter geht der Schutz durch die US-Verfassung bei Hausdurchsuchungen. Ein offenkundiger Grund dafür sind die textuellen Garantien bei „searches and seizures“ in Amendment IV. Insbesondere durch rechtswidrige Hausdurchsuchungen erlangte Beweismittel unterliegen einem relativ weit gehenden Verwertungsverbot.⁵² Anders als in Europa findet in den USA zumindest im Grundsatz keine Abwägung statt, ob allenfalls ein höheres Interesse die Verwertung als verhältnismäßig erscheinen lässt.⁵³ Höher ist die Schwelle in den USA auch – auf den ersten Blick überraschend – bei Telefonüberwachungen im ordentlichen Strafverfahren. Es ist in den USA statistisch gesehen schwieriger, eine richterliche Genehmigung für solche Überwachungen zu erlangen.⁵⁴ Dieses Bild wurde im letzten Jahrzehnt jedoch durch die unautorisierten Überwachungen im Rahmen der Terrorismusbekämpfung stark relativiert, deren genauer Umfang bis heute unbekannt ist.⁵⁵ Die EGMR-Rechtsprechung zeichnet

⁵¹ In den USA existiert ein grundrechtlicher Schutz gegenüber Telefonüberwachungen seit *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), in Abkehr von *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), vgl. dort jedoch die Dissenting Opinion von Justice Brandeis. Seither erfolgen Ausdehnungen des Schutzes vertraulicher Kommunikation anhand eines „reasonable expectation of privacy-test“, wobei sich der Supreme Court etwa zum Miteinbezug von E-Mails noch nicht geäußert hat. Zur aktuellen Diskussion um die Ausdehnung im Bereich elektronischer Kommunikation vgl. etwa *S.N. Freiwald/P.L. Bellia* The Fourth Amendment Status of Stored E-Mail: The Law Professors' Brief in *Warshak v. United States*, University of San Francisco Law Review 41 (2007), 2009 ff. Zum weiten Begriff der Korrespondenz in Art. 8 EMRK: *C. Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, 213 f. mH.

⁵² Bereits: *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). Es gibt wenige Ausnahmen. Die Behörden haben einen tendenziell stärkeren Anreiz als in Europa, die Privatsphäre bei Strafverfolgungshandlungen strikt zu beachten.

⁵³ Vgl. demgegenüber etwa BVerfG, 2 BvR 2225/08 vom 2. 7. 2009.

⁵⁴ Vgl. die schon einige Jahre alte, umfassende Studie von *R. Albrecht/C. Dorsch/C. Krüpe* Rechtswirklichkeit und Effizienz der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmassnahmen, Abschlussbericht, Juni 2003, 104, abrufbar unter: www.iuscrim.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/krim/k115.htm.

⁵⁵ Zur Kontroverse um die Verfassungsmässigkeit des von Präsident Bush angeordneten „Terrorist Surveillance Program“: *T. Maclin* The Bush Administration's Terrorist Surveillance Program and the Fourth Amendment's Warrant Requirement: Lessons from Justice Powell and the Keith Case, UC Davis Law Review 41 (2008), 1259 ff.

sich ihrerseits durch eine ausgesprochene Sensibilität für Fragen der sexuellen Selbstbestimmung aus.⁵⁶ Dies gilt sowohl mit Blick auf die Vorgänge in den eigenen vier Wänden als auch darüber hinaus. Der EGMR löste den Schutz sexueller Selbstbestimmung weitgehend von der sexuellen Orientierung ab.⁵⁷ Der Supreme Court erwies sich in diesem Bereich dagegen als ausgesprochen widerständig. Er konnte sich insbesondere erst 2003 dazu durchringen, ein strafrechtliches Verbot einvernehmlicher homosexueller Handlungen in den eigenen vier Wänden für verfassungswidrig zu erklären.⁵⁸ Trotz der Unterschiede sind die Überschneidungen beim Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung und der vertraulichen Kommunikation insgesamt jedoch beträchtlich.

2. *Hauptdifferenz I: Schutz der „öffentlichen Privatheit“*

Grundlegende Differenzen bestehen dagegen beim Schutz der Privatsphäre jenseits vertraulicher Zonen. Erholung und Identitätsbildung finden nicht nur im Verborgenen statt. Es gibt auch eine Privatheitszone, die man – mit paradoxer Begrifflichkeit – „öffentliche Privatheit“ nennen kann.⁵⁹ Auch Spaziergänge, Gaststättenbesuche, Autofahren oder das Stehenbleiben an einem Ort, der einem gefällt oder dessen Hässlichkeit einen fasziniert, spielen für Erholung und Identitätsbildung eine Rolle. Hier wird zwar nicht die maximale Distanz zur Gesellschaft gewählt und damit auf bestimmte Verhaltensweisen wie etwa auf Nacktumhergehen verzichtet.⁶⁰ Auch hier geht es jedoch, graduell ab-

⁵⁶ Etwa EGMR, Serie A 45 (1981) – Dudgeon, § 41; EGMR, Serie A 142 (1988) – Norris, § 38.

⁵⁷ Zur Ausdehnung dieses Motivs auf den sensiblen Bereich der Adoption vgl. EGMR, 22. 1. 2008, Nr. 43546/02, §§ 43 ff. – E.B. v. France (zur Publikation in der amtl. Sammlung vorgesehen).

⁵⁸ Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003), in Abkehr von Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986); zu den Hintergründen der früheren Praxis und die angedeutete Aufgabe in Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996); B. Fassbender Die Verfassungswidrigkeit eines allgemeinen Ausschlusses einer Personengruppe vom Schutz vor Diskriminierung, EuGRZ 24 (1997), 608 ff.

⁵⁹ Regelungstechnisch gesehen kann der Schutz dieser „öffentlichen Privatheit“ wegen ihrer vielfältigen Erscheinungsformen nicht über Aspektgarantien erfolgen wie beim Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung oder der Korrespondenz. Für Überlegungen zur Begrifflichkeit im Schnittstellenbereich zwischen Öffentlichem und Privatem vgl. J. Lege Das Öffentliche, das Private und das Soziale, in: J. Bohnert u. a. (Hrsg.), FS für A. Hollerbach, 2001, 385 ff.

⁶⁰ Wichtig für das Verständnis der „öffentlichen Privatheit“ ist, dass verschiedene Formen von Öffentlichkeit unterschieden werden können. Grundlegend ist zunächst die Unterscheidung zwischen (massen-)medialer und nichtmedialer Öffentlichkeit

gestuft, um Möglichkeiten des Sichabwendens und des Alleingelassenwerdens.⁶¹

Die US-Verfassung schützt diese „öffentliche Privatsphäre“ grundrechtlich nur gerade mit Blick auf Durchsuchungen und Beschlagnahmen.⁶² Sie verlangt auch hier eine richterliche Genehmigung. Ansonsten ist der öffentliche Bereich nach amerikanischem Verständnis – vereinfacht gesagt – ein Feld für das freie Spiel der Kräfte, das verfassungsrechtlich primär im Licht von Entfaltungsmöglichkeiten und unter Gefahrengesichtspunkten betrachtet wird.⁶³ Die Freiheit der Presse und das Recht des Berichterstatters, Fakten zu benennen, sind hohe verfassungsrechtliche Werte.⁶⁴ So dürfen Medien sogar die Namen von Vergewaltigungsopfern publizieren, nicht nur von Tätern, sofern sie sich an die Fakten halten.⁶⁵ Auch für Behörden besteht kein grundrechtliches Gebot, das Ansehen des Einzelnen schonungsvoll zu behandeln. Es wird mit dem Rechtsbruch weitgehend verspielt. Einzelne Behörden gehen bei Sexualstraftätern so weit, dass sie Adressen und weitere persönliche Angaben mitsamt Bild im Internet bekanntgeben.⁶⁶ Auch von Steueründern werden teilweise öffentliche Register geführt.⁶⁷ In

(Präsenzöffentlichkeit). Von der massenmedialen Öffentlichkeit ist sodann die Internetöffentlichkeit als Spezialfall der Medienöffentlichkeit zu unterscheiden; was internetöffentlich ist, ist nicht automatisch im umfassenden Sinn medienöffentlich. Für eine Analyse des Öffentlichkeitsbegriffs vgl. *G. Kohler* Was ist Öffentlichkeit? Zur Bestimmung eines unübersichtlichen Wortfeldes, *Studia philosophica* 58 (1999), 197 ff. mH.

⁶¹ H.-D. Horn formuliert zutreffend, dass nicht die faktische Zugänglichkeit einer Situation, sondern die Interessenlage über ihre Schutzwürdigkeit als privat entscheide: ders. (Fn. 2), Rn. 64.

⁶² Massgeblich ist auch hier Amendment IV. Für eine kritische Annäherung an die Praxis zu diesem Verfassungszusatz: *A.R. Amar* Fourth Amendment First Principles, *HLR* 107 (1994), 757 ff.

⁶³ Vgl. *Whitman* Privacy (Fn. 3), 1193.

⁶⁴ Zur Diskussion über die Reichweite der durch Amendment I geschützten „free speech interests“: *M. Schachter* Informational Privacy and Decisional Privacy, *Durham NC* 2003, 556 ff.

⁶⁵ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989). – Samuel D. Warren und Louis D. Brandeis waren in ihrem klassischen Artikel von 1890 dagegen dezidiert dafür eingetreten, dass Wahrheit kein Rechtfertigungsgrund für den Zugriff auf Privates darstelle: *S. Warren/L.D. Brandeis* The Right to Privacy, *HLR* 4 (1890), 193 (218).

⁶⁶ Von der Webseite www.nsopw.gov des amerikanischen Justizministeriums gelangt man auf die Seiten der einzelnen Staaten, die die Täter in der Regel nach dem Schweregrad ihrer Tat in verschiedene Kategorien einteilen.

⁶⁷ South Carolina etwa führt eine Liste mit „Top-Delinquenten“, auf der neben dem Namen und dem Umfang der Steuerschuld auch die Adresse des Schuldners öffent-

Europa wäre dies undenkbar. Die Privatsphäre des Opfers, die einen Anspruch auf Ansehen einschließt, ginge vor.⁶⁸ Die EMRK kennt einen substantiellen Schutz des Privaten im öffentlichen Raum. Sie setzt dem unautorisierten Zugriff auf Inhalte aus dem Privatleben Schranken, die wesentlich höher sind als jene des US-Verfassungsrechts.⁶⁹

3. *Hauptdifferenz II: Einbezug weiterer Aspekte selbstbestimmter Lebensführung*

Es lässt sich ein zweiter Bereich grundsätzlicher Differenzen abschichten. Die beiden Systeme unterscheiden sich auch beim Einbezug weiterer Aspekte einer selbstbestimmten Lebensführung in die Privatsphärengarantie. Es geht hier um Autonomievoraussetzungen, die in einem etwas loseren Konnex zum Privaten im beschriebenen Sinne stehen.⁷⁰ Eine solche Voraussetzung selbstbestimmter Lebensführung, die in beiden Systemen bis zu einem gewissen Grad Schutz erfährt, ist die informationelle Selbstbestimmung.⁷¹ Dies gilt in beiden Systemen allerdings nur im Verhältnis zum Staat.⁷² Der EGMR geht beim Schutz der

lich gemacht werden: www.sctax.org/delinquent/delinquent.shtml, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

⁶⁸ Zur Schutzpflicht in Bezug auf den guten Ruf vgl. etwa EGMR, Slg. 2007-XII – Pfeifer.

⁶⁹ Vgl. insbesondere: EGMR, Slg. 2004-VI – Von Hannover, §§ 63 ff., die in der deutschen Rechtsprechung etablierte, ursprünglich auf H. Neumann-Duesberg (JZ 1960, 114 ff.) zurückgehende Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte aushebelnd und für den Einzelfall die Prüfung der öffentlichen Relevanz des Vorganges fordernd; Aufgabe der Differenzierung durch das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 120, 180. Zur Genese der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Meinungsfreiheit vor dem Urteil des EGMR vgl. *D. Grimm* Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697 ff. Für eine kritische Würdigung des Von Hannover-Urteils statt vieler: *A. Peters* Die Causa Caroline: Kampf der Gerichte?, *Betrifft Justiz* 21 (2005), 160 ff.

⁷⁰ Vgl. etwa EGMR, Slg. 2002-III – Pretty, § 61: „[...] Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.“

⁷¹ Leitentscheid in den USA ist *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977); seither nur geringe Weiterentwicklung: *Solove/Schwartz* (Fn. 46), 475 mH; zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vgl. EGMR, Serie A 116 (1987) – Leander; EGMR, Slg. 2000-II – Amann; EGMR, Slg. 2000-V – Rotaru (Grosse Kammer).

⁷² Damit sei – dies sei in Klammern angefügt – auch gesagt, dass in keinem der beiden Systeme eine grundrechtliche Vertraulichkeitsgarantie in Bezug auf Bankdaten existiert.

informationellen Selbstbestimmung allerdings weiter als der US-Supreme Court. Er stellt vergleichsweise hohe Anforderungen an das Sammeln, das Nutzen und an die Weitergabe von Daten durch Behörden, insbesondere wenn der Staat im Geheimen agiert.⁷³ Keines der beiden Systeme setzt allerdings dem Datenhunger des privaten Sektors grundrechtliche Grenzen. Er stellt ein eminentes Problem dar, auf das zurückzukommen ist.

Der EGMR schützt sodann eine Reihe weiterer Autonomievoraussetzungen unter dem Titel der Privatsphärengarantie. Er setzt etwa – auf den ersten Blick überraschend – staatlicher Untätigkeit gegenüber schädlichen Immissionen gewisse Grenzen. Das Nichtverhindern unerträglicher Immissionen aus einer Kehrrichtverbrennungsanlage verletzt das Recht auf Privatleben.⁷⁴ Der EGMR anerkennt hier eine Art Recht auf Minimalsauberkeit der Umwelt.⁷⁵ Er setzt auch den staatlichen Spielräumen bei migrationsrechtlichen Maßnahmen Grenzen. Europarats-Mitglieder können etwa straffällige Zweitgenerationsausländer nicht ohne Weiteres in ihr Heimatland ausweisen, wenn sie dort weder substantielle Kontakte noch realistische Integrationschancen besitzen.⁷⁶ Unter dem Titel des Privatsphärenschutzes werden auch hier Minimalanforderungen einer selbstbestimmten Lebensführung geschützt.

⁷³ Für die Zulässigkeit geheimer Überwachungen einschliesslich Datensammeln und -nutzen verlangt der EGMR eine klare gesetzliche Grundlage und „effektive Aufsichtsmechanismen“, normalerweise in Form unabhängiger Kontrollen durch die Justiz, zumindest in letzter Instanz: EGMR, Slg. 2000-V – Rotaru, § 59 mH (Fn. 71).

⁷⁴ EGMR, Serie A 303 (1994) – López Ostra; EGMR, Slg. 2003-VIII – Hatton (Grosse Kammer); EGMR, Slg. 2004-X – Taşkın u.a.; EGMR, Slg. 2005-IV – Fadeyeva.

⁷⁵ Skeptisch mit Blick auf das Vorliegen eines Eingriffs: *Marauhn/Meljnik* (Fn. 4), Rn. 72. – Es stellt sich im Licht dieser Praxis auf einer grundsätzlichen Ebene die Frage, ob der Schutz der Privatheit generell den Schutz der Möglichkeiten von Privatheit mitumfasst.

⁷⁶ EGMR, Serie A 324 (1995) – Nasri. Zur Vereinbarkeit von Ausweisungsentscheidungen mit Art. 8 EMRK vgl. des Weiteren folgende Entscheide: EGMR, Serie A 195 (1991) – Moustaquim; EGMR, Serie A 234 (1992) – Beljoudi; EGMR, Slg. 1997-VI – Mehemi; EGMR, Slg. 2003-X – Slivenko (Grosse Kammer). Vgl. auch: *D. Thym* Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008), 87 ff.; *M. Caroni* Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, 1998.

4. Deutung der Unterschiede: Freiheitskonzeption und Egalitarismus

Ich schlage folgende Erklärung der Unterschiede vor: Die beiden Schutzkonzepte bilden in ihren Grundelementen zugleich die Grundelemente des *allgemeinen* Freiheitsverständnisses der betreffenden Grundrechtskultur ab. Das Privatsphärenschutzkonzept mit seinen heterogenen Schichten spiegelt dieses Freiheitsverständnis, das stets eine Mischung von „laissez faire, laissez passer“-Freiheit und ausgleichenden Momenten darstellt.⁷⁷

Das grundrechtliche privacy-Konzept des US-Verfassungsrecht entspricht präzise dem amerikanischen Freiheitsverständnis, wenn man es auf seine Grundelemente beschränkt: Freiheit als freies Spiel der Kräfte, Rückzugsmöglichkeit in ein – nach englischem Vorbild – als Burg imaginiertes eigenes Haus,⁷⁸ Minimierung staatlicher Intervention.⁷⁹ In dieser Freiheits- und privacy-Konzeption sind historische und mythisierte Grunderfahrungen der amerikanischen Gesellschaft gespeichert: die brutale und pauschal autorisierte Requirierung von Häusern durch die britische Kolonialmacht,⁸⁰ die Lebensbedingungen der Pioniergesellschaft, die Bedrohung individueller Freiheit durch einen als fremd empfundenen, damals noch britischen Staat. Das ausgleichend-egalitäre Moment im Freiheitsverständnis ist schwach. Entsprechend fehlt es auch weitgehend im grundrechtlichen privacy-Konzept.

Das Privatsphären-Konzept des EGMR dagegen spiegelt Grundelemente europäischer Freiheitsvorstellungen. Das egalitär-intervenierende Moment ist stärker. Art. 8 EMRK gleicht Übergriffe seitens des Staates oder Privater im öffentlichen Raum bis zu einem gewissen Grad aus. Dieser Schutz des Privaten im Öffentlichen, das ausgleichend-

⁷⁷ Diese Umschreibung möglicher Freiheitsverständnissen deckt selbstredend nur die liberalen Freiheitsverständnisse ab, wie sie sich ab dem 17./18. Jahrhundert vor dem Hintergrund der neuzeitlichen und liberalen Gefahrenperzeption entwickelten und bis heute als Referenzrahmen dienen. Zur Einordnung dieser Autonomiekonzeption in die Evolutionsgeschichte der Freiheitsverständnisse vgl. *W. Conze* Freiheit, in: O. Brunner u. a. (Hrsg.) *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1975, 425 (469 ff.).

⁷⁸ Vgl. *Semayne's Case* (1604) 77 Eng. Rep. 194; 5 Co. Rep. 91 und die dortige Formulierung des Gerichts „[T]he house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose [...]“.

⁷⁹ *Whitman Privacy* (Fn. 3), 1161 f.

⁸⁰ Amendment III der US-Verfassung ist die Antwort der Bill of Rights auf die genannte britische Praxis, auf die bereits die Unabhängigkeitserklärung Bezug nahm („for quartering large bodies of armed troops among us“). Es spielt in der Rechtsprechung des Supreme Court keine Rolle, wird jedoch in *Griswold v. Connecticut* unter jenen Verfassungsbestimmungen genannt, in deren „Halbschatten“ das right to privacy anzusiedeln sei: Fn. 7, 484.

intervenierende Wirken des Staates, hat ältere kulturhistorische Wurzeln als uns gemeinhin bewusst ist. Er ist maßgeblich ein Projekt des gehobenen europäischen Bürgertums⁸¹ des 19. Jahrhunderts.⁸² Dieses verstand Freiheit wesentlich auch als staatlicher Schutz von Ansehen und Rückzugsmöglichkeit, als Schutz von Diskretion und Würdeempfinden.⁸³ Dieses angereicherte, staatliche Interventionen schützende und bis zu einem gewissen Grad fordernde und legitimierende Freiheitsverständnis schlug sich im Privatsphärenschutz-Konzept nieder. Privatsphärenschutz ist im Europa des 19. Jahrhunderts Schutz von Vorgängen auch jenseits des Unzugänglichen, wenn auch lange Zeit noch nicht auf Grundrechtsebene.⁸⁴ Der Faschismus im 20. Jahrhundert war dann gewissermaßen der Auslöser für die Anhebung der Thematik auf die Grundrechts- bzw. Menschenrechtsebene.⁸⁵

⁸¹ Zur relativen Offenheit des höfisch-aristokratischen Lebens dagegen *N. Elias* Das höfische Leben [1969], 2002, 142 ff. Für die besondere Bedeutung der Privatsphäre für die Genese der bürgerlichen Gesellschaft in Europa vgl. *R. Koselleck* Kritik und Krise [1959], 1973, etwa 41: „Der Aufbruch der bürgerlichen Intelligenz erfolgt aus dem privaten Innenraum, auf den der Staat seine Untertanen beschränkt hatte. [...] Die Aufklärung nimmt ihren Siegeszug im gleichen Masse als sie den privaten Innenraum zur Öffentlichkeit ausweitet.“

⁸² *Whitman* Privacy (Fn. 3), 1164 ff. Whitman diskutiert die Differenzen zwischen Europa und Amerika vor dem Hintergrund der Schablone europäisches dignity- vs. amerikanisches liberty-Privatsphären-Konzept. Die Grundidee dieser Deutung scheint mir als Erklärungsansatz durchaus tragfähig, erweist sich bei näherer Betrachtung in den Einzelheiten aber als zu wenig differenziert. Die europäische Privatsphärenkonzeption ist keineswegs integral auf die Würdeidee ausgerichtet, sondern enthält auch starke liberty-Elemente. Richtig ist aber auf jeden Fall, dass die Würdeidee in der europäischen Konzeption der Privatsphäre eine wesentlich stärkere Rolle spielt.

⁸³ In der Idee des Schutzes dieses Würdeempfindens steckte eine enorme egalitäre Schubkraft, die in den weiten Kontext der durch die französische Revolution ausgelöste Statusrevolution einzuordnen ist. Zur Bedeutung der französischen Revolution als solcher und als Emanzipationsprojekt, dem die Gleichheitsidee eingeschrieben ist: *E.-W. Böckenförde* Die sozialen und politischen Ordnungsideen der französischen Revolution, in: ders., Staat–Nation–Europa, 1999, 11 (15 ff.).

⁸⁴ Interessant ist in diesem Zusammenhang Whitmans Hinweis, dass der berühmte Warren/Brandeis-Artikel „The Right to Be Let Alone“ (1890) von den Verhältnissen in Europa inspiriert war, wo im 19. Jahrhundert spektakuläre Prozesse stattfanden, in denen Prominente ihr Ansehen in der Öffentlichkeit vor dem Zugriff expandierender Medien zu schützen versuchten: *Whitman* Privacy (Fn. 3), 1204 ff.

⁸⁵ Vgl. dazu *Registry of the European Court of Human Rights Preparatory Work on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 1967, 9 mH.

III. Dogmatische Schlüsselfragen: Unmittelbare staatliche Eingriffe – Schutzpflichten

Im dritten Teil werden dogmatisch-regulatorische Fragen von besonderer Bedeutung herausgegriffen. Grundprobleme und allfällige Lösungsansätze werden in den zentralen Elementen skizziert und zur Diskussion gestellt.

1. *Begrenzungswirkung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei staatlichen Eingriffen: vermehrte Schaffung abwägungsfester Zonen?*

Ein erstes Schlüsselproblem kann mit dem Stichwort „strukturelle Überlegenheit des Sicherheitsparadigmas im Abwägungsprozess“ erfasst werden.⁸⁶ Das seit Längerem bekannte, virulenter werdende Problem besteht darin, dass die Begrenzungswirkung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bei Eingriffen zum Schutz der Sicherheit limitiert ist. Dies gilt im Besonderen bei Maßnahmen zur Abwehr von Großrisiken, bei der Großrisikoprävention, die mit dem Technikwandel wichtiger wird. Die Schäden sind potentiell immens, aber nicht in einem gehaltvollen Sinne bestimm- und damit auch nicht abwägbar.⁸⁷ Das Verhältnismässigkeitsprinzip versagt hier, denn das Gewicht von Rechtsgütern ist nicht abstrakt bestimmbar. Wie groß das angesprochene Problem ist,

⁸⁶ Für eine grundsätzliche Analyse des komplexen Verhältnisses zwischen Sicherheit und Freiheit *J. Isensee* Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; mit Blick auf Deutschland, das hier im Einzelnen angesprochene Problem einschliessend: *O. Lepsius* Freiheit und Sicherheit – ein zunehmend asymmetrisches Verhältnis, in: G.F. Schuppert u.a. (Hrsg.) *Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck*, 2010, 23 ff.; vgl. des Weiteren: *J. Saurer* Die Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Kontext der Terrorismusbekämpfung, NVwZ 2005, 275 ff.

⁸⁷ Abstrakt formuliert geht es bei diesem Fragenkreis um das Problem des Umgangs mit Nichtwissen. Das Faktum des Nichtwissens wird durch Praktiken wie wissenschaftliche Risikenabschätzungen anhand zuvor isolierter „Faktoren“ oder durch die Unterstellung einer Verrechenbarkeit solcher abstrakter Risiken mit konkreten Freiheitseinbussen bis zu einem gewissen Grad verschleiert. Bereits die qualitative Einschätzung eines Risikos als gross, mittel oder klein insinuiert Wissen oder Beinahewissen, wo in einem strengen Sinne nicht gewusst werden kann. Hinter dem hier interessierenden grundrechtlichen Problem steht die allgemeine und viel umfassendere Problematik, wie die Wissensgesellschaft unserer Zeit sich Nichtwissen nähert, wenn sie zu einem Entscheid kommen muss, und welche Rolle die Wissenschaft selbst bei der Transformation von Nichtwissen in Wissen spielt. Für die Grunddiagnose ist dem Soziologen Helmut Wilke zuzustimmen: Die kritische Nutzung des Wissens moderner Gesellschaften setzt die Existenz eines funktionalen Instrumentariums im Umgang mit Nichtwissen voraus: *H. Wilke* Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft, 2002, 19.

zeigen die exzessiven Privatsphäreneingriffe unter dem Titel der Terrorismusbekämpfung während des letzten Jahrzehnts. Das Bundesverfassungsgericht hat auf sie – das bleibe an dieser Stelle nicht unerwähnt – außerordentlich sensibel reagiert.⁸⁸ Die Grundproblematik aber bleibt, auch in Deutschland: Wie könnte, grundsätzlich betrachtet, eine Antwort auf das strukturelle Problem der abnehmenden Begrenzungswirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aussehen?⁸⁹

Festzuhalten ist zunächst, dass das Problem nicht in einem ambitionierten Sinne „lösbar“ ist. Wenn die Sicherheitserwartungen unvermindert hoch bleiben, bedeuten mehr Sicherheitsgefahren grundsätzlich auch mehr Eingriffe. Dieses Dilemma ist im Grundsatz unentrinnbar. Das Problem kann jedoch allenfalls begrenzt werden: durch einen Entscheid für – ich schließe hier an Überlegungen in der jüngeren deutschen Staatsrechtslehre an – die vermehrte Anerkennung abwägungs-resistenter Zonen.⁹⁰ Mit anderen Worten: durch Bestimmen von Bereichen, in denen die Privatsphäre absolut geschützt ist – nicht nur dann, wenn Eingriffe in einem Abwägungsprozess als unverhältnismäßig erscheinen. Diskutierbar wäre eine solche bereichsspezifische, prinzipielle Prävalenz der Privatsphäre meines Erachtens nur beim Schutz der Unverletzlichkeit des Hauses und bei der Nutzung privater Computer als den engsten Vertraulichkeitszonen.⁹¹ Natürlich gäbe es Missbrauch. Doch es gibt auch Missbrauch des Missbrauchsargumentes, der den Blick auf die Grundtendenzen verstellen kann. Es bedürfte des

⁸⁸ So unterschiedlich die Konstellationen und dogmatischen Fragen in den Entscheiden zum Luftsicherheitsgesetz, zur Online-Durchsuchung und zur Vorratsdatenspeicherung im Einzelnen waren, ihr gemeinsamer Nenner ist eine im internationalen Vergleich hohe Widerständigkeit gegenüber der strukturellen Überlegenheit des Sicherheitsparadigmas. Vgl. BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz; BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung; BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2. 3. 2010 – Vorratsdatenspeicherung.

⁸⁹ Miteinzurechnen in das hier angesprochene Problem ist das Problem der nur schweren Erfassbarkeit der Kumulation geringfügiger Eingriffe. Was „zählt“ hier: der einzelne Eingriff oder die Kumulationswirkung?

⁹⁰ Etwa *Lepsius* Freiheit (Fn. 86), 43; vgl. auch die Erwägungen bei *Horn* (Fn. 2), Rn. 75.

⁹¹ Ein solcher Lösungsansatz würde eine aus rechtsvergleichender Sicht interessante grundrechtsdogmatische Verschiebung in der „Lastenverteilung“ bedeuten. Während der Fokus in Europa (EGMR, Deutschland, Schweiz) traditionell auf der Rechtfertigungsprüfung und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Besonderen liegt, würde eine Aufwertung des Schutzbereichs durch Schaffung abwägungssicherer Zonen eine gewisse Konvergenz mit der US-amerikanischen Dogmatik bedeuten, die viele Fragen bereits auf der Ebene des „scope“ einer Grundrechtsgarantie löst. Man kann die Schutzbereichsausdifferenzierung durch das Bundesverfassungsgericht im Entscheid zur Online-Durchsuchung als einen gewissen Schritt in diese Richtung betrachten.

politischen Willens, Sicherheitsrisiken in solch abwägungssicheren Zonen um der Privatsphäre willen hinzunehmen. Dies ist eine außerordentlich schwere Entscheidung, die möglichst vom Verfassungsgeber und nicht von Gerichten zu treffen wäre.

2. Zunahme heimlicher Eingriffe: Möglichkeiten prinzipiengeleiteter Eingriffshegung?

Ein zweites Kardinalproblem sind die weiter wachsenden Möglichkeiten im Bereich der Heimlichkeit.⁹² Wollte man nach einer Metapher für dieses Problem suchen, so wäre jene vom unmerklich wirkenden Gift passend – passender jedenfalls als jenes von der sich zuziehenden Schlinge um den Hals, die man spürt. Heimlichkeit ist ein hochgradig ambivalenter Funktionsmodus des Staates. Bis zu einem gewissen Grad ist er Voraussetzung für die Einlösung legitimer Sicherheitserwartungen des neuzeitlichen Staates.⁹³ Mit Blick auf Grundrechte allerdings schafft er zwei schwere Probleme: das Problem effektiver Kontrolle der Eingriffe und jenes des Konformitätsdrucks, wenn der Bürger auch bei rechtskonformem Verhalten mit Eingriffen rechnen muss. Hier kann die Existenz von Heimlichkeit per se einschüchternd wirken.⁹⁴ Verlust von Vertrauen in den Staat ist dann unvermeidlich.

Was sind die Optionen? Die Lösung könnte ein grundrechtlicher Anspruch auf Bindung heimlichen Staatshandelns an einfache und transparente Prinzipien sein.⁹⁵ Ich denke an ein Zusammenspiel von drei

⁹² Bei der Heimlichkeit staatlichen Handelns zeigt sich die von Foucault aufgezeigte Ambivalenz des Verhältnisses zwischen liberalem Staat und Freiheit in seiner ganzen Schärfe. Freiheit ist für den liberalen Staat nicht einfach eine „äussere Grenze“ für staatliches Handeln, wie es in der liberalen Narration heisst. Diese Lesart ist zwar nicht per se falsch, unterschlägt aber die entscheidenden neuralgischen Punkte. Weil Freiheit fragil ist, dient sie zugleich konstant als Grundlage für immer neue Interventionen. Der liberale Staat setzt nicht einfach Freiheit frei, sondern produziert selbst die Bedingungen der Freiheit, wobei das Grundproblem darin besteht, die „Produktionskosten“ zu bestimmen. Vgl. T. Lemke u. a. *Gouvernementalität, Neoliberalismus und Selbsttechnologie*, in: T. Lemke u. a. (Hrsg.) *Gouvernementalität der Gegenwart – Studien zur Ökonomisierung des Sozialen*, 2000, 7 (14) mH auf Foucaults Vorlesung vom 24. Januar 1979 am Collège de France; deutsche Fassung abgedruckt in: M. Foucault, *Die Geburt der Biopolitik*, 2004, 81 ff.

⁹³ Zur Unvermeidbarkeit des Heimlichen und Geheimen im neuzeitlichen Staat: B. Fassbender *Wissen als Grundlage staatlichen Handelns*, HStR IV, 2006, § 76 Rn. 77 mH.

⁹⁴ Anerkannt etwa in BVerfGE 120, 274 (323) – Online-Durchsuchung.

⁹⁵ Die heutige Strassburger Rechtsprechung verlangt dagegen in relativ unspezifischer Weise einen angemessenen und effektiven Missbrauchsschutz: *Marauhn/Meljnik* (Fn. 4), Rn. 95.

Prinzipien, die in der Gesamtheit zweierlei bewirken würden: dass heimliches Staatshandeln besser gehegt und dennoch das Vertrauen in die Beachtung der Privatsphäre durch den Staat gestärkt wird.⁹⁶ Das erste, Ausgangs-Prinzip sollte sein, dass heimliche Staatstätigkeit als Anlass eine Rechtsverletzung oder konkrete Anhaltspunkte für deren Bestehen erfordert. Ausnahmen müssen möglich sein, bedürfen jedoch starker Gründe. Das zweite Prinzip wäre – dieses wäre sehr wichtig – , dass sämtliche Eingriffe nach Ablauf einer transparenten Frist offenzulegen sind.⁹⁷ Denkbar wäre etwa eine Frist von zehn oder fünfzehn Jahren. Auch hier müssten Ausnahmen möglich sein, für die es erneut starker Gründe bedürfte. Das dritte Prinzip wäre schließlich, dass alle nicht transparent gemachten Eingriffe zwingend von einem unabhängigen Staatsorgan kontrolliert werden müssten. In Frage kämen etwa ein Ausschuss höchster Richter oder des Parlaments.⁹⁸ Diese Prinzipien würden in ihrem Zusammenspiel das Sicherheits- und das Privatsphärenproblem besser ausbalancieren. Sie versprechen zwar keine volle Transparenz, die auch gar nicht anzustreben ist, aber zumindest Transparenz beim Umgang mit Intransparenz.

⁹⁶ Die beiden Fragen fallen trotz ihrer engen Verwandtschaft nicht zusammen. Der Staat kann sich bei heimlichen Eingriffen in die Privatsphäre objektiv gesehen vergleichsweise korrekt verhalten, und der Bürger kann dennoch – etwa wegen einzelner, publik gewordener Fehlleistungen – das Gefühl haben, es existiere ein undurchschaubarer Komplex heimlicher Staatstätigkeit. Der hier skizzierte Vorschlag zielt darauf ab, auch das Systemvertrauen zu stärken. Dieses ist Voraussetzung für die Abwesenheit von Konformitätsdruck, der aus dem Umstand resultiert, dass der Einzelne subjektiv nicht sicher ist, ob er mit heimlichen Eingriffen in seine Privatsphäre rechnen muss.

⁹⁷ Eine grundrechtliche Offenbarungspflicht ist offenkundig ein wesentlich weiter gehendes Instrument als ein Auskunftsrecht. Als Lösungsansatz wird es grundsätzlich dann diskutierbar, wenn das Auskunftsrecht versagt, weil es in der Realität nicht mit der ihm zugedachten Wirkung nutzbar ist. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, ob der Einzelne in Anbetracht aller Umstände realistischerweise den Eindruck haben kann, das Auskunftsrecht ermögliche ihm die Überprüfung der Respektierung seiner Grundrechte. Das Bekanntwerden umfangreicher heimlicher Staatstätigkeit mindert den Wert des Auskunftsrechts, weil der Einzelne das Vertrauen verliert, mit diesem Instrument zu seinem Recht kommen zu können.

⁹⁸ Der EGMR stellte sich im Fall *Klass u.a.* auf den Standpunkt, dass die Kontrolle geheimer Überwachungsmaßnahmen durch einen Parlamentsausschuss vor Art. 8 EMRK standhält: EGMR, Serie A 28 (1978) – *Klaas u.a.*, §§ 48 ff.

3. *Abwicklungsorganisationen des Alltags und Personendaten: Erforderlichkeit grundrechtlicher Inpflichtnahme?*

Ein weiteres Kardinalproblem betrifft den Umgang privater Abwicklungsorganisationen unseres täglichen Lebens mit unserer Privatsphäre. Wir verschaffen Organisationen wie Internet Providern, Banken oder Mobilfunkgesellschaften täglich Zugang zu vertraulichen Informationen, wie dies früher nur bei der Post und der Festnetztelefonie der Fall war.⁹⁹ Die neuen Abwicklungsorganisationen haben im Unterschied zu den alten vor der Privatisierungswelle ein eminentes kommerzielles Interesse an unseren Daten.¹⁰⁰ Sie möchten sie selbst nutzen, und sie möchten sie gegen Entgelt an Dritte weitergeben. Personendaten sind zu einer zentralen ökonomischen Ressource geworden. Die Datenskandale sprechen hier eine klare Sprache; ein Bewusstsein des Einzelnen für den ökonomischen Wert der Daten scheint jedoch zu fehlen. Es spricht vieles dafür, dass dieses Problem seinen Höhepunkt noch nicht erreicht hat.

Der grundrechtliche Schutz ist dieser strukturellen Gefährdung bisher nicht genügend nachgewachsen.¹⁰¹ Die Antwort könnte, allgemein formuliert, ein grundrechtlicher Anspruch sein, dass der Staat die privaten Organisationen prinzipiell auf Vertraulichkeit verpflichtet: eine Schutzpflicht.¹⁰² Die Vertraulichkeit von Personendaten würde in einer

⁹⁹ Aus grundsätzlicher Sicht ist von Bedeutung, dass die Verpflichtung zu absoluter Verschwiegenheit seit Beginn organisierter Postdienste im 17. Jahrhundert und seit den Anfängen der Telekommunikationsdienstleistungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Selbstverständlichkeit war. Die Verschiebung hin zu den neueren Kommunikationsformen – die Entstaatlichung der Fernkommunikation – hat diese strafbewehrte Verschwiegenheitspflicht bis zu einem gewissen Grad entkernt. Vgl. *R.J. Schweizer* Selbstbestimmung in der transparenten Gesellschaft, in: *K. Hummler/G. Schwarz*, Das Recht auf sich selbst. Bedrohte Privatsphäre zwischen Sicherheit und Freiheit, 2003, 93 (101); *J.P. Müller/M. Schefer* Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, 207 ff.

¹⁰⁰ Die auf Unterstützung von Direktmarketing spezialisierte Unternehmung Schober International Group wirbt mit ihren „einzigartigen Datenbanken“, in denen sich über 50 Millionen Privatadressen aus Deutschland und 10 Milliarden Zusatzinformationen befinden. Vgl. www.schober.de/site/index.php?id=1, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

¹⁰¹ Vgl. zu dieser Frage mit Blick auf Deutschland bzw. die EMRK *Horn* (Fn. 2), Rn. 47 f., 105 mH; *Maruhn/Meljnik* (Fn. 4), Rn. 20 f.

¹⁰² Denkbar wäre ein prinzipielles, strafbewehrtes Verbot der unautorisierten Weitergabe in Verbindung mit einer Auskunftspflicht über die Herkunft von Personendaten. Kommerziell mit Daten handelnde Unternehmungen müssten ein kommerzielles Interesse daran haben, die Legalität ihrer Tätigkeiten selbst nachweisen zu können. Grundsätzlich gilt, dass Schutzpflichten umso mehr an Bedeutung gewinnen, je mehr

gewissen Analogie zum Brief- und Fernmeldegeheimnis über eine Schutzpflicht geschützt, nicht nur einfachgesetzlich.¹⁰³ Eine solche Ausdifferenzierung des Grundrechts in der gesellschaftlichen Dimension würde dem Umstand Rechnung tragen, dass die Kommunikationswege heute nur noch teilweise vom Staat beherrscht werden. Der Staat kann sie gar nicht mehr selbst kontrollieren; er kann nur noch den „Kontext steuern“¹⁰⁴. Das Vordringen der Gesellschaft in den früheren staatlichen Monopolbereich der Kommunikation, dessen Entstaatlichung, würde sich mit der vorgeschlagenen Lösung im Grundrechtsschutz abbilden.

4. *Rentabilität von Privatsphärenverletzungen durch Massenmedien: Erweiterung der Schutzpflichten?*

Auf die grundrechtspolitische Diskussionsagenda gehört schließlich der gewachsene massenmediale Druck auf die Privatsphäre. Man muss sich heute die Frage stellen, ob das rechtliche Gesamtdispositiv den ökonomischen Versuchungen zur Privatsphärenverletzung noch genügend Rechnung trägt.¹⁰⁵ Ich hege hier große Zweifel.¹⁰⁶ Zentral ist zunächst, dass das Beschreiten des Rechtswegs von vornherein ein äußerst ambivalentes Instrument ist. Es bedeutet grundsätzlich erneute Exposition. Was als Wissen in der Welt ist, kann nicht mehr nicht gewusst werden.¹⁰⁷ Verhinderung der Indiskretion muss ein grundrechtliches Anliegen sein. Es darf nicht reflexartig als Zensurversuch diskre-

die Voraussetzungen realer Freiheitsausübung erhalten werden müssen und in Frage gestellt werden – für Hinweise auf die diesbezügliche deutsche Rechtsprechung *W. Hoffmann-Riem* Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, JZ 63 (2007), 1009 (1013).

¹⁰³ Die Bedenken gegenüber der Anerkennung von Schutzpflichten – Aushöhlung von Freiheitszonen unter dem Titel des Schutzes anderer Freiheitsbereiche – sind genügend bekannt und treffen offenkundig einen heiklen Punkt (statt vieler: *C. Enders* Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtlichen Schutzpflichten – und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken, *Der Staat* 35 (1996), 351 ff.). So berechtigt die Einwände im Grundsatz sind: Sie stehen dem Anwachsen autonomiebedrohender Entwicklungen im gesellschaftlichen Bereich vergleichsweise hilflos gegenüber.

¹⁰⁴ Formulierung in Anlehnung an *Hoffmann-Riem* (Fn. 102), 1015.

¹⁰⁵ Dies für Deutschland bejahend: *Horn* (Fn. 2), Rn. 70.

¹⁰⁶ Erwähnung verdient mit Blick auf die ökonomischen Versuchungen, dass das Instrument der Gewinnabschöpfung (§§ 249 ff. BGB) dieses Problem von vornherein nicht zu lösen, sondern nur partiell zu entschärfen vermag. Es ist ein Instrument für den Einzelfall und dem Umstand gegenüber unempfindlich, dass das Unternehmen damit rechnen kann, dass sich nur ein Teil der Betroffenen wehrt.

¹⁰⁷ Vgl. *H. Kube* Persönlichkeitsrecht, HStR VII, 2009, § 148 Rn. 79 (98 f.).

ditert werden. Ein weiteres zentrales Problem ist die Kolonisierung der medialen Öffentlichkeit durch die einebnend-banalisierte Sprache der Betriebswirtschaft. Der Medienadressat mutierte bekanntlich zum Medienkonsumenten. Diese semantische Transformation arbeitet der Privatsphärenverletzung auf subtile Weise zu. Sie stattet Handeln gemäß ökonomischer Logik – konkret: die Befriedigung von Konsumentenbedürfnissen – kulturell mit einer Art Richtigkeitsvermutung aus. Sie erleichtert damit die Selbstimmunisierung der Medien gegenüber Grenzverletzungen. Die Differenzen zwischen „the public interest“ und „the public’s interest“ werden sprachlich eingeebnet.

Ist es nicht Aufgabe des Grundrechtssystems dafür zu sorgen, dass der Anreiz zur Respektierung der Privatsphäre prinzipiell grösser ist als die Versuchung zu ihrer kalkulierten Verletzung? Das Zusammenspiel von Schadenersatz-, Genugtuungs-, Gegendarstellungs- und Strafrecht sollte in der Gesamtheit diesen Effekt haben.¹⁰⁸ Heute scheint mir dies zu wenig der Fall. Es ist zwar nicht auszuschließen, dass der EGMR in seinem bekannten Urteil im Fall *Caroline von Hannover* etwas wenig Raum für eine kulturelle Betrachtung des Informationsinteresses gelassen hat.¹⁰⁹ Richtig aber war, die Neuvermessung der Begriffe angesichts veränderter Rahmenbedingungen auf den Weg zu bringen. Dies wird im Übrigen noch in einer anderen Dimension auf die Dauer unvermeidbar werden: beim fast unbegrenzten Wiederholen von Privatsphäreninhalten, die einmal medienöffentlich geworden sind. Gibt es in Zeiten von Mediendatenbanken kein Recht auf Vergessenwerden?¹¹⁰ Die Informationsgesellschaft hat ihre Antworten auf das menschliche Grundbedürfnis nach periodischem Neubeginn meiner Meinung nach noch nicht gefunden.

¹⁰⁸ Wenig sensibel für die angesprochene Problematik: *E. Schmidt-Jortzig* Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VII, 2009, § 162 Rn. 59 ff.

¹⁰⁹ EGMR, Slg. 2004-VI – *Von Hannover*, §§ 63 ff. (Fn. 69). Kritisch mit Blick auf die vom EGMR im *Von Hannover*-Urteil beanspruchte Kontrolldichte etwa *Marauhn/Meljnik* (Fn. 4), Rn. 99.

¹¹⁰ Diese Frage darf und muss auch mit Blick auf jene gestellt werden, die sich der Medien einmal „bedient“ haben, indem sie freiwillig Privates gegen Bekanntheit ausgetauscht haben. Die Frage nach allfälligen Konturen eines Rechts auf Vergessenwerden ist umso berechtigter als hier die Medien von Vornherein keine „public watchdog“-Funktion wahrnehmen.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Grundrechtsschutz der Privatheit

Ausgangspunkt: Relativ ungesicherter Status des grundrechtlichen Privatsphärenschutzes

(1) Das auffälligste Merkmal des grundrechtlichen Privatheitsschutzes ist sein vergleichsweise ungesicherter Status. Es existiert keine allgemein konsensfähige Antwort auf die Frage nach dem Schutzzweck; der Schutzzumfang zwischen den einzelnen Grundrechtssystemen divergiert teilweise massiv.

I. Problemaufriss: Privatheitsgefährdende Großentwicklungen

1. Technikentwicklung: Wahrnehmungsgrenzen, Privatheitsspuren, Sicherheitsaufwand

(2) Der Technikwandel führt in zwei Hinsichten zu einer ständigen Erhöhung des Druckes auf die Privatsphäre: (a) durch die permanenten Relativierungen von Wahrnehmungsgrenzen und Zugangshindernissen und (b) durch die Zunahme der Schädigungspotentiale von Systemstörern bei zunehmender Verletzlichkeit der Gesellschaft.

2. Wissensentwicklung: „Kollektivierung“ gesellschaftsrelevanten Privatverhaltens

(3) Die Forschung erzeugt laufend neues Wissen über Folgen von traditionell der Privatsphäre zugerechnetem Verhalten – beispielsweise im Bereich Erziehungsmethoden oder Freizeitverhalten. Eine eindeutige positive oder negative Bewertung der Folgen des jeweiligen Verhaltens erzeugt neue staatliche Steuerungsambitionen.

3. *Ökonomieentwicklung: „customer relationship management“, Marktparadigma im Medienbereich*

(4) Der Ökonomiewandel verschärft den Druck auf die Privatsphäre in zwei Hinsichten: Die Verkaufsmethode des „customer relationship management“ macht Personendaten zu einem zentralen Wettbewerbsfaktor; im Medienbereich erhöht die Ausdehnung des Marktparadigmas als regulierendes Prinzip die Versuchung der kalkulierten Persönlichkeitsverletzung.

4. *Werteentwicklung: Innovationsvertrauen und Desensibilisierung*

(5) Die Erwartung der Aufgeschlossenheit gegenüber Innovationen erzeugt ein trügerisches Systemvertrauen, dass das Normverhalten der Alltags-Datenfreizügigkeit zugleich vernünftiges Verhalten darstelle. Die Gleichsetzung von Innovation mit Fortschritt wirkt mit Blick auf die ständig wachsenden Zugriffsmöglichkeiten auf Personendaten desensibilisierend.

II. *Schutzkonzepte im Vergleich: EMRK und US-Verfassung*

1. *Relative Gemeinsamkeiten: Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitätsbildung*

(6) Die grundrechtlichen Privatsphärenschutz-Konzepte von EMRK und US-Verfassung weisen bei der Unverletzlichkeit der Wohnung und beim Schutz vertraulicher Kommunikation einen substantiellen gemeinsamen Nenner auf. Auch im Bereich dieser Gemeinsamkeiten sind die Sensibilitäten im Einzelnen allerdings sehr unterschiedlich.

2. *Hauptdifferenz I: Schutz der „öffentlichen Privatheit“*

(7) Grundlegende Differenzen zwischen den beiden Systemen bestehen beim Schutz des Privaten jenseits der Zonen der Vertraulichkeit. Die US-Verfassung kennt einen substantiellen Schutz in diesem Bereich lediglich bei Durchsuchungen, während die EMRK grundrechtlich auch Diskretion und Ansehen innerhalb bestimmter Grenzen schützt.

3. *Hauptdifferenz II: Einbezug weiterer Aspekte selbstbestimmter Lebensführung*

(8) Die beiden Grundrechtssysteme schützen unter dem Titel der Privatsphäre in unterschiedlichem Umfang weitere Voraussetzungen der selbstbestimmten Lebensführung. Während die sog. informationelle Selbstbestim-

mung in beiden einen gewissen Schutz erfährt, bezieht die EMRK weitere Voraussetzungen wie etwa minimale Umweltstandards mit ein.

4. Deutung der Unterschiede: Freiheitskonzeption und Egalitarismus

(9) Die Schutzkonzepte bilden Grundelemente des Freiheitsverständnisses der jeweiligen Grundrechtskultur ab. Im amerikanischen verbinden sich die Ideen des freien Spiels der Kräfte und der Rückzugsmöglichkeit in ein als Burg imaginiertes Haus, während im europäischen auch jenseits des Unzugänglichen ein stark intervenierend-ausgleichendes Moment existiert.

III. Dogmatische Schlüsselfragen: Unmittelbare staatliche Eingriffe – Schutzpflichtenfragen

1. Staatliche Eingriffe und abnehmende Begrenzungswirkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Vermehrte Schaffung abwägungsfester Zonen?

(10) Die strukturelle Überlegenheit des Sicherheitsparadigmas im Abwägungsprozess ist ein in einem ambitionierten Sinne nicht lös-, sondern nur bereichsweise begrenzbares Problem. Als partielle, jedoch ambivalente Lösung ist die vermehrte Schaffung von Zonen prinzipieller Prävalenz der Privatsphäre denkbar.

2. Heimliche staatliche Eingriffe: Möglichkeiten prinzipiengeleiteter Eingriffshegung?

(11) Der staatliche Funktionsmodus der Heimlichkeit schafft zwei Grundprobleme: jenes der Effektivität der Rechtskontrolle und jenes des Konformitätsdrucks. Die grundrechtliche Antwort auf diese Grundkonstellation sollte ein Anspruch auf strikt prinzipiengeleiteten Umgang mit Heimlichkeit sein – auf Transparenz beim Umgang mit Intransparenz.

3. Abwicklungsorganisationen des Alltags und Personendaten: Erforderlichkeit grundrechtlicher Inpflichtnahme?

(12) Die neuen Abwicklungsorganisationen unseres täglichen Lebens haben im Unterschied zu den alten staatlichen Organisationen der Post und der Festnetztelefonie ein eminentes kommerzielles Interesse an den ihnen vertraulich überlassenen Personendaten. Die akute Gefährdungskonstellation

tion wirft die Frage einer grundrechtlichen Schutzpflicht mit zunehmender Schärfe auf.

*4. Rentabilität von Privatsphärenverletzungen durch Massenmedien:
Erweiterung der Schutzpflichten?*

(13) Die weiter fortschreitende Kommerzialisierung des Medienbereichs gefährdet die Effektivität des rechtlichen Schutzinstrumentariums zu Gunsten der Privatsphäre. Das Zusammenspiel der einzelnen Instrumente muss in der Gesamtheit die Wirkung haben, dass der Anreiz zu ihrer Respektierung grösser ist als die Versuchung zu ihrer kalkulierten Verletzung.

3. Aussprache und Schlussworte

Grundrechtsschutz der Privatheit

Höfling: Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir steigen jetzt in die Diskussion ein. Herr Schulze-Fielitz hat vor einigen Jahren, wenn ich mich recht erinnere, die damals neu eingeführte Ampel als einen Akt der Nachhilfe für praktizierte Kollegialität bezeichnet. Wie Sie gestern gehört haben, haben wir jetzt eine neue Ampel, eine noch größere Ampel. Damit ist die Hoffnung verknüpft auf noch größere Rücksichtnahme kollegialer Art. Da es im übrigen ein Produkt einer Exzellenzuniversität ist, nämlich der RWTH Aachen, tut die das übrige dazu, dass das klappen wird, hoffe ich. Wir haben wieder versucht, die Diskussion ein wenig zu strukturieren, genauso vergeblich, vermute ich, wie in den zurückliegenden Jahren. Der Versuch ist dieses Jahr so ausgegangen: wir haben vier Blöcke. Der erste Teil und überraschend mit den meisten Meldungen bezieht sich auf die grundrechtsdogmatischen Grundfragen, die Frage der Freiheitsakzessorietät. Der zweite Block wird sich beschäftigen mit der Eingriffsdogmatik und Abwägungsproblemen, der dritte dann übergehen eher zum Schutzpflichtenkonzept; da habe wir aber auch die internationalen Beiträge eingeordnet. Und am Ende kommt ein kleinerer Block, der sich speziell mit einem Marktmodell des Schutzes von Privatheit beschäftigt. Wer sich dann am Ende doch falsch einsortiert wiedergefunden hat, den bitte ich jetzt schon einmal um Nachsicht.

Wir beginnen mit Herrn Alexy, dann Herr Volkmann und dann Herr Fehner. Bitte schön, Herr Alexy.

Alexy: Ich habe zu jedem der beiden Referate jeweils eine Frage. Zunächst zu Ihnen, Herr Nettesheim. Sie sprechen von einem freiheitsakzessorischen Neuansatz. Gibt es überhaupt irgendein Grundrecht, das nicht von Hause aus mindestens freiheitsakzessorisch ist? Das schließt einen zweiten Punkt ein. Mir ist nicht klar geworden, ob Sie ein neues Grundrecht konstruieren wollen, einen neuen Schutzbereich, oder nicht. Sie schreiben in These 32, dass es sich bei der von Ihnen entwickelten Konzeption, hier zitiere ich, „nicht um eine Ausprägung des Persönlichkeitsschutzes“ handelt. Warum soll es beim Schutz der Privatheit nicht um Persönlichkeitsschutz gehen? Wenn wir direkt auf die

Freiheit abstellen, dann können wir fast immer mit der allgemeinen Handlungsfreiheit anfangen. Der entscheidende Punkt, der Witz, ist nun, dass durch die Grundrechte auch Zustände geschützt werden. Natürlich wird der Zustand, um den es hier geht, die Unversehrtheit der Privatheit, nur um der Freiheit und der Autonomie willen geschützt. Aber bedeutet das tatsächlich, dass dieser Zweck des Grundrechts, mag man ihn als Realisierung der Selbstbestimmung oder als Schutz der Entwicklungsmöglichkeiten in der Privatsphäre beschreiben, unmittelbar in die Definition eines auf Privatheit bezogenen Schutzbereiches eingehen muss? Damit verbunden ist die Bemerkung, dass ich bislang auch die Rechte, die Zustände wie die körperliche Unversehrtheit schützen und, jedenfalls unmittelbar, keine Handlungen, immer als Freiheitsrechte eingestuft habe. Sie scheinen einen Gegensatz zwischen Rechten, die auf Zustände, und Rechten, die auf Handlungen bezogen sind, zu sehen. Das ist meine Frage, die lediglich auf begriffliche Klärungen zielt. Nun zu Herrn Diggelmann. Sie schlagen in These 10 die vermehrte Schaffung von Zonen prinzipieller Prävalenz der Privatsphäre vor. Mir geht es hier, und das betone ich, damit klar wird, worauf ich hinauswill, um den in diesem Vorschlag verwendeten Begriff der prinzipiellen Prävalenz. Zugleich aber sprachen Sie von einem bereichsspezifischen absoluten Schutz sowie von abwägungssicheren Zonen. Abwägungssichere Zonen haben nun aber, wenn man das Wort ernst nimmt, nicht nur einen bloß prinzipiellen Charakter. Dabei kann ich durchaus mit dem Prinzipiellen etwas anfangen. Vielleicht ist damit gemeint, dass grundsätzlich nicht eingegriffen werden darf. Das wäre eine Art Prima-facie-Vorrang in bestimmten Bereichen des Schutzes der Privatsphäre. Aber ich möchte doch gerne vom Konstruktiven her wissen, ob Sie tatsächlich glauben, dass es neben prinzipiell vorrangigen Bereichen der Privatsphäre absolut geschützte Bereiche oder wirklich abwägungssichere Zonen gibt.

Volkmann: Ich möchte zunächst einmal die beiden Referate loben, die mir wirklich gut gefallen haben. Beide haben sehr schön die Gefährdungen von Privatheit herausgearbeitet und versucht, Gegenstrukturen einzuziehen. Die Frage ist nur, ob das Einziehen dieser Gegenstrukturen gelingen kann, wenn man dazu zugleich auf eine freiheitsakzessorische Neubestimmung des Privaten setzt. Das ist mir im Ansatz ja durchaus sympathisch. Ich kann nur nicht recht sehen, wie es dazu passt, dass beide Referenten das Private letztlich als ein soziales und kulturell kontingentes Konstrukt herausgearbeitet haben. Man könnte das noch etwas pointieren und zugespitzt sagen, das Private ist letztlich eine Erfindung der bürgerlichen Gesellschaft. Weder die Antike noch

das Mittelalter haben es in irgendeiner Form gekannt. Der Einzelne existierte ja nur als Typus oder sonst in irgendeiner Form des Allgemeinen, aber nicht als Individuum, auf das irgendeine Privatsphäre gegenständlich bezogen werden konnte. Das ändert sich erst in der bürgerlichen Gesellschaft, die eine bestimmte Vorstellung von Privatheit ausbildet: in der Entdeckung der Möglichkeiten individueller Selbstentfaltung, in der Idealisierung der Familie als Rückzugsraum, in der Architektur der eigenen Wohnung, in der die privaten, dem eigenen Nutzen dienenden Räume wichtiger werden als die Räume, die für alle bestimmt sind. Wenn das aber so ist, stellt sich die Frage, was passiert, wenn nun jeder anfängt, das Private je für sich selbst zu definieren. Dann hört der kulturelle Konsens über das, was Privatheit ist, auf, und das Recht weiß nicht mehr, was es nun eigentlich noch schützen soll. Wenn wirklich jeder für sich selbst bestimmt, was andere von ihm wissen dürfen, und es am Ende alle anders tun, findet das Recht keinen Ansatzpunkt mehr, an dem es seine allgemeinen und objektivierenden Kriterien festmachen kann. Schon die Frage, wie schwer etwa ein Eingriff in das Private wiegt, ist dann nicht mehr sicher zu beantworten, weil auch die Schwere immer nur individuell empfunden wird. Die Frage ist deshalb, ob ein solcher freiheitsakzessorischer Ansatz durchzuhalten ist. Die Schwierigkeiten zeigen sich vor allem in den Thesen 19 und 20 von Martin Nettesheim, in denen am Ende doch versucht wird, das um die individuelle Freiheit zentrierte Verständnis des Privaten durch objektive Kriterien wieder einzufangen. In der These 20 heißt es dazu, dass der verfassungsrechtlicher Schutz dort einsetzen kann und muss, wo die Realisierung der Selbstbestimmung einer Person und ihre Einbindung in soziale Zusammenhänge tatsächlich beeinträchtigt werden. Wie wäre das festzustellen? Tatsächliche Beeinträchtigung ist wieder ein objektives Kriterium, aber es hängt unter der Gleichsetzung von Privatheit und Selbstbestimmung von jedem Einzelnen ab, wann eine solche Beeinträchtigung vorliegt. Wenn etwa jemand aus unserer Mitte plötzlich beginnen würde, seine sexuellen Vorlieben im Internet für jedermann öffentlich zugänglich zu machen, dann könnte dies, unterstelle ich einmal, seine tatsächliche Einbindung in den sozialen Zusammenhang dieser Vereinigung auf eine nicht unerhebliche Weise in Frage stellen. Es wäre aber rechtlich überhaupt kein Problem. Und genauso liegt es, wenn einzelne Bürger gegen die Beobachtung durch Google Streetview Widerspruch einlegen und sich dann in der Bild-Zeitung vor ihrem eigenen Haus mit Name und Anschrift und einem Schild abbilden lassen, auf dem steht: „Wir haben protestiert“. Was soll das Recht hier eigentlich noch schützen?

Fechner: Ich möchte mich zunächst bedanken für die anregenden Referate mit der geschickten Aufteilung zwischen den nationalen und überwiegend internationalen Aspekten der Thematik. Das Referat von Herrn Nettesheim hat mich aus medienrechtlicher Sicht besonders angesprochen. Allerdings hätte ich das „Recht auf Privatheit“ grundrechtsdogmatisch ganz klassisch als eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingeordnet. Ich wäre zudem vorsichtig, den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts schon im Vorfeld zu verengen. Das Bundesverfassungsgericht hat in Einzelentscheidungen sehr wichtige Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts herausgearbeitet, die man nicht vorschnell aufgeben sollte. Dafür sind zweifelsohne auf Schrankenenebene Verkürzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erforderlich.

Damit stellt sich für mich die Frage, was verfassungsrechtlich vorgegeben ist und was einfachgesetzlicher Regelung zugänglich ist. Einfachgesetzlich sind bisher nur ganz vereinzelt zivilrechtliche Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts normiert. Auch das Bundesverfassungsgericht und der BGH haben bisher nur Einzelfragen beantwortet. Mein Appell und meine Frage in diesem Zusammenhang lauten: Wäre nicht hier einmal der Gesetzgeber gefordert? Müsste nicht der Gesetzgeber ein umfassendes Persönlichkeitsrechtsgesetz schaffen, in dem möglichst alle Aspekte berücksichtigt sind? Ich muss dazu sagen, ich bin kein Freund von Überregulierung und zusätzlichen Gesetzen und ich weiß, dass es bereits vor über einem halben Jahrhundert einen Ansatz für eine Kodifizierung gab, der nicht erfolgreich und mit seiner pressefeindlichen Stoßrichtung nicht überzeugend war. Seither hat sich bezüglich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts viel verändert. Nicht zuletzt durch die Stärkung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und nachfolgend die Entwicklung des abgestuften Schutzkonzepts durch den BGH bestehen zahlreiche Unklarheiten, vor allem für die Medienpraxis. Hinzu kommen weitere Fragen, wie die nach einem – problematischen – „Recht auf Vergessen von Informationen“ oder die nach den Grenzen zulässiger Wiedergabe von Privathäusern im Internet.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist stark kasuistisch geprägt. Es fehlt an einer für den Rechtsanwender nachvollziehbaren Systematik. Wir sehen ja auch andere Bereiche, in denen eine Systematisierung gelungen ist. Im Rundfunkrecht hat zunächst ebenfalls das Bundesverfassungsgericht zahlreiche Vorgaben gemacht, die dann aber einfachgesetzlich im Rundfunkstaatsvertrag und in den Landesrundfunk- und Landesmediengesetzen umgesetzt worden sind. In einem Persönlichkeitsrechtsgesetz könnten die heute dargestellten Aspekte eines „Rechts

auf Privatheit“ – wie zahlreiche weitere Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – zugleich systematisch geordnet und klarer Regelung zugeführt werden. Selbstverständlich müsste eine Normierung unter sorgfältiger Berücksichtigung des Grundrechts der Medienfreiheit erfolgen. Dies ist mein Appell an den Gesetzgeber. Meine Frage an die Referenten ist, ob nicht eine generelle Herangehensweise einer verfassungsrechtlichen Einordnung des „Rechts auf Privatheit“ der sinnvolle Weg wäre. Vielen Dank.

Masing: Datenschutz schützt schon dann, wenn es noch nicht wehtut. Das irritiert – ist aber die Pointe des Datenschutzes. Wenn wir warten, bis sich die gespeicherten Daten unmittelbar in Maßnahmen niederschlagen, brauchen wir eigentlich keinen Datenschutz, sondern nur Schutz gegen die Maßnahmen.

Ich will zunächst ein Unbehagen aufgreifen, das ich verstehen kann, im Grunde aber nur an eine verbreitete Kritik anknüpft, der im Wesentlichen längst Rechnung getragen ist. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist natürlich kein Recht zur Selbstdefinition des eigenen Bildes in der Gesellschaft. Es ist oft kritisiert worden, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu sehr dem Eigentumsrecht nachkonstruiert sei. Wenn man jedenfalls die neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts liest, wird deutlich, dass ein solches Recht auf die Bestimmung des eigenen Bildes von der Rechtsprechung keineswegs anerkannt wird – und das kann es auch nicht. Denn der Umgang mit den Daten, genauer: Informationen, vollzieht sich in gegenseitiger Freiheit, und zur Freiheit gehört es selbstverständlich auch, Gegenbilder zu schaffen – Bilder, die sich in freier, vom einzelnen nicht verfügbarer Kommunikation mit anderen herstellen und ständig ändern können. Insofern stehen wir alle in der Öffentlichkeit, und der Umfang solcher Öffentlichkeit verschiebt sich. Wir sind heute öffentlicher als es Bürger zu anderen Zeiten waren, und dem müssen wir uns stellen. Solche Änderungen hängen auch von technischen Entwicklungen ab, die das Recht nur begrenzt beeinflussen kann. Insoweit neigen manche Debatten tatsächlich zu unnötiger Hysterie, wie in einem Teil der Diskussionen um Google Street View exemplarisch wird.

Allerdings ist ein großer Unterschied zu machen, und nur dieses Problemfeld betreffen die meisten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, wenn es um den staatlichen Zugriff auf Daten geht, und zwar den staatlichen Zugriff auf personenbezogene Daten – auf die allein sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt. Dabei ist auch hier im Übrigen anerkannt ist, dass nicht jede Erhebung von Daten von vornherein Grundrechtseingriff ist. Nach der Entschei-

dung zur Online-Durchsuchung etwa sind Ermittlungsmaßnahmen der Polizei, die im offenen Internet erfolgen, und zwar selbst wenn sie unter Legende erfolgen, erlaubt, ohne dass sie als Eingriff bewertet werden. Die Rechtsprechung ist insoweit durchaus differenziert. Allerdings ist es ein zentrales Element des grundrechtlichen Datenschutzes, dass bereits die Speicherung personenbezogener Daten als solche als Eingriff aufgefasst wird. Wenn wir das anders handhaben wollten, würde schon die Möglichkeit des Schutzes vor dem Umgang mit den Daten im Weiteren, würde das ganze Arsenal an Schutzmöglichkeiten vor Missbrauchsgefahren entgleiten. Ich verstehe da letztlich auch Ihre Position, Herr Nettesheim, nicht. Im zweiten Teil kommen Sie doch selbst zu dem Ergebnis, eine vorsorgliche Speicherung der Daten von Demonstrationsteilnehmern sei unzulässig, diese dürften nicht ohne Grund registriert werden. Dann aber soll die umfassende Speicherung der viel aussagekräftigeren Telekommunikationsdaten unproblematisch sein? Oder soll dies daran liegen, dass hier Private verpflichtet werden – obwohl diese die Daten dem Staat dann unmittelbar zur Verfügung stellen müssen? Das kann doch den Unterschied nicht ausmachen. Nein, ein Grundelement des Datenschutzes muss bleiben, dass bereits die Speicherung als solche ein Eingriff ist. Nur dann können wir sicherstellen, dass diese Daten nicht durch die Kombinierbarkeit mit anderen Daten, die ja eines der zentralen Probleme darstellt, freiheitsbedrohende Aussagekraft bekommen können, dass sie, einmal festgehalten, immer weiter benutzt werden, dass ihre Zweckbindung unterlaufen wird und dass durch unzureichende Datenschutz- und Sicherheitsvorkehrungen die Daten von Dritten missbraucht werden. Die einzige Möglichkeit, hier Freiheit und Schutz vor einer Verfügbarkeit unserer Daten, die anderen Macht über uns verleiht, zu gewährleisten, liegt darin, bereits die Speicherung mit Blick auf die Nutzung als Eingriff und damit als Rechtfertigungsbedürftig zu begreifen.

Ob es freilich überhaupt gelingen kann, in einer Welt, in der Daten in großem, kaum kontrollierbaren Umfang gerade auch bei Privaten gespeichert werden (und damit im Übrigen dann letztlich auch dem Staat leichter zugänglich sind), wirksamen Schutz vor dem Umgang mit solchen Daten zu gewährleisten ... – da mag man zu einem gewissen Grade pessimistisch sein. Aber wenn eines Tages tatsächlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Versenkung versinken sollte, hätten wir, da bin ich sicher, ein Stück Freiheit verloren.

Winkler: Es fällt natürlich sehr schwer, unmittelbar nach dem zuständigen Bundesverfassungsrichter noch etwas Vernünftiges zur Diskussion beizutragen. Deswegen versuche ich es vielleicht besser gleich einmal

mit einem emotionalen Ansatz. Ich habe beide Referate sehr genossen trotz deren ganz gegensätzlichen Ausrichtungen. Bei Herrn Diggelmann hat mich vor allem seine sensible Problemanalyse angesprochen. Aber ich wusste nicht so recht, ob ich das Referat rational nachvollziehen kann. Bei Herrn Nettesheim ging's mir umgekehrt. Glasklare Dogmatik, aber bei mir kam dennoch eine gewisse Unruhe auf. Ich habe mich da gefragt, denn als Wissenschaftler muss man ja versuchen, sich zu rationalisieren: woher kommt das eigentlich? Und ich kam zu dem Schluss, das ist der Romantiker in mir. Nicht nur in einem landläufigen Sinn, weil ich eben mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Datenverarbeitung aufgewachsen bin und mir deren Grundsätze irgendwie fehlen würden, sondern auch im geistesgeschichtlichen Sinn. Herr Diggelmann hat ja sehr schön die Unterschiede in der kulturellen Entwicklung zwischen Amerika und Europa herausgearbeitet. Was mir so ein bisschen bei Ihnen verloren zu gehen scheint, Herr Nettesheim, ist die Unauslotbarkeit der Person. Das mag zwar eigentlich eher am Rande des heutigen Themas liegen. Es geht gar nicht so sehr um die Privatheit. Aber wenn man die systematischen Konsequenzen bedenkt, frage ich mich doch: inwieweit dehnen Sie Ihren – wie haben Sie es genannt – freiheitsakzessorischen Ansatz auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht insgesamt aus? Es kam so ein bisschen beim Thema Genomanalyse zur Sprache. Inwieweit gibt es nach Ihrem Ansatz noch so etwas wie ein Recht auf Nichtwissen, auf ungewisse Zukunft? Muss ich mich bei Ihrem Ansatz darauf einstellen, dass vielleicht der Staat nicht nur potentiell alle möglichen Daten gesammelt hat und dann irgendwann ein Bild über mich zusammenfügt, von dem ich gar nicht weiß, dass es existiert, sondern muss ich vielleicht auch damit leben, dass mir Wissen z.B. über meine genetische Disposition aufgedrängt wird, das ich eigentlich lieber gar nicht zur Kenntnis nehmen möchte? Danke.

Gröschner: Gestern hat die Mitgliederversammlung unserer Vereinigung die Einrichtung eines Gesprächskreises „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“ beschlossen – erfreulicherweise ohne Gegenstimme. Heute nun hat Herr Nettesheim ein schönes Beispiel dogmatischer Grundlagenarbeit geliefert. Mit dem Begriff des „Gegenbildes“ dürfte er auch einen Grundbegriff zukünftiger Diskussionen um den Schutz der Privatheit geliefert haben. Dieser Begriff und die durchdachte Konzeption, aus der er entwickelt wurde, zeigen aber zugleich, dass gute Dogmatik von guter Philosophie profitieren kann. Und hier erlaube ich mir einen kurzen Hinweis in kritischer, aber konstruktiv-kritischer Absicht. Sie haben, Herr Nettesheim, Ihren Vortrag mit der Anerken-

nungsphilosophie Georg Wilhelm Friedrich Hegels begonnen, sind dann aber ohne Namensnennung Jean Paul Sartres Philosophie des beschämenden Blicks gefolgt. Dass beides philosophisch nicht zusammenpasst, beweist die für mein Verständnis – mit Verlaub – unstimmige Verwendung des Wortes staatlicher Voyeurismus bzw. des Ausdrucks „voyeuristischer Staat“ in These 13. Für den nicht-staatlichen Voyeur mag man sich an Sartre halten. Bei staatlicher Beobachtung geht es aber immer um das Generalthema unserer Tagung: den Schutzauftrag des Rechts. Und dieser Schutzauftrag beruht dogmatisch auf einem Rechtsverhältnis des Öffentlichen Rechts. Das mag man Überwachungsrechtsverhältnis nennen, darauf käme es mir aber nicht an. Philosophisch ist es ein Anerkennungsverhältnis im Sinne des § 36 der Hegelschen Grundlinien der Philosophie des Rechts („Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen“). Sartres Blickverhältnis ist weder ein Rechtsverhältnis noch ein Anerkennungsverhältnis.

Höfling: Vielen Dank, Herr Gröschner. Zum Abschluss des ersten Teils jetzt Herr Bull, und dann zum Auftakt der zweiten Diskussionsrunde Herr Pieroth und Herr Enders

Bull: Das Referat von Herrn Nettesheim war für mich, was den methodischen Ansatz betrifft, ein Befreiungsschlag. Sie haben uns befreit von der Notwendigkeit, die uns von anderen immer wieder aufgedrängt wird, nämlich bei unseren Überlegungen von den Daten als solchen auszugehen. „Meine Daten gehören mir“ – dieser schlichte Spruch soll nach Ansicht einiger sogar ins Grundgesetz eingefügt werden. Darin ist eine Vorstellung von Selbstbestimmung enthalten, die es in dieser Form nicht geben kann, ein Konstrukt, das gewiss zwar – im Sinne von Herrn Masing – Ansätze zum Schutz aller möglichen Interessen und Positionen bietet, aber keine Richtlinien inhaltlicher Art enthält und deswegen leerläuft und dazu führt, dass wir diese enorme Verrechtlichungswelle erleben, bei der alles, was irgend menschliche Äußerungsweise in Verbindung mit Personen darstellt, dem Gesetzgeber zur Regelung übertragen wird. Ich könnte Ihnen Beispiele dafür anführen, dass in der gegenwärtigen Datenschutzdiskussion geradezu groteske Konsequenzen aus dieser Konstruktion gezogen werden. Auf jeden Fall erfolgt keine Berücksichtigung von Gegeninteressen, damit ist diese Konstruktion also nicht wirklich hilfreich für die Begründung einer freiheitlichen Position des Einzelnen in der Gesellschaft. Es gibt auch – Herr Nettesheim hat auch dies mit Recht kritisiert – zu wenig empirische Grundlagen für die vielfältigen Annahmen, die mit der Idee der informationellen Selbstbestimmung verbunden sind, z.B. über die Risiken staatlicher

oder privater Eingriffe in das besagte Recht für den Einzelnen und für die Allgemeinheit. – Die Gegenposition ist seit langem bekannt. Herr Gallwas und andere haben längst darauf hingewiesen, dass der Datenschutz, genauer der Schutz der Interessen, um die es geht, von den verschiedensten Grundrechten her konstruiert werden muss: von der allgemeinen Handlungsfreiheit her, von der Berufs- und Gewerbefreiheit, von der Wissenschaftsfreiheit, von der Meinungsfreiheit her – das ist alles möglich und sollte neu durchdacht werden im Sinne von Freiheitsförderung in Bezug auf die verschiedenen spezifischen Äußerungsformen des Menschen. Die einzelnen Grundrechte schützen immer auch Informationsinteressen und -ansprüche (Informationsfreiheit!), so wie sie andererseits auch Abschottungsinteressen schützen. Die Abwägung muss konkret nach materiellen Kriterien stattfinden. Die Verabschiedung von der Sphärentheorie war daher insofern ein Irrweg, als sie die materiellen Überlegungen abgeschnitten hat zugunsten einer formal rechtstechnischen Konstruktion eben über das sog. informationelle Selbstbestimmungsrecht.

Pieroth: Ich habe eine Frage zum freiheitsrechtlichen Neuansatz von Herrn Nettesheim. Insgesamt fand ich diesen freiheitsrechtlichen Neuansatz beeindruckend. Ich würde das als eine Neukonturierung des Grundrechts bezeichnen, um eine Frage von Herrn Alexy aufzugreifen, die sich auf Schutzbereichseingriffe und verfassungsrechtliche Rechtfertigung auswirkt, eine Neukonturierung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG. Ich weiß nicht, ob ich dies mit Herrn Bull sogar als Befreiungsschlag bezeichnen würde; denn solche zunächst sehr griffigen und diesen Neuanfang kenntlich machenden Formeln wie Verbot der Erstellung und Nutzung Autonomie beeinträchtigender Gegenbilder bedürfen natürlich der weiteren Konkretisierung. Und da erweist sich erst ihre tatsächliche Überzeugungskraft. Insoweit habe ich eine Nachfrage. In der Begründung zu dieser Formel wurde in These 15 m.E. eine zutreffende Kritik an dem geübt, was Herr Nettesheim als „psychologisierende und suggestive Beschwörung des sich einstellenden Gefühls des Überwachtwerdens“ bezeichnet und was ich einordnen würde in die zunehmenden Tendenzen der Subjektivierung. In der Tat fragt sich, ob das wirklich ein überzeugendes Argument ist. Wie intensiv soll wer sich überwacht fühlen? Machen wir hier einen Grundrechtsschutz für Feiglinge und Bangebüxen? Dann aber, und das ist jetzt die Frage nach der Stimmigkeit der Konzeption, heißt es in These 22, eine rechtlich relevante Beeinträchtigung sei ohne weiteres bei Videoaufnahmen von Versammlungen anzunehmen. Wie passt die generelle Ablehnung des Einschüchterungseffekts mit seiner Heranzie-

hung in diesem konkreten Beispiel zusammen? Soll gemessen werden, wie viel Leute wie viel Angst haben? Soll darauf abgestellt werden, in welchem Umfang Freiheiten tatsächlich nicht ausgeübt werden, einerseits beim Fernbleiben von einer Demonstration, andererseits beim Nichtfahren mit dem Auto wegen automatischer Kennzeichenerfassung? Ist der Unterschied eine sublimen Berücksichtigung des Minderheitsschutzes in dem Sinne: Demonstrieren tun Wenige, Autofahren tun Viele? Oder soll man vielleicht nicht doch besser auf objektive Gefährdungslagen abstellen? Diese objektive Gefährdungslage ist dann aber bei einer Versammlung nicht geringer als beim Autofahren. Und um einen Gesichtspunkt einzubringen, den man nicht ganz weglassen sollte: Der Text des Grundgesetzes zeigt ja gerade mit dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG, dass die objektive Gefährdung bei Versammlungen als besonderes groß eingeschätzt wird.

Enders: Der Dank für die anregenden Referate wurde ja schon erstattet. Meine Wortmeldung bezieht sich auf einen Teilaspekt des Referats von Herrn Nettesheim und schließt sich gleichzeitig an die Wortmeldungen von Herrn Masing und von Herrn Pierothon an. Sie bezieht sich genauer auf die Thesen 22 und 32, nämlich zum einen die These vom Eingriffscharakter von Datenerhebungen und andererseits die These der möglichen Überflüssigkeit der informationellen Selbstbestimmung, Ihrer Schlussthese, vielleicht sollte man sagen, von der „Sterblichkeit“ dieses Grundrechts. Es ist ja so, dass im Bereich der vom Grundgesetz selbst sphärisch konzipierten Grundrechte – ich meine Art. 10, Art. 13 GG – der Eingriffscharakter einer Maßnahme sich leichter bestimmen lässt, einfach deswegen, weil sie einen gegenständlich-räumlich umrissenen Inhalt hat, einen Bezugspunkt. Es wird hier eine Sphäre beschrieben, und wenn ich in diese eindringe durch Datenerhebung, dann ist das ein Grundrechtseingriff: das Öffnen des Briefes zum Zweck der Kenntnisnahme oder das Belauschen innerhalb der Wohnung. Im Bereich der allgemeinen Persönlichkeitsentfaltung und zwar in ihrem Verhältnis zum Staat, finden wir einen solchen Ansatzpunkt nicht, das haben Sie ja auch zu Recht ausgeführt. Das müsste m. E. Konsequenzen für die Eingriffsdefinition im Bereich der informationellen Selbstbestimmung haben und zwar in der Weise, dass wir tendenziell den Eingriff sozusagen „von hinten her“ konstruieren, nämlich in der Weise, dass dann, wenn der Staat Daten erhebt, um sie später zu verwenden, sie in Verfahren einzuführen, insbesondere solche mit Sanktionscharakter, dass diese Erhebung, die dann zugleich eine Speicherung sein wird, einen Eingriff ausmacht. Aber eben auch nur diese Erhebung und zugleich Speicherung mit Verwendungsabsicht. Wenn ich den Eingriffsbegriff so eng

fasse, dann würde ich meinen, ist das informationelle Selbstbestimmungsrecht auf Dauer vielleicht doch nicht überflüssig. Dass die Einschüchterungswirkung von Datenerhebungen ein tragfähiges Kriterium bilden könnte, daran habe ich gewisse Zweifel. Vielen Dank.

Schneider, H.-P.: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren, dem Dank für die beiden schönen Referate schließe auch ich mich an, habe aber zwei Fragen an Sie beide, die die ökonomische Bedeutung von Daten betreffen. Es geht dabei um Daten als „Ware“ im Wirtschaftsverkehr. Die erste Frage bezieht sich auf ein Alltagsproblem. Wir haben ja die Einwilligung zur Erhebung und Weitergabe personenbezogener Daten, von der Sie in These 31 und 32 sprechen, durch den Widerspruch ersetzt. Sie bekommen im Grunde heute praktisch keinen Vertrag mehr, wenn Sie nicht von vornherein in die Weitergabe der Daten an alle möglichen Stellen einwilligen. Oder Sie geben der Post einen Auftrag, Post zu lagern bzw. nachzusenden: Dann unterstellt die Post nach Maßgabe ihrer „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ die Einwilligung mit der Folge, dass man ausdrücklich widersprechen muss. Wie ist die Umkehrung des Einwilligungsprinzips in ein Widerspruchsprinzip eigentlich grundrechtsdogmatisch zu verorten? Ich habe mir überlegt, ob das ein Drittwirkungsproblem oder eine Frage der Schutzpflicht ist. Ich bin mir da nicht ganz sicher. Jedenfalls ist es ein Massenproblem. Wir haben zur Kenntnis nehmen müssen, dass selbst, wenn man einen Kassenbon unterschreibt, das Kleingedruckte auf der Rückseite des Bons das Unternehmen ermächtigt, die entsprechenden Daten an eine unbestimmte Vielzahl nicht näher genannter „Stellen“ weiterzugeben. So steht es jedenfalls auf dem Beleg über die Bezahlung meiner Hotelrechnung von heute morgen. Sie haben sich zu diesem Punkt wohl noch nicht geäußert.

Eine zweite Frage: Was machen Sie eigentlich mit dem Datenmarkt? Personenbezogene Daten sind ja heute begehrte Wirtschaftsgüter. Sie werden verkauft, sie werden gekauft und sie haben einen erheblichen wirtschaftlichen Wert. Das gilt insbesondere für Adressdateien, die vielfach zu Werbezwecken missbraucht werden. Ist das ein Schutzpflichtproblem, d.h. muss der Staat hier genauso wie am Finanzmarkt auch regulierend eingreifen oder kann man das Ganze wie zurzeit dem Wildwuchs überlassen? Das sind die beiden Fragen, die ich an Sie habe. Sie beziehen sich auf die Bewältigung des Problems der mehr oder weniger unbefugten wirtschaftlichen Nutzung unbegrenzter, unregulierter Datenmassen. Im Grunde ist das ein Weitergabeproblem, aber ein Problem, dass einem eben von Unternehmen, mit denen man Verträge schließt, praktisch aufgezwungen wird. Vielen Dank.

Uerpmann-Witzack: Ich möchte nochmal erinnern an den Caroline-Fall, weil er, denke ich, einige der Problemlagen besonders deutlich macht. Der Caroline-Fall wurde ja erst vom Bundesverfassungsgericht und dann vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entschieden. Im streitigsten Teil ging es um Alltagsbilder, etwa von Caroline von Hannover beim Einkauf auf dem Markt von Saint-Rémy-de-Provence. Im Kern des Streits stand das Interesse, auch im Alltag nicht beobachtet zu werden und dass eine etwaige Beobachtung jedenfalls flüchtig bleibt. Es ging nicht darum, das eigene Bild in der Öffentlichkeit zu gestalten. Die Aufnahmen waren vorteilhaft und vollkommen unproblematisch. Es ging auch nicht und schon gar nicht um die Vermarktung des eigenen Bildes, was Caroline jedenfalls in dieser Zeit schon lange nicht mehr gemacht hat. Das heißt, es geht um das Unbeobachtetsein bzw. die Flüchtigkeit des Bildes. Ich denke, das kommt dem sehr nahe, was Sie, Herr Diggelmann, am Anfang Ihres Referates ausgearbeitet haben als Schutz vor Konformitätsdruck, eben der Schutz des abweichenden Verhaltens, des jederzeit, ja vielleicht auch willkürlich Aus-der-Rolle-fallen-Könnens im Vertrauen darauf, entweder nicht beobachtet zu werden, oder dass das Bild jedenfalls flüchtig bleibt und nicht weltweit publiziert wird. Vielen Dank.

Pitschas: Herr Nettesheim, für den Bereich des Schutzes der inneren Sicherheit haben Sie zu staatlichem Eindringen in die Privatheit in These 15 m.E. völlig zu Recht auf der Grundlage einer Kurzanalyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den letzten 10–15 Bänden dargelegt, dass in der Folge dieser Rechtsprechung das Recht auf informationelle Selbstbestimmung teleologisch immer stärker ausgebaut wird. Wichtiger noch scheint mir in dieser These Ihr Hinweis, dass es sozusagen „subjektive Befindlichkeiten“ sind, die das Bundesverfassungsgericht anstelle empirischer Härte zur Begründung seiner Rechtsposition einführt. Ihre Ausführungen gipfeln dann in der zutreffenden Feststellung, allgemein würden als Kriterien einer dogmatischen Bewältigung der Abwägungsproblematik zwischen Freiheit und Sicherheit nur rechtsstaatliche Allgemeinprinzipien zur Verfügung stehen – oder, wie Sie sagen, politische Klugheitsabwägungen.

Ich denke, das ist in der Tat der richtige Ansatz, um zu einer Neuüberlegung, von Konzeption will ich bei Ihren Überlegungen nicht sprechen, aber doch zu einer Neuüberlegung zu kommen, wie wir das Abwägungsdilemma auflösen. Nur, und da bitte ich um Nachsicht, wenn ich etwas Wasser in den Wein gieße, Sie kommen dann auch selbst nicht zu differenzierten dogmatischen Anregungen. So sprechen Sie in These 23 davon, schlicht und einfach, schlicht sicher nicht, aber ein-

fach, dass vorsorgliche Datenerhebung unzulässig sei. Das aber ist alles, was Sie auf der Basis dessen, was Sie kritisieren, dann im Rahmen Ihrer Neuüberlegungen präsentieren. Ich halte dem jedoch entgegen: Vorsorgliche Datenerhebung kann sehr nützlich und hilfreich sein, in der Praxis von dem Schleyer-Fall angefangen bis hin zur Online-Datenerhebung, bei der wir darüber nachdenken müssen, wie wir in der „Wolke“ versammelte Daten erfassen können. Insofern wäre eine kleine Aufklärung hilfreich, warum Sie in diesem Punkt zu einer wohlfeilen Vereinfachung kommen. Die Notwendigkeit, vermehrt Zonen prinzipieller Prävalenz der Privatsphäre zu schaffen ist demgegenüber bereits erwähnt worden. Das ist eigentlich ein Hinweis, der eher Skepsis hervorruft. Ansonsten bliebe aber lediglich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, um zu neuen Ufern zu gelangen.

Höfling: Vielen Dank, Herr Pitschas. Eine Spontanmeldung, bitte schön, Herr Gallwas.

Gallwas: Direkt zu Herrn Pitschas! Ich möchte mich ihm, was die geäußerte Reserve gegenüber Vorratspeicherungen angeht, ausdrücklich anschließen. Vorsorgeerhebung und Vorsorgeverarbeitung von Daten sind in der Tat nicht absolut unzulässig. Ich darf in diesem Zusammenhang auf folgendes Beispiel hinweisen. Gegenwärtig wird vielerorts die Frage so genannter Biobanken diskutiert. Um die medizinische, u.a. die epidemiologische Forschung in 20 oder 30 Jahren zu sichern, müssen wir heute Gewebe, Seren und Daten von Gesunden und Kranken sammeln, können jedoch die Verwendungszwecke für die zukünftige Forschung noch nicht mit der gebotenen Bestimmtheit festlegen. Hier geht es letztlich um einen Konflikt zwischen dem informationellen Selbstbestimmungsrecht einerseits und der Forschungsfreiheit andererseits. Möglicherweise gibt es dabei sogar eine staatliche Schutzpflicht zugunsten künftiger Forschung. Ich möchte mich deshalb mit aller Entschiedenheit dagegen wenden, Vorsorgedatenspeicherung und entsprechende Datenerhebungen als absolut unzulässig einzuschätzen. Ich danke für die Entgegennahme dieses Zwischenrufs.

Höfling: Vielen Dank, Herr Gallwas. Wir kommen jetzt zum dritten Abschnitt, den Herr Häberle eröffnen wird, dann bitte Herr Frowein und Frau Spiecker.

Häberle: Mein Beitrag besteht aus einer verfassungsvergleichenden Vorbemerkung, einer Grundsatzüberlegung zur Privatheit, insbesondere zu Google streetview als Quasi-Staat und, sofern die Zeit reicht,

einer Nachbemerkung zu den unsäglichen facebooks und twitters. Verfassungsvergleichend finden wir reiches Lernmaterial in älteren und neueren Verfassungen, nachdem die Referate vor allem gezeigt haben, wie viel bei uns die Verfassungsgerichte beim Ausbau des Privatheitsschutzes leisten. Ich denke jetzt etwa an die letzte Woche ergangene Kammerentscheidung des EGMR in Straßburg, die den Privatheitsschutz eines katholischen Organisten intensiviert und dabei das überkommene deutsche Religionsverfassungsrecht (Stichwort Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaften) relativiert (Fall Schüth). Die kürzlich verabschiedete Verfassung von Kenia zeichnet sich durch einen hochdifferenzierten Privatheitsschutz aus (Art. 31). – Nun zur Hauptfrage: der Privatheitsschutz ist heute vor allem aus der Gesellschaft und Wirtschaft heraus gefährdet. Ich nenne das Projekt Google Street View, wobei sich Google als „globaler Gigant“ fast wie ein Staat geriert. Wir müssen hier von zwei Seiten aus vorgehen, auch wenn sich dies romantisch, altmodisch und kleinbürgerlich anhört. In Stellung gebracht werden muss von der prozessualen Seite her der Parlamentsvorbehalt, der parlamentarische Gesetzgeber hat sich des Themas anzunehmen und darf sich nicht mit gnädig zugestandenen Widerspruchslösungen als Form der freiwilligen Selbstbeschränkung von Google begnügen. Bloße staatliche Appelle genügen nicht. Der Vorgarten eines Hauses, das ja die Mitte des privaten Lebensraums des Bürgers darstellt, darf nicht bei Google ständig im Netz abgebildet sein. Der materielle Ansatz muss die schon vom Parlamentarischen Rat entdeckten grundrechtlichen Schutzpflichten in Stellung bringen: der Schutzauftrag des Rechts richtet sich darauf, den Bürger in seiner Privatheit von Haus, Hof und Garten gegen Google abzuschirmen. – Die Nachbemerkung bezieht sich auf die unseligen Facebooks. Sie habe ich freilich bislang weder gesehen, noch habe ich mich dort ausgestellt. Indes bin ich über diese Entwicklung sehr unglücklich. Freilich wird hier das Selbstverständnis der Bürger zu bedenken sein. Wir wissen ja seit einer frühen Schweizer Kantonsverfassung und seit dem Lumpensammler-Urteil des BVerfG, dass das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers bei der Grundrechtsinterpretation mit relevant ist, etwa bei Art. 4, 5 und 12 GG. Ich frage mich, ob die jüngere Generation noch genügend Wert legt auf ihren eigenen Privatheitsschutz, ja ihn einfach preisgibt. Stehen wir etwa vor einem Generationenproblem? Haben sich die Kommunikationsformen und -bedürfnisse in unserer digitalen Welt geändert, im Rahmen eines zivilisatorischen Wandels? Schwindet der Privatheitsschutz in der Zukunft von dieser Seite aus?

Frowein: Im Anschluss an diese eindrucksvollen Referate möchte ich ein paar Fragen zu, wie ich mal jetzt sagen würde, harten Fällen stellen. Ich bin sehr mit Herrn Diggelmann einverstanden, dass man darüber nachdenken soll, Zonen prinzipieller Prävalenz der Privatsphäre zu erzeugen und das ist ja vom Bundesverfassungsgericht in verschiedenen Zusammenhängen, ich will jetzt mal sagen, versucht worden. Es ist erklärt worden, eine Rundumüberwachung sei unzulässig. Wenn man die eine der Entscheidungen, wo es wesentlich um die Überwachung mit so einem Peilsender im Automobil geht, liest und sich ansieht, was für Überwachungen da durch Strafverfolgungsbehörden, Polizeibehörden, Bundes- und Landesbehörden stattgefunden haben, dann fragt man sich: kann man da realistisch noch von einem Verbot der Rundumüberwachung sprechen? Weiterhin ist dort ja ausdrücklich gesagt worden, die Intimsphäre muss frei bleiben. Hier ist von polizeilicher Seite gesagt worden: das kann einfach nicht funktionieren. Bei der Art der Überwachung mit Schallmethoden ist es unmöglich, die Intimsphäre zu schützen. Welche Frage stellt uns das?

Da möchte ich hinweisen auf eine Situation, die wir zurzeit haben, wo wir offenbar alle der Meinung sind, dass Rundumüberwachung die einzige Möglichkeit ist. Das ist diejenige, in der aufgrund des, wie ich finde, völlig richtigen Straßburger Urteils zu der rückwirkend eingeführten Sicherungsverwahrung, nunmehr Leute freigelassen werden, die vor zehn Jahren in Deutschland automatisch freigelassen worden wären. Jetzt besteht aber die Auffassung, dass sie rundum überwacht werden müssen. Man kann in den Zeitungen lesen, was das kostet für den Polizeieinsatz. Ich würde gerne fragen, wie wir diese Fälle eigentlich bewältigen und ob wir uns nicht mit ihnen beschäftigen müssen.

Der Straßburger Gerichtshof hat kürzlich in einem italienischen Fall eine Verletzung von Art. 2 festgestellt, als jemand, der lebenslänglich verurteilt war wegen Mordes, als Freigänger sofort wieder zwei Leute umgebracht hat. Das sind wirklich die schwierigen Fälle. Kann man hier davon sprechen, dass man die Gefährlichkeit von Menschen so feststellen kann, denn das musste die Grundlage für die Verletzung sein, dass man hinterher den Staat dafür verantwortlich machen kann? Letzte Frage zu der schon angesprochenen vorsorglichen Datenerhebung. Kann man wirklich hier von einem allgemeinen Verbot ausgehen, (These 21 bei Herrn Nettesheim?) Wir wissen alle, dass an als gefährlich eingeschätzten Orten heute eine weitgehend umfassende Videoüberwachung erfolgt. Ich würde aber meinen: dagegen ist überhaupt kein Kraut gewachsen, auch rechtlich nicht.

Spiecker: Ich möchte drei Punkte machen, zwei kürzere und einen etwas längeren. Ich fange mit dem kürzesten an. Sie gehen beide davon aus, dass es der Autonomie des Einzelnen bedarf und dass zu deren Umsetzung Privatheit notwendig ist. Sie haben aber offen gelassen, was Sie unter Privatheit eigentlich verstehen und wie diese zu schützen ist. Insgesamt haben Sie sich beide sehr schnell auf eine Informationsprivatheit beschränkt, auch wenn Herr Nettesheim immerhin einen Ansatz in diese Richtung unternommen hat, der allerdings m.E. zu knapp ausgefallen ist. Den eigentlichen Konglomeratsschutz, den wir in Bezug auf Privatheit durch eine Vielzahl von verfassungsrechtlichen Vorschriften verankert sehen, haben Sie beide leider nicht behandelt.

Das war die kleine Bemerkung vorweg. Etwas tiefer möchte ich eingehen darauf, dass das Gesamtthema der Tagung unter dem Aspekt „Schutz“ steht. Von einem Schutzkonzept sind Sie beide ausgegangen. Ein solches wirft m.E. aber nicht nur die Frage danach auf, *was* eigentlich geschützt wird, sondern vor allem auch, *wie* effektiv geschützt werden kann. Dieser ganz grundsätzlichen Frage nach der Wirkung seiner Normen kann sich das Recht nicht entziehen. Das betrifft auch die Effektivität eines Schutzkonzepts informationeller Privatheit, das bei Ihnen beiden trotz aller Überlegungen zu staatlichen Schutzpflichten weiterhin als ein Individualrechtsschutzkonzept begriffen wird. Genau das ist aber bei den massenhaften Informationseingriffen, die wir im Moment beobachten, problematisch. Die Intensität des Gesamteingriffs ist mehr als die Summe der Einzeleingriffe. In der Verantwortung des Einzelnen liegt aber bei einem individualitätsbezogenen Schutzkonzept allein die Verteidigung gegen den individuellen Eingriff in seine individuellen Rechte. Herr Frowein hat es gerade schon angesprochen mit den statistischen Daten, deren Aussage wir dann auf den Einzelnen zurückführen. Als weiteres Beispiel mag dienen, dass die Verbindung eines Datums mit anderen Daten, die aus einem allgemeinen, einem anderen Kontext heraus gewonnen wurden, überhaupt erst zu einem neuen Datum mit Relevanz zur Privatheit des Einzelnen führen kann. Und das verweist auf ein markantes Vollzugsdefizit, das wir bereits aus anderen Rechtsgebieten kennen, dessen prinzipielle Lösung weiterhin unklar ist. Herr Diggelmann hat in seiner These 12 immerhin darauf verwiesen, dass wir mehr Transparenz und Vertraulichkeit im Umgang mit Informationen brauchen. Das ist sicherlich ein wichtiger Punkt. Gewähr von Vertraulichkeit wird dann aber allein dem Einzelnen überantwortet zur Durchsetzung gegenüber demjenigen, der dazu verpflichtet ist. Wie soll der Einzelne die Einhaltung überprüfen können? Läuft diese sicherlich richtige Forderung damit nicht letztlich ins Leere? Worauf es unter solchen Bedingungen hinausläuft, die ich hier nur kurz an-

reißen kann, sind institutionelle Ansätze. Hier müssen wir uns aber fragen, wie weit diese eigentlich reichen können. Können wir einen institutionellen Schutzansatz durchsetzen, wenn gleichzeitig das Recht auf Nichtwissen verankert ist, dass wir nicht über uns selbst alles wissen müssen, was über uns in Erfahrung zu bringen wäre?

Nun zu meinem dritten, ganz kurzen Punkt. Herr Nettesheim hat aufgefordert, andere, d.h. außerrechtliche, Einsichten heranzuziehen, insb. ökonomische. Als Hauptkonzept bietet die Ökonomie an – und das wird auch praktiziert – die Zuweisung von Verfügungsrechten. Es wäre also ein Eigentumsschutz an Daten, an Privatheit zu etablieren. Wir kennen das schon lange, und zwar in einem ganz exklusiven Bereich, nämlich im Urheberrecht. Dort gehen wir dann aber auch mit einem Konzept der institutionellen Durchsetzung von Masseninteressen vor, nämlich der VG WORT. Dann bleibt die Frage, ob wir das eigentlich wirklich wollen. Wollen wir eine VG INFO, die für uns alle den Preis unserer Informationen bestimmt, jährlich die Umsätze auf dem Markt abschöpft und dann dem Einzelnen seinen Anteil zuweist? Auch da erreichen wir wieder ein Vollzugsdefizit und damit die Frage, wo die Grenze dessen erreicht ist, was Autonomie letztlich ausmacht, nämlich Selbstbestimmung über das, was ich möchte und was nicht – unabhängig davon, was die Majorität möchte oder nicht möchte. Schutz von Privatheit ist immer auch Minderheitenschutz, in der zu beobachtenden modernen Selbst-Entblößung allemal. Herr Diggelmann hat es sehr schön den Druck zur Konformität genannt, dem sich die Grundrechtsdogmatik widersetzen muss. Vielen Dank.

Gas: Wir haben das gerade gehört über das Caroline-Urteil. Wenn also eine Person des öffentlichen Lebens ihr Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit filtern kann, dann kann sie es doch auch mitgestalten. Ich würde daher etwas kritischer als Herr Uerpmann sagen, dass der Caroline-Entscheidung des EGMR zumindest die Gefahr eines Rechts auf Hofberichterstattung innewohnt. Jetzt hat allerdings Herr Masing eben gerade noch mal gesagt, Privatheit bedeutet ja gerade nicht, dass man das Bild in der Öffentlichkeit selbst gestalten kann. Vor diesem Hintergrund war ich bei Ihnen, Herr Nettesheim, allerdings am Anfang doch etwas irritiert von dem Begriff des Gegenbildes und würde da vielleicht um eine Präzisierung bitten oder sie anregen. Ein Gegenbild, da frage ich mich, wo ist eigentlich das „Gegen“, wogegen richtet sich dieses Gegenbild. Das evoziert bei mir so eine Vorstellung, dass es zu dem Gegenbild ein Bild geben muss. Und Ihr Gegenbild und die Vergegenbildlichung, da ist ja etwas, was in der Öffentlichkeit wirkt und da muss dann für mich das Bild auch etwas sein, was es in der Öffentlichkeit

gibt. Das heißt, das Bild des Gegenbildes hat bei mir den Eindruck erweckt, man hat hier irgendwie ein Recht, sich gegen dieses Gegenbild zu wehren und daher auch spiegelbildlich sein eigenes Bild in der Öffentlichkeit eben doch zu bestimmen. Ich war dann insbesondere bei den Thesen 19 und 25 allerdings wieder etwas beruhigt, denn das scheint gar nicht die Essenz Ihres Vortrages zu sein. Sie sagen in diesen Thesen ja sehr deutlich, dass es diesen Anspruch oder dieses schützenswerte Recht auf ein Bild in der Öffentlichkeit nicht gibt. Ich möchte aber vor diesem Hintergrund, dem ich sehr zustimme, vielleicht anregen, darüber nachzudenken, ob man nicht statt von einem Gegenbild mangels eines Gegenbegriffs von einem Bild oder einer Verbildlichung oder einem Öffentlichkeitsbild sprechen sollte. Herzlichen Dank.

Murswiek: Herr Nettesheim, Sie haben die staatliche Schutzpflicht gegen private Datenerhebungen und Datenverwendungen ziemlich heruntergespielt und in These 28 gesagt, dass es Teil der unternehmerischen und bürgerlichen Freiheit sei, im öffentlichen Raum Daten zu erheben, mit denen sich Informationen über die Lebensführung anderer bilden lassen. In der These ist nur von Datenerhebung die Rede, die Kapitelüberschrift spricht auch von Datennutzung. Erhebung geschieht ja in der Regel zur Nutzung. Ist mein Eindruck, dass Sie in dieser These 28 den Begriff der Privatheit mit einem eng verstandenen Begriff von Privatsphäre gleichsetzen, als ob Privatheit nur dort bestehe, wo man sich in den eigenen vier Wänden befindet. Sie haben gesagt, wenn Caroline im öffentlichen Park spazieren geht, dann muss sie in Kauf nehmen, dass sie dort beobachtet wird. Das ist vom Ansatz her, scheint mir, richtig. Wer sich in einem öffentlichen Raum bewegt, der nimmt selbstverständlich in Kauf, dass andere ihn sehen und betrachten. Aber mir scheint doch ein Aspekt wichtig zu sein, den Sie hier nicht ansprechen, den Herr Uerpmann in seinem Diskussionsbeitrag aber zu Recht betont hat: Die Unausweichlichkeit, im öffentlichen Raum zur Kenntnis genommen zu werden, der Beobachtung anderer ausgesetzt zu sein, das ist doch etwas, was auch eine zeitliche Dimension hat. Wenn ich mich in diesen öffentlichen Raum begeben, dann bin ich für diesen flüchtigen Moment den Blicken der Öffentlichkeit ausgesetzt. In dem Moment, wo mich jemand fotografiert, ist der Moment verstetigt worden, unter Umständen für sehr lange Zeiträume. Und wenn das Foto ins Internet gestellt wird und dann abrufbar ist, dann hat diese Öffentlichkeit eine ganz andere Dimension erreicht. Meine Frage ist also: Muss man hier nicht unterscheiden zwischen dem flüchtigen Moment in der Öffentlichkeit und der Verstetigung durch Publikation und das für einen unbegrenzten Zeitraum. Sie sprechen dann davon, dass es einen Anspruch auf „Ver-

gessen“ von Informationen nicht geben kann. Sie sagen ausdrücklich, dass diese zeitliche Dimension auch keinem Schutz unterliegt. Ich erinnere an das Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das aus einer Zeit stammt, als es noch kein Internet gab. Da hat das Bundesverfassungsgericht gesagt, wer ein Verbrechen begangen hat, der hat einen Anspruch auf Resozialisierung und daraus folgend, dass seine Täterrolle in der Rückbesinnung der Massenmedien auf die Tat „vergesen“ wird. Der Täter darf nicht mehr namentlich genannt werden. Ist das, was Sie uns hier jetzt vortragen, eine Kapitulation vor der Realität des Internets?

Gersdorf: Herr Nettesheim, ich teile viele Ihrer Thesen. Aber mit einer These oder besser Metapher habe ich so meine Probleme. Sie sprechen von der Kultur des Voyeurismus in der modernen Informationsgesellschaft. Dieser Begriff scheint mir zu despektierlich zu sein. Ihm haftet etwas Negatives an und bildet m.E. die Heterogenität der Motivlage einer Preisgabe von Privatem im Netz und damit den Leitgedanken, das Leitprinzip des Internets nicht hinreichend ab. Mit dem Internet verbindet man die Hoffnung, vielleicht sogar die Erwartung, dass der Staat transparenter, öffentlicher werden soll, dass die Gesellschaft transparenter, öffentlicher werden soll, also etwa Unternehmen und gesellschaftliche Organisationen. Das ist gemeinhin konsentiert. Was aber gilt für das Individuum? Sollte sich nicht auch der Einzelne mehr öffnen und transparenter werden? Wir können feststellen, dass die Menschen ein ganz unterschiedliches Schutzbedürfnis haben. Empirische Untersuchungen zeigen, dass beispielsweise ältere Menschen deutlich mehr Wert legen auf Privatheit auch in der Kommunikation. Junge Leute legen erheblich weniger Wert darauf. Aber, lieber Herr Häberle, das betrifft nicht nur junge Leute. Wenn man mit Mitgliedern der gesetzgebenden Körperschaften ernsthaft kommunizieren möchte, dann sollte man bei Facebook sein. Und viele Parlamentarier offenbaren das, was wir vor 10, 20 Jahren für heilig gehalten hätten, für im Prinzip schutzwürdig und der Dispositionsbefugnis des Einzelnen schon fast entzogen. Die Gesellschaft wird offener. Viele beteiligen sich an der Kommunikation ganz bewusst, öffnen sich im Interesse einer offenen Kommunikation und auch im wohlverstandenen Eigeninteresse, denn sie wissen eines: Wenn man im Netz keine Information über eine Person findet, dann kann die Person nicht besonders bedeutsam sein. Ich möchte darum bitten, hier nicht von Voyeurismus zu sprechen. Der Wunsch nach Öffentlichkeit auch in privaten Zusammenhängen ist ein ganz ernstes Anliegen unserer Informationsgesellschaft, das der Staat auch bei der Regulierung sehr wohl berücksichtigen muss. Ich komme

zum letzten Punkt, zum Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlicher Autonomie und den Schutzpflichten des Staates. Es hat mir sehr gut gefallen, Herr Nettesheim, dass Sie insoweit zunächst das Verantwortungsprinzip in Erinnerung rufen. Der Einzelne entscheidet freiwillig darüber, welche Daten er im Netz freigibt und der Staat ist nicht berechtigt, dies zu erschweren oder gar zu sanktionieren. Nur dann, wenn es strukturelle Disparitäten gibt, ist der Staat kraft seiner ihm obliegenden grundrechtlichen Schutzpflicht zur Intervention berechtigt, vielleicht sogar verpflichtet. Aber eben nur dann. Nur, und das hat mir nicht gefallen, der Arbeitnehmerdatenschutz ist ein gutes Beispiel für Disparität. Wenn etwa Lidl und andere Unternehmen Arbeitnehmerdatenerheben und verwerten, ist der Schutzauftrag des Staates manifest. Sie haben sehr viele schöne Leitflanken dann in These 31 genannt. Ich möchte noch eine Leitflanke hinzufügen, die in der aktuellen Diskussion von herausragender Bedeutung ist: der Kinder- und Jugendschutz. Autonomie ist richtig und wichtig, aber findet Grenzen bei Kindern und Jugendlichen. Hier ist es Aufgabe des Staates, sich schützend und fördernd vor die Heranwachsenden zu stellen, und diese Flanke gehört m.E. zwingend in Leitthese 31.

Kloepfer: Zunächst eine Vorbemerkung. Ich würde doch vorsichtiger gegenüber Bestrebungen sein, die Grundidee des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung mal so eben zu beseitigen. Ich glaube, dass dies jedenfalls mit der Sicht der Verfassung als einer gewachsenen Ordnung nur schwer vereinbar ist. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung war sicherlich eine in der Rechtswissenschaft ausgedachte und dann vom Bundesverfassungsgericht übernommene Hilfskonstruktion, um mit diesem Grundproblem des verfassungsrechtlichen Individualschutzes in der modernen Informationsgesellschaft fertig zu werden. Seitdem haben sich ja mehr als zwei Jahrzehnte weiterer Rechtsentwicklung noch angeknüpft. Heute kann man sich fragen, ob es nicht sinnvoller wäre, nach diesen Erfahrungen mit dieser Hilfskonstruktion nun endlich zu einem echten Grundrecht auf Datenschutz zu kommen. Grundrechtsschutz in einem Mehrebenensystem heißt ja auch, die Frage zu stellen, warum haben wir eigentlich in vielen Bundesländern heute das Grundrecht auf Datenschutz verankert, warum gibt es eine solche Garantie im europäischen Recht? Ist es nicht sinnvoll, aus den Gewährleistungen eines Grundrechts auf Datenschutz auf anderen Rechtsebenen eine entsprechende Konsequenz für das Grundgesetz zu ziehen?

Nun zur Hauptbemerkung. Der Schutzauftrag des Rechts ist uns vom Vorstand aufgegeben, und ich möchte noch etwas weiter fragen,

warum heißt das hier „Recht“ und nicht nur Öffentliches Recht? Der Vorstand wird sich dabei etwas gedacht haben, dass keine Begrenzung auf das Öffentliche Recht erfolgte. Dies führt unmittelbar zu meiner Frage. Wie stellt sich eigentlich die instrumentelle Zuordnung der verschiedenen Rechtsgebiete für einen vernünftigen Schutz des Privaten dar? Was kann das Arbeitsrecht, das Sozialrecht, aber vor allen Dingen das Sicherheits-, Polizei- und Datenschutzrecht dabei leisten? Und die schönste Frage ist dabei, wie verhält sich das Verfassungsrecht zu diesen Teilrechtsordnungen mit ihren unterschiedlichen Schutzkonzeptionen. Das Verfassungsrecht stellt ja heute sozusagen eine Art Oberdach dar, das sich über die verschiedenen Rechtsgebiete wölbt und von dem steuernde und begrenzende Einflüsse auf die verschiedenen Rechtsgebiete ausgehen. In besonderer Weise wird uns dies noch einmal bei der diesjährigen Tagung beschäftigen im Hinblick auf das Privatrecht und zwar beim Regulierungsrecht. Was ist eigentlich vernünftigerweise dem Privatrecht zu überlassen, was dem öffentlichen Recht? Das bedarf noch grundsätzlicher Überlegungen. Ist es nicht sinnvoll, zunächst einmal zwischen Privaten einen Ausgleich, also eine privatrechtliche Lösung, zu suchen? Dann ist zu fragen: Wo funktioniert das nicht? Es funktioniert z.B. nicht bei sehr ungleichen Machtverhältnissen, z.B. häufig bei Konflikten zwischen Massenmedien und Individuen. Beim Datenschutzrecht kann man ja darüber streiten, ob es sinnvoll ist, dass der gegen Private gerichtete Datenschutz im Bundesdatenschutzgesetz mit enthalten ist. Es stellt sich also insgesamt die Frage, inwieweit reicht das Privatrecht aus und wo muss unbedingt Öffentliches Recht sein. Dies führt dann zu der Schlussfrage, wie verhält sich das Verfassungsrecht zum Schutz durch verschiedene Teilrechtsordnungen. Das Verfassungsrecht wölbt sich ja nicht nur über das Öffentliche Recht, sondern über die Rechtsordnung insgesamt. Der verfassungsrechtlich geforderte Schutz des Einzelnen kann also durch verschiedene Teilrechtsordnungen mit unterschiedlichen Strategien und Instrumenten eingelöst werden.

Höfling: Vielen Dank, Herr Kloepfer. Wir kommen jetzt zu den drei Schlussdiskutanten, das sind Herr Dörr, Herr Kotzur und schließlich Herr Engel.

Dörr: Angesichts der vielen Diskussionsbeiträge, die zu dem Problem, das auch ich ansprechen will, schon vorgetragen wurden, kann ich mich ganz kurz fassen. Herr Nettesheim, Sie haben ja eine Neukonzeption vorgestellt, die sich auch bei den Schutzpflichten aus meiner Sicht ganz erheblich auswirkt. Und Sie haben dabei auch die Rechtsprechung des

Bundesverfassungsgerichts einer kritischen Analyse unterzogen und haben dabei vor allem auch das Caroline-Urteil des Bundesverfassungsgerichts angesprochen. Ihre Kritik ist ganz anders als die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der ja dem Bundesverfassungsgericht vorgehalten hat, tendenziell die Privatheit im Sinne eines Privatsphärenschutzes zu wenig geschützt zu haben. Ihre Kritik ist grundsätzlicher Art. Sie halten die Herangehensweise für falsch, weil es in Wahrheit um ein Marktverhältnis gehe. Das wirkt sich bei Ihren Vorschlägen, wie man die Schutzpflicht künftig gestalten soll, ganz erheblich aus. In Ihrer letzten These gehen Sie so weit, dass Sie sagen, man kann von einem Privatsphärenschutz Abstand nehmen, man kann ihn aufgeben, weil Sie das ganz ökonomisch lösen wollen, wenn ich das richtig verstehe, jedenfalls unter Berücksichtigung der ökonomischen Analyse und der Marktverhältnisse. Ich stimme mit Herrn Uerpmann überein, dass gerade Caroline dafür ein ganz schlechtes Beispiel ist, weil es Caroline nicht um die Verfügungsrechte über die Bilder ging, sondern es ging darum, dass sie in bestimmten Situationen nicht fotografiert werden soll, nicht fotografiert werden will, dass die Bilder nicht öffentlich gemacht werden sollen. Und ich stimme mit Dietrich Murswiek überein, dass dies, wenn man bei differenzierter Betrachtung die Situation analysiert, sehr wohl ein Eingriff in die Privatheit ist. Ich komme also zu dem Ergebnis und ich schließe mich hier Herrn Diggelmann an, der ganz am Schluss durchaus Kritik an einer zu starken Ökonomisierung der Privatheit oder der damit zusammenhängenden Rechte gewarnt hat, dass man doch an der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts festhalten sollte. Daher kann ich Ihren Weg, so interessant er ist, nicht mitgehen. Vielen Dank.

Kotzur: Ich habe eine theoretische und eine praktische Nachfrage zum Marktmodell, für das sich Herr Nettesheim stark gemacht und mit dem sich auch Herr Diggelmann kritisch auseinandersetzt hat. Ich glaube, dieses Modell hat einen doppelten Reiz. Einmal wird es der Tatsache gerecht – Herr Schneider hat es angesprochen –, dass viele der Daten, über die wir sprechen, einen hohen Marktwert haben und dass ein hohes Interesse an deren Monetarisierbarkeit besteht. Und es hat einen zweiten Reiz, nämlich die Idee, dass auch durch Marktmechanismen Interessen geschützt werden können, nicht nur durch Verbotsregelungen und Ähnliches. Meine theoretische Nachfrage: Das Marktmodell erweckt allerdings auch noch andere Assoziationen. Ein Markt hat Beteiligte, ein Markt hat eigene Rationalitäten und eigene Verhaltenserwartungen. Zum Markt suchen potentielle Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer Zugang. Könnte Ihr Marktmodell oder soll Ihr

Marktmodell vielleicht auch dahin führen, dass letztendlich das gesamte Konzept des Privatheitsschutzes sich vielleicht doch auch substantiell verändern könnte? Verändern dahingehend, dass die Relativierungen zwischen privatem und öffentlichem Bereich, die wir vielfach haben anklingen hören, sich noch intensivieren, weil zu einem globalen „Informationsmarkt“ nun noch viel mehr potentielle Teilnehmer Zugang suchen, um persönliche Daten und damit auch ein Stück ihrer Privatheit zu veröffentlichen, vielleicht sogar finanziell nutzbar zu machen? Wenn die Grenzen, die Grauzonen noch stärker verschwimmen, hielten Sie das für eine Stärke oder eine Schwäche des Marktmodells? Daran schließt sich eine ganz praktische Nachfrage an, Frau Spiecker hat das Problem schon angesprochen. Wenn wir über einen Markt sprechen, dann auch über Mechanismen, ihn zu organisieren. Auch mir wäre hier eine Verwertungsgesellschaft à la VG WORT eingefallen, eine „VG INFO“. So könnten die Betroffenen etwa an den Gewinnen von „Google Streetview“ partizipieren. Ein weiteres Beispiel: Ich habe neulich einen Fernsehbericht gesehen, dem zufolge die Kfz-Meldestellen bereitwillig Daten über Autokäufe usw. preisgeben, weil dann die Autohäuser besser planen können, ob in der Nachbarschaft nun ein Mercedes oder ein Smart verkauft wird. Auch das könnte für die Frage der Monetarisierbarkeit interessant sein. Soweit meine zweite Nachfrage. Erlauben Sie noch eine ganz „boshaft“-provozierende Bemerkung, nachdem schon so viel über Facebook und die damit verbundenen kulturellen Wandlungsprozesse die Rede war. „Cogito ergo sum“ war gestern; „I do Facebook, therefore I am“ ist heute. Danke schön.

Höfling: Vielen Dank. Christoph Engel hat jetzt das Schlusswort, bitte schön.

Engel: Eine scheinbar ganz weit hergeholte Parallele wirft, glaube ich, hilfreiches Licht auf den Kern unseres Problems. Die Immunbiologen versuchen, deutlich zu machen, warum es den Organismen so schwer fällt, sich gegen Erreger zu schützen. Erstens weiß der Organismus vorher nicht, welcher Erreger kommen wird und was der vorhat. Zweitens weiß er ganz genau, dass dieser Erreger alle Lücken, die der Organismus gelassen haben könnte, in strategischer Absicht missbrauchen wird. Ich glaube, wir haben genau solch ein immunbiologisches Problem vor uns. Vorher weiß derjenige, dessen Daten erhoben werden oder der seine Daten freigibt, nicht, ob der Staat oder irgendein Privater das später in aggressiver Absicht nutzen wird. Er weiß aber, dass diejenigen, die das versuchen werden, dabei so boshaft wie möglich sein werden.

Die Frage ist, ob die Rechtsordnung vor diesem Problem kapitulieren muss. Herr Diggelmann hat ein bisschen so geklungen, als er gesagt hat, man muss das Verhältnismäßigkeitsprinzip aufgeben, weil man gar nicht mehr abwägen kann. Denn man weiß ja, wenn ich recht habe mit meiner Konzeptualisierung, kategorial nicht, welcher Schutzbedarf besteht. Ich glaube, da haben Sie zu früh aufgegeben. Denn wenn man wenigstens grobe Vorstellungen über die Klasse der Gefahren hat, dann kann man umstellen von dem konkret benennbaren Schutzgut auf eine statistische Betrachtung. Man kann das konkrete Schutzgut durch Häufigkeitsverteilungen ersetzen. Wenn man selbst das nicht mehr weiß, kann man es durch Verteilungen über Verteilungen ersetzen. Nun werden Sie einwenden, diesen Ausweg hätte ich mir mit meinen einleitenden Bemerkungen selbst verbaut. Denn ich hatte ja gesagt, der eigentliche Kern des Problems ist die Unbestimmbarkeit der Angriffe. Und die statistischen Verfahren setzen alle voraus, dass ich wenigstens noch über den Problemraum Bescheid weiß. Wenn ich den auch nicht mehr erkenne, dann versagen sie. Was bleibt dann noch? Ich glaube, wir Juristen sind darauf sehr gut vorbereitet. Dann bleibt das Vorsorgeprinzip, das uns dann genügt, wenn wir wenigstens plausible Szenarien zeichnen können über die Klasse der Gefahren, die drohen könnten.

Bleibt zum Schluss die Leitfrage unserer gesamten Tagung. Wie kann der Staat in solch einem Kontext seinen Schutzauftrag wahrnehmen? Oft genug wird die klassische Antwort richtig sein. Der Staat soll bestimmte Eingriffe verbieten, er soll die Erhebung oder die Nutzung bestimmter Daten durch bestimmte Datenerheber unzulässig machen. Ich glaube aber nicht, dass das genügt, das Gesamtproblem zu bewältigen. Ich glaube sogar, dass diese Intervention immer weniger wichtig sein wird. Im Kern muss es darauf ankommen, dass wir dem privaten Organismus die Kraft geben, sich selber zu wehren. Und bei der Hilfe zur Selbsthilfe sind die Märkte typischerweise tatsächlich kraftvoller als jegliche staatliche Organisation. Das Virenbeispiel ist nicht ganz zufällig. Denn das plastischste Beispiel für wirksamen Schutz gegen die Art von Gefahren, die ich eingangs beschrieben habe, ist der Virens scanner. Virens scanner schützen deshalb so wirksam vor Computerviren, weil Unternehmen im Wettbewerb dafür sorgen, dass die Nutzer den bestmöglichen Schutz erhalten. Der Schutzauftrag des Staates besteht darin, solche Sicherungen jedenfalls nicht zu verhindern, wenn nicht sogar zu erleichtern, dass sie entstehen.

Höfling: Vielen Dank. Die eigentlichen Schlussworte haben natürlich die Referenten. Ich darf Herrn Diggelmann vielleicht als Ersten bitten.

Diggelmann: Zunächst zu Herrn Winkler. Es freut mich natürlich, dass ich den Romantiker in Ihnen ansprechen konnte.

Herr Alexy, Herr Pitschas, Herr Frowein und Herr Engel, Sie haben das wichtige Problem der erodierenden Begrenzungswirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aufgenommen. Ich räume ein, dass Sie in diesem Punkt bei mir nicht auf eine abschließend gebildete Meinung treffen. Diese Frage hat mich sehr beschäftigt, und ich bin hier letztlich schwankend geblieben. Herr Alexy hat mich einer gewissen sprachlichen Inpräzision überführt, die diese Unsicherheit spiegelt. Meine im Vortrag vertretene Position ist vor allem ein Versuch, dem Umstand entgegenzuwirken, dass man zwar immer die Bedeutung der Privatsphäre im Grundsätzlichen betont, im Abwägungsprozess dann aber sehr schnell – wohl zu schnell – bereit ist, die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen zu bejahen. Das Begrenzungsinstrumentarium greift hier nicht richtig.

Zu Herrn Volkmann: Sie haben gesagt, Privatheit sei eine bürgerliche Schöpfung. Das ist im Grundsatz natürlich richtig: Die spezifische Konzeption von Privatheit, wie wir sie heute kennen, ist in ihren Grundelementen ein wichtiges Element der bürgerlichen Gesellschaft. Das Phänomen der Privatsphäre ist allerdings älter. Der Schutz des Hauses im Besonderen ist viel älter als die liberale Gesellschaft, und er hat in verschiedenen Kulturen auch religiöse Bedeutung.

Zu Herrn Uerpmann: Ich denke, Sie haben mit Blick auf den Caroline-Fall etwas sehr Wichtiges gesagt. Es geht hier um das Problem des Zugriffs auf das Private, nicht um ein Gegenbild-Problem, um in Herrn Nettesheims Diktion zu bleiben. Wir sollten diese Aspekte auf jeden Fall auseinanderhalten. Zugriff auf das Private und Kontrolle des öffentlich gemachten Privaten betreffen unterschiedliche Aspekte des Problems.

Zu Frau Spiecker: Sie haben das Problem angesprochen, dass man riesige Schwierigkeiten hat, Privatheit nur annäherungsweise zu definieren. In der Tat: Definitionsversuche sind letztlich fast immer – wenn sie ambitiös sind – seitenlange Beschreibungen einer heterogenen Praxis, die sich kaum auf einen einfachen Nenner bringen lässt. Ich bin dennoch der Meinung, dass es einen klar benennbaren Kernbereich gibt: die physisch abgegrenzte und abgrenzbare Vertraulichkeitszone, in die man – per analogiam – die vertrauliche Kommunikation einschließen kann. Dazu kommen, je nach Verfassungskultur, weitere Elemente oder Schichten. Ich habe das Spektrum dieses variablen Bereichs mit dem Vergleich zwischen Europa und den USA darzulegen versucht. Die Kulturprägung ist vor allem beim Schutz der „öffentlichen Privatheit“ sehr stark, was nicht erstaunt.

Zum Schluss möchte ich noch etwas zu Herrn Nettesheim sagen. Ich gehe einig mit Ihnen, dass das Ziel nicht die Kontrolle des Gegenbildes sein kann, das ginge sicher zu weit. Sie haben dieses Problem meiner Meinung nach sehr anschaulich herausgearbeitet, ebenso die Maxime, dass erwachsene Menschen für die Folgen ihres Handelns einstehen müssen. Für mich stellt sich aber dennoch die Frage, wie man das Problem des Ausgeliefertseins etwa gegenüber hoch aggressiven Medien oder profithungrigen Unternehmen in den Griff bekommt. Die Medienentwicklung – aber auch die Technikentwicklung und die Wissensentwicklung – haben den Druck auf das Private meiner Meinung nach enorm verstärkt. Ich stehe unter dem Eindruck, dass es blauäugig ist, hier nur auf die Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen zu verweisen. Die Rahmenbedingungen von Privatheit, die Möglichkeiten der Selbstbestimmung im privat-persönlichen Bereich haben sich sehr stark verändert. Ich denke, wir kommen nicht darum herum, die Balance neu zu verhandeln. Dabei scheint mir eine stärkere Inpflichtnahme der gesellschaftlichen Akteure unvermeidlich.

Nettesheim: Sehr verehrter Herr Vorsitzender, sehr verehrte, liebe Kolleginnen und Kollegen. Ich würde Ihnen allen Unrecht tun, wenn ich in den wenigen Minuten, die mir nunmehr zur Verfügung stehen, versuche, auf 21 Wortbeiträge sachgerecht und angemessen einzugehen. Ihre Überlegungen haben mich nachdenklich gemacht – ich werde sie in ihrer Vielfalt und ihrem Reichtum bei der weiteren Beschäftigung mit dem Thema mit großem Gewinn verwerten.

Erlauben Sie mir, mich auf wenige Punkte zu beschränken. Sie, verehrter Herr Masing, haben vom Wert des Freiheitsschutzes gesprochen. Darin liegen wir nicht auseinander. Ich sehe es allerdings noch nicht schon als Freiheitsgewinn an, dass das BVerfG überhaupt über eine Frage judiziert. Das in Deutschland wenig beachtete „counter-majorian problem“ zwingt mich hier zu Skepsis. Ich sehe es auch nicht als Freiheitsgewinn an, wenn das BVerfG – ich habe versucht, dies darzulegen – eine eh’ schon in ihrer Kohärenz problematische Rechtsposition so überdehnt, dass sie nunmehr auf tatsächliche und vermeintliche Gefährdungssituationen schon dann anwendbar ist, wenn, wie Sie sagen, noch nicht einmal ein „Wehtun“ festzustellen ist. Ich sehe die Rolle des BVerfG als Rechtswissenschaftler nicht darin, eine Art besserer Politik zu formulieren oder den Weg in die Zukunft zu weisen – auch wenn ich Ihnen als Staatsbürger zustimme, dass das BVerfG diese Rolle überwiegend gut und mit wichtigem Anstoß für den politischen Prozess spielt. Wir diskutieren hier nicht als Staatsbürger, sondern als Verfassungsjuristen, und da ist nicht alles, das gut ist, auch richtig. Ver-

fassungsrechtlicher Schutz hat dem politischen Prozess Grenzen zu setzen. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung verfügen Sie nicht über eine Rechtsposition, die nach Telos, Zielrichtung und Gehalt aus sich heraus Aussagen dazu ermöglichte, wo im Bereich der Informationsbildung und –verwertung die Grenze zwischen politischer Entscheidung und verfassungsrechtlich geschütztem, politisch unverhandelbarem Bereich verläuft. Dieses Recht ist nicht mehr als ein Sprungbrett, um Schutzvorkehrungen zu entwickeln, ohne dass allerdings eine stringente Rückführung auf Individualrechtsgüter möglich wäre. Denn einen Selbstbestimmungsanspruch, der jedenfalls *prima facie* wirklich eine umfassende Kontrolle über die informationelle Selbstdarstellung ermöglichte (und damit in der Konsequenz idealiter auch die vollständige Beherrschung der sozialen Umwelt ermöglichte) erkennt, wenn ich es richtig sehe, niemand an, und er wäre auch verfassungstheoretisch ein Unding. Es ging mir in diesem Vortrag letztlich darum, eine angemessene Ordnung und Verschränkung der Rollen von BVerfG und politischem Prozess im Bereich der Privatheit zu formulieren. Man mochte in den siebziger Jahren wirklich der Auffassung sein, dass jede Datensammlung auf einem Mainframe-Computer eine Gefahr darstelle, und *hierauf* ein informationelles Selbstbestimmungsrecht erstrecken. In einer Zeit, in der in jedem Personal Computer, Mobiltelefon und Navigationsgerät leistungsfähigere Speicherkapazitäten, Rechnerleistungen und Datenerhebungsinstrumente (insbesondere Kameras) stecken als in den damaligen Computern, kann die immer neue und immer weitere Fortschreibung und Ausdehnung dieses Anspruchs nur in der Aporie enden. Man mag dies für bedauerlich halten oder nicht: Es ist jedenfalls meine tiefe Überzeugung, dass es weder in der Fähigkeit des Verfassungsrechts noch in der Aufgabenstellung des BVerfG liegt, diesen – kulturellen – Wandlungsprozess aufzuhalten. Es muss um die Begleitung und Hegung gehen. Sie wird nur dann gelingen, wenn nicht unspezifisch von „Gefährdungssituationen“, „Einschüchterungseffekten“ etc. geredet wird, sondern die Gefährdungssituation herausgearbeitet wird, die in dem Wandlungsprozess zu bewältigen ist. Sie liegt meiner tiefen Überzeugung zufolge nicht in der Datenerhebung, sondern in der Entstehung unkontrollierbarer (und damit letztlich: autonomiezerstörender) Gegenbilder. Das Bild, das uns über die Zeit, Herr Murswiek, entgegengehalten wird, dass unsere Selbstbestimmung, unser autonomes Leben in Zukunft determiniert und so beeinträchtigt: Hier muss das Verfassungsrecht ansetzen.

Die verschiedenen Dimensionen des Wandels sind bislang nur in Ansätzen und schemenartigen Konturen erkennbar. Herr Gersdorf hat wichtige positive Aspekte hervorgehoben. Der Strukturwandel des Öff-

fentlichen wird in der Tat viel zu wenig aus einer Perspektive behandelt, die hier nicht nur Verfallserscheinungen erblicken will. Wer aus der Sicht der Privatheit den abfälligen und polemischen Begriff des Voyeurismus wählt, wird sich nicht der Feststellung verschließen, dass der gleiche Prozess aus anderer Perspektive Gewinne hervorbringen kann. In der Tat verbinden sich mit den neuen und so ungleich reicheren Formen der Datenerhebung, Informationsbildung und Kommunikation vielfältige Chancen. Leider hat mir die verfügbare Zeit nicht die Möglichkeit gegeben, auf die Frage einzugehen, wie sich die beschriebenen Wandlungen auf die Sphäre der politischen Öffentlichkeit auswirken; anders ausgedrückt: wie sich die Veränderungen im Bereich des Privaten in jenen von Markt und Öffentlichkeit hinein schieben und dort insbesondere im demokratischen Leben ganz neue Chancen, aber auch neue Herausforderungen stellen.

Ich möchte schließlich – vielleicht noch deutlicher als im Vortrag – hervorheben, dass man die beschriebenen Wandlungsprozesse nicht mit einem „persönlichkeitsrechtlichen Ansatz“ einfangen und sinnvoll begleiten kann. Insofern schlage ich, Herr Alexy, in der Tat die Einführung einer neuen Rechtsposition vor, die an die Stelle des informationellen Selbstbestimmungsrechts tritt. Es ist dies keine Rechtsposition, die eigentumsähnlich ein umfassendes Verfügungsrecht suggeriert. Es ist dies auch kein Freiheitsrecht – denn das Schutzgut ist nicht unmittelbar Freiheit, so wenig, wie dies etwa für Art. 2 Abs. 2 GG gilt. Es ist vielmehr ein Anspruch, mit dem in der sozialen Umwelt bestimmte Verhaltensweisen untersagt werden können. Als Unterlassungsanspruch richtet sich der Anspruch gegen den Staat, als Schutzanspruch verlangt er, allerdings in begrenztem Rahmen, staatliches Eingreifen gegenüber Dritten. Sein Schutzgegenstand und Bezugspunkt ist unmittelbar menschliches Verhalten im jeweiligen sozialen Umfeld. Allerdings sind Gegenstand und Bezugspunkt, und das ist die Pointe des Ganzen, nicht unter Berufung auf irgendein Bild von „Persönlichkeit“ zu entwickeln. Ich habe in der Vorbereitung dieses Vortrags den Versuch unternommen, sorgfältig zu rekonstruieren, was von Verfassung wegen als zu schützende „Persönlichkeit“ anzusehen ist. Wenn ich die Befunde ordnen sollte, würde ich mich schwer tun. Vielfach wird die Formulierung von „Persönlichkeit“ nur als Leerstelle verwandt, an die dann mehr oder weniger konkrete Aussagen über die Schutzbedürftigkeit bestimmter Interessen angehängt werden. Häufig werden mit dem Begriff aber auch kulturelle Anschauungen darüber verknüpft, welche Elemente ein „gutes Leben“ in der Bundesrepublik Deutschland umfassen soll. In einer nunmehr dreißigjährigen Entwicklung ist es jedenfalls nicht gelungen, dem Begriff verfassungsrechtlich klare Konturen zu

verleihen. Ich vermute, dass es im Verfassungsstaat eben nicht jene einheitliche oder auch nur typische „Verfassungspersönlichkeit“ des Menschen gibt, die jenseits aller Pluralität und Freiheit als Grundlage für konkrete Schlussfolgerungen darüber herangezogen werden könnte, wie viel Ehrenschatz oder Privatheit ein Mensch wirklich von Verfassung wegen (und über den politischen Prozess hinaus) benötigt. Es war heute nicht meine Aufgabe, mich mit diesem Problem zu befassen – es sei allerdings die Vermutung hier geäußert, dass der Versuch, „Persönlichkeit“ zur Grundlage verfassungsrechtlicher Ableitungen zu machen, im freiheitlichen Verfassungsstaat an strukturellen und nicht zu überkommenden Defiziten leidet.

Ich schlage stattdessen vor, den Schutz der Privatheit mit Blick darauf zu formulieren, wie *autonomes Leben* unter der Geltung der neuen Gegebenheiten einer voyeuristischen Kultur noch gewährleistet werden kann. Ich nenne dies eine „freiheitsakzessorische Konzeption“ und lehne mich dabei an Anregungen aus der verfassungsrechtlichen Literatur an. Dabei liegt es mir wirklich sehr am Herzen, darauf hinzuweisen, dass es hier nicht um einen reinen negatorischen Freiheitsbegriff gehen kann. Es gehört zu den grundlegenden Bestandteilen unserer Vorstellung von autonomen Leben, dass der Mensch im öffentlichen Raum nicht dem Belieben anderer unterworfen ist. Politik und Verfassung haben sicherzustellen, dass hier keine Gegebenheiten entstehen, die dem Menschen die Chance des selbstbestimmten, über die eigene Selbstdarstellung verfügenden Auftritts nehmen. Die erforderliche Aufgabe der Grenzziehung lässt sich nicht quasi-mathematisch bewältigen, sie ist ihrerseits wieder vom kulturellen Vorverständnis und einem bestimmten Menschenbild abhängig. Herr Häberle und Herr Volkmann haben hierauf hingewiesen. Dass sich der Kontext ihrer Beantwortung so schnell ändert, macht die Suche nach Antworten auch nicht leichter. Ich meine aber, dass die Richter des BVerfG hervorragend berufen sind, hier den Versuch der Formulierung von Antworten zu unternehmen – wohl wissend, dass dem politischen Prozess hinreichende Entscheidungsspielräume eröffnet bleiben müssen, und immer berücksichtigend, dass dort, wo eine Herausforderung alle berührt, politische Antworten grundsätzlich grundrechtlichen Deduktionen vorzuziehen sind. Die Wissenschaft kann hierbei wertvolle Vor- und Begleitarbeit leisten. Ich habe mich gefreut, dass Herr Pieroth in Reaktion auf meine Überlegungen den Versuch unternommen hat, derartige Überlegungen im Kontext von Art. 8 GG anzustellen. Ich will diese Anstöße mit Blick auf eine andere Frage fortführen: Mir scheint es auch längerem Nachdenken ein Irrweg zu sein, jemandem, der über die Autobahn fährt, einen grundrechtlichen Anspruch auf Abwehr von Kameras einzuräu-

men. Hierüber hat der Gesetzgeber zu entscheiden, und wir, als Bürger, haben dies demokratisch zu billigen oder zu sanktionieren. An diesen Beispielen wird letztlich deutlich, dass das Verfassungsrecht gerade in dem von mir behandelten Bereich in vielen Diskutanten eben nicht als Rahmenordnung begriffen wird, sondern als Füllhorn, aus dem das jeweils Gute und Richtige ausgeschüttet werden soll. Der Gesetzgeber kann das, was aus dem Füllhorn fällt, noch konkretisieren, ist aber insofern nicht mehr als Diener des Verfassungsgerichts.

Schließlich ist mir aufgefallen, das wende ich jetzt nochmals gegen die entsprechenden Diskussionsbeiträge, wie wenig wir doch über Marktmodelle, überhaupt über die Marktgängigkeit von Information im Privatheitsbereich nachdenken. Auch in dieser Diskussion ist die Problematik, die der Caroline-Entscheidung zugrunde lag, nochmals so rekonstruiert worden, als ob es ein verwertbares Recht am eigenen Bild, und damit einen entsprechenden Markt, überhaupt nicht gäbe. Ich meine, dass die verfassungsrechtliche Problemlösung an Tiefe und Gehalt gewänne, wenn man nicht sofort in Abwägungen zwischen verschiedenen Grundrechten einträte, sondern sorgfältiger auf dem einfachen Gesetzesrecht aufbaute. Ich meine weiter, dass es gerade für die hier diskutierten Probleme von Gewinn sein könnte, wenn sich BVerfG und Dogmatik von der schlichten Alternative zwischen Verbot und Erlaubnis lösen würden und immer auch fragten, ob sich nicht autonomes Leben im Bereich der Selbstdarstellung so verwirklichen lässt, dass handelbare Rechte begründet werden. Ich habe hierauf in meinem Vortrag hingewiesen und freue mich, dass diese Überlegungen von einigen Kollegen aufgegriffen und fortgeführt wurden.

Ich darf Ihnen ganz herzlich für die Anregungen danken, mit denen Sie mich in Ihren Beiträgen und Reaktionen beschenkt haben. Es war der Auftrag unseres verehrten Vorstands, nicht einen „Bericht“ abzuliefern, sondern ein thesenartiges Referat zu halten. Ich würde mich freuen, wenn ich auf Ihr Interesse gestoßen wäre, und darf nochmals meinem Dank Ausdruck verleihen.

Höfling: Ja, meine Damen und Herren, Frau Baer hat in ihren einleitenden Worten von der Gefahr gesprochen, dass Tagungsteilnehmer hier in Berlin schon mal verloren gehen und dann in Bars verschwinden. Jedenfalls war keiner von Ihnen heute bereit, im Rotlichtbereich der Ampel weiterzureden. Für diese Disziplin danke ich sehr. Das hat auch dazu geführt, dass wir ganz pünktlich fertig werden. Der allergrößte Dank gilt natürlich nochmals für spannende und spannungsreiche Referate Ihnen, lieber Herr Nettesheim und Ihnen, lieber Herr Diggelmann.

Zweiter Beratungsgegenstand:

**Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit
im Gesundheitswesen**

1. Referat von Professor Dr. *Joachim Lege*, Greifswald

Inhalt

	Seite
I. Vorüberlegungen	114
1. Knappheit und Gerechtigkeit	114
2. Krankheit und Gesundheit	114
3. Das sogenannte Gesundheitswesen	116
II. Der Befund: Verteilungskämpfe im „Gesundheitswesen“ . .	117
1. Die „Gesundheitsgüter“	117
a) Leistungen zur Krankenbehandlung	117
aa) Ärztliche Behandlung (ambulant und stationär) .	117
bb) Arzneimittel, Heil- und Hilfsmittel	119
cc) Sonstige Leistungen	119
b) Krankengeld und sonstige Geldleistungen	119
2. Die Finanzierung	120
a) Privat Versicherte/PKV	121
b) Gesetzlich „Versicherte“/GKV	121
c) Steuerzahler/Staat	123
3. Die Verteilungsmechanismen	124
a) Der Sektor der PKV: Marktmodell (iustitia commutativa)	124
b) Der Sektor der GKV: Zuteilungsmodell (iustitia distributiva)	124
aa) Letzt- und Zwischenanbieter, Letzt- und Zwischennachfrager	125
bb) Insbesondere: Der Gesundheitsfonds	126
cc) Die Verteilung in den einzelnen Leistungssektoren	127
dd) Zum Abschluss: Der Gemeinsame Bundes- ausschuss	130
4. Das Umfeld	131

III. Diagnose: Ein System kleiner Ungerechtigkeiten	132
1. Das Nebeneinander von PKV und GKV	132
2. Abkoppelung der Verteilungs- von der Erwirtschaftungs- gerechtigkeit	134
3. Hin- und Herschieben von Knappheitsproblemen	136
4. Ungerechte Prinzipien	137
IV. Therapie: Mehr Recht (iustitia legalis)!	138
1. Sozialstaatsprinzip i.V.m. Gleichheitssatz	139
a) Das Soziale unter Gleichen/Ungleichen: Solidarität und Fürsorge	139
b) Folgerungen für das Gesundheitswesen	140
2. Freiheitsrechte contra Kungelei	144
a) Neue Aufgaben für die negative Vereinigungsfreiheit	144
b) Europäisches Recht contra PKV-Privileg	146
3. Klare Regeln, klare Kompetenzen	147
4. Verhinderung von Missbrauch	148
V. Schlussbemerkung	148

I. Vorüberlegungen

1. Knappheit und Gerechtigkeit

Zuallererst müssen wir uns vergegenwärtigen: Knappheit und Gerechtigkeit sind nicht von Natur gegeben. Bei der Gerechtigkeit leuchtet dies unmittelbar ein: Dass man über die gerechte Lösung eines Falles lange streiten kann, und zwar mit guten Gründen, ist für Juristen alltägliche Erfahrung. Alltägliche Erfahrung ist zudem, dass eben deshalb nach einiger Zeit entschieden werden muss – mit der Folge, dass für eine der beiden Seiten das Recht, das gesprochen oder gesetzt wird, ungerecht erscheint. „Gerechtigkeit“ heißt also: Das positive Recht könnte auch anders sein, ohne deshalb schon ungerecht zu sein. Ein großer deutscher Philosoph hat Gerechtigkeit deshalb als „Kontingenzformel“ bezeichnet.¹

Weniger deutlich liegt auf der Hand, dass auch „Knappheit“ eine Kontingenzformel ist, d.h. eine Bezeichnung dafür, dass alles anders sein könnte. Man kann dies am besten an der Zeit veranschaulichen: Unsere Lebenszeit ist *endlich*. Aber „endlich“ ist nicht gleich „knapp“. *Knapp* wird Zeit erst dann, wenn sie zum Gegenstand von Entscheidungen wird, sei es, weil andere uns unsere Zeit stehlen wollen, sei es, weil wir selbst zu viele konkurrierende Wünsche haben. Parallel dazu zeigt sich im Bereich der Wirtschaft, also dort, wo es um die Produktion und Verteilung von Gütern geht: Knappheit ist das Schlüsselwort dafür, dass alles anders sein könnte, ja *sollte*.² Ich fasse zusammen in

These 1: Knappheit und Gerechtigkeit sind Kurzformeln dafür, dass die Verteilung von Gütern unvollkommen ist, genauer: dass sie unserem Wunsch nach einer besseren Welt widerspricht.

2. Krankheit und Gesundheit

In gewisser Weise sind auch die Begriffe „Gesundheit“ und „Krankheit“ Kontingenzformeln. Vor allem aber sind es Relationsbegriffe, die sich gegenseitig definieren. Nach der Definition der Weltgesundheitsorganisation (WHO) ist Gesundheit der „Zustand vollständigen körper-

¹ N. Luhmann Das Recht der Gesellschaft, 1993, 214ff.

² Auch Knappheit ist, maW, ein normativer Begriff, vgl. N. Luhmann Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, 65: „Das Bezugsproblem der Wirtschaft ist (...) das soziale Problem des gegenwärtigen Leidens an der Knappheit, die andere verursachen.“ Und dazu in der Fußnote: „Dies, wohlgemerkt, hat zwei Seiten: (1) die anderen eignen sich etwas an, was man selbst haben möchte; und (2) die anderen arbeiten nicht genug.“

lichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens“, und Krankheit ist offenbar dessen Gefährdung.³ Demgegenüber definiert das Bundessozialgericht: Krankheit i.S.d. § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V sei „ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat“⁴. „Krankheit“ gleich „regelwidrig“ – also ist Gesundheit offenbar die Regel. Nach WHO-Definition hingegen erscheint Gesundheit als Ausnahme: Wann ist man schon *vollständig* körperlich, geistig und sozial glücklich?

Ich glaube, man sollte daraus im Hinblick auf das Recht drei Konsequenzen ziehen. Erstens: Gesundheit ist primär ein privates Gut. Es gibt, Stichwort Kontingenzformel, verschiedene Möglichkeiten, sich wohl zu fühlen, und insofern darf jeder gern nach Vollkommenheit streben.⁵ Zweitens: Gesundheit als *öffentliches* Gut – früher sagte man Volksgesundheit⁶ – kann nicht heißen, dass der Staat jedem das subjektive Maximum an Wohlbefinden beschaffen müsste. Vielmehr kann der Staat sich einigermaßen objektiv nur am negativen Wert orientieren, er muss daher lediglich die nötige Vorsorge⁷ gegen Krankheit gewährleisten, um seiner grundrechtlichen Schutzpflicht⁸ zu genügen. Allerdings ist drittens zuzugestehen: Was Krankheit und was die nötige Vorsorge gegen Krankheit sind, ist relativ – ebenso wie Armut.⁹ Man vergleicht sich mit anderen, denen es besser geht, und fühlt sich dann eben arm oder krank oder unterversorgt.¹⁰ – Ich halte fest als

³ „Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity“ (<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>).

⁴ BSGE 35, 10 (12) – Kieferorthopädische Behandlung (U. v. 20. 10. 1972) –. Das Gericht fährt fort: „Als regelwidrig hat der Senat einen Körperzustand beurteilt, der von der durch das Leitbild des gesunden Menschen geprägten Norm abweicht. Der seinerseits nicht leicht zu umschreibende Begriff der „Gesundheit“ ist dabei für die Rechtspraxis ausreichend mit dem Zustand gleichzusetzen, der dem Einzelnen die Ausübung der körperlichen Funktionen ermöglicht.“

⁵ ... vergleichbar dem *pursuit of happiness* der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung vom 4. 7. 1776.

⁶ U. Steiner Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, MedR 2003, 1 ff.

⁷ Vgl. § 12 Abs. 1 SGB V: notwendige Versorgung; s. auch § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V.

⁸ BVerfGE 115, 25 (44f.) – Bioresonanztherapie (U. v. 6. 12. 2005, deshalb sog. Nikolausbeschluss) –; näher dazu unten bei und in Fn. 176.

⁹ Zum absoluten und relativen Armutsbegriff etwa W. Hanesch Armut, in: D. Kreft/I. Mielenz (Hrsg.), Wörterbuch Soziale Arbeit, 5. Aufl. 2005, 99 (99); J. Boeckh Einkommen und soziale Ausgrenzung, in: E.-U. Huster/J. Boeckh/H. Mogge-Grotjahn (Hrsg.) Handbuch Armut und soziale Ausgrenzung, 2008, 282 (288).

¹⁰ In einem gesunden Staat sollten freilich die Armen und die Kranken die Ausnahme sein, vgl. Platon Politeia (Der Staat), 555d-556e.

These 2: Gesundheit ist primär nicht ein öffentliches, sondern ein privates Gut. Was Krankheit und die nötige Vorsorge gegen Krankheit sind, ist relativ – ebenso wie Armut.

3. Das sogenannte Gesundheitswesen

Was ist das Gesundheitswesen?¹¹ Das „Gesundheitswesen“ ist zunächst einmal ein großer Haufen Geld. In Deutschland wurden im Jahr 2008 für medizinische Leistungen 263,3 Mrd. Euro ausgegeben¹², das ist fast genauso viel wie der Haushalt des Bundes im selben Zeitraum (283,2 Mrd. Euro¹³). Große Haufen Geldes führen nun verbreitet zu dem Wunsch, sich davon seinen Teil zu sichern – und vielleicht auch noch ein bisschen mehr. Es wird immer auch unverschämte Patienten geben, auch profitgierige Ärzte, auch korrupte Funktionäre – immer Trittbrettfahrer, Wunderheiler, Ausbeuter, Vordränger – kurz: immer die üblichen Schurken,¹⁴ uns selbst bei passender Gelegenheit eingeschlossen. Nicht zuletzt gegen sie sollte, um an unser Gesamtthema zu erinnern, das Recht schützen.

Ich möchte im Folgenden zunächst untersuchen, wo es im deutschen Gesundheitswesen Knappheit und, daraus folgend, Verteilungskämpfe gibt. Ich will danach behaupten, dass sich aus der Art dieser Kämpfe auf ein ungerechtes, wenn man will: krankes System schließen lässt. Schließlich will ich als Therapie vorschlagen, sich künftig mehr auf das Recht als auf die Gerechtigkeit zu konzentrieren.

¹¹ Auf den Bildschirmen der (bundesrepublikanischen) Staatsrechtslehre erscheint es jedenfalls noch nicht lange, so etwa im „Handbuch des Staatsrechts“ erst seit P. Axer Gesundheitswesen, in: HStR ³2006, § 95; s. aber schon L. von Stein Das Gesundheitswesen, 1867 (das damals auch die gesundheitsrelevanten Teile des Baupolizeirechts, Lebensmittelrechts, Gewerberechts usw. umfasste).

¹² Süddeutsche Zeitung vom 7. 4. 2010, 19. – Bundesministerium für Gesundheit Daten des Gesundheitswesens 2010 (<http://www.bmg.bund.de>), dort die Daten zu 2008 unter Gliederungspunkt 9.1; Statistisches Bundesamt Deutschland Gesundheitsausgaben 2006–2008 (<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Tabellen/Content50/Ausgabentraeger,templateId=renderPrint.psm>). – Allerdings *nota bene*: In diesen 263,2 Mrd. Euro sind *auch* die Leistungen der sozialen und privaten Pflegeversicherung enthalten, ferner Leistungen der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung, der Arbeitgeber, der öffentlichen Haushalte und privater Haushalte. Die Summe der Ausgaben von gesetzlicher und privater Krankenversicherung gemeinsam – also die Summe, deren Erwirtschaftung und Verteilung im Folgenden hauptsächlich diskutiert wird – betrug daher „nur“ 176,4 Mrd. Euro.

¹³ Gesetz vom 22. 12. 2007 (BGBl. I 3227).

¹⁴ Zu den „Kostenschurken“ Steiner Volksgesundheit (Fn. 6), 6.

II. Der Befund: Verteilungskämpfe im „Gesundheitswesen“

Was den Befund angeht, beginne ich sogleich mit

These 3: Das Gesundheitswesen ist kein einheitliches Gebilde, es gliedert sich sowohl auf der Leistungsseite als auch auf der Finanzierungsseite in Sektoren. Gegenwärtig ist das Gesundheitswesen gekennzeichnet durch eine Fülle von Verteilungskämpfen an den Sektorengrenzen.

1. Die „Gesundheitsgüter“

Die Sektoren des Gesundheitswesens werden auf der Leistungsseite durch das bestimmt, was zu verteilen ist – man mag es „Gesundheitsgüter“ nennen.¹⁵ Im Wesentlichen¹⁶ handelt es sich um Leistungen zur Krankenbehandlung – sie machen rund 95 Prozent der Ausgaben aus¹⁷ – und um Krankengeld.

a) Leistungen zur Krankenbehandlung

aa) Ärztliche Behandlung (ambulant und stationär)

Den wichtigsten Sektor und auch finanziell den größten Teil der Leistungen zur Krankenbehandlung stellen die ärztlichen – einschließlich zahnärztlichen – Behandlungen dar. Merkwürdigerweise werden sie im deutschen Gesundheitswesen sehr unterschiedlich geregelt je nachdem,

¹⁵ Zum folgenden *M. Fuchs/U. Preis* Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2009, insb. § 20; *R. Waltermann* Sozialrecht, 8. Aufl. 2009, insb. § 8 III. – Zur Terminologie: Im Sozialversicherungsrecht spricht man bei den Gesundheitsgütern vom „Leistungsrecht“, während das, was im Folgenden unter II 3 behandelt wird – also die Verteilungsmechanismen – als „Leistungserbringungsrecht“ bezeichnet wird.

¹⁶ Eine Leistung des Gesundheitswesens ist in Deutschland auch der *Schwangerschaftsabbruch* (§ 24b SGB V; in den USA konnte dies bei der jüngsten Gesundheitsreform nicht durchgesetzt werden). – Nicht Krankenbehandlung im eigentlichen Sinn ist nach der Rspr. des BSG die *künstliche Befruchtung* (*Fuchs/Preis* [Fn. 15], § 20 III 1 mwN): Hier werden die Kosten von den privaten Krankenversicherungen idR vollständig getragen, von den gesetzlichen Krankenversicherungen nur zur Hälfte (§ 27a Abs. 3 S. 3 SGB V).

¹⁷ *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 12), Punkt 9.6A zu den Leistungsausgaben insgesamt in Deutschland: Im Jahr 2008 wurden davon für Krankengeld 4,4 % aufgewendet, der Rest also für Gesundheitsleistungen (und dabei für die Krankenhäuser 34,9 %; für ambulante ärztliche Behandlung 24,4 %, davon zahnärztlich 7,2 %; für Arzneimittel 19,3 %). – Siehe ferner Punkt 9.5A allein zur GKV: Dort flossen im Jahr 2008 von insgesamt 150,9 Mrd. Euro Leistungsausgaben in Sachleistungen 143,8 Mrd., in Barleistungen wie Krankengeld 7,1 Mrd. Euro, d. s. 4,7 Prozent.

ob die Leistung ambulant¹⁸ durch niedergelassene Ärzte erbracht wird (§§ 28, 29 SGB V)¹⁹ oder aber stationär²⁰ im Krankenhaus (§ 39 SGB V)^{21, 22} Dies betrifft vor allem die Abrechnung,²³ so dass es sehr streitig werden kann, ob die Leistung stationär oder ambulant erbracht wurde – Faustregel: Intensivstation ist immer stationär.²⁴

Symptomatisch erscheint, dass es in Deutschland derzeit Ärztemangel gibt, dass also die wichtigste Ressource des Gesundheitswesens knapp zu werden droht. Dies betrifft vor allem die sog. Landärzte,²⁵ es fehlen aber auch 5000 Krankenhausärzte.²⁶ Angesichts der nach wie vor hohen Produktion von Medizinern ist dieser Mangel wohl nur durch Gerechtigkeitsdefizite zu erklären.

¹⁸ Sehr instruktiv *M. Schuler-Harms* Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der ambulante Sektor, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.) *Regulierungsrecht*, 2010, § 15.

¹⁹ Dazu im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 2 und 3; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 178 f.

²⁰ Sehr instruktiv *A. Hense* Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der stationäre Sektor, in: M. Fehling/M. Ruffert (Fn. 18), § 16.

²¹ Dazu im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 6; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 182.

²² In die ambulante ärztliche Versorgung flossen 2008 (nur) 40,2 Mrd., in die Krankenhäuser 66,7 Mrd. Euro, s. *Statistisches Bundesamt* Gesundheitsausgaben 2008 (<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Aktuell,templateId=renderPrint.psml>).

²³ Siehe unten II 3 b cc.

²⁴ Instruktiv BSG SGB 2007, 687 – Verbringung in die Intensivstation für 10 Stunden (U. v. 28. 2. 2007) – m. zust. Anm. *K. Meyerhoff*: (voll-)stationäre Behandlung.

²⁵ Bundesgesundheitsminister *Philipp Rösler* hatte deshalb 2010 an eine „Landarztquote“ für Medizinstudenten gedacht, also daran, ein gewisses Kontingent an Studienplätzen an solche Studenten zu vergeben, die sich dazu verpflichten, nach dem Studium eine Weile als Landarzt zu arbeiten (*Rösler* war Stabsarzt bei der Bundeswehr), vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 8. 4. 2010, 1 und 9; s. zuletzt auch vom 22. 10. 2010, N 5, zum Versuch, die Symptome des Landärztemangels zu beheben. – Dem Ärztemangel auf dem Land korrespondiert allerdings eine Überversorgung in Ballungsgebieten, s. *A. Neubacher* Mangel im Überfluss, *spiegel-online* v. 31. 3. 2008 (<http://www.spiegel.de/spiegel/0,1518,544416,00.html>), ferner *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 29. 4. 2010, 12. – Offizielle Studie im Auftrag der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung: *Th. Kopetsch* Dem deutschen Gesundheitswesen gehen die Ärzte aus!, 5. Aufl. 2010 (<http://www.aerzteblatt.de/v4/plus/download.asp?typ=PDF&id=6100>).

²⁶ *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 7. 4. 2010, N 1; vom 5. 5. 2010, N 5; s. dort auch den Hinweis, Deutschland nehme, was den Personalschlüssel der Kliniken angeht, unter allen großen Industrienationen den letzten Platz ein.

bb) Arzneimittel, Heil- und Hilfsmittel

Einen besonders umstrittenen Sektor bilden Arznei- und Verbandsmittel (§ 31 SGB V).²⁷ In diesen Sektor flossen 2008 43,2 Mrd. Euro, davon in die Apotheken 38,5 Mrd. Euro; zum Vergleich: die Arztpraxen liegen mit 40,2 Mrd. Euro dazwischen.²⁸ – Heilmittel und Hilfsmittel (§§ 32, 33 SGB V)²⁹ können wir vernachlässigen – auch wenn sie im Einzelfall *sehr* teuer sein können.

cc) Sonstige Leistungen

Zu vernachlässigen sind auch sonstige Leistungen wie Vorsorgeuntersuchungen³⁰ (§§ 20 ff., 25 f. SGB V) oder Krankentransporte (§ 60 SGB V).³¹

b) Krankengeld und sonstige Geldleistungen

Aufschlussreich ist das Krankengeld, also Zahlung von Lohnersatz im Krankheitsfall. Krankengeld hat nur noch geringe Bedeutung,³² seit

²⁷ Dazu im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 4; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 180. – Der Anteil der Verbandsmittel an der Gesamtsumme ist anscheinend so gering, dass er nirgends gesondert ausgewiesen wird.

²⁸ Siehe *Statistisches Bundesamt* (Fn. 22).

²⁹ Dazu im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 5; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 180. – Sehhilfen (Brillen, Kontaktlinsen) gehören bei Erwachsenen grundsätzlich nicht mehr zum Leistungskatalog der GKV (§ 33 Abs. 2 bis 4 SGB V). Grund: Die Versicherten hatten statt des medizinisch Notwendigen ohnehin stets viel teurere Brillen gekauft, s. *J. Kruse/A. Hänlein* (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch V*, 3. Aufl. 2009, § 33 Rn. 61.

³⁰ Insofern ist die Tendenz allerdings steigend, so *Statistisches Bundesamt* (Fn. 22).

³¹ Weitere Leistungen: Häusliche Krankenpflege (§ 37 SGB V); Soziotherapie (§ 37a SGB V); spezialisierte ambulante Palliativversorgung (§ 37b SGB V); Haushaltshilfe (§ 38 SGB V); Hospizleistungen (§ 39a SGB V); Leistungen zur Rehabilitation (§§ 40–43); nichtärztliche sozialpädiatrische Leistungen (§ 43a SGB V); schließlich Leistungen vor und bei Schwangerschaft und Mutterschaft, geregelt nach wie vor *nicht* im SGB V, sondern in §§ 195–200 RVO (zu den Gründen *Fuchs/Preis* [Fn. 15], § 20 III 7). – Hinzugekommen sind als neue Behandlungsformen (dazu *Fuchs/Preis* [Fn. 15], § 20 IV): strukturierte Behandlungsprogramme bei chronischen Krankheiten (§§ 137f, 137g SGB V – sehr sinnvoll), hausarztzentrierte Versorgung (§ 73b SGB V – weniger sinnvoll, s. u. bei Fn. 116); besondere ambulante ärztliche Versorgung (§ 73c SGB V); Modellvorhaben (§§ 63–65 SGB V); integrierte Versorgung (§§ 140a–140d SGB V).

³² Die seit drei Jahren wieder steigende Bedeutung ist u. a. auf den Anstieg von – in der Regel langwierigen – psychischen Erkrankungen zurückzuführen, vgl. *faz.net.de* vom 26. 7. 2010.

das Lohnfortzahlungsgesetz von 1969³³ die Arbeitgeber für sechs Wochen unmittelbar zur Lohnfortzahlung verpflichtet hat. Allerdings können besonders schutzbedürftige Arbeitgeber, nämlich kleine Betriebe mit bis zu 30 Mitarbeitern, sich 80 Prozent der Lohnfortzahlung von den Krankenkassen zurückholen – geregelt ist dies im Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG)³⁴. Das BVerfG hat darüber hinaus veranlasst, dass Lohnleistungen bei Mutterschaft sogar *allen* Arbeitgebern erstattet werden müssen – andernfalls würden Frauen bei der Einstellung in größere Betriebe benachteiligt.³⁵

Ich denke, hier zeigen sich gewisse Grundprinzipien (oder genauer: Maximen³⁶), mit denen Verteilungskonflikte im Gesundheitswesen gelöst werden. Erstens: Man versucht Probleme dadurch zu lösen, dass man Geld von einer Kasse in die andere schiebt. Zweitens: Bei der Verteilung gibt es Privilegien – hier zunächst das Privileg kleiner Betriebe, das dann noch übertrumpft wird durch den Frauenförderungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG. Ein drittes Verteilungsprinzip zeigt sich schließlich an einer weiteren Geldleistung³⁷ des Gesundheitswesens: Das Sterbegeld, d.h. ein Zuschuss zu den Bestattungskosten, ist seit 2004 ersatzlos fortgefallen.³⁸ Man streicht gern dort, wo am wenigsten Widerstand zu erwarten ist.

2. Die Finanzierung

Auch im Bereich der Finanzierung gibt es im Wesentlichen zwei Sektoren. Der gesetzlichen Krankenversicherung, im Folgenden GKV, gehören rund 88 Prozent der Bevölkerung an,³⁹ und zwar überwiegend

³³ Vom 27. 7. 1969 (BGBl. I 946); mittlerweile abgelöst durch das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) vom 26. 5. 1994 (BGBl. I 1014, 1065).

³⁴ Vom 22. 12. 2005 (BGBl. I 3686).

³⁵ BVerfGE 109, 64 (89) – Mutterschutzgesetz/Lohnfortzahlungsgesetz (B. v. 18. 11. 2003) –, also noch zur alten Gesetzeslage.

³⁶ Mit dem Terminus „Prinzip“ sind hier also nicht Prinzipien als OptimierungsgGebote gemeint (*R. Alexy* Theorie der Grundrechte, 1985, 2. Aufl. 1994, 75 f.), sondern die praktischen Regeln oder Grundsätze, nach denen die Subjekte handeln (*I. Kant* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, 52 Anm.).

³⁷ Weitere Geldleistungen: Kinderpflegekrankengeld (§ 45 SGB V); Mutterschaftsgeld (§ 200 RVO); schließlich der im Text schon genannte Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen bei Lohnfortzahlung gemäß AAG.

³⁸ *Fuchs/Preis* (Fn. 15), 351.

³⁹ Zahlen für 2008: Gesamtbevölkerung 82,0 Mio. (vgl. *Statistisches Bundesamt* <http://www.destatis.de>); Versicherte in der GKV insgesamt: 70,2 Mio. (d. s. 87,5 Prozent), siehe *Bundesministerium für Gesundheit* Gesetzliche Krankenversicherung –

zwangsweise. Privat versichern lassen – mit in der Regel besseren Leistungen – dürfen sich nur die oberen rund zehn Prozent der Bevölkerung,⁴⁰ diejenigen, die – um an unser Tagungsthema zu erinnern –, angeblich weniger schutzbedürftig sind.

a) *Privat Versicherte/PKV*

Zu den Privilegierten, die einer privaten Krankenversicherung, im Folgenden PKV, beitreten dürfen, gehören im Wesentlichen: alle Selbständigen, alle Beamten (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V), schließlich unter den abhängig Beschäftigten diejenigen, die oberhalb einer bestimmten Einkommensgrenze liegen, gegenwärtig sind es 49950 Euro brutto im Jahr (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 6 oder 7 SGB V) – das ist etwa die Hälfte des Einstiegsgehalts in einer Großkanzlei.⁴¹

b) *Gesetzlich „Versicherte“/GKV*

In der GKV versichert, genauer: in den einzelnen Krankenkassen, ist der Rest der Bevölkerung – die meisten wie gesagt zwangsweise (§ 5 SGB V⁴²). Allerdings zahlen nicht alle „Versicherten“⁴³ der GKV

Mitglieder, mitversicherte Angehörige, Beitragssätze und Krankenstand, Jahresdurchschnitte 1998 bis 2008, 63 (http://www.bundesgesundheitsministerium.de/cdn_151/nn_1168278/SharedDocs/Downloads/DE/Statistiken/Gesetzliche-Krankenversicherung/Mitglieder-und-Versicherte/KM1JD2004-pdf-5112,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/KM1JD2004-pdf-5112.pdf).

⁴⁰ *Fuchs/Preis* (Fn. 15), 226; instruktiv auch der „Zahlenbericht der privaten Krankenversicherung 2008/2009“ (http://www.pkv.de/w/files/shop_zahlenberichte/pkv_zahlenbericht_2008_2009.pdf). – Die zehn Prozent privat Versicherten bringen gemeinsam 24,9 Mrd. Euro für das Gesundheitswesen auf, die Mitglieder der GKV 151,5 Mrd. Euro (*Statistisches Bundesamt* <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Aktuell,templateId=renderPrint.psm1>). Dies sind bezogen auf die Gesamtausgaben des Gesundheitssystems 57,5 % (GKV) bzw. 9,5 % (PKV). Wenn man darin eine Quersubventionierung von der PKV zur GKV sehen wollte, müsste man freilich auch die Beihilfe für Beamte in die Betrachtung einbeziehen, vgl. bei und in Fn. 56.

⁴¹ Man wird auch grob sagen können: Es ist das Gehalt eines Abteilungsleiters, Prokuristen o.ä., vgl. diverse Angaben unter <http://www.gehaltsvergleich.com>; beim Statistischen Bundesamt sind insofern leider keine Daten erhältlich.

⁴² Die Vorschrift erstreckt sich im *Aichberger*, d. i. die verbreitete Becksche Gesetzessammlung, über mehr als vier Seiten.

⁴³ Zur Terminologie: „Versicherte“ sind alle, die der GKV zwangsweise (§§ 5–8 SGB V) oder freiwillig (§ 9 SGB V) oder als Mitversicherte (§ 10 SGB V) angehören. Als „Mitglieder“ werden nur diejenigen bezeichnet, die Beiträge zahlen, siehe § 223, §§ 226–240 SGB V.

auch in sie ein.⁴⁴ Hauptfinanzierer sind vielmehr die abhängig Beschäftigten auf dem sog. Ersten Arbeitsmarkt,⁴⁵ genauer, siehe oben, die kleinen und mittleren Einkommen.⁴⁶ Der Beitrag liegt gegenwärtig bei 14,9 Prozent des Bruttolohns.⁴⁷

Es gibt weitere Volleinzahler, z.B. die Landwirte (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 SGB V). Rentner (§ 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V) zahlen zwar den vollen Beitrag (§ 247 SGB V), jedoch trägt die Hälfte davon die gesetzliche Rentenversicherung (§ 249a SGB V).⁴⁸ Ein weiterer Teil der Versicherten zahlt ermäßigte Beiträge, z.B. Studenten und „Minijobber“ (§ 5 Abs. 1 Nr. 9, 2a SGB V; §§ 243–246 SGB V). Ein Großteil aber ist schließlich beitragsfrei mitversichert, nämlich die Familienangehörigen der Mitglieder⁴⁹ – einschließlich Lebenspartnern, Stief- und Kindeskindern (§ 10 SGB V).

Vor allem, aber nicht nur wegen dieser Familienmitversicherung kann die GKV aus Sicht der zu Versicherten durchaus wirtschaftlicher sein als die PKV. Für chronisch Kranke oder kinderreiche Gutverdiener kann es daher attraktiv sein, sich in der GKV *freiwillig* zu versichern. Dies ist unter eher engen Voraussetzungen möglich (§ 9 SGB V), und damit ist zugleich die letzte Gruppe der GKV-Versicherten benannt.⁵⁰

⁴⁴ Zahlen für 2008: (zahlende) Mitglieder insgesamt 51,0 Mio. (davon 16,9 Mio. Rentner); dies sind 72,6 Prozent der insgesamt 70,2 Mio. Versicherten; vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 39).

⁴⁵ Siehe die erste Position der Statistik: „Pflichtmitglieder mit Entgeltfortzahlungsanspruch für mindestens 6 Wochen“. Dies sind 24,2 Mio., d.h. 81,7 Prozent der insgesamt 29,6 Mio. Pflichtmitglieder ohne Rentner, aber nur 34,5 Prozent der 70,2 Mio. Versicherten insgesamt; vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 39). – Eingehend zur Verfassungsmäßigkeit der Finanzierung der GKV R. Werner Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Beitragsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004.

⁴⁶ Noch genauer: Die Arbeitnehmer und ihre Arbeitgeber, denn der Beitrag zur Sozialversicherung wird traditionell aufgeteilt in einen Arbeitgeber- und einen Arbeitnehmeranteil (was allerdings wirtschaftlich keinen Unterschied macht).

⁴⁷ Er soll ab 2011 auf 15,5 Prozent erhöht werden, s. die entsprechend geplante Änderung des § 241 SGB V im von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzierungsgesetz – GKV-FinG) vom 23. 9. 2010, BT-Drs. 17/3040, 12 (zur Begründung 29).

⁴⁸ Diese Hälfte ist letztlich also wieder ein Transfer aus dem Ersten Arbeitsmarkt, der im Umlageverfahren (§ 153 Abs. 1 SGB VI) vor allem durch Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer (§ 168 Abs. 1 SGB V) die gesetzliche Rentenversicherung finanziert; im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 43.

⁴⁹ Insgesamt 19,2 Mio., d. s. immerhin 27,4 Prozent der 70,2 Mio. Versicherten insgesamt; vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 39).

⁵⁰ Insgesamt 4,5 Mio., d. s. 6,4 Prozent der 70,2 Mio. Versicherten insgesamt und 8,8 Prozent der insgesamt 51,0 Mio. (zahlenden) Mitglieder (mit Rentnern); vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 39).

Derzeit besteht Streit um die Gutverdiener. Einerseits möchte die GKV zumindest eine Weile auch von ihnen finanziert werden. Daher dürfen junge Gutverdiener neuerdings erst dann in die PKV wechseln, wenn sie in drei aufeinander folgenden Jahren mehr als jene 49950 Euro verdient hatten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V n. F.⁵¹). Dafür gibt es keinen sachlichen Grund außer dem, dass die GKV Geld braucht⁵² – aber das allein ist doch kein hinreichender Grund! – Auf der anderen Seite sieht es die GKV nicht ein, nur die sog. schlechten Risiken unter den Gutverdienern zu übernehmen, also jene, die mehr Kosten verursachen werden als Beiträge zahlen und deshalb freiwillig in die GKV wollen. Deshalb verlangt das Gesetz eine Vorversicherungszeit in der GKV von insgesamt 24 oder ununterbrochen 12 Monaten (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V). Wer dies nicht vorweisen kann, *muss* sich privat versichern – gegen erheblich höhere Beiträge. Oder gar zu dem sog. Basistarif. Diesen Basistarif müssen die PKV seit 2006 anbieten, und das BVerfG hält ihn u.a. deshalb für verfassungsmäßig, weil der Tarif für die Versicherten so unattraktiv ist, dass nur wenige „gute Risiken“ ihn wählen werden.⁵³ Zu allem

These 4: Auf Seiten der Finanzierung streiten die beiden Sektoren GKV und PKV um die „guten Risiken“ unter den Gutverdienern. Der Versuch, die schlechten Risiken dem jeweils anderen Sektor zuzuschieben, wirkt gelegentlich kleinkrämerisch.

c) Steuerzahler/Staat

Es bleibt zu erwähnen: An der Finanzierung der GKV beteiligt sich auch der Staat, und zwar mit Zuschüssen aus dem allgemeinen Steueraufkommen. Der Zuschuss für versicherungsfremde Leistungen⁵⁴ (§ 221 SGB V) beträgt derzeit 11,8 Mrd. Euro.⁵⁵ Ein mittelbarer Zuschuss des

⁵¹ Eingefügt durch das GKV-WSG (s. u. bei und in Fn. 68) vom 26. 3. 2007 (BGBl. I 378). – Es spricht nicht gerade für Weitsicht (vgl. Fn. 67), dass diese Regelung bereits ab 2011 (!) wieder aufgehoben werden soll, s. die geplante Änderung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V im Entwurf zum GKV-FinG vom 23. 9. 2010 (Fn. 47).

⁵² BVerfGE 123, 186 (262) – PKV-Basistarif (U. v. 10. 6. 2010) –: Stärkung der „Finanzgrundlage der gesetzlichen Krankenversicherung“; der später folgende Hinweis auf die Funktionsfähigkeit der GKV als überragend wichtigen Gemeinwohlbelang (264f.) erscheint dann eher als Bemäntelung.

⁵³ BVerfGE 123, 186 (247f. unter aa und dd).

⁵⁴ Instruktiv dazu immer noch F. Beske/J. Hübener *Fremdleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung*, 1996; H. Butzer *Fremdlasten in der Sozialversicherung*, 2001.

⁵⁵ Im Jahr 2009 waren es noch 7,2 Mrd. Euro. – Hinzu kommen derzeit 3,9 Mrd. Euro für konjunkturbedingte Mindereinnahmen, s. *Bundesministerium für Gesundheit*

Staates zum Gesundheitssystem ergibt sich zudem aus dem Beamtenrecht. Beamte haben gegen ihren Dienstherrn einen Anspruch auf sog. Beihilfe, d.h. auf Ersatz von i.d.R. 50 Prozent der Kosten für Heilbehandlung, auch übrigens für Familienmitglieder (siehe z.B. § 80 BBG). Für die restlichen 50 Prozent bietet sich dann eine private Versicherung an.⁵⁶

3. Die Verteilungsmechanismen

Wir haben gesehen, woher das Geld kommt und für welche Leistungen es ausgegeben wird. Wir wollen nun sehen, mit Hilfe welcher Mechanismen es jeweils dorthin kommt.

a) Der Sektor der PKV: Marktmodell (*iustitia commutativa*)

Zunächst zur privaten Krankenversicherung. Sie beruht bekanntlich auf einem Marktmodell⁵⁷: Der Patient „kauft“ beim Arzt oder sonstigen Leistungserbringer die Heilbehandlung. Die Kosten lässt er sich sodann von seiner Versicherung ersetzen, bei der er eben diese Freistellung zuvor „gekauft“ hatte (vgl. §§ 192 ff. VVG). Für beide Verträge gilt als Leitbild die ausgleichende Gerechtigkeit, *iustitia commutativa*: Leistung und Gegenleistung sollten den gleichen Wert haben,⁵⁸ und dabei geht das Modell vom mündigen, privatautonomen Patienten aus. Wirtschaftlich betrachtet bestehen auf beiden Seiten Anreize, Kosten zu sparen – Stichworte: Bemessung der Prämie nach dem individuellen Risiko des Patienten; Beitragsrückerstattung, wenn der Patient bei seinen Arztbesuchen sparsam war.

b) Der Sektor der GKV: Zuteilungsmodell (*iustitia distributiva*)

Anders die GKV! Ihr Leitbild ist offenbar der unmündige, schutzbedürftige Patient, dem die Gesundheitsgüter zugeteilt werden. Allerdings ist das Zuteilungssystem so intransparent, dass man in ihm kaum noch eine *iustitia distributiva*⁵⁹ entdecken kann. Und es gibt auch wenig Anreiz zu Sparsamkeit.

Pressemitteilung vom 15. 9. 2010 (http://www.bmg.bund.de/cln_160/nn_1168278/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2010/pm-10-09-15-kv45.html?__nnn=true).

⁵⁶ Man kann, maW, die Beamtenbeihilfe als Subventionierung der privaten Krankenversicherung betrachten; vgl. auch Fn. 40.

⁵⁷ *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 16 III 1.

⁵⁸ *Aristoteles* Nikomachische Ethik, Buch V 5 (1130b 30–1131a 9): *dikaioσύne en tois synallágmasin*.

⁵⁹ *Aristoteles* (Fn. 58): *dikaioσύne en tais dianomaís*, insbesondere: Zuteilung nach Würdigkeit (*kat' axían*, 1131a 24 ff.); die zu verteilenden Güter sind dabei im Wesentlichen zwei: Geld und Ehre.

aa) Letzt- und Zwischenanbieter, Letzt- und Zwischennachfrager

Der Grund von alledem: Diejenigen, um die es primär geht, werden rechtlich und wirtschaftlich weit auseinanderdividiert. Gemeint sind auf der einen Seite die Patienten, als Letztanbinder medizinischer Leistungen, auf der anderen Seite die Ärzte und sonstigen Leistungserbringer als Letztanbieter. Zwischen ihnen befinden sich mächtige Zwischenanbieter und Zwischennachfrager, die alles Wesentliche gemeinsam aushandeln.

Die großen *Zwischennachfrager* medizinischer Leistungen sind die gesetzlichen Krankenkassen (§ 4 SGB V). Sie sind verpflichtet, ihren Mitgliedern die nötige medizinische Versorgung „zur Verfügung zu stellen“ (§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB V), und zwar grundsätzlich in natura (§ 2 Abs. 2 SGB V).⁶⁰ Zu diesem Zweck schließen die Kassen mit den Ärzten und sonstigen Leistungserbringern Verträge, aufgrund derer diese dann ihre Leistung gegenüber den Versicherten erbringen. Die Versicherten haben daher ihren Anspruch auf die nötige Versorgung gegen die Krankenkasse. Und auch die Leistungserbringer haben den Anspruch auf Vergütung nicht gegen den Patienten, sondern gegen die Kassen.⁶¹

Mit Ausnahme der niedergelassenen Ärzte. Sie sind zwangsweise zusammengeschlossen in den sog. Kassenärztlichen Vereinigungen (§§ 77 ff. SGB V), d. s. Körperschaften des öffentlichen Rechts,⁶² die noch zusätzlich als Zwischenanbieter auftreten. Dadurch entsteht ein Viereck, und der Arzt bekommt sein Geld von seiner „KV“.⁶³

Ähnliche, nicht ganz so mächtige Zwischenanbieter gibt es auch in den anderen Leistungssektoren. Sie sind privatrechtlich organisiert, am wichtigsten die Deutsche Krankenhausgesellschaft⁶⁴ und die Verbände

⁶⁰ Man spricht insoweit vom *Sachleistungsprinzip*, doch ist dies unscharf, weil zu den „Sachleistungen“ auch die Dienstleistungen des Gesundheitswesens gehören. Treffender wäre also *Naturalleistungsprinzip* im Gegensatz zum Kostenerstattungsprinzip, so auch *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 16 III 1.

⁶¹ Näheres bei *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 I; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 191–193 mit Schaubildern.

⁶² Zur historischen Entwicklung *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 15 I 3: Im Jahre 1900 Gründung des „Verbandes der Ärzte Deutschlands zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen“ (sog. Hartmannbund), um sich gegen die Nachfragemacht der Krankenkassen zu wehren; 1913 Berliner Abkommen zur gemeinsamen Selbstverwaltung durch Hartmannbund und Krankenkassen; 1932/33 Umwandlung des privaten Hartmannbundes in eine öffentlich-rechtliche Körperschaft.

⁶³ *E. Deutsch/A. Spickhoff* Medizinrecht, 4. Aufl. 2003, A IV Rn. 67 f.; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 193.

⁶⁴ Mitglieder sind neben den Landeskrankenhausesellschaften u. a. die Spitzenverbände der Krankenhausträger, z. B. der Deutsche Städtetag, der Deutsche Caritasverband, das Deutsche Rote Kreuz usw., vgl. *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 III 2. – Merkwürdigerweise klingt § 108a SGB V so, als würden die Deutsche Krankenhausgesellschaft

der Apotheker und der Arzneimittelindustrie. All diese Zwischenanbieter handeln mit den Krankenkassen und deren Verbänden⁶⁵ gemeinsam aus, welche Gesundheitsgüter geleistet werden dürfen und wie dies zu vergüten ist.⁶⁶ Die Ärzte und die Patienten müssen dies dann schlucken. Deshalb

*These 5: Auf Seiten der Leistungserbringung ist das Gesundheitswesen weder ein Markt noch eine zentrale Planwirtschaft. Sein Wirtschaftssystem lässt sich beschreiben als ein neofeudales System der Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit.*⁶⁷

bb) Insbesondere: Der Gesundheitsfonds

Am Rande sei freilich bemerkt, dass die Entwicklung der letzten Jahre wohl irreversibel in Richtung Zentralwirtschaft ging. Ich meine vor allem den Gesundheitsfonds, der 2008 durch das sog. Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG)⁶⁸ errichtet wurde. Dieser Gesundheitsfonds ist ein Sondervermögen (§ 271 SGB V), in das *alle* Beiträge *aller* Krankenkassen fließen, bevor sie von dort an die Kassen zurückverteilt werden – mit einem Risikostrukturausgleich⁶⁹ (§§ 266ff. SGB V)⁷⁰ und nach einem

und die (ebenfalls privatrechtlich organisierten) Landeskrankenhausgesellschaften durch ihn konstituiert.

⁶⁵ An der Spitze steht seit 2008 der sog. Spitzenverband Bund der Krankenkassen, auch er eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 217a Abs. 2 SGB V).

⁶⁶ Siehe z.B. § 83 SGB V (Gesamtverträge zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen), § 87 (Bundesmantelvertrag zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen – die Vorschrift umfasst im *Aichberger* [Fn. 42] fast 8 volle Seiten!); §§ 112, 115 SGB V (zweiseitige und dreiseitige „gemeinsame Verträge“ im Krankenhauswesen); §§ 129, 131 SGB V (Rahmenverträge über die Arzneimittelversorgung).

⁶⁷ Ökonomisch seriöser formuliert: Es ist ein System „myopischen“ Handelns, in dem alle Beteiligten, wenn sie rational handeln wollen, nur auf den kurzfristigen Erfolg (Myopie = Kurzsichtigkeit) schauen dürfen (*Ch. B. Blankart/E. R. Fasten/H.-P. Schwintowski* Das deutsche Gesundheitswesen zukunftsfähig gestalten, 2009, 60 ff.). – Demgegenüber zeigt sich Gerechtigkeit ganz im Gegenteil erst *in the long run*, vgl. *Platon* (Fn. 10), 613 a–c. – Zum *Topos in the long run* auch *J. Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 25 f, 383–387, 526 und öfter.

⁶⁸ Vom 26. 3. 2007 (BGBl. I 378).

⁶⁹ Gemäß Risikostrukturausgleich müssen Krankenkassen, die vorwiegend „gute Risiken“ versichern, denjenigen mit den „schlechten Risiken“ etwas abgeben – so dass es plötzlich lukrativ werden kann, schlechte Risiken zu versichern. – Der Risikostrukturausgleich wurde bereits 1994 eingeführt, also schon vor dem Gesundheitsfonds.

⁷⁰ Schematische Darstellung bei *Blankart/Fasten/Schwintowski* (Fn. 67), 22 ff.; s. ferner *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 22 II; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 146a.

Schlüssel, den auch Experten des Sozialrechts nicht verstehen.⁷¹ Da zudem die Beiträge aller Kassen seit jenem „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs“ gleich hoch sein müssen – derzeit 14,9, demnächst 15,5 Prozent des Bruttoeinkommens – hat jenes „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs“ den Wettbewerb⁷² zwischen den Kassen in Wahrheit beendet. Daran ändern auch die sog. Zusatzbeiträge nichts, die die Kassen neuerdings erheben dürfen (§ 242 SGB V), denn sie führen letztlich dazu, dass die Kassen fusionieren.⁷³ „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs“? Man kann dies nur Heuchelei nennen, diese – wie *Hegel* sagt – „letzte abstruseste Form des Bösen“⁷⁴.

cc) Die Verteilung in den einzelnen Leistungssektoren

Betrachten wir nun die Verteilungsmechanismen in den einzelnen Sektoren noch etwas genauer!

Am wildwüchsigsten ist das *Arzneimittelwesen*.⁷⁵ Für die *Apotheken* legen der Spitzenverband der Apotheker⁷⁶ und der Spitzenverband der

⁷¹ Herr *Kingreen* hat mir erlaubt, mich an dieser Stelle auf ihn zu berufen.

⁷² Jedenfalls: den *marktmäßigen* Wettbewerb. Wenn man mit „Wettbewerb“ freilich einen staatlich verordneten Verdrängungswettbewerb meint, der allein auf der Kostenseite geführt wird und nur das Ziel hat, die Zahl der Krankenkassen zu Gunsten neuer Oligopole zu dezimieren, gilt etwas anderes. Nur: Ist „Wettbewerb“ dann nicht ein zynischer Euphemismus? Und kann man sicher sein, dass es bei diesem Verdrängungswettbewerb wirklich die Richtigen trifft?

⁷³ Denn: Wer aus Not Zusatzbeiträge erhebt, dem laufen die Mitglieder davon (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. 7. 2010, 11; s. auch vom 19. 6. 2010, 15). Statt Konkurs anzumelden (s. u. bei Fn. 159) lässt man sich dann lieber vom Konkurrenten schlucken – mit gelegentlich großzügigen Abfindungen für die Vorstände (Der Spiegel 22/2010 vom 31. 5. 2010, 77). – Nach Angaben des Bundesversicherungsamtes sind mittlerweile 90 Prozent aller Versicherten bei nur noch 36 Krankenkassen versichert (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30. 8. 2010, 11).

⁷⁴ *G. W. F. Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 140 Anmerkung.

⁷⁵ Dazu *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 V (siehe ferner § 21 IV zu Heil- und Hilfsmittelleistungen).

⁷⁶ Man sagt ihm eine gewisse Aggressivität nach (Der Spiegel 28/2010 vom 12. 7. 2010, 76ff.). Daher scheinen die Apotheker in diesem Jahr einigermaßen ungeschoren aus den Verteilungskämpfen hervorgegangen zu sein (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 6. 7. 2010, 1, 11) – was ich hier einmal verteidigen will: Ein stabiler Mittelstand an Stelle von Oligopolen hat, was die Versorgung der Bevölkerung angeht, durchaus sein Gutes. Man denke an den Lebensmittelmarkt: Hier haben marktbeherrschende Einzelhandelsketten den mittelständischen Handel weitgehend zerstört. Folglich gibt es in vielen Wohngebieten Deutschlands in fußläufiger Entfernung keine Lebensmittelläden mehr, und das Bauplanungsrecht kann daran offenbar, trotz der Zielvorgaben in § 1 Abs. 5 und Abs. 6 Nr. 1–3 BauGB, nichts ändern. – Zum Schutz der Apotheken vor Discounter-Konkurrenz zuletzt EuGH, U. v. 19. 5. 2009 – C 171/07 und 172/07 –

Krankenkassen in einem obligatorischen Rahmenvertrag alle wesentlichen Verteilungskriterien fest (§ 129 SGB V). Dazu gehören insbesondere Preisdirigismen,⁷⁷ vom Einfrieren der Preise über eine Abgabe pro verkaufter Arznei (§ 130 SGB V) bis zu Zwangsrabatten, die sich die Apotheken von den Pharmaunternehmen zurückholen müssen (§ 130a SGB V). Die Spitzenverbände der *Pharmaindustrie* verhandeln mit den Kassen – und dem Bundesgesundheitsministerium – im eher freien Stil,⁷⁸ teilweise setzen sie die Preise sogar einseitig fest.⁷⁹ Bei den Patienten kommen am Ende Festbeträge an (§§ 35, 35 a SGB V), auf die sie meist draufzahlen müssen (§§ 31 Abs. 3, 61 S. 1 SGB V).⁸⁰

Krankenhäuser. Dort ist die Finanzierung am kompliziertesten, weil durchökonomisiertesten – selbst wenn man den Krankenhausbau beiseite lässt.⁸¹ Die Teilnahme des Krankenhauses am Verteilungssystem der GKV setzt eine Zulassung voraus; diese ist – von Privilegien abgesehen⁸² – an einen sog. Versorgungsvertrag des Krankenhausträgers mit den Krankenkassen gekoppelt (vgl. §§ 108 Nr. 3, 109 SGB V). Die Abrechnung im Einzelnen erfolgt nach Pauschalen. Früher waren es Tagessätze, so dass die Patienten aus betriebswirtschaftlichen Gründen oft etwas länger in der Klinik blieben. Heute rechnet man nach Fallpau-

Doc Morris –; dazu *C. D. Classen* Der EuGH hält das Fremdbesitzerverbot für Apotheken für mit dem EG-Vertrag vereinbar, *Jura* 2010, 56.

⁷⁷ Instruktiv *M. Wallerath* Preisdirigismen in der Gesetzlichen Krankenversicherung, *SGb* 2006, 505ff.

⁷⁸ Seit kurzem besteht die Möglichkeit zu fakultativen Rahmenverträgen (§ 131 SGB V).

⁷⁹ Nicht zuletzt deshalb scheinen bei den Arzneimitteln noch die größten Einsparpotentiale des Gesundheitswesens zu bestehen: In Deutschland sind die Preise höher als fast überall sonst (z.B. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 14. 3. 2010, 43; *Die Zeit* 43/2010 vom 21. 10. 2010, 19). Das geplante Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes (AMNOG) könnte insofern in der Tat zu erheblichen Kostensenkungen führen (Gesetzesentwurf: BT-Drs. 17/2413 vom 6. 7. 2010). Nach diesem Gesetz dürfen die Pharmaunternehmen nur noch für ein Jahr die Preise neuer Arzneimittel allein (!) festlegen. Danach muss der Preis mit den Kassen ausgehandelt werden, wobei es eine Rolle spielt, ob die neue Arznei einen Zusatznutzen gegenüber schon vorhandenen Mitteln hat. – Allg. zu den Kostentreibern und krit. zum AMNOG-Entwurf *Th. Ballast* Arzneimittelversorgung der Zukunft – Was wird anders? Was muss anders werden?, *Forum für Gesundheitspolitik* 2010, 4.

⁸⁰ Im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 4, insb. 306.

⁸¹ Zum folgenden *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 III (364–373); *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 202–204.

⁸² Ausgenommen sind Hochschulkliniken und Plankrankenhäuser (d. s. diejenigen Kliniken, die in den Krankenhaus-Bedarfsplan aufgenommen wurden, den die Länder aufstellen); bei beiden wird der Versorgungsvertrag fingiert (§ 109 Abs. 1 S. 2 SGB V).

schalen ab,⁸³ die sich an der Krankheitsdiagnose orientieren – und man kann dann den betriebswirtschaftlich optimalen Entlassungstermin ausrechnen. Deckt er sich nicht mit dem Heilungsfortschritt, spricht man von „blutiger Entlassung“.⁸⁴ Die Verantwortung für diese Entlassung bleibt natürlich am Arzt hängen, nicht am Management.

Bei den Verteilungsmechanismen in der *ambulanten ärztlichen Versorgung* ist zunächst ein Fortschritt festzustellen:⁸⁵ Die schon erwähnten Kassenärztlichen Vereinigungen haben mit den niedergelassenen Ärzten bis vor kurzem dergestalt abgerechnet, dass der Arzt *ex ante* nicht wissen konnte, wieviel Geld er für welche Behandlung bekommt – sog. Punktesystem. Seit der Honorarreform 2009 gibt es für jede Behandlung von vornherein feststehende, in Euro und Cent berechnete Sätze (§ 87a SGB V).⁸⁶ Das ist ein Schritt in Richtung Gerechtigkeit. – Nicht sagen kann man dies über die – neuerdings etwas zurückgenommene – Budgetierung.⁸⁷ Die Krankenkassen weisen den Ärzten pro Quartal bestimmte Budgets zu. Jenseits des *Behandlungsbudgets*⁸⁸ werden die Entgelte abgestaffelt (§ 87b SGB V), jenseits des *Medikamentenbudgets* wird den Ärzten gar mit Regressforderungen gedroht. Macht der Arzt freilich bei der Verteilung der Mittel auf die Patienten Fehler, droht *ihm* der Arzthaftungsprozess – bei dem übrigens als Hauptschurken die Haftpflichtversicherungen aufzutreten scheinen.⁸⁹

Zu erwähnen ist schließlich: Bei der Verteilung der Gesundheitsleistungen werden neuerdings in allen Bereichen *Zuzahlungen der Patienten* verlangt (§ 61 SGB V) – am bekanntesten ist die sog. Praxisgebühr⁹⁰

⁸³ § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 2 S. 1, § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Krankenhausentgeltgesetz – KHEntgG –, ferner § 17b Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG (fünf Seiten im *Aichberger* [Fn. 42]); verhalten krit. zu den Fallpauschalen bereits *R. Pitschas* Fallpauschalen im Krankenhaus, NZS 2003, 341.

⁸⁴ *R. Fromm/R. Pickelmann* Ware Patient, 2010, 185; s. dort ausführlich auch zu weiteren Missständen (Korruption, Ausbeutung etc.) im Gesundheitswesen.

⁸⁵ Genauer zum Folgenden *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 II – Vertragsärztliche Versorgung –; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 194–201.

⁸⁶ Die Sätze werden regional vereinbart von den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen und sodann in Regionalen Euro-Gebührenordnungen festgesetzt; dabei soll auch eine regionale Über- oder Unterversorgung berücksichtigt werden (§ 87a Abs. 2 S. 6 Hs. 2 SGB V).

⁸⁷ Zur alten Rechtslage § 85 Abs. 4 SGB V a.F (Gesamtvergütung), zur neuen § 87b SGB V.

⁸⁸ § 87b SGB V spricht vom Regelleistungsvolumen.

⁸⁹ *M. Imhof* Behandlungsfehler in der Medizin, 2010, insb. 161 ff.

⁹⁰ Die Praxisgebühr wird in der Arztpraxis eingezogen, sie fließt wirtschaftlich betrachtet aber den Krankenkassen zu (so dass der Name eine kleine Frechheit ist).

von 10 Euro pro Quartal (§ 28 Abs. 4 SGB V).⁹¹ Bemerkenswert: Da die Zuzahlungspflicht auf 2 Prozent des Jahreseinkommens beschränkt ist, bei chronisch Kranken 1 Prozent, haben Wenigerverdiener das Privileg, sich von der restlichen Zuzahlungspflicht befreien zu lassen (§ 62 SGB V). Wie weit dieser Verwaltungsaufwand die Zuzahlungen wieder auffrisst, müsste man einmal prüfen.

Was bleibt als Gesamteindruck? Die Ärzte und die Patienten stehen in allen Verteilungssystemen gleichsam am unteren Ende der Nahrungskette. Die Arbeitsbedingungen vieler Ärzte, insbesondere in den Kliniken, grenzen an Ausbeutung – sicher ein Grund für den Ärztemangel. Was die Patienten angeht, so werden sie mehr und mehr zum pauschalierten Geldwert, und was mit ihren Versicherungsbeiträgen geschieht, darauf haben sie keinerlei Einfluss.⁹² Ich fasse zusammen in

These 6: Die wichtigsten Ressourcen im Gesundheitswesen sind Zeit und Arbeitskraft der Ärzte und das Geld der Patienten. Es besteht die Tendenz, Verteilungskämpfe auf deren Kosten zu führen.

dd) Zum Abschluss: Der Gemeinsame Bundesausschuss

Wie eng demgegenüber die *Zwischenanbieter* und *Zwischennachfrager* zusammenarbeiten, zeigt nicht zuletzt die sog. Gemeinsame Selbstverwaltung,⁹³ in der die Spitzenverbände der Krankenkassen und der Leistungserbringer gemeinsam festlegen, welche Gesundheitsleistungen die Kassen übernehmen – politisch ist dies der brisanteste Punkt des gesamten Gesundheitswesens. Bis 2003 geschah diese Festlegung der Kassenleistungen noch sektorenweise, mittlerweile regelt *alles* (was in der Sache durchaus sinnvoll ist⁹⁴) der sog. Gemeinsame Bundesausschuss (§ 92 SGB V) – ein mächtiges Zentralkomitee des Ge-

⁹¹ Siehe auch § 43b SGB V („Zahlungsweg“). Ferner *Fuchs/Preis* (Fn. 15), 230 (allgemein), 300 und 301 („Praxisgebühr“), 306 (Arzneimittel), 313 (Hilfsmittel), 314 und 321 (Krankenhaus), 325 (Häusliche Krankenpflege), 326 (Soziotherapie, Haushaltshilfe), 328 (Rehabilitation). – Eingehend, auch zum Folgenden, *S. Rixen* Der Leistungserbringer als Inkassobüro, SGB 2004, 2.

⁹² Daran ändert sich auch nichts durch die seit dem 1. 1. 2004 vorgesehene Beteiligung von Patienten im Gemeinsamen Bundesausschuss und in weiteren Ausschüssen (§ 140f SGB V), denn sie geht über ein Mitberatungsrecht nicht hinaus.

⁹³ Zum Folgenden *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 17 III.

⁹⁴ Denn: Was dem einen Sektor gegeben wird, muss zuvor dem andern genommen werden. – Zudem: Es spricht einiges dafür, medizinisch-juristisch heikle Fragen – etwa ob in Fällen schwerster Krankheit auch Wundermittel wie die Bioresonanztherapie von den Kassen bezahlt werden müssen – zentral und auf hoher Ebene zu entscheiden (aA i. E. BVerfGE 115, 25, dazu Fn. 8 und Fn. 176). Andernfalls erhalten die Sozialrichter vor Ort, wenn sie die Leistung verweigern, die Morddrohungen.

sundheitswesens,⁹⁵ mit dem sich Herr *Kingreen* noch kritisch auseinandersetzen wird.⁹⁶

4. Das Umfeld

Zuletzt noch ein Blick über den Tellerrand des Gesundheitswesens. Er zeigt, dass man vielleicht gar nicht wirklich Kosten sparen will. Es gibt nämlich durchaus Bereiche der Gesellschaft, die von dem vielen Geld im Gesundheitswesen profitieren, zuvörderst die sog. Gesundheitswirtschaft, vom Pharmakonzern bis zum Gesundheitshandwerker,⁹⁷ aber auch die Wissenschaft, vor allem in Gestalt der medizinischen Forschung. Zwar hat der SGB-Gesetzgeber im Jahr 2001 einmal betont, es sei nicht Aufgabe der Krankenkassen, den medizinischen Fortschritt zu subventionieren.⁹⁸ Aber vielleicht war ja auch hier das Gegenteil gemeint.

Den Gedanken, dass andere Systeme vom Gesundheitssystem profitieren, kann man übrigens umkehren. Z.B. lässt sich im Gesundheitswesen möglicherweise viel Geld sparen, wenn mehr für die Bildung ge-

⁹⁵ Soziologisch betrachtet, steht wohl auch der Gemeinsame Bundesausschuss dafür, dass die Entwicklung des Gesundheitswesens in den letzten Jahren in Richtung Zentralwirtschaft ging (vgl. oben II 3 b bb), vielleicht sogar Verstaatlichung der medizinischen Grundversorgung.

⁹⁶ Siehe bereits *Kingreen* Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, 877.

⁹⁷ Originalton *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/branchenfokus.html?>): „Die Gesundheitswirtschaft als einer der größten deutschen Wirtschaftszweige ist durch ihre Innovationskraft und ihre Beschäftigungsintensität ein Wachstums- und Beschäftigungstreiber für die deutsche Volkswirtschaft. Bis vor einigen Jahren wurde das Gesundheitswesen allerdings weniger als bedeutender Wirtschaftszweig wahrgenommen, sondern eher als Teil der Grundversorgung und damit als Kostenfaktor des Solidarsystems.“ Nach den Eckdaten für 2008 betrage der Anteil der Gesundheitswirtschaft nunmehr 10,9 Prozent des Bruttoinlandsprodukts – und das sind dann genau die 263 Mrd. Euro, von denen schon die Rede war (bei und in Fn. 12). So werden Fehlentwicklungen zu Erfolgen. – Vgl. auch das Interview mit Bundesgesundheitsminister *Philipp Rösler* in der Verlagsbeilage „Gesundheit und Arbeit“ der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 8. 7. 2010, 1: „Der Gesundheitsmarkt ist eine hoch dynamische, innovative Branche“; s. auch Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. 7. 2010, 12: „Gesundheitsbranche hakt Krise ab – 100 000 neue Arbeitsplätze in diesem Jahr erwartet“. – Bezeichnend schließlich, dass Bundeskanzlerin *Angela Merkel* am 29. 4. 2010 auf dem Kongress der Gesundheitswirtschaft (Motto: „We Have the Champions“) als Hauptrednerin auftrat.

⁹⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG) vom 3. 5. 1988, BT-Drs. 11/2237, 157.

tan würde, denn je höher die Bildung der Menschen, desto gesünder leben sie offenbar.⁹⁹

III. Diagnose: Ein System kleiner Ungerechtigkeiten

Wir haben auf unserem Durchgang durch das Gesundheitssystem viele Verteilungskonflikte entdeckt. Wir wollen nun versuchen, diesen Befund auf den Begriff zu bringen.

These 7: Unter rechtsethischem Aspekt lässt sich das Gesundheitswesen als ein System kleiner Ungerechtigkeiten beschreiben.

– wobei vorweg zu betonen ist: Nicht alles, was ungerecht ist, ist verfassungswidrig, und nicht alles, was verfassungswidrig ist, ungerecht.

1. Das Nebeneinander von PKV und GKV

Die größte der kleinen Ungerechtigkeiten ist das Nebeneinander von privater Krankenversicherung und gesetzlicher Krankenversicherung. Es gibt dafür keinen sachlichen Grund mehr. Insbesondere greift das gängige Argument, die GKV-Versicherten seien schutzbedürftig, die anderen nicht, aus zwei Gründen nicht mehr durch.¹⁰⁰

Erstens: Ursprünglich waren in der GKV nur rund 10 Prozent der Bevölkerung versichert, nämlich die Industriearbeiter und deren Familien, und die Gelder flossen nicht, wie heute, zu über 95 Prozent in „Gesundheitsleistungen“, sondern zu 60 Prozent in das Krankengeld,

⁹⁹ Dazu etwa Volker H. Schmidt Priorisierung auf der Makroebene. Das Gesundheitswesen im Ensemble sozialpolitischer Leistungsbereiche, Ethik in der Medizin 2010, 275 (online unter <http://www.springerlink.com/content/7h40757311641367/fulltext.pdf>).

¹⁰⁰ Darüber hinaus ist es schon historisch schief: Vor Einführung der Bismarck'schen Sozialversicherung gab es weit über tausend freie Hilfskassen, in denen Arbeiter und Handwerker sich gegen das Krankheitsrisiko versichert hatten (vgl. Fuchs/Preis [Fn. 15], § 1 II 2: 1302 Hilfskassen im Jahr 1881) – sie waren also keineswegs außer Stande, selbst vorzusorgen. Dass man die Dinge „verstaatlichte“, hatte vor allem den Sinn, die Arbeitgeber zu zwingen, in diese Kassen mit einzuzahlen (damals zu einem Drittel) und im übrigen einen Lohn zu zahlen, der es den Arbeitern erlaubte, auch ihren eigenen Beitrag zu zahlen (vgl. M. Stolleis Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, 77). Diesen nötigen Zwang gegen die Ausbeuter darf man doch nicht in einen angeblich nötigen Zwang gegen die Opfer umdeuten!

d.h. Lohnersatz.¹⁰¹ Damals bestand also ein *besonderes* Risiko, nämlich Verlust der gesamten Lebensgrundlage bei Krankheit, für eine *besonders* schutzbedürftige Gruppe, die Lohnarbeiter. Eine solch besondere Schutzbedürftigkeit wegen besonderen Risikos besteht nicht mehr, wenn in der GKV fast 90 Prozent der Bevölkerung versichert sind, und dies im Wesentlichen nur dagegen, die Kosten von Krankenbehandlung selbst zu zahlen. Dann handelt es sich vielmehr um das allgemeine Lebensrisiko, das bei allen gleich ist (ich komme darauf zurück).

Zweitens: Schutzbedürftigkeit ist ein gradueller Begriff. Und ich bestreite sehr, dass jeder, der über 49950 Euro verdient, keines Schutzes bedürfte. In einer Gesellschaft von Freien und Gleichen kann man nicht nur aufsteigen, sondern auch abstürzen,¹⁰² kann man seinen gut bezahlten Job verlieren oder mit seinem Geschäft in die Insolvenz gehen. Die Grenze zwischen PKV und GKV zieht mithin eine völlig willkürliche Linie in das Kontinuum der Schutzbedürftigkeit,¹⁰³ dem wir alle angehören. Eine willkürlich gezogene *kategoriale* Grenze bei nur *graduellen* Unterschieden aber ist nicht gerecht – hier ebensowenig wie bei der Pendlerpauschale¹⁰⁴. Ich komme daher zu

¹⁰¹ *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 15 I 2 mwN; s. auch § 2 I 2.

¹⁰² ... und diese Abgestürzten muss dann uU wieder die Solidarität der GKV auffangen!

¹⁰³ Höchst instruktiv für die Unmöglichkeit, die Jahresarbeitsentgeltgrenze (JAG) als legitime Grenze der Schutzbedürftigkeit anzusehen: BVerfGE 102, 68 (89 f., 93 ff.) – Krankenversicherung der Rentner (B. v. 15. 3. 2000) – .Der Gesetzgeber wollte den Zugang zur beitragsgünstigen *gesetzlichen* Krankenversicherung der Rentner (KVdR) nur noch denjenigen unter den ehemals abhängig Beschäftigten eröffnen, deren Einkommen während des Erwerbslebens so gut wie durchgängig *unterhalb der JAG* gelegen hatte, so dass sie durchgängig gesetzlich *pflichtversichert* waren (begünstigte Gruppe). Demgegenüber sollten diejenigen, die – wenn auch nur kurz – *oberhalb der JAG* verdient hatten, auch dann ausgeschlossen sein oder erheblich höhere Beiträge zahlen (ebd. 76, 85 f.), wenn sie während dieser Zeit *freiwillig* in der GKV versichert waren und – entsprechend hohe – Beiträge gezahlt hatten (benachteiligte Gruppe). Das BVerfG konnte für diese Ungleichbehandlung keinen rechtfertigenden Grund finden. – Zum Gedanken des *Kontinuums* der Schutzbedürftigkeit s. auch die Formulierung des vorliegenden BSG in diesem Fall (zitiert in Fn. 123).

¹⁰⁴ BVerfGE 122, 210 – Pendlerpauschale (U. v. 9. 12. 2008) –; dazu, gerade mit Blick auf Verteilungsgerechtigkeit und Prinzipientreue, K. *Tipke* Mehr oder weniger Entscheidungsspielraum für den Gesetzgeber? JZ 2009, 533 (534 ff.). – Zum Fall: Die Neufassung des § 9 Abs. 2 EStG hatte die Kosten für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte erst ab dem 21. Kilometer für steuerlich abzugsfähig gehalten. Das BVerfG vermisste darin die gemäß Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Folgerichtigkeit bei der Ausgestaltung staatlicher Belastungsentscheidungen.

These 8: Das Ungerechte am Nebeneinander von privater und gesetzlicher Krankenversicherung (PKV und GKV) besteht darin, dass das „Gesundheitswesen“ uns nicht als ein Volk von Freien und Gleichen nimmt, sondern als eine Masse von Schutzbedürftigen plus eine Elite von Tüchtigeren.¹⁰⁵

2. *Abkoppelung der Verteilungs- von der Erwirtschaftungsgerechtigkeit*

Die zweitgrößte der kleinen Ungerechtigkeiten des Gesundheitswesens ist die Abkoppelung der Verteilungs- von der Erwirtschaftungsgerechtigkeit. Man kann sich insofern auf den *Heiligen Augustinus* berufen: Die berühmte Stelle in *De civitate Dei*, in der es heißt, Staaten ohne Gerechtigkeit seien nichts anderes als Räuberbanden, hat ihre Pointe gerade darin, dass es auch in Räuberbanden feste Regeln gibt, insbesondere Regeln, nach denen die Beute verteilt wird.¹⁰⁶ Nur sind dies für *Augustinus* offenbar keine Regeln der Gerechtigkeit, denn Räuber schauen nur auf das, was zu verteilen ist, und nicht darauf, wer es zu welchen Kosten einmal irgendwo produziert hat.¹⁰⁷ Daher

These 9: In einem System der Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit gibt es keine Gerechtigkeit. Verteilungsgerechtigkeit ohne Erwirtschaftungsgerechtigkeit ist Ausbeutung.

Was bedeutet dies für das Gesundheitswesen? Nun, wenn das Gesundheitswesen in irgendeiner Weise als *Versicherung* konzipiert sein sollte, dann kann man auf den Begriff Risiko nicht verzichten – Risiko ist in diesem Kontext geradezu der Zentralbegriff einer gerechten Zuteilung von einerseits Leistungen, andererseits Lasten. „Risiko“ ist nämlich nicht, wie man im Umweltrecht eine Weile gemeint hat, ein Minus zur Gefahr.¹⁰⁸ Risiko ist vielmehr die Bewertung einer Handlung

¹⁰⁵ Man wende übrigens nicht ein, die PKV subventioniere die GKV dadurch, dass die Ärzte mit Hilfe der Privathonorare Geräte anschaffen könnten, die dann auch den gesetzlich Versicherten zu Gute kämen. Fragen der Gerechtigkeit sind etwas anderes als Fragen der Wohlfahrt, und ein guter Nebeneffekt macht eine *in ihrem Prinzip*, genauer: in ihrer *Maxime* böse Regelung nicht zu einer guten; s. *I. Kant* Grundlegung (Fn. 36), insb. 14ff.

¹⁰⁶ *Aurelius Augustinus* *De civitate Dei* (Der Gottesstaat), Viertes Buch, Kap. 4.

¹⁰⁷ Gegen ein unkritisches „Kuchenmodell“ der Verteilungsgerechtigkeit in unserem Kontext jüngst *H. M. Heinig* *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, 153 ff.

¹⁰⁸ Im Anschluss an BVerfGE 49, 89 (140 ff.) – Mülheim-Kärlich (U. v. 8. 8. 1978) –, wo insofern auch von „Restrisiko“ die Rede ist. Nicht richtig auch die Annahme, der Begriff Risiko zeichne sich gegenüber dem der Gefahr (d. i. das Produkt von Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit) durch die „vollkommene Ungewissheit“ des Schadenseintritts aus (*R. Sparwasser/R. Engel/A. Voßkuhle* *Umweltrecht*, 5. Aufl.

oder eines Zustandes angesichts einer Gefahr.¹⁰⁹ Versicherungen sind entstanden, um das Wagnis, ein Schiff mit Waren aus den Kolonien heil über den Ozean zu bringen, finanziell abzufedern. Die Sozialversicherung ist entstanden nicht um gegen Krankheiten abzusichern – Krankheit ist eine Gefahr, kein Risiko –, sondern gegen das Risiko, wegen der Krankheit nicht mehr arbeiten zu können und dadurch seine Lebensgrundlage zu verlieren.¹¹⁰

Und heute? Heute versichert die GKV wie gesagt nicht mehr ein besonderes Risiko, sondern das allgemeine Lebensrisiko. Dann aber ist es eine kleine Ungerechtigkeit, dass der größte Teil des zu verteilenden Kuchens weiterhin überproportional von den abhängig Beschäftigten auf dem Ersten Arbeitsmarkt erwirtschaftet wird, genauer: von den kleinen und mittleren Einkommen.¹¹¹ Diese risikounabhängige Umverteilung außerhalb des Steuersystems ist nicht zu rechtfertigen.¹¹² Ich führe dies fort zu

2003, § 2 Rn. 20) – dies träfe zu für die die Begriffe Schicksal oder Abenteuer – oder durch die Gefahr der Fehleinschätzung einer Gefahr (*A. Scherzberg* Risiko als Rechtsproblem, *VerwArch* 84 [1993], 484) – dies wäre eben nur eine potenzierte Gefahr (und eine leicht konstruierbare zumal).

¹⁰⁹ *J. Lege* Die Zurechnung neuer Risiken im Technik- und Umweltrecht, in: M. Kaufmann/J. Renzikowski (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, 173 (176f.); vgl. auch *J. Lege* Das Recht der Bio- und Gentechnik, in: M. Schulte (Hrsg.), *Handbuch des Technikrechts*, 2003, 669 (693f.).

¹¹⁰ So auch *J. Isensee* „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, *NZS* 2004, 393 (395); bedenklich dann aber der Versuch, daraus mithilfe der Denkform des Typus oder gar einer Art konkreten Gestaltendens den Konnex zwischen Arbeitsmarkt und Sozialversicherung zu verewigen.

¹¹¹ Siehe oben bei und in Fn. 45. – Zudem: Auch die Beiträge der Rentner werden zur Hälfte (s. Fn. 48), die der Arbeitslosen sogar vollständig (via Bundesagentur für Arbeit, § 251 Abs. 4a SGB V) vom Ersten Arbeitsmarkt per Transferzahlung finanziert.

¹¹² Wenigstens am Rande sei bemerkt: Die *Familienmitversicherung* erscheint heute ganz besonders anachronistisch. Sie stammt aus einer Zeit, in der zumindest der Idee nach ein Arbeitseinkommen für eine ganze Familie reichen sollte – während heute Doppelverdienerhaushalt und Patchworkfamilien die Regel sind. Die Familienmitversicherung kann zudem zu kleinen Ungerechtigkeiten führen, wenn es am Ende des Erwerbslebens um die Frage geht, ob jemand in die relativ günstige Krankenversicherung der Rentner (KVdR) aufgenommen wird, also in die GKV, oder aber sich wesentlich teurer privat versichern muss (Beispiel nach *Fuchs/Preis* [Fn. 15] 253f.). Der Weg in die KVdR steht nämlich nur offen, wenn der Kandidat eine beträchtliche Vorversicherungszeit in der GKV vorweisen kann (sog. Neun-Zehntel-Belegung, § 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V). Diese Vorversicherungszeit erfüllt ein mitversicherter Ehepartner ohne weiteres. Wenn der Ehepartner hingegen zu lange zu gut hinzuverdient hat, dergestalt, dass sein Jahresarbeitsentgelt ihn über die Versicherungspflichtgrenze emporhob, dann wird er für diesen Fleiß bestraft, indem er als Rentner in die teure PKV einzahlen muss.

These 10: Im „Gesundheitswesen“ muss klar sein, welches Risiko angesichts der Gefahr, krank zu werden, abgesichert werden soll: das allgemeine Lebensrisiko oder je spezielle Risiken. Gerecht wäre entweder eine echte Versicherung, die allen offensteht (ggf. mit Versicherungszwang und Basis-tarif) und dabei individuelle Risiken berücksichtigt; oder aber eine Absicherung des allgemeinen Lebensrisikos durch eine im Grunde risikounabhängige Finanzierung des Gesundheitswesens.

3. Hin- und Herschieben von Knappheitsproblemen

Gehen wir weiter zur nächsten kleinen Ungerechtigkeit des Gesundheitswesens – oder soll man sagen: zum größten Bündel kleiner Ungerechtigkeiten. Gemeint ist die Tendenz, die Knappheitsprobleme des Systems nicht endgültig zu lösen, sondern nach Art des Schwarzer-Peter-Spiels von hier nach dort zu verschieben – denken Sie für die Finanzierungsseite des Systems nochmals an das Beispiel Lohnfortzahlung/Krankengeld.¹¹³

Auch auf der Leistungsseite des Systems werden die Probleme nur hin- und hergeschoben. Die Krankenhaustagesätze werden von Fallpauschalen abgelöst, aber dann wird eben auf andere Weise manipuliert.¹¹⁴ Weiteres Beispiel: Um die Vergütung der Hausärzte endlich einmal an die der Fachärzte heranreichen zu lassen, wurde den Hausarztverbänden vor kurzem die Möglichkeit eröffnet, mit den Kassen lukrative Verträge zur sog. hausarztzentrierten Versorgung¹¹⁵ zu schließen (§ 73b SGB V). Dies wurde allerdings gleich derart missbraucht, dass man dieses Instrument schleunigst wieder abschaffen will – allerdings mit Bestandsschutz ausgerechnet für diejenigen Verbände, die so unverschämt zugelangt hatten.¹¹⁶

Unverschämt? Es scheint, als begünstige ein System des Hin- und Herschiebens von Problemen eben dies: Belohnt wird, wer am lautes-ten schreit oder wer keine Scheu hat zu testen, wie weit er seine Position ausreizen kann – wobei dies übrigens auch einmal der Gesetzgeber sein kann, etwa, als er Leuten, die jahrelang freiwillig in die GKV ein-

¹¹³ Oben unter II 1 b.

¹¹⁴ Oben unter II 3 b cc.

¹¹⁵ Einzelheiten unter <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/17943/hausarztzentrierte-versorgung-gatekeeping-v9.html>.

¹¹⁶ Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22. 7. 2010, 9, mit Hinweis auf die Ergebnisse in Bayern und Baden-Württemberg; zum Bestandsschutz für alte Verträge Bundesministerium für Gesundheit, Mitteilung vom 3. 8. 2010 (<http://www.bmg.bund.de/SharedDocs/Standardartikel/DE/AZ/H/Glossar-Hausarzt/Hausarztzentrierte-Versorgung.html>).

gezahlt hatten, den Zutritt zur für sie günstigen gesetzlichen Krankenversicherung der Rentner verwehren wollte.¹¹⁷

4. Ungerechte Prinzipien

Es gibt ein Büchlein von *Hasso Hofmann*, es heißt „Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit“.¹¹⁸ *Hofmann* knüpft darin an zwei berühmte Fresken im Rathaus von Siena an, sie zeigen die Gute und die Schlechte Regierung. Die Schlechte Regierung begünstigt die Schurken und lässt die Ehrlichen schutzlos. Bei der Guten Regierung ist dies anders, da herrscht Frieden, und dies liegt, wie das Fresko glauben machen will, an Tugend und Eintracht der Bürger. Natürlich ist das Propaganda, denn es kommt letztlich darauf an, dass es Regeln und Institutionen¹¹⁹ gibt, die Tugenden wie Ehrlichkeit oder Mäßigung letztlich belohnen – eine gute Verfassung, auf Griechisch: *politeia*. Andernfalls muss der Gerechte eben leiden, wie schon *Platon* gesehen hat.¹²⁰ Oder wie mein Hausarzt sagt: Die Verlierer im Gesundheitssystem sind die Bescheidenen: diejenigen, die das System nicht für sich ausreizen.

Was ist eine gute Verfassung? Nun, schauen wir zunächst, welches die Prinzipien¹²¹ sind, die das aktuell existierende Gesundheitssystem regieren, und wir werden sagen können: *Die* sind es jedenfalls nicht. Es ist ungerecht, ständig die Regeln zu ändern, und dies auch noch mit rückwirkender Kraft.¹²² Es ist ungerecht, wenn die Verteilung von Nutzen und Lasten so unübersichtlich und überkompliziert, ja so zufällig¹²³ wird, dass sich nur noch Gewiefte darin mit Gewinn bewegen können. Es ist ungerecht, wenn es ein immer größeres Gezerre um immer kleineres Geld gibt – Beispiel: Ausgleichsanspruch für die Portokosten,

¹¹⁷ BVerfGE 102, 68 (genauer dazu Fn. 103).

¹¹⁸ Privatdruck der Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung, München 1997.

¹¹⁹ Immer wieder erhellend *G. Lübke-Wolff* Recht und Moral im Umweltschutz, 1999.

¹²⁰ *Platon* (Fn. 10), 361e–362a.

¹²¹ Dafür, dass es auf die Prinzipien ankommt: BVerfGE 102, 68 (89) – Krankenversicherung der Rentner –; BVerfGE 122, 210 (241 ff., 244) – Pendlerpauschale –: „Prinzipien- oder Systemorientierung“ im Gegensatz zu „allein fiskalisch motivierte(m)“ Handeln.

¹²² Vgl. etwa das Beispiel in Fn. 112, ferner in Fn. 141.

¹²³ Schöne Formulierung aus einem Vorlagebeschluss des BSG: „Die Neuregelung mache den Zugang zur Krankenversicherung der Rentner ... von Zufälligkeiten abhängig“ (BVerfGE 102, 68 [82], dazu Fn. 103). Und weiter: „Das Gesetz durchschneide diesen Bereich homogener Sachverhalte und knüpfe hieran unterschiedliche Rechtsfolgen an.“

wenn der Arzt die Praxisgebühr anmahnen muss.¹²⁴ Es ist ungerecht, wenn kollektiv bindende Entscheidungen weitgehend nach informellen Regeln zustandekommen, wenn, m. a. W., die politische Macht ständig neu ausgehandelt wird. Das ist Mittelalter, das ist Feudalismus¹²⁵ – und daran, wenn man so will, krankt das Gesundheitswesen.

IV. Therapie: Mehr Recht (*iustitia legalis*)!

Wie sähe demgegenüber eine gesündere, moderne Verfassung aus? Schlagwortartig: Mehr Recht, weniger Gerechtigkeit. Weniger Gerechtigkeit in dem Sinn, dass nicht jeder möglichst viel von dem bekommt, was er will. Mehr Recht in dem Sinn, dass jeder weiß, was er und die anderen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen „sollen“¹²⁶. Schon Aristoteles hat *vor* die *iustitia commutativa* und die *iustitia distributiva* die *iustitia legalis* gesetzt, die Gerechtigkeit gemäß Gesetzen – denn Gesetze sind die einfachste und beste Art der Gleichbehandlung.¹²⁷

Mehr Recht, weniger Gerechtigkeit – also noch mehr „Normenflut“? Im Gegenteil. Es ist nicht überall Recht drin, wo Recht draufsteht – dies gilt z.B. für Wunschzettel in Gesetzesform, wie man sie nicht nur im SGB findet, sondern auch z.B. im Baurecht.¹²⁸ Man kann sogar sagen, dass mehr „Recht“ im Sinn von mehr Text „weniger Recht“ sein kann¹²⁹ – im Sinn von weniger Rechtssicherheit. Wie aber kommt man zu mehr Recht durch weniger Recht?

¹²⁴ Er richtet sich gegen den Versicherten, siehe *Rixen* (Fn. 91), 12.

¹²⁵ Freilich ein sehr verkrusteter Feudalismus – ähnlich dem Heiligen Römischen Reich deutscher Nation in seiner Spätphase, in der es von *S. von Pufendorf* *De statu imperii Germanici*, 1667, VI § 9, mit der berühmten Formel *monstro simile* – einem Monster gleich – gekennzeichnet wurde.

¹²⁶ „Sollen“ im umfassenden Sinn von nicht nur „Müssen“, sondern auch „Dürfen“ und „Können“, siehe *H. Kelsen* *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 4f. – Zu eher anspruchorientierten versus eher pflichtorientierten Konzeptionen von Gerechtigkeit s. einerseits den mit Recht krit. Überblick von *W. Kluth* *Kriterien der Gerechtigkeit – Zur Entwicklung und disziplinären Verortung des wissenschaftlichen Diskurses über Gerechtigkeit*, in: ders. (Hrsg.) *Facetten der Gerechtigkeit*, 2010, 122 (135 ff.), andererseits *V. J. Vanberg* *Marktgerechtigkeit und Soziale Marktwirtschaft*, ebd., 94 (107 ff.).

¹²⁷ *Aristoteles* (Fn. 58), Buch V, 2. und 3. Abschnitt, 1129a 31 ff.

¹²⁸ Siehe etwa die sog. Planungsziele und Planungsleitlinien in § 1 Abs. 5 und 6 BauGB (dazu auch Fn. 76).

¹²⁹ Ähnlich und nach wie vor erhellend *W. Naucke* *Versuch über den aktuellen Stil des Rechts*, *KritV* 1986, 189.

Vielleicht, indem man zentrale Begriffe klarstellt, und vielleicht können wir, als Staatsrechtslehrer, dazu sogar etwas beitragen.

1. Sozialstaatsprinzip i.V.m. Gleichheitssatz

Ich beginne mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG). Es ist bekanntlich vielschichtig, nach h. M. „nur“ ein Staatsziel.¹³⁰ Nichtsdestoweniger hat man es vielfach in Gestalt von „In-Verbindung-mit-Dogmatiken“ auch juridisch fruchtbar gemacht.¹³¹ Ich will daran anschließen und das Sozialstaatsprinzip mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verbinden.

a) Das Soziale unter Gleichen/Ungleichen: Solidarität und Fürsorge

Was ist eigentlich das „Soziale“? Für unseren Kontext schlage ich vor¹³² als

These 11: Im Rahmen des Sozialstaatsprinzips sind zu unterscheiden: das Soziale unter Gleichen, genannt Solidarität („einer für alle, alle für einen“), und das Soziale unter Ungleichen, genannt Fürsorge oder Mildtätigkeit („vergelt's Gott“).

Solidarität¹³³ – ich muss dabei immer an die Schweizer Kollegen denken, an ihr einzig Volk von Brüdern und Schwestern¹³⁴ – Solidarität ist dadurch gekennzeichnet, dass alle gemeinsam zum gegenseitigen

¹³⁰ Grundlegend *H. F. Zacher* Das soziale Staatsziel, in: HStR I, 1987, § 25; HStR II 32004, § 28; *K. Stern* Das sozialstaatliche Prinzip, in: StR I, 2. Aufl. 1984, § 21; neuer Anlauf jüngst *H. M. Heinig* Sozialstaat (Fn. 107); s. auch *A. von Arnault/A. Musil* (Hrsg.) Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, 2009. – Aus der Kommentarliteratur *R. Gröschner* in: *H. Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 GG (Sozialstaat); *K.-P. Sommermann* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG II, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Rn. 98 ff.; etwas betagt *R. Herzog* in: *Maunz/Dürig*, Komm. z. GG, Art. 20 VIII (Die Verfassungsentscheidung für die Sozialstaatlichkeit); stets aktuell *G. Robbers* in: *BK*, Art. 20 Abs. 1 (E. Sozialstaat), Rn. 1282 ff.; noch unbesetzt ist „Sozialstaat“ in *Friauf/Höfling*, Berliner Kommentar.

¹³¹ *E. Wiederin* Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), 53 (73).

¹³² Vgl. *J. Lege* Das Öffentliche, das Private und das Soziale, FS A. Hollerbach, 2001, 385 ff.

¹³³ Grundlegend *U. Volkmann* Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998; s. auch *Heinig* Sozialstaat (Fn. 107), 120 ff. – Eingehend auch *Butzer* Fremdlasten (Fn. 54), 371 ff. mit Zwischenbilanz 423 ff.

¹³⁴ *F. Schiller* Wilhelm Tell (1804), 2. Aufzug 2. Szene a. E.: „Wir wollen sein ein einzig (!) Volk von Brüdern/ In keiner Noth uns trennen und Gefahr.“

Schutz beitragen und alle gemeinsam davon profitieren. Einer für alle, alle für einen. Dies bedeutet zunächst einmal: Es gibt keine Solidarität ohne eigenen Beitrag, mag er auch noch so gering sein. *Wenn* dies der Fall ist, sieht Solidarität über unterschiedliche Leistungsfähigkeit hinweg: Auch der kleinste Beitrag ist gleich viel wert, um eine gemeinsame Gefahr abzuwehren, wenn er nur ehrlich erbracht wird. Daher hat, auf der anderen Seite, jeder den gleichen Anspruch auf Schutz, wenn er in Gefahr gerät.

Demgegenüber ist das Soziale unter Ungleichen dadurch gekennzeichnet, dass die eine Seite schutzbedürftig ist und bleibt und deshalb von der anderen Seite Schutz und Hilfe erbitten muss, ohne dafür mehr zurückgeben zu können als ein „Vergelt's Gott“. Das Soziale in *diesem* Sinn ist mithin einseitige Fürsorge der Starken für die Schwachen, ist Mildtätigkeit aus Barmherzigkeit (weshalb übrigens die katholische Kirche die *Bismarck'sche* Sozialgesetzgebung ablehnte: sie werde die Objekte christlicher Nächstenliebe zu sehr verknappen¹³⁵).

Es dürfte auf der Hand liegen: In einem Staat von Freien und Gleichen sollte „Sozialstaat“ in aller Regel meinen: *Solidarität*. Dagegen müssen Fürsorge, Mildtätigkeit die Ausnahme bleiben – sozusagen an den Rändern der Gesellschaft oder für kurze Zeiten der Krise.¹³⁶ Solidarität heißt dann aber auch: die Lasten mittragen – es gibt keine Solidarität zum Nulltarif.¹³⁷ Wenn der Begriff demgegenüber heute meist gerade umgekehrt im Sinn von Fürsorge verwendet wird,¹³⁸ ist dies eine Verfälschung.

b) *Folgerungen für das Gesundheitswesen*

Was bedeutet all dies nun für das heutige und für mögliche künftige Gesundheitswesen? Nun, *de lege lata* ist seit längerem umstritten, ob und ggf. wie weit in der gesetzlichen Krankenversicherung der Rentner die Einkünfte aus eigener privater Vorsorge, etwa in Gestalt einer

¹³⁵ Genauer: das Zentrum, s. H. F. Zacher Diskussionsbeitrag, VVDStRL 64 (2005), 185.

¹³⁶ Anders formuliert: Ziel der Gesundheitspolitik muss *soziale Inklusion* sein, so das Fazit von S. Huster Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, DVBl. 2010, 1069 (1077).

¹³⁷ Ähnlich wie hier F. Hase Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000 (zu Solidarität und Fürsorge insb. 290 ff); zum Verhältnis von Solidarität, Schutzbedürftigkeit und Umverteilung A. Wallrabenstein Versicherung im Sozialstaat, 2009, 365 ff.

¹³⁸ Vermengend z.B. BVerfGE 76, 256 (301) – Beamtenversorgung (B. v. 30. 9. 1987) –: „Denn die gesetzliche Rentenversicherung beruht wesentlich auf dem Gedanken der Solidarität ihrer Mitglieder sowie des sozialen Ausgleichs und enthält von jeher auch ein Stück soziale Fürsorge.“

Lebensversicherung oder einer vom Arbeitnehmer selbst finanzierten Betriebsrente, zum beitragspflichtigen Einkommen gehören (vgl. §§ 226–230, insb. §§ 229 Abs. 1 Nr. 5 und S. 3, 240 SGB V).¹³⁹ Die Antwort dürfte klar sein: Niemand ist allein deshalb, weil er Ersparnisse hat, zu erhöhter „Solidarität“ verpflichtet. Eine derart erhöhte „Solidarität“ wäre in Wahrheit erzwungene Mildtätigkeit,¹⁴⁰ und dazu darf man in einem Staat von Freien und Gleichen nur über das Steuersystem verpflichtet werden.¹⁴¹

¹³⁹ Siehe etwa BVerfG (1. Senat 2. Kammer), SGB 2009, 223 (B. v. 7. 4. 2008 – 1 BvR 1924/07 –); mit Recht scharfe Kritik in der Anm. von A. Wallrabenstein, SGB 2009, 227 (229, 231).; krit. auch F. Hase, Gericht verkürzt rechtsstaatlichen Vertrauensschutz, SuP 2008, 452.

¹⁴⁰ ... und damit, etwas technischer formuliert, ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip. – Umfassend zur Frage, welche Einkünfte sozialversicherungspflichtig sind, R. Werner Beitragsrecht (Fn. 45).

¹⁴¹ Teilweise aA das BVerfG, siehe insoweit ganz aktuell – und wohl abschließend – die Kammerentscheidungen (!!) BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), B. v. 28. 9. 2010 – 1 BvR 1660/08 –, ferner BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), B. v. 6. 9. 2010 – 1 BvR 739/08 – (beides zitiert nach bverfg.de): Einkünfte aus einer *privaten Lebensversicherung* sind für die Krankenversicherung niemals beitragspflichtig. Einkünfte aus einer *Betriebsrente* sind es grundsätzlich immer, und zwar *auch wenn* (1) die betriebliche Altersversorgung in Gestalt einer Lebensversicherung (sog. Direktversicherung) mit dem Arbeitgeber als Versicherungsnehmer organisiert wurde, *auch wenn* (2) diese Altersversorgung im Wege einer Einmalzahlung ausgezahlt wird (§ 229 Abs. 1 S. 3 SGB V) und *auch wenn* (3) alles im Wesentlichen allein durch den Arbeitnehmer finanziert wurde – zunächst durch Abführen des Versicherungsbeitrags von seinem Nettogehalt, sodann nach dem Ausscheiden aus dem Betrieb durch Zahlungen aus dem privaten Vermögen (so im Fall 1 BvR 739/08). Etwa *anderes* gilt nur dann, wenn der Arbeitnehmer selbst anstelle des Arbeitgebers „in die Stellung des Versicherungsnehmers einrückt“, und dann auch nur für die danach von ihm allein gezahlten Beiträge (so im Fall 1 BvR 1660/08). Begründet wird dies im Wesentlichen mit drei Argumenten: (1) Solange der „institutionelle Rahmen“ des Betriebsrentenrechts „genutzt“ wird, rechtfertigen dessen Vorteile (z.B. Prämienvorteile bei Gruppenlebensversicherungen, s. 1 BvR 1660/08, Abs. 16) die Beitragspflichtigkeit auch selbst finanzierter Alterseinkünfte (1 BvR 739/08, Abs. 11 – Äquivalenz nicht gestört – und 16). (2) Wann der institutionelle Rahmen verlassen wird, lässt sich „formal einfach“ feststellen, wenn man – allein – darauf schaut, ob bzw. ab wann der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer Vertragspartner des Versicherungsunternehmens ist. Hinter allem steht schließlich (3) das – sozialpolitisch nachvollziehbare – Ziel, „jüngere Krankenversicherte von der Finanzierung des höheren Aufwands für die Rentner zu entlasten und die Rentner entsprechend ihrem Einkommen verstärkt zur Finanzierung heranzuziehen“ (1 BvR 739/08, Abs. 9; 1 BvR 1660/08, Abs. 8). Aber wird es nicht häufig ganz *zufällig* sein (vgl. Fn. 123), ob nun der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer „formal“ Vertragspartner des Versicherers geblieben/geworden ist?

De lege ferenda werden seit einigen Jahren verschiedene Reformmodelle diskutiert.¹⁴² Insoweit das Wichtigste zuerst, nämlich

*These 12: Die geplanten Modelle zur Reform der Finanzierung des Gesundheitswesens („Bürgerversicherung“, „Gesundheitsprämie/Kopfpauschale“) sind im Grundsatz allesamt mit der Verfassung vereinbar.*¹⁴³

Für ein beitragsgestütztes System spricht pragmatisch zunächst, dass nur ein Sonderfonds vor dem Zugriff des Gesetzgebers einigermaßen sicher ist.¹⁴⁴ Ein beitragsgestütztes System darf allerdings, um dem Gedanken der *Solidarität* zu genügen, keine beitragsfreie Versicherung vorsehen, vielmehr muss der soziale Ausgleich, Stichwort *Fürsorge*,¹⁴⁵ über das Steuersystem erfolgen – m.a.W, es muss der Staat für all diejenigen, die selbst nicht einzahlen können, aus dem allgemeinen Steueraufkommen zuschießen.¹⁴⁶ – Zur Frage, ob die Beiträge nach Einkommen gestaffelt sein sollten – Stichwort „Bürgerversicherung“¹⁴⁷ – oder ob ein

¹⁴² So auch bereits auf unserer Jenaer Tagung, siehe insb. die Berichte von *R. Pit-schas* und *H. Sodan* Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, und von *Ch. Enders* und *E. Wiederin* Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), 109, 144, 7, 53.

¹⁴³ Alles *sehr* str., besonders hinsichtlich der Bürgerversicherung, siehe sogleich Fn. 147 und 151. – Klar ist jedenfalls, dass sich dem Grundgesetz weder eine Verfassungsgarantie des bestehenden Systems der Sozialversicherung noch auch nur seiner tragenden Organisationsprinzipien entnehmen lässt, so ausdrücklich BVerfGE 77, 340 (344) – Keine Grundrechtsfähigkeit der Sozialversicherungsträger (B. v. 15. 12. 1987) –.

¹⁴⁴ *Isensee* „Bürgerversicherung“ (Fn. 110), NZS 2004, 393 (397).

¹⁴⁵ Am klarsten bei der Sozialhilfe: Sozialhilfeempfänger sind in Deutschland allmählich die Einzigen, denen die Solidarität der GKV verweigert wird. Sie gehören nicht zu den dort „Versicherten“ (vgl. § 5 Abs. 8a SGB V), sie haben lediglich Anspruch auf Übernahme der Krankenbehandlung durch eine Krankenkasse gegen Kostenerstattung von Seiten des Sozialhilfeträgers (§ 264 Abs. 2–7 SGB V); s.a. *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 18 II 12.

¹⁴⁶ Teilweise ist dies schon der Fall: So zahlt der Bund für die Empfänger von Arbeitslosengeld II (§ 251 Abs. 4 SGB V), und der Steuerzuschuss für versicherungsfremde Leistungen (s. o. II 2 c) soll nach Ansicht des Gesetzgebers (BT-Drs. 16/3100, 92) u.a. zum Ausgleich der „gesamtgesellschaftlichen Last“ der beitragsfreien Mitversicherung von Kindern eingeführt worden sein (probl., s. *Kruse/Hänlein* [Fn. 29]).

¹⁴⁷ Das stärkste Argument gegen die Bürgerversicherung ist kompetenzrechtlicher Art: Sie würde die Sozialversicherung vom (Ersten) Arbeitsmarkt abkoppeln, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aber aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG: „das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung (...) sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung.“ Dies spricht *prima facie* für einen notwendigen Konnex. Es spricht aber auch nichts dagegen, das Arbeitsrecht und die Sozialversicherung als sich überschneidende Kreise zu begreifen („sowie“), und dies wäre der Fall, wenn nach wie vor alle Arbeitseinkommen und zusätzlich alle weiteren

gleich hoher Beitrag für alle gelten soll mit einem Ausgleich für sozial Schwache¹⁴⁸ – Stichwort „Gesundheitsprämie“¹⁴⁹, polemisch „Kopfpauschale“¹⁵⁰ –: Dies ist verfassungsrechtlich gleichwertig,¹⁵¹ so dass die Praktikabilität entscheiden sollte, insbesondere die Vermeidung von Verwaltungsaufwand.

Schließlich wären verfassungsrechtlich ebenfalls möglich: Ersetzung der Sozialversicherung¹⁵² durch eine allgemeine private Versicherungspflicht; oder auch ein rein steuerfinanziertes Konzept,¹⁵³ etwa in Gestalt

Einkommen für die „Bürgerversicherung“ herangezogen werden. Zur Offenheit des Begriffs „Sozialversicherung“ für neue Entwicklungen BVerfGE 103, 197 (217) – Pflegeversicherung (U. v. 4. 7. 2000) –. – Die Grundrechte der privaten Krankenversicherungen werden dadurch, dass sie ihr Geschäftsfeld verlieren, nicht notwendig verletzt. Art. 12 und Art. 14 GG geben keinen Bestandsschutz für alle derzeit vorhandenen Berufe. Dass dem Vertrauensschutz Rechnung zu tragen wäre, versteht sich von selbst. – Für Verfassungswidrigkeit statt vieler *Isensee* „Bürgerversicherung“ (Fn. 110), NZS 2004, 393; ebenfalls skeptisch *F. Kirchhof* Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten-„Bürgerversicherung“, NZS 2004, 1; differenzierend und insb. die Gesetzgebungskompetenz bejahend *S. Muckel* Verfassungsrechtliche Grenzen der Reformvorschläge zur Krankenversicherung, SGB 2004, 583 ff., 670 ff.

¹⁴⁸ Eine solche „Kopfprämie“ existiert etwa in der Schweiz, siehe *F. Beske/Th. Drabinski/H. Zöllner* Das Gesundheitswesen in Deutschland im internationalen Vergleich, 2004, 96.

¹⁴⁹ So die Diktion der FDP und ihres Gesundheitsministers *Philipp Rösler*, vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. 6. 2010, 11; s.a. vom 9. 7. 2010, 12 (Interview).

¹⁵⁰ So die Diktion der CSU und ihres bayerischen Gesundheitsministers *Markus Söder*, vgl. Der Spiegel 28/2010 vom 12. 7. 2010, 75.

¹⁵¹ Seltsamerweise bestehen gegen das Modell der „Gesundheitsprämie/Kopfprämie“ geringere verfassungsrechtliche Bedenken, s. z.B. *Sodan* Zukunft (Fn. 142), 154 f., obwohl es sich vom klassischen Bild der Sozialversicherung – dazu BVerfGE 75, 108 (146 f.) – Künstlersozialversicherung (U. v. 8. 4. 1987) – noch weiter entfernt als die „Bürgerversicherung“. – Zur Sache: Auch bei der „Kopfprämie“ sind die größten Bedenken kompetenzzieller Art. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein solches Gesundheitswesen ergibt sich jedoch entweder aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge) oder aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung). Die Variante „Fürsorge“ erscheint aus Gründen des Wortlauts und der Systematik vorzugswürdig (so auch, und noch weitergehend, *J. Schröder* Bürgerversicherung und Grundgesetz, 2008, 126 ff.). Es spricht aber auch manches für eine historisch-teleologische „Fortschreibung“ des Begriffs Sozialversicherung (abl. *Hase* [Fn. 137], 384 ff.); immerhin hat BVerfGE 109, 96 (109 f.) – Rentenversicherung der Landwirte (U. v. 9. 12. 2003) – es noch unter „Sozialversicherung“ subsumiert, wenn die Versicherung zu 70 Prozent aus Steuermitteln finanziert wird.

¹⁵² Siehe nochmals Fn. 143.

¹⁵³ So etwa in Dänemark, in Italien und in acht von zehn Provinzen Kanadas; in Großbritannien und Schweden wird der Nationale Gesundheitsdienst nicht nur aus Steuern, sondern auch aus dem Sozialversicherungssystem finanziert; siehe *Beske/Drabinski/Zöllner* (Fn. 148), 62, 78, 75, 93. – Die Gesetzgebungskompetenz des Bun-

einer medizinischen Grundversorgung für alle (und für mehr müsste individuell gezahlt werden). Dies ließe sich auch nicht erst auf den Gedanken der Fürsorge bzw. Mildtätigkeit stützen, sondern schon auf die Solidarität: eben weil dieser Teil des Gesundheitswesens das allgemeine Lebensrisiko abdeckt, das bei allen gleich ist. Ein derart verstaatlichtes Gesundheitssystem, wenn man will gar mit beamteten Ärzten,¹⁵⁴ hätte den großen Vorteil, dass die Abgrenzung der Grundversorgung von Zusatzleistungen sehr klar vonstatten ginge und sich klar bestimmten Entscheidungsträgern zurechnen ließe. Letztlich wäre diese Klarheit vielleicht sogar der entscheidende Schritt zu besserer Verteilungsgerechtigkeit.

2. *Freiheitsrechte contra Kungelei*

Wir haben gesagt, es sei ungerecht, Verteilungsgerechtigkeit und Erwirtschaftungsgerechtigkeit voneinander abzukoppeln. Insofern kann ein Schritt zu mehr Gerechtigkeit nur darin bestehen, die Letztanfrager und die Letztanbieter medizinischer Leistungen, also die Patienten und die Ärzte, näher zusammenzubringen.¹⁵⁵ Dies bedeutet zugleich: die Macht der Zwischenanbieter und Zwischennachfrager, d.h. der Krankenkassen und der Verbände der Leistungserbringer, zu beschneiden.

a) *Neue Aufgaben für die negative Vereinigungsfreiheit*

De lege lata sollte daher das subjektive Recht der Ärzte und Patienten, sich gegen ihre Zwangszusammenschlüsse zu wehren, gestärkt werden. So sollte die bekannte Vorfrage, ob der Schutz gegen öffentlich-rechtliche Zwangskörperschaften dem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 1 GG zuzuordnen ist, also der negativen Vereinigungsfreiheit, oder aber

des folgt auch in diesem Fall aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge, vgl. Fn. 151).

¹⁵⁴ Zum britischen Gesundheitssystem vgl. http://www.aok-bv.de/politik/europa/index_01410.html: 90 Prozent der Ärzte arbeiten im Rahmen des National Health Service; Nachteil: keine freie Arztwahl. – Bemerkenswert die Situation der Krankenhausärzte in Südtirol: Sie beziehen im Vergleich zum restlichen Italien und zu Österreich ein deutlich höheres Gehalt, verzichten dafür aber auf eine eigene freiberufliche Tätigkeit im Krankenhaus. Dies soll offenbar geändert werden, um „Exzellenz“ zu befördern (<http://www.provinz.bz.it/gesundheitswesen/download/perspektiven.26.09.05.pdf>, 60f.). Bis dato hatte sich das Südtiroler Gesundheitssystem allerdings schon durch sehr gute Werte ausgezeichnet, insbesondere durch signifikant hohe Lebenserwartung der Bevölkerung (ebd. 8).

¹⁵⁵ So im Wesentlichen auch das Fazit von *Blankart/Fasten/Schwintowski* (Fn. 67), die besonderen Nachdruck auf Stärkung der „Patientensouveränität“ legen.

nur der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG,¹⁵⁶ endlich zu Gunsten des Art. 9 Abs. 1 GG geklärt werden¹⁵⁷ – mit der Folge, dass Eingriffe in dieses Grundrecht, da es vorbehaltlos gewährt ist, nur mit Hilfe von Verfassungswerten zu rechtfertigen sind.¹⁵⁸ Selbst wenn man dem nicht folgt, sollte aber gelten

These 13: Gegen die Zwangsmitgliedschaft in den gesetzlichen Krankenkassen ist spätestens seit dem 1. 1. 2010 der Schutzbereich der negativen Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG eröffnet.

Begründung: Seit dieser Zeit sind die Kassen insolvenzfähig (§ 171b ff. SGB V), d.h. de facto privatisiert.¹⁵⁹ Diese Privatisierung zeigt sich ferner darin, dass die zwangsversicherten „Kunden“ relativ leicht von einer Krankenkasse in die andere wechseln können (§§ 173, 175 SGB V)¹⁶⁰ und sich offenbar auch sonst, nach der Vorstellung des Gesetzgebers, fast ebenso fühlen sollen wie die Kunden privater Versicherungen: Sie können Kostenerstattung statt Naturalleistung vereinbaren (§ 13 Abs. 2 SGB V),¹⁶¹ ferner Zusatztarife für bessere Leistungen oder Beitragsrückerstattung bei sparsamer Inanspruchnahme medizinischer Leistungen (zu allem § 53 SGB V).¹⁶² Wenn aber all dies sich nach Privatrecht anfühlt, dann *ist* es eben auch Privatrecht. – Nächste These,

¹⁵⁶ So die st. Rspr. seit BVerfGE 10, 89 – Erftverband (U. v. 29. 7. 1959) –.

¹⁵⁷ So auch die inzwischen wohl hM, s. etwa H. Bauer in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 47; W. Höfling in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 9 Rn. 22; wohl auch R. Scholz in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 9 Rn. 90; M. Cornils in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 9 Rn. 10.1; ferner J. Hellermann Die negative Seite der Grundrechte, 1993, 63 ff.; B. Pieroth/B. Schlink Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 792; seit je auch K. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 414. – AA etwa H. Sodan in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 9 Rn. 7; BVerfGE 123, 186 (262) – PKV-Basistarif –.

¹⁵⁸ Formel seit BVerfGE 28, 243 (Ls. 2) – Kriegsdienstverweigerung (B. v. 26. 5. 1970) – bekanntlich: „kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte“.

¹⁵⁹ Der wahre (nämlich praktische) Unterschied zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht besteht darin, dass man im Privatrecht in den Konkurs gehen kann. – Siehe demnächst aber die Habilitationsschrift von K. von Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz. Rechtliche Bewältigung finanzieller Krisen der öffentlichen Hand, 2010, die freilich eher den großen Staatsbankrott in den Blick zu nehmen scheint.

¹⁶⁰ Die Versicherten sind an die Wahl ihrer Krankenkasse derzeit 18 Monate gebunden (§ 175 Abs. 4 SGB V).

¹⁶¹ Nach Th. Kingreen Die Entwicklung des Gesundheitsrechts 2008/2009, NJW 2009, 3552 (3554), empfiehlt sich dies allerdings nicht.

¹⁶² Eingeführt durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26. 3. 2007 (BGBl. I 378) mit Wirkung vom 1. 1. 2009.

These 14: Wenn und weil die zu verteilenden Mittel knapp sind, müssen die Mitglieder aller Zwangskörperschaften einen – einfachrechtlich ausgestalteten – Anspruch auf Transparenz (Rechnungslegung) haben.

Es sollte daher endlich Pflicht werden, dass der Arzt dem Patienten eine Behandlungsrechnung stellt¹⁶³ oder sie ihm wenigstens zur Kenntnis gibt. Und es sollten Patient und Arzt verlangen dürfen, dass ihnen die Krankenkasse oder die Kassenärztliche Vereinigung nachvollziehbar vorrechnet, der Nutzen der Zwangskörperschaft übersteige die Kosten. Eine solche Pflicht zur Rechnungslegung muss der Gesetzgeber künftig angesichts des Grundrechts der Zwangsmitglieder aus Art. 9 Abs. 1 GG im SGB V verankern. Sollte er dies unterlassen, müsste die GKV hinfällig werden. (Gut, das ist etwas kühn? Nun, bei der Vermögensteuer war es nicht anders.¹⁶⁴)

b) Europäisches Recht contra PKV-Privileg

Je mehr sich das Geschäftsgebaren der Krankenkassen dem der Privatwirtschaft annähert, desto schwieriger dürfte es übrigens werden, den Löwenanteil des Umsatzes im Gesundheitswesen – also den Bereich der GKV – dem Europäischen Recht zu entziehen. Es spricht vielmehr einiges dafür, angesichts der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56–62 AEUV = exArt. 49–55 EGV) diesen Versicherungsmarkt entweder ganz zu öffnen oder ganz zu schließen, also entweder „GKV für alle“ – wie in der Schweiz¹⁶⁵ – oder „PKV für alle, mit Versicherungszwang und sozialem Ausgleich für die ganz Schwachen“ – wie jetzt in den USA¹⁶⁶. Der EuGH hat soeben in Sachen Glücksspiel gezeigt, dass er wenig Verständnis für Privilegien hat.¹⁶⁷

¹⁶³ ... so dass der Patient, wie bei der PKV, grundsätzlich in Vorleistung treten muss. Eine solche Regelung gibt es z.B. in Belgien – und dort beträgt der Beitrag für die gesetzliche Krankenversicherung, der nahezu alle Einwohner angehören, nur 100 Euro (!) pro Jahr (http://www.aok-bv.de/politik/europa/index_01345.html).

¹⁶⁴ BVerfGE 93, 121 (U. v. 22. 6. 1995).

¹⁶⁵ S. o. Fn. 148.

¹⁶⁶ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23. 3. 2010, 1, 2 und 9; s.a. vom 26. 3. 2010, 6; gegen die Reform wurden mittlerweile Verfassungsklagen erhoben, s. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. 8. 2010, 5.

¹⁶⁷ EuGH (Große Kammer), Vorabentscheidung vom 8. 9. 2010 – C 316/07 – Markus Stoß u.a. –, insb. Tenor unter 1 d; Vorabentscheidung vom 8. 9. 2010 – C 46/08 – Carmen Media Group –, insb. Tenor unter 2; vgl. auch Vorabentscheidung vom 8. 9. 2010 – C 409/06 – Winner Wetten – (zitiert nach juris). – In allen Fällen war Hauptargument die fehlende Kohärenz und „Systematik“, d.h. Konsequenz, der deutschen Regelung von Glücksspielen: einerseits ein staatliches Monopol auf die großen Lotterien, andererseits Gewerbefreiheit für Glücksspielautomaten, die ein erheblich höhe-

3. Klare Regeln, klare Kompetenzen

Ein dritter Punkt ist eigentlich selbstverständlich. Wenn wir nicht „mehr Gerechtigkeit“ wollen im Sinn von „jeder bekommt, was er meint, es stehe ihm zu“, dann muss „mehr Recht“ heißen: klare Regeln, aus denen sich möglichst ohne Umschweife ergibt, *warum* jemandem etwas zusteht.¹⁶⁸ Beispiel Ärztemangel: Ich könnte mir eine allgemeine Gebührenordnung vorstellen – wie es sie im Bereich der PKV seit jeher gibt¹⁶⁹ – mit Hebesätzen für Praxen in unterversorgten Gebieten.¹⁷⁰

„Mehr Recht“ hieße schließlich auch: klare Kompetenzen und klare Auslegung von Kompetenznormen. Insofern habe ich z. B. Zweifel an der PKV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Darf man auf den Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft/privatrechtliches Versicherungswesen“ (Art. 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 GG) wirklich eine Regelung stützen wie den Basistarif, der den Versicherungen unwirtschaftliches, ja selbstzerstörerisches Verhalten abverlangt?¹⁷¹ Und dies noch mit der Maßgabe, den Gesetzgeber treffe eine Beobachtungspflicht, ob das Kind auch wirklich in den Brunnen fallen wird?¹⁷²

res Suchtpotenzial bergen. Vielleicht führt dies zu einer schönen Definition von „Privileg“: Vorrecht ohne konsequent durchgehaltene Legitimation.

¹⁶⁸ Zu den dann anzuwendenden Verteilungskriterien – z. B. (1) Bedürftigkeit des Kranken, (2) Nutzen der Maßnahme, (3) Kosteneffektivität – und zu den Anforderungen an das Verfahren *S. Huster* Knapppheit (Fn. 136), 1073 ff., 1071 f.; s. auch *N. Daniels/J. E. Sabin* Setting Limits Fairly, 2. Aufl. 2008: Entscheidungen über die Verteilung von Gesundheitsgütern müssen den folgenden Kriterien genügen: (1) Transparenz, (2) Sachnähe, (3) Überprüfbarkeit und (4) eine institutionelle Absicherung der Einhaltung der ersten drei Kriterien.

¹⁶⁹ Gebührenordnung für Ärzte – GOÄ – vom 12. 11. 1982 (BGBl. I 1522), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. 12. 2001 (BGBl. I 3320), mit Gebührenverzeichnis als Anlage. Die GOÄ ist eine Rechtsverordnung der Bundesregierung, gestützt auf § 11 der Bundesärzteordnung (BÄO).

¹⁷⁰ In den neuen Ländern konnten die Ärzte Privatbehandlungen bis zum Jahr 2007 nur mit 90 Prozent der GOÄ-Sätze abrechnen.

¹⁷¹ BVerfGE 123, 186 (240) – Basistarif –: Dem Argument, der Basistarif „zerstöre ... auf Dauer das gesamte Geschäftsmodell der privaten Krankenversicherung“, hält das BVerfG lediglich entgegen, dies sei „jedenfalls derzeit“ nicht zu erwarten. – Zum Zusammenhang von Dauer (*in the long run*) und Gerechtigkeit s. auch Fn. 67.

¹⁷² BVerfGE 123, 186 (266) – Basistarif –: Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, ob die Neuregelungen in ihrem kumulativen Zusammenwirken zu einer „Auszeehrung“ des Hauptgeschäfts der PKV führen werden.

4. Verhinderung von Missbrauch

Wenn es klare Regeln gibt, dürfte sich übrigens ein Großteil des Problems „Verhinderung von Missbrauch“ von selbst erledigen. Zwar gibt es, wie gesagt, immer dieselben Schurken, uns selbst bei passender Gelegenheit eingeschlossen.¹⁷³ Aber man kann die Gelegenheiten zum Missbrauch¹⁷⁴ durch klare Regeln reduzieren, Regeln, die nicht zur Manipulation einladen, ja deren Missbrauch nicht geradezu Anerkennung provoziert (ich denke an die gewöhnliche Steuerhinterziehung, an den Volkssport Versicherungsbetrug und natürlich auch an manchen Drittmittelantrag).

V. Schlussbemerkung

Aber ist all dies, um zum Schluss zu kommen, nicht trivial? Und ist es nicht allzu bequem, nach besseren Gesetzen zu rufen? Vielleicht ist es nicht völlig trivial, den Gesetzgeber, wenn er denn wirklich *Recht* setzen will, daran zu erinnern: Es ist *nicht* seine Aufgabe – nicht *seine* Aufgabe –, Güter gerecht zu verteilen – Güter sind eben *immer* knapp (sonst wären es keine Güter) und daher immer ungerecht verteilt. Aufgabe des Gesetzgebers ist es vielmehr nur, die Verteilungsmechanismen im Gesundheitswesen halbwegs berechenbar zu machen und dadurch letztlich die Richtigen zu schützen. Denn,

These 15: Der Schutzauftrag des Rechts besteht im Gesundheitswesen wie auch überall sonst darin, die Guten, Ehrlichen, Maßvollen zu belohnen und die Bösen, Dreisten, Unmäßigen zu bestrafen. Wahrscheinlich lassen sich nur auf diese Weise, d. h. durch mehr Recht, die Verteilungsprobleme „nachhaltig“ lösen.

Die Guten, Ehrlichen, Maßvollen werden es nämlich einsehen, dass es keine unbegrenzten Ressourcen gibt und es deshalb auch keinen un-

¹⁷³ ... und es wäre vielleicht lohnend, einmal eine Typologie der üblichen Schurken des Gesundheitswesens zu entwerfen.

¹⁷⁴ Missbrauch im größten Stil ist es natürlich, wenn die Regeln maßgeblich von denen gesetzt werden, denen sie Vorteile bringen. Beispielsweise ist das Verfahren der Zulassung neuer Arzneimittel nach dem AMG vielleicht deshalb so verkompliziert worden, weil sich den Aufwand dann nur noch die großen Pharmaunternehmen leisten können, so der Leserbrief von A. Ganzer Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11. 5. 2010, 10. – Zum Bereich der Regelimplementierung G. Schott/K. Lieb/W.-D. Ludwig, Finanzierung von Arzneimittelstudien durch pharmazeutische Unternehmen und die Folgen, DÄBl. 2010, 279 (Teil 1), 295 (Teil 2): Häufig seien die Ergebnisse zu Gunsten des Geldgebers geschönt.

begrenzten Anspruch auf Leistungen geben kann. Sie werden einsehen, dass es eine Grenze gibt, jenseits derer es keine Ungerechtigkeit, sondern Schicksal ist,¹⁷⁵ wenn es gegen eine Krankheit kein Mittel gibt oder auch: kein für jeden erschwingliches Mittel, insbesondere Wundermittel¹⁷⁶. Ich habe den festen Glauben, dass die allermeisten Menschen zu diesen Guten, Ehrlichen und Maßvollen gehören¹⁷⁷ – wenn man sie denn hinreichend vor den anderen schützt.

Keine Lösung der Probleme des Gesundheitswesens ist jedenfalls zu erhoffen von der Wirtschaft oder der medizinischen Wissenschaft. Die Ökonomie kann Güter nicht unbegrenzt vermehren (außer vielleicht Geld, aber das rächt sich), sie kann auch nicht unbegrenzt Kosten reduzieren. Die medizinische Wissenschaft erzeugt zwar mehr potentielle „Gesundheitsgüter“, aber nicht mehr Geld, um sie bezahlen, und verschärft dadurch das Problem. Das gleiche gilt für die Politik jedenfalls solange, wie sie es als unvermeidlich darstellt, dass die Kosten des Gesundheitssystems immer weiter steigen müssten.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Zu dieser wichtigen Unterscheidung *J. N. Shklar* *The Faces of Injustice*, 1990, dt. *Über Ungerechtigkeit*, 1992.

¹⁷⁶ Im Grunde war dies die Hauptfrage im sog. Nikolausbeschluss BVerfGE 115, 25 – Bioresonanztherapie – (Fn. 8): Müssen die Krankenkassen die Kosten einer Heilmethode ersetzen, die vom Gemeinsamen Bundesausschuss (s.o. II 3 b dd) nicht anerkannt wurde, weil sie wissenschaftlich dubios ist? Das BVerfG hat dies bejaht, wenn der Versicherte an einer lebensgefährlichen Krankheit leidet und Linderung durch die neue Methode nicht ausgeschlossen erscheint. Zur Kritik daran s. den Zweitbericht von *Kingreen*, in diesem Band. – Hinzugefügt sei: Man sollte sich klar machen, dass Hauptschurke in diesem Fall wohl der Wunderheiler ist, der die Angst Todkranker ausnutzt, um ihnen zu weit überhöhten Preisen ein bisschen Hoffnung zu verkaufen.

¹⁷⁷ Oder wenn man so will: zu den *Gerechten* – so dass unsere Untersuchung, wie bei *Platon* und *Aristoteles*, letztlich mit der Gerechtigkeit als persönlicher Eigenschaft, als Tugend – *iustitia universalis* – endet.

¹⁷⁸ So etwa *Söder* (Fn. 54), 76.

Leitsätze des I. Referenten über:

Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen

I. Vorüberlegungen

These 1: Knappheit und Gerechtigkeit sind Kurzformeln dafür, dass die Verteilung von Gütern unvollkommen ist, genauer: dass sie unserem Wunsch nach einer besseren Welt widerspricht.

These 2: Gesundheit ist primär nicht ein öffentliches, sondern ein privates Gut. Was Krankheit und die nötige Vorsorge gegen Krankheit sind, ist relativ – ebenso wie Armut.

II. Befund: Verteilungskämpfe im „Gesundheitswesen“

These 3: Das Gesundheitswesen ist kein einheitliches Gebilde, es gliedert sich sowohl auf der Leistungsseite als auch auf der Finanzierungsseite in Sektoren. Gegenwärtig ist das Gesundheitswesen gekennzeichnet durch eine Fülle von Verteilungskämpfen an den Sektorengrenzen.

These 4: Auf Seiten der Finanzierung streiten die beiden Sektoren der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung (GKV und PKV) um die „guten Risiken“. Der Versuch, die schlechten Risiken dem jeweils anderen Sektor zuzuschieben, wirkt gelegentlich kleinkrämerisch.

These 5: Auf Seiten der Leistungserbringung ist das Gesundheitswesen weder ein Markt noch eine zentrale Planwirtschaft. Sein Wirtschaftssystem lässt sich beschreiben als ein neofeudales System der Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit.

These 6: Die wichtigsten Ressourcen im Gesundheitswesen sind Zeit und Arbeitskraft der Ärzte und das Geld der Patienten. Es besteht die Tendenz, Verteilungskämpfe auf deren Kosten zu führen.

III. Diagnose: Ein System kleiner Ungerechtigkeiten

These 7: Unter rechtsethischem Aspekt lässt sich das Gesundheitswesen als ein System kleiner Ungerechtigkeiten beschreiben.

These 8: Das Ungerechte am Nebeneinander von privater und gesetzlicher Krankenversicherung (PKV und GKV) besteht darin, dass das „Gesundheitswesen“ uns nicht als ein Volk von Freien und Gleichen nimmt, sondern als eine Masse von Schutzbedürftigen plus eine Elite von Tüchtigeren.

These 9: In einem System der Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit gibt es keine Gerechtigkeit. Verteilungsgerechtigkeit ohne Erwirtschaftungsgerechtigkeit ist Ausbeutung.

These 10: Im „Gesundheitswesen“ muss klar sein, welches Risiko angesichts der Gefahr, krank zu werden, abgesichert werden soll: das allgemeine Lebensrisiko oder je spezielle Risiken. Gerecht wäre entweder eine echte Versicherung, die allen offensteht und dabei individuelle Risiken berücksichtigt; oder aber eine Absicherung des allgemeinen Lebensrisikos durch eine im Grunde risikounabhängige Finanzierung des Gesundheitswesens.

IV. Therapie: Mehr Recht (iustitia legalis)!

These 11: Im Rahmen des Sozialstaatsprinzips sind zu unterscheiden: das Soziale unter Gleichen, genannt Solidarität („einer für alle, alle für einen“), und das Soziale unter Ungleichen, genannt Fürsorge oder Mildtätigkeit („vergelt's Gott“).

These 12: Die geplanten Modelle zur Reform der Finanzierung des Gesundheitswesens („Bürgerversicherung“, „Gesundheitsprämie/Kopfpauschale“) sind im Grundsatz allesamt mit der Verfassung vereinbar.

These 13: Gegen die Zwangsmitgliedschaft in den gesetzlichen Krankenkassen ist spätestens seit dem 1. 1. 2010 die negative Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG einschlägig.

These 14: Wenn und weil die zu verteilenden Mittel knapp sind, müssen die Mitglieder aller Zwangskörperschaften einen – einfachrechtlich ausgestalteten – Anspruch auf Transparenz (Rechnungslegung) haben.

V. Schlussbemerkung

These 15: Der Schutzauftrag des Rechts besteht im Gesundheitswesen wie auch überall sonst darin, die Guten, Ehrlichen, Maßvollen zu belohnen und die Bösen, Dreisten, Unmäßigen zu bestrafen. Wahrscheinlich lassen sich nur auf diese Weise, d. h. durch mehr Recht, die Verteilungsprobleme nachhaltig lösen.

Zweiter Beratungsgegenstand:

**Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit
im Gesundheitswesen**

2. Referat von Professor Dr. *Thorsten Kingreen*, Regensburg*

Inhalt

	Seite
I. Knappheit zwischen Autonomie und Heteronomie	154
II. Das Knappheitslaboratorium Gesundheitswesen	155
1. Die gesetzliche Krankenversicherung als geschlossenes System	155
2. Strategien der Knappheitsbewältigung und -verdrängung	156
III. Knappheitsrelevante Regelungsstrukturen im deutschen Gesundheitsrecht	160
1. Der leistungsrechtliche Maßstab: Notwendigkeit der Krankenbehandlung	161
2. Konkretisierungen und Relativierungen des Notwendigkeitsgrundsatzes	161
a) Der juristische Krankheitsbegriff	162
b) Eigenverantwortung	163
c) Wirtschaftlichkeit	168
aa) Verhältnis zum Notwendigkeitsgrundsatz	168
bb) Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln . .	169
IV. Organisation und Verfahren gesundheitspolitischer Allokationsentscheidungen	175
1. Prozedurale Verteilungsgerechtigkeit	175
2. Demokratische Legitimation der Entscheidungsträger . .	176

* Für anregende Diskussion, wertvolle Kritik und ermutigenden Zuspruch danke ich Ulrich Becker, Susanne Henck, Stefan Huster, Jens Kersten, Weyma Lübke und Stephan Rixen. Der nachfolgende Text entspricht dem am 30. 9. 2010 gehaltenen Vortrag und berücksichtigt daher insbesondere nicht die zu Beginn des Jahres 2011 in Kraft getretene Reform des Arzneimittelrechts.

V.	Rationierung im Kontext	180
1.	Der „Nikolaus-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts	181
2.	Stärkung der kollektiven Versichertenteilhabe	184

I. Knappheit zwischen Autonomie und Heteronomie

Knappheit ist menschlich. Denn sie wird ausgelöst durch unsere Bedürfnisse, und diese sind unendlich: Knapp ist alles, was möglich ist, alles, was andere haben, aber uns noch fehlt. Der wahre Lebenskünstler vergleicht sich daher nur mit solchen Mitmenschen, denen es schlechter geht als ihm.¹ Schon *Hobbes* sah den Menschen im Naturzustand im ständigen Wettlauf mit sich selbst und seinesgleichen, um dem Dilemma zwischen unbegrenzten Bedürfnissen und begrenzten Mitteln zu entkommen.² Dieses „System der Bedürfnisse“, das *Hegel* später als Charakteristikum der bürgerlichen Gesellschaft ausgemacht hat,³ hat die Hoffnung, Knappheit durch Fortschritt zu überwinden, als Utopie entlarvt. Knappheit ist ein Thema auch der Wohlstands-, ja der Überfluggesellschaft.

Aufgrund des Ursprungs der Knappheit, der Bedürfnisse, bestimmen wir an sich autonom darüber, was uns fehlt und was nicht. Die Erfahrung von Endlichkeit versetzt uns in die Lage, Bedürfnisse kritisch zu überprüfen, mit materiellen und immateriellen Gütern bewusst und sparsam umzugehen und Präferenzen zu definieren; darin sind wir kollektiven Akteuren überlegen, die Bedürfnisse bündeln, generalisieren und Prioritäten mitunter gegen unseren Willen festlegen. Dennoch wird Knappheit maßgeblich durch Heteronomie geprägt. Was wir brauchen, hängt auch davon ab, was uns industriell oder institutionell untergeschoben oder gar aufgedrängt wird.⁴ Um Bedürfnisse zu wecken und dann auch gleich Angebote zur Regulierung von Knappheit zu unterbreiten, werden immer komplexere Strukturen und Institutionen geschaffen. Haben wir uns erst einmal an sie gewöhnt und an das, was sie produzieren, glauben wir bald, ohne sie nicht mehr auskommen zu können.⁵ Das erzeugt Unsicherheit, weil Knappheit immer weniger individuell kalkulierbar wird.

Knappheit wird also wesentlich durch die Zuständigkeit für die Artikulation von Bedürfnissen beeinflusst: Was knapp ist und was zu tun ist, wenn etwas als knapp gilt, hängt davon ab, wer mit welchem Wis-

¹ Das Zitat wird *A. Maurois* zugeschrieben, vgl. *B. Balla* Knappheit als Ursprung sozialen Handelns, 2005, 32, dort auch zur komparativen Knappheit.

² *T. Hobbes* *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 1651, dt. Ausgabe: *H. Klenner* (Hrsg.) *Leviathan*, 1996, Teil I, 11. Kap: „ständige[s] Fortschreiten des Verlangens von einem Gegenstand zum anderen, wobei jedoch das Erlangen des einen Gegenstandes nur der Weg ist, der zum anderen Gegenstand führt.“

³ *G. F. W. Hegel* *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 188 ff.

⁴ *M. Gronemeyer* *Die Macht der Bedürfnisse: Überfluss und Knappheit*, 2. Aufl. 2009, 36 ff.

⁵ *I. Illich* *Selbstbegrenzung*, 1998, 38.

sen, welchem Einfluss, welchen Präferenzen und in welchen Verfahren darüber entscheidet.

II. Das Knappheitslaboratorium Gesundheitswesen

Das Gesundheitswesen, das man ohnehin gleichsam intuitiv mit Knappheit gleichsetzen möchte, ist ein besonders geeignetes Laboratorium dafür, diese Abhängigkeit der Knappheit von den Entscheidungs- und Regelungsstrukturen eines Lebensbereiches zu illustrieren.

1. Die gesetzliche Krankenversicherung als geschlossenes System

Das im Sozialgesetzbuch V (SGB V) geregelte Krankenversicherungsrecht enthält ein geschlossenes System, das weitgehend die Entscheidung darüber beansprucht, wer welche Risiken zu welchem Beitrag versichern muss und welche Leistungen im Versicherungsfall beanspruchen kann.⁶ Es ruht auf vier Pfeilern:

(1) der gesetzlich angeordneten *Versicherungspflicht* (§ 5 SGB V) von etwa 80 % der Bevölkerung,⁷

(2) der *solidarischen Finanzierung*, bei der die Beiträge nicht nach dem Äquivalenzprinzip, sondern auf der Grundlage eines einheitlichen Beitragssatzes (§ 241 SGB V) allein nach der finanziellen Leistungsfähigkeit bemessen werden (§§ 226 ff. SGB V),⁸

(3) einem von der Höhe der geleisteten Beiträge unabhängigen *einheitlichen Leistungskatalog* und

(4) dem *Bedarfsprinzip*, d.h. es wird nicht (wie etwa in Großbritannien) ein fester Anteil an den gesamtgesellschaftlichen Ressourcen für das Gesundheitssystem reserviert, mit denen das System auskommen muss, sondern es werden grundsätzlich alle notwendigen Leistungen unabhängig von den dafür aufzuwendenden Mitteln erbracht.

⁶ Mikroskopische Lücken in diesem geschlossenen System bilden das Krankenkassenwahlrecht (§ 173 SGB V) und die Möglichkeit, Wahltarife in Anspruch zu nehmen (§ 53 SGB V).

⁷ Der wichtigste Tatbestand ist § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, der alle abhängig Beschäftigten erfasst, deren Einkommen unterhalb der Versicherungspflichtgrenze (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) von derzeit (2010) 49.950 € liegt. § 193 Abs. 3 VVG verpflichtet darüber hinaus Personen, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig oder versichert sind, zum Abschluss eines privaten Versicherungsvertrages.

⁸ Zur Struktur des Solidarprinzips T. Kingreen Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, 268 ff.

2. Strategien der Knappheitsbewältigung und -verdrängung

Dieses geschlossene, weitgehend durch Heteronomie geprägte System bezieht seine politische Legitimation aus dem Umstand, dass grundsätzlich jedermann Zugang zu einem Versicherungs- und damit auch zum medizinischen Versorgungssystem hat und im Prinzip alle notwendigen Leistungen erhält. Gibt das System diesen Anspruch aber unter den Bedingungen von Knappheit auf, so werden auch seine Strukturen in Frage gestellt.

Bislang dominieren allerdings Therapieversuche, die man im weitesten Sinne als *Rationalisierung* bezeichnen kann. In immer neuen Strukturreform-, Neuordnungs-, Modernisierungs- und Solidaritätsstärkungsgesetzen⁹ hat der Gesetzgeber den Wettbewerb als neues Steuerungsmedium entdeckt, die Kommunikation und Kooperation zwischen den Versorgungsbereichen verbessert und Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsprüfungen intensiviert; er hat die Krankenkassenverbände umstrukturiert, ist der ausufernden Leistungsanspruchnahme mit neuen Vergütungssystemen und Zuzahlungspflichten entgegengetreten, hat mehr oder weniger sinnvolle Präventionsprogramme aufgelegt und strebt jetzt sogar an, das einigermaßen absurde Arzneimittelpreisrecht zu novellieren.¹⁰

Einige dieser Therapieversuche waren durchaus sinnvoll und erfolgreich. Aber letztlich ist es doch seit über 20 Jahren wie im Karussell: Irgendwann kommt man wieder dort an, wo man eingestiegen ist. Auf die Euphorie des Neuanfangs zu Beginn einer Legislaturperiode¹¹ folgen Ernüchterung, Schuldzuweisungen, Zerfallsprognosen und die nächste Reform. Dieses Reformkarussell wird angetrieben durch zwei Impulse, die das System selbst aber nur begrenzt beeinflussen kann: Seine Einnahmen erodieren durch eine seit Jahren sinkende Grundlohnsumme¹²

⁹ Vgl. als Übersicht U. Becker/T. Kingreen in: Becker/Kingreen (Hrsg.) SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 22ff.

¹⁰ Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmärktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AMNOG), www.bmg.bund.de/cln_178/nn_1449852/SharedDocs/Downloads/DE/Standardartikel/G/Glossar-Gesetze/amnog;templateId=ra w,property=publicationFile.pdf/amnog.pdf.

¹¹ Paradigmatisch: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 8. 9. 2003, BT-Drucks. 15/1525, 1.

¹² Deutsche Bundesbank, Finanzielle Entwicklung und Perspektiven der gesetzlichen Krankenversicherung, Monatsbericht 2004, 20f. Die Grundlohnsumme ist die Summe der beitragspflichtigen Einkommen und Entgelte je Mitglied (§ 71 Abs. 3 SGB V). Sie ermöglicht insoweit genauere Aussagen als die sog. Lohnquote, die etwa die für die Beitragsbemessung relevanten Renten nicht erfasst, dafür aber zB die für die Beitragsbemessung irrelevanten Beamtenbezüge und Einkommen jenseits der Bei-

und durch die demografische Entwicklung¹³. Zugleich steigen die Ausgaben, vor allem aufgrund des medizinischen Fortschritts, der zwar vielfach nützliche neue Behandlungsmöglichkeiten erschließt,¹⁴ aber auch einen durch Anbieterinteressen beförderten Trend zur Überversorgung begünstigt¹⁵ und zunehmend auch dazu führt, dass alle möglichen Probleme der individuellen und kollektiven Daseinsbewältigung als Gesundheitsprobleme gedeutet werden.¹⁶

tragsbemessungsgrenze (§ 223 Abs. 3 SGB V) einbezieht, vgl. dazu etwa Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Finanzierung, Nutzerorientierung und Qualität, Gutachten 2003 (Kurzfassung), 17 ff.

¹³ Der Anteil der Rentner und Rentnerinnen an den Gesamtmitgliedern ist zwischen 1991 und 2008 allmählich von 28 % auf 33 % angestiegen (Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Statistisches Jahrbuch 2009 www.bmas.de/portal/38586/statistisches_taschenbuch_2009.html). Er wird angesichts der steigenden Lebenserwartung und der daran gemessen nur geringen Erhöhung des Renteneintrittsalters (§ 235 Abs. 3 SGB VI) weiter ansteigen. Das wirkt sich negativ jedenfalls auf die Einnahmen aus, weil die Renten regelmäßig geringer ausfallen als die Arbeitsentgelte. Ob die Alterung der Gesellschaft auch die Leistungsausgaben nachteilig beeinflusst, ist zwar umstritten (vgl. für Nachweise auf die Debatte: Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Gutachten 2005, BT-Drucks. 15/5670, 100 ff.); jedenfalls hat sich das Defizit zwischen Beitragseinnahmen und Leistungsausgaben in der Krankenversicherung für Rentner zwischen 1991 und 2008 von umgerechnet 21,5 Milliarden auf 39,9 Milliarden € fast verdoppelt (vgl. Kassenärztliche Bundesvereinigung, Grunddaten zur vertragsärztlichen Versorgung 2009, 71 = Daten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, www.kbv.de/2422.html). Dazu, dass sich die Alterung der Gesellschaft auch auf die Strukturen des Leistungserbringungsrechts auswirken wird *W. Kluth* Verlangt der demografische Wandel eine neue Zuordnung der ärztlichen und sonstigen Gesundheitsleistungen? – Eine Problemskizze, *MedR* 2010, 372 (375 ff.).

¹⁴ Der medizinische Fortschritt besteht weniger in Prozessinnovationen, die es erlauben würden, eine bestimmte Leistung zu niedrigeren Kosten herzustellen (Beispiel: medikamentöse Behandlung zur Vermeidung von Operationen, etwa bei Magengeschwüren), sondern regelmäßig in Produktinnovationen, die neue Behandlungsmöglichkeiten erschließen, vgl. zur Unterscheidung zwischen Prozess- und Produktinnovationen etwa *F. Breyer/P. Zweifel/M. Kifmann* Gesundheitsökonomik, 5. Aufl. 2004, 508 ff.

¹⁵ So ist zwar die Implantation von Knie- oder Hüftprothesen ein grundsätzlich sinnvoller medizinischer Eingriff. Dennoch ist es angesichts der Operationskosten von gut 7000 € und weiteren durchschnittlich 3000 € Rehabilitationskosten zumindest erklärungsbedürftig, warum die Zahl der implantierten Knieprothesen bei gesetzlich Versicherten allein zwischen 2003 und 2009 um 52 % auf 175 000 und bei Hüftprothesen um 18 % auf 209 000 pro Jahr angestiegen ist, vgl. Barmer GEK, Krankenhausreport 2010.

¹⁶ *W. Wieland* Grundlegende Aspekte des Krankheitsbegriffs, in: Mazouz/Werner/Wiesing (Hrsg.) Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2004, 15 (25 f.); s. auch *J. Blech* Die Krankheitserfinder, 2003.

Eine Diskussion über die knappheitsbedingte Vorenthaltung von Leistungen gilt in Deutschland gleichwohl parteiübergreifend als politisch nicht opportun,¹⁷ weil in ihr eine Gefahr für das Vertrauen in das Gesundheitssystem und die Legitimation seiner Strukturen gesehen wird.¹⁸ Die Diskussion ist dadurch einigermaßen asymmetrisch, weil in medizinischen Fachkreisen, der Wissenschaft und auch in anderen Ländern¹⁹ schon seit vielen Jahren über die knappheitsbedingte Vorenthaltung von Gesundheitsleistungen diskutiert wird, wobei es nicht mehr darum geht, ob, sondern welche Leistungen wie vorenthalten werden sollen.²⁰ Die fachwissenschaftliche Debatte kreist um die Begriffe der *Rationierung* und *Priorisierung*, allerdings in schillernder Definitionsvielfalt,²¹ kaska-

¹⁷ BT-Drucks. 15/1525, 1: „Eine Lösung des Problems durch Rationierung von Leistungen zu Lasten von Patientinnen und Patienten wird parteiübergreifend strikt abgelehnt.“ Diese Verdrängungsstrategie wird seit 2004 durch die Erschließung einer neuen Finanzierungsquelle begünstigt: den Steuerzuschuss, der in den vergangenen 6 Jahren von 0 auf 15,7 Milliarden € (§§ 221 Abs. 1, 221a SGB V) angewachsen ist. Er hat den besonderen politischen Charme, in der Gegenwart niemanden zu belasten und die bewährte Sprachregelung aufrechtzuerhalten, dass das System den demografischen Wandel bewältigen kann und der medizinische Fortschritt allen Versicherten zu bezahlbaren Bedingungen zugänglich bleibt.

¹⁸ Rationierung ist daher ein „dirty word“, s. *P. Singer* Why we must ration Health Care, *The New York Times* v. 19. 7. 2009.

¹⁹ Vgl. etwa *H. Raspe* Priorisierung medizinischer Leistungen: von der Theorie zur Praxis, in: *Schöne-Seifert/Buyxs/Ach* (Hrsg.), *Gerecht behandelt? – Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen*, 2006, 108 ff. und *J. Staber/H. Rothgang* Rationierung und Priorisierung im Gesundheitssystem. Internationale Erfahrungen, *GGW* 2010, 16 ff.

²⁰ Vgl. etwa Beschlussprotokoll des 111. Deutschen Ärztetages vom 20. 5. – 23. 5. 2008 in Ulm, 20: „Die an sich notwendige Versorgung kann heute nicht mehr allen Patienten zur Verfügung gestellt werden. Rationierung findet statt.“

²¹ Meist wird als Rationierung die Einschränkung des Zugangs zu medizinisch notwendigen Maßnahmen verstanden, die einen positiven Effekt auf die Lebensqualität bzw. die Lebenserwartung von Patienten haben (vgl. nur beispielhaft Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Bedarf, bedarfsgerechte Versorgung, Über-, Unter- und Fehlversorgung im Rahmen der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung, Arbeitspapier, April 2000, unter 3.; Nationaler Ethikrat, *Gesundheit für alle – wie lange noch?*, Infobrief November 2006, 4; Bericht der Enquête-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT-Drucks. 15/5980, 46; *G. Marckmann* Verteilungsgerechtigkeit in der Gesundheitsversorgung, in: *Schulz/Steigleder/Fangerau/Paul* [Hrsg.] *Theorie und Ethik der Medizin*, 2006, 183 [193 f.]; *S. Schürch* Rationierung in der Medizin als Straftat, 2000, 37; *C. Schultheiss* Rationierung im Gesundheitswesen, *Zeitschrift für Medizinische Ethik* 46 [2000], 219 [223 ff.]). Von der Rationierung unterschieden wird bisweilen die Priorisierung, bei der es nicht um Leistungsausschlüsse, sondern darum gehen soll, Vorrang-Nachrang-Relationen zwischen einzelnen Patientengruppen, Leistungen oder Leistungsberei-

denhaften Verzweigungen²² und wegen des Bestrebens, kontextfreie Grundlagenprobleme zu klären, auch ohne Bezüge auf ein bestimmtes Gesundheitssystem. Begriffe des Rechts sind Rationierung und Priorisierung nicht. Ihre rechtswissenschaftliche Beurteilung kann nur auf der

chen zu entwickeln (Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer, Priorisierung medizinischer Leistungen im System der Gesetzlichen Krankenversicherung, September 2007, 3 mit der These, Priorisierung führe nicht zwangsläufig zur Rationierung). Teilweise wird die Priorisierung auch als Vorstufe zur Rationierung angesehen (*W. A. Wohlgemuth/K. Alber/B. Bayerl/M. H. Freitag* Priorisierung in der Medizin: Eine theoretische und empirische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Wohlgemuth/Freitag [Hrsg.] Priorisierung in der Medizin, 2009, 1 [4]). Der Verdacht, dass es sich dabei nur um einen semantischen Trick handelt, liegt nahe, denn die Kehrseite von Priorisierung ist Posteriorisierung, und diese bedeutet dann doch wieder, dass grundsätzlich nützliche medizinische Leistungen knappheitsbedingt jedenfalls vorübergehend vorenthalten werden; vgl. dazu *G. Duttge* Rationierung im Gesundheitswesen: Auf der Suche nach der Verteilungsgerechtigkeit, in: Duttge/Dochow/Waschkewitz/Weber (Hrsg.) Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems, 2009, 139 (160 mit Fn. 123); *S. Rixen* Rationierungen im Leistungsrecht, in: Fischer/Meyer (Hrsg.) Gesundheit und Wirtschaftswachstum, 2010, 51 (52f.); *U. Wenner* Rationierung, Priorisierung, Budgetierung: verfassungsrechtliche Vorgaben für die Begrenzung und Steuerung von Leistungen der Gesundheitsversorgung, *GesR* 2009, 169 (170). Differenzierend danach, ob Leistungen endgültig oder dauerhaft vorenthalten werden *F. Welti* Allokation, Rationierung, Priorisierung: Rechtliche Grundlagen, *MedR* 2010, 379 (381).

²² So wird etwa zwischen weicher und harter, direkter und indirekter, verdeckter und offener sowie expliziter und impliziter Rationierung unterschieden (vgl. dazu die Übersicht von *A. Brech* Triage und Recht. Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, 2007, 84ff.), um zum Ausdruck zu bringen, dass Rationierungsentscheidungen entweder durch Rechtsnormen oder durch den Arzt selbst und dass sie entweder offen ausgeflaggt oder unausgesprochen getroffen werden können. Hier herrscht aber überhaupt keine Klarheit über die Begriffe. So wird explizite Rationierung als rechtlich geregelte Verteilungsentscheidung oberhalb der Arzt-Patienten-Beziehung, implizite Rationierung hingegen als ärztliche, rechtlich nicht determinierte Entscheidung im Einzelfall bezeichnet (vgl. nur Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer [Fn. 21], 3f.). Unklar bleibt aber, ob diese Unterscheidung an der Entscheidungsform oder an der Entscheidungsebene anknüpft. Wird also danach differenziert, ob die Rationierung offen ausgesprochen wird oder nicht (so etwa *V. H. Schmidt/T. Gutmann* Einleitung, in: *V. H. Schmidt/T. Gutmann* [Hrsg.] Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, 7 [24], die die Unterscheidung daher synonym mit der Unterscheidung offene/versteckte Rationierung verwenden) oder danach, ob sie oberhalb oder innerhalb der Arzt-Patienten-Beziehung getroffen wird (vgl. etwa *S. Huster/D. Strech/G. Marckmann/D. Freyer/K. Borchers/A. Neumann/J. Wasem/C. Held* Implizite Rationierung als Rechtsproblem, *MedR* 2007, 73 [73]; *T. Kopetsch* Zur Rationierung medizinischer Leistungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, 76ff.; *Marckmann* [Fn. 21], 195).

Grundlage der Regelungsstrukturen eines konkreten Gesundheitssystems mit seinen Institutionen, Verfahren und materiellen Rechten erfolgen.²³

III. Knappheitsrelevante Regelungsstrukturen im deutschen Gesundheitsrecht

Ein Blick auf diese Regelungsstrukturen entlarvt den politischen Umgang mit der Thematik in Deutschland als strategische Tarnung.²⁴ Schon das geltende Recht schließt nämlich notwendige Leistungen ganz oder teilweise aus oder ermöglicht und begünstigt das zumindest. Im Leistungserbringungsrecht geschieht dies tendenziell eher implizit, etwa durch unattraktive Vergütungsstrukturen, die die Erbringung von notwendigen Leistungen jedenfalls verzögern,²⁵ oder eine unzureichende Gesundheitsinfrastruktur, durch die existentielle Verteilungsentscheidungen auf das Gesundheitspersonal verlagert werden.²⁶

²³ Darüber hinaus scheint es schon innerhalb der Europäischen Union auch kulturell und gesellschaftlich bedingte Unterschiede bei der Einstellung zu Allokationsentscheidungen zu geben, vgl. Sachverständigenrat (Fn. 12), 95.

²⁴ Treffend *S. Huster* Das Versteckspiel mit der Rationierung, FAZ v. 17. 7. 2009, 12.

²⁵ Dafür verantwortlich sind insbesondere die für die Verteilung der Gesamtvergütung durch die Kassenärztlichen Vereinigungen maßgeblichen Regelleistungsvolumina. Das von der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung (§ 87b Abs. 5 S. 1 SGB V) zuzuweisende Regelleistungsvolumen ist nach § 87b Abs. 2 S. 2 SGB V die von einem Arzt oder der Arztpraxis in einem bestimmten Zeitraum abrechenbare Menge der vertragsärztlichen Leistungen, für die der Vertragsarzt den vollen Betrag nach der regionalen Gebührenordnung (§ 87a Abs. 2 S. 6 SGB V) erhält, dh es gibt ein praxisindividuelles Budget mit einem garantierten Punktwert (*U. Wenner* Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, § 22 Rn. 6). Überschreitet der Vertragsarzt den durch das Regelleistungsvolumen abgedeckten Leistungsbedarf, so wird der übersteigende Leistungsbedarf nach § 87b Abs. 2 S. 3 SGB V nur mit abgestaffelten Preisen vergütet. Die Regelleistungsvolumina sollen den Arzt davon abhalten, Leistungen zu erbringen, die medizinisch nicht erforderlich sind (BT-Drucks. 16/3100, 123). – Entsprechende Anreize könnten auch die Richtgrößen, eine Art Individualbudget des einzelnen Arztes bei der Arzneimittelverordnung (§ 84 Abs. 6 SGB V), und die indicationsbezogenen Fallpauschalen für die Vergütung von Krankenhausleistungen (§§ 7 ff. KHEntgG) auslösen, die „blutige Entlassungen“ (*B.-R. Kern* Das Spannungsverhältnis zwischen Haftungsrecht und Kassenarztrecht, MedR 2004, 300 [303]) begünstigen könnten.

²⁶ Bekannt sind etwa die durch Personal- und/oder Bettenmangel in Krankenhäusern verursachten Wartezeiten bei Operationen und das Phänomen von in den Städten umher irrenden Rettungsdienstwagen, die wegen fehlender Kapazitäten in der Intensivmedizin keinen Platz für ihre Notfallpatienten finden, vgl. *Brech* (Fn. 22), 79.

1. *Der leistungsrechtliche Maßstab:
Notwendigkeit der Krankenbehandlung*

Explizite Leistungsausschlüsse enthält hingegen das Leistungsrecht. Schlüsselbegriff und damit normativer Anknüpfungspunkt für die Frage, ob rationiert wird, ist hier die „Notwendigkeit der Krankenbehandlung“ in § 27 Abs. 1 SGB V. Was genau „notwendig“ ist, steht aber nicht im formellen Gesetz, sondern ergibt sich aus einem komplexen Geflecht von Rechtsnormen und Verträgen, die die Verbände der Krankenkassen und Leistungserbringer im Rahmen der sog. Gemeinsamen Selbstverwaltung mit unmittelbarer Wirkung für die Versicherten erlassen und vereinbaren.²⁷ Hervorzuheben sind die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses – ein hybrides Gremium, das neben drei neutralen Mitgliedern aus Vertretern der Krankenkassen, der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft (vgl. § 91 Abs. 1 SGB V) sowie der Patientinnen und Patienten besteht, die allerdings nur ein Beteiligungsrecht haben (§ 140f Abs. 1, 2 SGB V). Die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (§ 92 SGB V) haben die Funktion, die gesetzlich nur als Rahmenrechte ausgestalteten Anspruchsgrundlagen mit normativer Wirkung zu durchsetzbaren Einzelsprüchen zu verdichten.²⁸

2. *Konkretisierungen und Relativierungen
des Notwendigkeitsgrundsatzes*

Der Rechtsbegriff der „Notwendigkeit“ ist eingebunden in ein System von weiteren vagen Metabegriffen mit multidisziplinären Implikationen:²⁹

²⁷ Beispiel: § 28 Abs. 1 S. 1 SGB V beschränkt sich für ärztliche Leistungen auf die Aussage, dass der Anspruch auf ärztliche Behandlung die Tätigkeit des Arztes erfasst, die zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig ist. Der konkrete Katalog ärztlicher Leistungen ergibt sich erst aus dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM, § 87 Abs. 1, 2 SGB V), der durch den aus Vertretern der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Vereinigungen bestehenden Bewertungsausschuss (§ 87 Abs. 3 SGB V) beschlossen wird; er enthält zugleich die für die Vergütung des Vertragsarztes wesentlichen Grundlagen. Seiner Rechtsnatur nach soll es sich um einen Normsetzungsvertrag und mithin um einen Rechtsnorm handeln (BSGE 81, 86 [89]; 83, 218 [219]; 88, 216 [233]).

²⁸ BSGE 73, 271 (279 ff.); 78, 70 (75 ff.); 81, 54 (59 ff.); 81, 73 (76 ff.).

²⁹ Vgl. auch *W. Noftz* in: Hauck/Noftz (Begr./Hrsg.) SGB V, Loseblattslg., § 12 [2000] Rn. 14.

a) *Der juristische Krankheitsbegriff*

Bezugspunkt der „Notwendigkeit“ ist die Krankheit, d.h. ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.³⁰

Für die Frage der Regelwidrigkeit gilt als Orientierung ein, durchaus zu Missverständnissen einladendes,³¹ Leitbild des gesunden Menschen. Gemeint ist damit nicht ein Ideal-, sondern der Normalzustand des Menschen unter Berücksichtigung der einzelnen Lebensabschnitte. Krankheit ist daher ein normativer Begriff. Der als Bezugspunkt fungierende Normalzustand ist kulturell, sozial und medizinisch bedingt. So gilt Fettleibigkeit unter den Bedingungen von Armut und Hunger als Statussymbol, ist aber in der Wohlstandsgesellschaft eine behandlungsbedürftige Volkskrankheit³² und verdankt sich die Einordnung der Transsexualität als Krankheit³³ auch gewandelten gesellschaftlichen Einstellungen. Und manche früher als natürlich empfundene Symptome des Alterns nehmen wir auch erst als krankhafte Demenz wahr, seit mit Alois Alzheimer die Geschichte der medizinischen Diagnostik dieser Symptome begonnen hat.³⁴ Umgekehrt wird Homosexualität erst seit Mitte des vergangenen Jahrhunderts nicht mehr als Krankheit angesehen³⁵ und können die am Lebensalter anknüpfenden Leistungseinschränkungen bei der künstlichen Befruchtung nur dadurch legitimiert werden, dass die nicht organisch bedingte Unfruchtbarkeit aus dem Krankheitsbegriff herausdefiniert wird.³⁶

³⁰ BSGE 26, 240 (242); 35, 10 (12); 85, 36 (38); 90, 289 (290); grundlegende Kritik: W. Mazal Krankheit als Rechtsbegriff, in: Mazouz/Werner/Wiesing (Fn. 16), 127 ff.

³¹ H. Lang in: Becker/Kingreen (Fn. 9), § 27 Rn. 12; zur Problematik des „Normalen“ auch U. Wiesing Kritische Anmerkungen zu einer Krankheitsdefinition anhand objektiver Kriterien, in: Mazouz/Werner/Wiesing (Fn. 16), 47 (50 ff.).

³² Zum Krankheitscharakter der sog. Adipositas BSG, NZS 2004, 140 (141).

³³ Vgl. BSGE 62, 83 (84); 81, 240 (244) sowie C. Correll Im falschen Körper – ein Beitrag zur rechtlichen und tatsächlichen Problematik der Transsexualität, NJW 1999, 3372 (3376). Zur diesbezüglichen Rechtsprechung im Einzelnen H. Lang in: Becker/Kingreen (Fn. 9), § 27 Rn. 17.

³⁴ Dazu V. Wetzstein Alzheimer-Demenz – Entstehung eines Krankheitsbegriffs, in: Nationaler Ethikrat, Altersdemenz und Morbus Alzheimer, 2005, 39 ff. – Auch verdankt etwa die Altersschwerhörigkeit ihre Anerkennung als Krankheit (BSGE 85, 36 [39]) vermutlich in nicht unerheblichem Maße den in den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts entwickelten Hörgeräten. Entsprechendes würde wohl für den Haarausfall beim Mann gelten, wenn man ihm denn mit nebenwirkungsfreien Mitteln beikommen könnte.

³⁵ Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat sie gar erst 1992 von der Liste der Krankheiten gestrichen.

³⁶ BVerfGE 117, 316 (326): „Grenzbereich zwischen Krankheit und solchen körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen eines Menschen, deren Beseitigung oder

Neuvermessungen des Referenzzustandes „Normalität“ beeinflussen also die Auslegung des gesetzlichen Krankheitsbegriffs und damit auch die Frage, ob ein bestimmtes Gesundheitssystem rationiert oder nicht. Denn wer schon nicht krank ist, ist nicht auf Leistungen angewiesen, die ihm knappheitsbedingt vorenthalten werden könnten.

b) *Eigenverantwortung*

Eine wichtige Relativierung des Ausgangsversprechens, dass alle notwendigen Leistungen erbracht werden, enthält § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V, der alle Leistungen ausschließt, die der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden. Zur Begründung der Eigenverantwortung werden vier Argumente herangezogen:

(1) Die *Zumutbarkeit der Selbstbeschaffung* wird bemüht, um den weitgehenden Ausschluss von Sehhilfen (§ 33 Abs. 2 SGB V) und nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (§ 34 Abs. 1 S. 1–6 SGB V)³⁷ zu begründen.³⁸ Das Zumutbarkeitsargument wird ferner für Zuzahlungen (§ 61 SGB V)³⁹ herangezogen.

Besserung durch Leistungen der GKV nicht von vornherein veranlasst ist“, vgl. auch BVerfG NJW 2009, 1733 (1733); kritisch S. Huster Die Leistungspflicht der GKV für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung und der Krankheitsbegriff, NJW 2009, 1713 (1715f.).

³⁷ Nicht verschreibungspflichtig sind alle Stoffe und Zubereitungen, die nicht in der Verordnung über die Verschreibungspflicht von Arzneimitteln (Arzneimittelverschreibungsverordnung – AMVV v. 22. 11. 2005, zuletzt geändert am 18. 12. 2009) enthalten sind.

³⁸ Dabei wird jeweils am Beschaffungsverhalten der Versicherten angeknüpft. Bei den Sehhilfen seien die Versicherten in der Vergangenheit bereit gewesen, statt der medizinisch hinreichenden rund 50 € im Durchschnitt rund 150 € für medizinisch nicht notwendige Leistungen wie die Entspiegelung oder Tönung der Gläser auszugeben, BT-Drucks. 15/1525, 85. Die nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel, die im unteren Preissegment von durchschnittlich weniger als 11 € pro Packung angesiedelt sind, sind in der Vergangenheit ohnehin überwiegend ohne Rezept (und damit nicht als Kassenleistung) in den Apotheken abgegeben worden, vgl. BT-Drucks. 15/1525, 86. Abgemildert wird die Regelung durch § 34 Abs. 1 S. 2 SGB V, der den Gemeinsamen Bundesausschuss ermächtigt, diejenigen nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel in den Arzneimittel-Richtlinien festzulegen, die bei der Behandlung schwerwiegender Erkrankungen als Therapiestandard gelten, und daher ausnahmsweise zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen verordnet werden können (Beispiel: Abführmittel zur Behandlung von Tumorerkrankungen und Acetylsalicylsäure [bekannt vor allem als Wirkstoff im Aspirin] zur Herzinfarktvor- und nachsorge, vgl. die sog. OTC-Liste [OTC = over the table counter]: Anlage I zum Abschnitt F der Arzneimittel-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses, www.g-ba.de/informationen/richtlinien/3).

³⁹ Dogmatisch unterscheiden sich Zuzahlungsregelungen von den Leistungsausschlüssen dadurch, dass sie den Leistungsanspruch nicht begrenzen, die Kranken-

(2) Auf das Argument der *Geringfügigkeit der zu behandelnden Gesundheitsstörungen* wird hingegen der Ausschluss der Bagatellarzneimittel (etwa zur Anwendung bei Reisekrankheiten und grippalen Infekten)⁴⁰ in § 34 Abs. 1 S. 6 SGB V gestützt.

(3) Auf die *Unzuständigkeit der Solidargemeinschaft für die Art der persönlichen Lebensführung* wird abgestellt, um den Ausschluss der sog. Lifestyle-Präparate (§ 34 Abs. 1 S. 7–9 SGB V), hinter denen sich vor allem Mittel zur Steigerung der sexuellen Potenz und zur Steuerung des Konsumverhaltens verbergen, zu rechtfertigen.⁴¹

(4) Auf dem *Verschuldensargument* gründen Leistungsbeschränkungen für solche Krankheiten, die sich Versicherte vorsätzlich, aufgrund von selbst begangenen Straftaten oder medizinisch nicht indizierten ästhetischen Eingriffen zugezogen haben (§ 52 SGB V).

Die verfassungsrechtliche Beurteilung der mit der Eigenverantwortung begründeten Leistungsausschlüsse hängt auch davon ab, wo der Anspruch auf Gesundheitsleistungen grundrechtlich verankert ist. Man könnte, gestützt entweder auf Art. 1 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, an die Rechtsprechung zum allgemeinen Existenzminimum anknüpfen und den Anspruch auf diejenigen Mittel begrenzen, „die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich

kasse aber einen Anspruch gegen den Versicherten auf Beteiligung an den entstandenen Kosten hat (vgl. § 43b Abs. 1 S. 2 SGB V). Sie gelten mittlerweile fast flächendeckend, vgl. §§ 23 Abs. 6 und 24 Abs. 3 (medizinische Vorsorge), 28 Abs. 4 (Praxisgebühr), 33 Abs. 8 (Hilfsmittel), 37 Abs. 5 (Häusliche Krankenpflege), 37a Abs. 3 (Soziotherapie), 38 Abs. 5 (Haushaltshilfe), 39 Abs. 4 (Krankenhausbehandlung), 40 Abs. 5 und 6 sowie 41 Abs. 3 (medizinische Rehabilitation) und 60 Abs. 2 S. 2 SGB V (Fahrtkosten).

⁴⁰ Die Bedeutung des Ausschlusses ist nicht sonderlich groß, weil die betroffenen Arzneimittel als nicht-verschreibungspflichtige Arzneimittel ohnehin meist unter den generellen Ausschlussatbestand des § 34 Abs. 1 S. 1 SGB V fallen. Vgl. im Übrigen zur Handhabung Abschnitt F Nr. 17 der Arzneimittel-Richtlinie (Fn. 38).

⁴¹ Sonderlich konsistent ist diese Begründung nicht, denn die Krankenkassen müssen jedes Jahr viele Milliarden € für die Folgen ungesunder Lebensführung ausgeben, und die Präventionsprogramme der Krankenkassen (§ 20 SGB V) setzen gerade an der ungesunden Lebensführung an. Auch die vor allem auf Arzneimittel zur Steigerung der sexuellen Potenz zielende Begründung, die Solidargemeinschaft dürfe keine Leistungen finanzieren, die dem „Zweck individueller Bedürfnisbefriedigung oder zur Aufwertung des Selbstwertgefühls dienen“ (BT-Drucks. 15/1525, 87), ist zu hinterfragen, weil das Bundessozialgericht kurz zuvor die erektile Dysfunktion unter den Krankheitsbegriff subsumiert hatte (BSGE 85, 36 [38 ff.]). Folgt man dem, verdeckt das Argument des Gesetzgebers, die Solidargemeinschaft diene nicht der Selbstverwirklichung, den Umstand, dass es in Wirklichkeit um die Vermeidung von immensen Behandlungskosten, also weniger um Eigenverantwortung als vielmehr um Wirtschaftlichkeit geht.

sind“⁴². Es bestünde dann nur ein Anspruch auf eine absolut definierte Grundversorgung, während die darüber hinausgehende Versorgung privater Versicherungsbereitschaft und -fähigkeit überlassen bliebe. Abgesehen davon, dass es allerdings bislang keine auch nur ansatzweise überzeugenden Konzepte für die Grenzziehung zwischen Grund- und Zusatzversorgung gibt,⁴³ vernachlässigt dieser Ansatz, dass schon das allgemeine Existenzminimum keine statische Größe darstellt, sondern abhängig ist vom „jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen“⁴⁴. Das lässt sich auf den Anspruch auf Gesundheitsleistungen übertragen, der maßgeblich durch den Versorgungsstandard des jeweiligen Gesundheitssystems geprägt wird. Er hat daher auch eine teilhaberechtliche Komponente. Das spricht dafür, auch Art. 3 Abs. 1 GG als Maßstab für Leistungsausgrenzungen heranzuziehen,⁴⁵ hingegen Art. 1 Abs. 1 GG höchstens dosiert

⁴² BVerfG NJW 2010, 505 (508).

⁴³ Vgl. zur vorwiegend gesundheitsökonomischen Diskussion *M. Arnold* Solidarität 2000. Die medizinische Versorgung und ihre Finanzierung nach der Jahrtausendwende, 1993, 156 ff.; *F. Breyer/W. Franz/S. Homburg/R. Schnabel/E. Wille* Reform der sozialen Sicherung, 2004, 115 ff. Die Vorschläge sind zaghaft und sehr allgemein gehalten. Wenn überhaupt konkrete Vorschläge gemacht werden, dann werden Schwangerschafts- und Mutterschaftsleistungen, Kuren, Krankentransportleistungen und der Zahnersatz genannt, seltener auch die Physio- und die Psychotherapie. Das sind, gemessen am Leistungsvolumen der gesetzlichen Krankenversicherung, allenfalls Marginalia, vielleicht noch mit Ausnahme des Zahnersatzes, für den aber ohnehin nur noch Festzuschüsse geleistet werden (§ 55 SGB V). Mitunter scheinen sie auch kontraproduktiv, wie etwa der Ausschluss der Physio- und Psychotherapie, der in vielen Fällen mit einer wesentlich teureren medikamentösen Ersatzbehandlung erkaufte werden müsste, die jedenfalls bislang auf keiner Ausschlussliste steht. Auch künstliche Hüft- und Kniegelenke sind, obwohl das „nackte Überleben“ auch ohne sie möglich und der Einspareffekt immens wäre (vgl. bereits oben Fn. 15), bislang keine ernst zu nehmenden Kandidaten für eine mögliche fakultative Zusatzversorgung; skeptisch daher etwa auch *I. Ebsen* Verfassungsrechtliche Implikationen der Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen, NDV 1997, 71 (78); *R. Francke* Begrenzung der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung – Grund- und Wahlleistungen, Rationierung, Priorisierung, GesR 2003, 97 (101); *S. Huster* Grundversorgung und soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, in: *Rauprich/Marckmann/Vollmann* (Hrsg.) Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, 2005, 187 (198 ff.); *V. Neumann* Das medizinische Existenzminimum, NZS 2006, 393 (397); *Welti* (Fn. 21), 382.

⁴⁴ BVerfG NJW 2010, 505 (507).

⁴⁵ *A. von Arnault* Das Existenzminimum, in: *von Arnault/Musil* (Hrsg.) Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, 2009, 251 (271 f., 283 f.); *Ebsen* (Fn. 43), 78; *Neumann* (Fn. 43), 394; *E. Schmidt-Aßmann* Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, 27 f.; *O. Seewald* Gesundheit als Grundrecht, 1982, 34 ff.; *M. Stolleis* Die Rechtsgrundlagen der Regelsätze unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher und sozialhilferechtlicher Grund-

zu verwenden, auch um nicht den falschen Eindruck zu kultivieren, als sei der gesamte Leistungskatalog durch die Menschenwürde indiziert. Dabei erweist sich das Recht auf Gesundheitsleistungen tendenziell als besonders differenzierungsfeindlich:⁴⁶ Für das allgemeine Existenzminimum können in dem breiten Korridor zwischen Überfluss und Armut nur die Grundbedürfnisse maßgebend sein, denn die ökonomische Ausdifferenzierung der Gesellschaft gilt als Ausdruck legitimer Freiheitsbetätigung, die staatliche Fürsorge nicht ersticken darf. Für das medizinische Existenzminimum zählt das nicht: Unterschiede bei Gesundheit und Krankheit lassen sich nicht in den Kategorien individueller Leistungsbereitschaft und ökonomischen Erfolgs abbilden und rechtfertigen. Krankheit ist nicht nur ein medizinischer Begriff, sondern auch ein soziales und kulturelles Phänomen.⁴⁷ Sie beeinflusst unser Fühlen, Denken und Handeln, aber auch die Wahrnehmung durch unsere Umwelt. Sie erinnert uns an unser Problem, mit unserer eigenen Sterblichkeit zurechtzukommen und berührt uns daher existentiell.⁴⁸ Wegen dieser Unterschiede zwischen dem allgemeinen und dem medizinischen Existenzminimum orientieren sich daher zwar die monetären Regelleistungen für Grundsicherungsempfänger mit Recht an einem Minimalstandard. Ihr Anspruch auf Gesundheitsleistungen bildet hingegen mit Ausnahme des Krankengeldes (§ 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB V) exakt das allgemeine Versorgungsniveau ab.⁴⁹

Daraus folgt nun nicht, dass Leistungsausschlüsse verfassungsrechtlich generell unzulässig wären.⁵⁰ Vor Art. 3 Abs. 1 GG Rechtfertigungen

sätze, NDV 1981, 99 (101). Ablehnend etwa *U. Davy* Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 (2009), 122 (144 ff. Fn. 72); *H. M. Heinig* Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, 446 ff. („egalitaristischer Überschuss“) und *M. Nettesheim* Rationierung in der Gesundheitsversorgung – verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, VerwArch 93 (2002), 315 (335).

⁴⁶ *A. Hänlein* Festlegung der Grenzen der Leistungspflicht der Krankenkassen, SGB 2003, 301 (308).

⁴⁷ Vgl. nur Enquête-Kommission (Fn. 21), 32 ff.

⁴⁸ Vgl. gleichsinnig auch *S. Huster* Posteriorisierung der Gesundheitspolitik? Opportunitätskosten in der Rechtsdogmatik des Sozialstaats, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer (Hrsg.) Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, FS Schnapp, 2008, 463 (464 f.); *P. Kirchhof* Das Recht auf Leben und Gesundheit für alle Generationen, Zeitschrift für Medizinische Ethik 51 (2005), 229 (236).

⁴⁹ Die Empfänger von Arbeitslosengeld II sind nach § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V pflichtversichert, den anderen Versicherten daher mitgliederschaftlich gleichgestellt. Sozialhilfeempfänger sind zwar nicht versichert (§ 5 Abs. 8a S. 2 SGB V), sie werden aber leistungsrechtlich (wiederum mit Ausnahme des Krankengeldes) gleichgestellt (§§ 48 SGB XII, 264 SGB V).

⁵⁰ Vgl. etwa BVerfG, NJW 2008, 3356 (3357).

bedürftig sind aber solche Leistungsbeschränkungen, die dazu führen, dass die unter Berücksichtigung des allgemeinen Versorgungsstandards notwendigen Leistungen nicht mehr zumutbar beschafft werden können. Das Hauptproblem bei den derzeit eher marginalen Leistungsausschlüssen dürfte in einem Kumulationseffekt liegen. Deshalb stellt § 62 Abs. 1 S. 2 SGB V für Zuzahlungen eine Belastungsgrenze von 2 %, bei chronisch Kranken von 1 % der jährlichen Bruttoeinnahmen auf. Legt man etwa den Regelsatz des Arbeitslosengeldes II⁵¹ von derzeit 359 € zugrunde, sind das 7,18 € monatlich, was für sich gesehen verkraftbar erscheint.⁵² In die Berechnung der Belastungsgrenze fließen aber lediglich die Zuzahlungen i. S. v. § 61 SGB V ein, hingegen nicht die Aufwendungen für ausgeschlossene Leistungen (also etwa die Sehhilfen), für die privaten Eigenanteile beim Zahnersatz und auch nicht die kassenindividuellen Zusatzbeiträge (§ 242 SGB V), die anfallen, wenn eine Krankenkasse mit den Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds nicht auskommt (vgl. § 251 Abs. 6 S. 1 SGB V). Hier kann im Einzelfall eine Überforderung drohen, die aber durch von den Trägern der Grundsicherung zu gewährende Darlehen (§ 23 Abs. 1 SGB II) mit langen Tilgungsfristen vermieden werden kann.⁵³ Verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist hingegen die Beschränkung des Leistungsanspruchs für Asylbewerber auf die Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände (§ 4 AsylbLG).⁵⁴ Denn hier bestehen keine zumutbaren Möglichkeiten der Selbstbeschaffung, und es ist auch keine nachvollziehbare Rechtfertigung für diese Sonderbehandlung ersichtlich.⁵⁵

⁵¹ Vgl. § 62 Abs. 2 S. 6 SGB V.

⁵² Zur Verfassungsmäßigkeit daher BSGE 100, 221 (224ff.); dazu partiell kritisch A. Wunder Die Zuzahlungspflicht nach §§ 61, 62 SGB V für Leistungsempfänger des SGB II, SGB 2009, 79 (81 ff.).

⁵³ So auch H. Lang/J. Blüggel in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.) SGB II. Grundsicherung für Arbeitsuchende, 2. Aufl. 2008, § 23 Rn. 66; J. Münder in: Münder u. a. (Hrsg.), LPK-SGB XII, 3. Aufl. 2009, § 23 Rn. 18; vgl. auch Wenner (Fn. 22), 174.

⁵⁴ Das schließt die Übernahme der Kosten für die Behandlung chronischer Erkrankungen aus, wenn diese nicht zugleich eine akute Form annehmen, S. Keßler in: Hoffmann/Hoffmann (Hrsg.) Ausländerrecht, 2008, AufenthG Anhang 1 Rn. 64. Zwar können gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 AsylbLG nach Ermessen zusätzliche Gesundheitsleistungen erbracht werden, was aber auch nicht hat verhindern können, dass es die Verwaltungsgerichte für zulässig gehalten haben, einem Kind Hörgeräte trotz massiver Schädigung der Sprachentwicklung zu verweigern (OVG Münster 24 B 1290/94 v. 28. 6. 1994) und eine Hüftgelenksnekrose mit Opiaten statt einer Operation zu behandeln (VG Gera 6 K 1849/01 GE v. 7. 8. 2003).

⁵⁵ Personale Differenzierungen bei der Inanspruchnahme von Sozialleistungen sind zwar nicht grundsätzlich unzulässig (T. Kingreen Soziale Rechte und Migration, 2010, 53 ff.). Insbesondere soll es zulässig sein, Art und Umfang von Sozialleistungen an

c) *Wirtschaftlichkeit*

aa) *Verhältnis zum Notwendigkeitsgrundsatz*

Insgesamt betreffen die mit der Eigenverantwortung begründeten Leistungsausschlüsse bislang eher Randbereiche. Den politischen Anspruch, dass alle notwendigen Leistungen erbracht werden, stellen sie nicht grundsätzlich in Frage. Das könnte sich aber insbesondere unter dem Einfluss des in § 12 SGB V normierten Wirtschaftlichkeitsprinzips ändern. Wird es mit dem Notwendigkeitsgrundsatz abgewogen, so kann das dazu führen, dass Leistungen trotz eines Zusatznutzens wegen der durch sie ausgelösten Kosten nicht mehr erbracht werden.⁵⁶ Bislang wird die Vorschrift aber noch so interpretiert, dass das Wirtschaftlichkeitsprinzip nur die Auswahl zwischen mehreren gleich geeigneten Behandlungsvarianten steuert, also voraussetzt, dass Behandlungsalternativen vorhanden sind. Notwendige Leistungen sollen daher unabhängig von den entstehenden Kosten erbracht werden.⁵⁷

Die Grenzen scheinen hier aber doch schon jetzt fließend zu sein. Schon nach geltendem Recht (§ 92 Abs. 1 S. 1 Hs. 3 SGB V) kann der Gemeinsame Bundesausschuss Leistungen ausschließen, wenn es eine wirtschaftlichere Behandlungsmöglichkeit mit vergleichbarem diagnos-

Ausländer von der voraussichtlichen Dauer des Aufenthalts abhängig zu machen (BVerfGE 116, 229 [239]; BVerwG, NVwZ 1999, 669 [669]; BSG, NVwZ-RR 2009, 638 [640]; kritisch dazu T. Kingreen Schätzungen „ins Blaue hinein“: Zu den Auswirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz, NVwZ 2010, 558 [560f.]). Ob das auch für Gesundheitsleistungen gelten kann, ist aber zweifelhaft. Jedenfalls kann man aber bei einer Wartezeit von 48 Monaten (§ 2 Abs. 1 AsylBLG) nicht mehr von einem vorübergehenden Aufenthalt sprechen. Die Zahl der Betroffenen ist erheblich: 2006 bezogen etwa 50 % aller Asylbewerber länger als drei Jahre reduzierte Leistungen, darunter viele Kinder (vgl. den Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Abschaffung des Asylbewerberleistungsgesetzes, BT-Drucks. 16/10837, 11 f. unter Hinweis auf BT-Drucks. 16/9018, 40f.). Das zeigt erstens, dass die Annahme, dass es sich um einen Personenkreis mit regelmäßig nur begrenzter Aufenthaltsdauer handelt, kaum haltbar ist; die lange Aufenthaltsdauer belegt aber zweitens auch, dass die Bundesrepublik Deutschland diese Personen aus überwiegend humanitären Gründen gar nicht abschieben kann, also das Ziel, keine Anreize zum Verbleiben in Deutschland zu setzen, ohnehin verfehlt wird. Insgesamt handelt es sich um eine ganz merkwürdige Variante symbolischer Sozialpolitik, die suggeriert, man könne das Gesundheitssystem durch selektiven Ausschluss einzelner Gruppen wie Raucher, Gleitschirmflieger und eben auch Asylbewerber sanieren (kritisch insoweit auch Hähnlein [Fn. 46], 303).

⁵⁶ J. Isensee Rationierung von Gesundheitsleistungen – Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung, ZVersWiss 2004, 651 (656).

⁵⁷ W. Engelhard in: Schlegel/Engelmann (Hrsg.) jurisPK-SGB V, 2008, § 12 Rn. 110, 113; J. Kruse in: Hähnlein/Kruse (Hrsg.) LPK-SGB V, 3. Aufl. 2009, § 12 Rn. 9.

tischen oder therapeutischen Nutzen gibt. „Vergleichbar“ ist allerdings ein dehnbarer Begriff. Nicht erforderlich ist jedenfalls der gleiche Nutzen. Es erscheint daher keinesfalls ausgeschlossen, dass die Preisdifferenz in den Vergleich einfließt, insbesondere wenn der Zusatznutzen gering ist. Dieser subkutane Einfluss von Wirtschaftlichkeitserwägungen auf das Notwendigkeitsprinzip zeigt sich auch in der Rechtsprechung zum Hilfsmittelrecht. So sehr man etwa zustimmen mag, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Leistungspflicht der Krankenversicherung für Hilfsmittel ausschließt, bei denen nicht die Funktionalität, sondern Bequemlichkeit und Komfort im Vordergrund stehen,⁵⁸ so unsicher wird man bei den Einzelfällen. Ist es bloße Bequemlichkeit, wenn eine beinamputierte Mutter zweier Kinder nicht nur herkömmliche, sondern 20000 € teure Computer-Prothesen erhalten möchte⁵⁹ oder wenn ein blinder Versicherter statt eines Blindenstocks und -hunds ein GPS-System für Blinde beantragt?⁶⁰ Und hängt die Beurteilung, ob es hier um bloße Bequemlichkeit geht oder nicht, nicht auch irgendwie davon ab, was die Alternativen kosten?⁶¹ Das Wirtschaftlichkeitsprinzip kann also zumindest unterschwellig bereits die Bestimmung des Notwendigen beeinflussen.

bb) Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln

Eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Abwägung zwischen Notwendigkeits- und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz enthält § 35b SGB V, der dem Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) die Zuständigkeit für Kosten-Nutzen-Bewertungen von Arzneimitteln überträgt.⁶² Das nach Vorbildern in Australien, Kanada und Großbritannien konzipierte IQWiG⁶³ ist ein vom Gemeinsamen Bundesausschuss gegründetes, fachlich unabhängiges, rechtsfähiges wissenschaftliches Institut (§ 139a Abs. 1 SGB V). Seine Kosten-Nutzen-Bewertungen sind noch keine rechtsverbindlichen Entscheidungen, sondern lediglich „Empfehlungen“ (§§ 35b Abs. 2 S. 1, 139b Abs. 4 SGB V) für die Preisregulierung durch den Spitzenverband Bund der Kranken-

⁵⁸ BSG NZS 2003, 477 (479).

⁵⁹ BSG NZS 2003, 477 ff. (Anspruch bejaht).

⁶⁰ BSG, v. 25. 6. 2009 – B 3 KR 4/08 R (Anspruch verneint: kein Anspruch auf „Optimalversorgung“).

⁶¹ Auch für Arzneimittel bejahend: BSGE 96, 261 (282 f.).

⁶² Die Vorschrift gilt nach § 35b Abs. 1 S. 2 SGB V für jedes erstmals verordnungsfähige Arzneimittel mit patentgeschützten Wirkstoffen sowie für andere Arzneimittel, die von Bedeutung sind.

⁶³ Zu den diesbezüglichen Erfahrungen *R. Rohrbacher* Die Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln als Instrument der Gesundheitspolitik, 2006, 29 ff.

kassen⁶⁴ und die Festlegung der Ordnungsbedingungen der bewerteten Arzneimittel durch den Gemeinsamen Bundesausschuss, wobei einiges dafür spricht, dass dazu auch Leistungsausschlüsse zählen.⁶⁵

Die Festlegung der Maßstäbe für den Nutzen und die Kosten von Arzneimitteln beruht auf Wertungen, in denen auch implizite Annahmen über den Stellenwert von Krankheiten und die Qualität des Lebens mit Krankheiten mitlaufen können. Bei Kosten-Nutzen-Bewertungen geht es damit immer auch um Entscheidungen zwischen den Nutzern des Krankenversicherungssystems. Sie sind gleichheitsrechtlich problematisch, wenn sie dazu führen, dass sie Personengruppen mit bestimmten Eigenschaften oder Merkmalen (wie einer seltenen Krankheit oder einer Behinderung) spezifisch nachteilig betreffen.⁶⁶ Vor diesem Hinter-

⁶⁴ Konkret sind Kosten-Nutzen-Bewertungen die Grundlage für die Festsetzung von Höchstbeträgen (§ 31 Abs. 2a S. 3 SGB V). Für den Versicherten hat der Höchstbetrag zwar die mit den Festbeträgen (§ 35 SGB V) vergleichbare Wirkung, dass er die Mehrkosten oberhalb des Höchstbetrages selbst tragen muss. Die Voraussetzungen unterscheiden sich aber grundlegend: Während die Einordnung eines Arzneimittels in eine Festbetragsgruppe voraussetzt, dass in dem durch den Festbetrag markierten Preiskorridor die medizinisch notwendigen Therapiealternativen zur Verfügung stehen, können Höchstbeträge selbst dann festgelegt werden, wenn das Arzneimittel einen medizinischen Zusatznutzen gegenüber alternativen Präparaten aufweist.

⁶⁵ Es existiert zwar keine spezielle Ermächtigung für den Gemeinsamen Bundesausschuss, Arzneimittel gerade aufgrund von Kosten-Nutzen-Bewertungen durch das IQWiG auszuschließen. Der Gemeinsame Bundesausschuss kann aber nach § 92 Abs. 1 S. 1 Hs. 3 SGB V die Erbringung und Verordnung von Leistungen einschränken oder ausschließen, wenn nach allgemein anerkanntem Stand der medizinischen Erkenntnisse der diagnostische oder therapeutische Nutzen, die medizinische Notwendigkeit oder die Wirtschaftlichkeit nicht nachgewiesen sind sowie wenn insbesondere ein Arzneimittel unzweckmäßig oder eine andere wirtschaftlichere Behandlungsmöglichkeit mit vergleichbarem diagnostischen oder therapeutischen Nutzen verfügbar ist. Gerade das soll aber die Kosten-Nutzen-Bewertung durch das IQWiG klären, weshalb § 35b Abs. 2 S. 1 SGB V bestimmt, dass die Bewertungen des IQWiG dem Gemeinsamen Bundesausschuss zur Beschlussfassung nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V zugeleitet werden, dh zum Erlass der Arzneimittel-Richtlinie, die nach dem besagten § 92 Abs. 1 S. 1 Hs. 3 SGB V auch und gerade Verordnungseinschränkungen und -ausschlüsse vorsehen darf; vgl. dementsprechend auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/3100, 103, ferner auch § 10 Abs. 1 Nr. 5 d)-f) VerO-GBA, wonach die Feststellung der Wirtschaftlichkeit auch auf Unterlagen zur Kosten-Nutzen-Abwägung in Bezug auf den einzelnen Patienten/Versicherten, die Gesamtheit der Versicherten und im Vergleich zu anderen Maßnahmen erfolgt. Vgl. zum Ganzen *S. Huster* Die Methodik der Kosten-Nutzen-Bewertung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, *GesR* 2008, 449 (449ff.); ferner *R. Francke/D. Hart* Bewertungskriterien und -methoden nach dem SGB V, *MedR* 2008, 2 (23 f.).

⁶⁶ *S. Huster* Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, *DVB1.* 2010, 1069 (1075). Das im Zusammenhang mit dem medizinischen Existenz-

grund kommt den Kriterien und Methoden der Kosten-Nutzen-Bewertung erhebliche Bedeutung zu. Aus dem Gesetz lässt sich in nur allgemeiner Form entnehmen, dass bei der Bewertung der therapeutische Zusatznutzen für die Patienten auf der einen und die Kosten für die Versichertengemeinschaft auf der anderen Seite „angemessen“ berücksichtigt werden sollen (§ 35b Abs. 1 S. 3 und 4 SGB V). Dabei sollen nach § 35b Abs. 1 S. 5 SGB V die „in den jeweiligen Fachkreisen anerkannten internationalen Standards der evidenzbasierten Medizin und der Gesundheitsökonomie“ maßgebend sein.

Es ist nun alles andere als klar, was eigentlich der „anerkannte internationale Standard der Gesundheitsökonomie“ ist.⁶⁷ Vermutlich würde es den meisten von uns auch schwer fallen, zu definieren, was der anerkannte Standard der deutschsprachigen Staatsrechtswissenschaft ist, auf den daher auch kein Gesetz verweist. Erstens ist es wissenschaftssoziologisch unklar, was genau die Fachdisziplin Gesundheitsökonomie ist.⁶⁸ Zweitens gibt es, anders als etwa im Umwelt- und Technikrecht, keine privatverbandlichen gesundheitsökonomischen Standards, die nach bestimmten Kriterien und Verfahrensregeln zustande gekommen sind,⁶⁹ sondern lediglich einen ausgesprochen kontroversen wissenschaftlichen Diskurs.⁷⁰

minimum angesprochene Problem der einkommensabhängigen Möglichkeit der Selbstbeschaffung (vgl. oben b)) kann hier hingegen jedenfalls dann vernachlässigt werden, wenn die individuelle Wertschätzung der kollektiven Bewertung des (gemessen am Preis zu geringen) Zusatznutzens entspricht und der Kaufanreiz damit gering ist.

⁶⁷ H.-U. Dettling Die Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln im Schnittfeld von Ökonomie und Recht, VSSR 2008, 379 (380).

⁶⁸ Ihre Wurzeln liegen in den angelsächsischen Ländern; Deutschland gilt hingegen noch als „gesundheitsökonomisches Entwicklungsland“: v. d. Schulenburg/Greiner Gesundheitsökonomik, 2. Aufl. 2007, 7f., ferner O. Schöffski Einführung, in: Schöffski/v. d. Schulenburg (Hrsg.) Gesundheitsökonomische Evaluationen, 3. Aufl. 2008, 7ff. Eine entsprechende Fachgesellschaft ist in Deutschland erst im Oktober 2008 gegründet worden (= Deutsche Gesellschaft für Gesundheitsökonomie, <http://www.dggoe.org>), also ein Jahr, nachdem der Verweis auf die Standards der Disziplin ins Gesetz aufgenommen wurde. Es gibt ferner eine „International Health Economics Association“ (www.healtheconomics.org), die allerdings ebenso wenig wie die deutsche Fachgesellschaft beansprucht und beanspruchen kann, international anerkannte fachliche Standards zu beschließen.

⁶⁹ Vgl. dazu M. Eifert Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2006, § 19 Rn. 62ff. und M. Ruffert Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, ebd., § 17 Rn. 85ff.

⁷⁰ Offenbar hat auch der Gesetzgeber keine genaueren Vorstellungen darüber, auf was er hier verweist; die Gesetzesbegründung beschränkt sich jedenfalls weitgehend

Zu den Standards der Gesundheitsökonomie soll nämlich insbesondere der Maßstab der „qualitätsbereinigten Lebensjahre“ (QALYs) gehören. Er geht, vereinfacht gesagt, davon aus, dass sich das menschliche Leben anhand einer quantitativen Komponente, der sog. Restlebenserwartung, und einer qualitativen Komponente, der Lebensqualität, kardinal darstellen lässt.⁷¹ Die Lebensqualität wird anhand eines Nutzwertfaktors bewertet, der zwischen 0 (für den Tod) und 1 (für vollständige Gesundheit) liegt. Der QALY errechnet sich dann aus der verbleibenden Lebenszeit multipliziert mit dem Nutzwertfaktor.⁷² Auf diese Art und Weise lässt sich dann feststellen, wie viele QALYs sich mit einer bestimmten monetären Investition in eine Gesundheitsleistung erreichen lassen,⁷³ dh das subjektive Gut Gesundheit wird in eine objektiv messbare Kennzahl überführt. Die QALYs sind also von ihrer Grundidee her ein utilitaristisches Modell, das ermitteln soll, wie man mit einem möglichst geringen Aufwand einen optimalen Gesamtnutzen erzielen kann. Es geht um Volksgesundheit, nicht um individuelle Gesundheit. Das löst erhebliche Spannungen zu den individuellen Grundrechten, insbesondere zu den Gleichheitssätzen des Grundgesetzes aus.⁷⁴ So diskriminieren QALYs Menschen mit Behinderung, weil diese auch durch eine medizinische Intervention nicht wieder vollständig gesund werden und daher gegenüber einer gesunden Patientengruppe stets höhere Kosten je gewonnenes QALY aufweisen. Benachteiligt werden auch Personen mit seltenen Erkrankungen, für die die Entwicklungs-

auf die Wiedergabe des Gesetzeswortlauts, vgl. BT-Drucks. 16/3100, 103 sowie 151, wo nur der Standard der „evidenzbasierten Medizin“ etwas genauer bestimmt wird.

⁷¹ Dazu ausführlich *Breyer/Zweifel/Kifmann* (Fn. 14), 25 ff.; *O. Schöffski/W. Greiner* Das QALY-Konzept als prominentester Vertreter der Kosten-Nutzwert-Analyse, in: *Schöffski/von der Schulenburg* (Fn. 68), 95 ff.

⁷² Lebt also ein Patient mit der Standardtherapie nur noch zwei Jahre bei einer Lebensqualität von 0,5, so hat diese Behandlung einen QALY von 1. Eine neue Therapie, bei der der Patient noch 8 Jahre, aber nur noch mit einer Lebensqualität von 0,3 überlebt, hätte einen QALY von 2,4, dh der Patient würde 1,4 QALY gewinnen.

⁷³ Zum Teil wird hier dann mit Grenzwerten gearbeitet, etwa dergestalt, dass ein QALY nicht mehr als 50000 \$ (dh ca. 40000 €) kosten darf, vgl. dazu, kritisch, *G. Marckmann* Nutzenmaximierung mit gerechtigkeithethischen Einschränkungen: Perspektiven einer ethisch vertretbaren Kosten-Nutzen-Bewertung, *Gesundheitswesen* 2009; 71 (Suppl. 1), 2 (5).

⁷⁴ Vgl. zum Folgenden etwa *W. Lübke* Sollte sich das IQWiG auf indikationsübergreifende Kosten-Nutzen-Bewertungen mittels des QALY-Konzepts einlassen? *Deutsche Medizinische Wochenschrift* 135 (2010), 582 (583 f.); *M. Schlander* Kosteneffektivität und Ressourcenallokation. Gibt es einen normativen Anspruch der Gesundheitsökonomie?, in: *Kick/Taupitz* (Hrsg.) *Gesundheitswesen zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit*, 2005, 37 (69 ff.).

und Therapiekosten stets höher sind als bei den allgemeinen Volkskrankheiten.⁷⁵ Ungeklärt scheint schließlich die heikle Frage zu sein, welche Rolle das Lebensalter in dem Bewertungsprozess spielt.⁷⁶

In seiner Reinform vernachlässigt das QALY-Konzept, dass alle allokativen Entscheidungen aus deskriptiven medizinischen bzw. ökonomischen und normativen ethischen Elementen bestehen.⁷⁷ Die gesundheitsökonomische Literatur erkennt diese Doppelnatur allokativer Beschlüsse durchaus⁷⁸ und reagiert darauf mit dem Einbau von sog. Gleichheitsgewichten („equity weights“), die ethisch bzw. rechtlich begründete ad hoc-Korrekturen ermöglichen sollen. Man kann darin zwar den Versuch eines auch normativen Anspruchs sehen. Die Aufladung mit ethischen und rechtlichen Faktoren zerstört aber die „Aura von Wertneutralität und Präzision“⁷⁹ gesundheitsökonomischer Evaluation.⁸⁰ Sie teilt damit das Schicksal der Abwägung im Verfassungsrecht, die zwar ebenfalls mit dem Anspruch einer spezifisch rechtswissen-

⁷⁵ Das kann zu Fehlsteuerungen auf dem Arzneimittelsektor dergestalt führen, dass für die Volkskrankheiten eine Fülle von Arzneimitteln entwickelt werden, während von der Entwicklung von Arzneimitteln für seltene Erkrankungen vor dem Hintergrund der drohenden hohen Kosten für ein QALY Abstand genommen wird. Vgl. zur Problematik auch *S. Rixen*, Seltene Erkrankungen als Problem des Gesundheitssozialrechts, ZEFQ 102 (2008), 31 ff.

⁷⁶ Sollen Erkrankungen bei Jüngeren schwerer gewichtet werden als bei Älteren, da diese bereits einen erheblichen Teil ihres Lebens hinter sich haben, das den Jüngeren auch noch ermöglicht werden soll? Zu diesem ethisch und rechtlich noch nicht aufgearbeiteten Problem *U. Becker* Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, 929 (936); *S. Huster* Altersrationierung im Gesundheitswesen: (Un-)Zulässigkeit und Ausgestaltung, MedR 2010, 369 ff.; *P. Kirchhof* Das Recht auf Gesundheit, in: Stimmen der Zeit 1/2004, 3 (5 ff.); *W. Kluth* Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 246 (274 f.); *Neumann* Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2005, 617 (622 f.).

⁷⁷ *W. Kersting* Gerechtigkeitsethische Überlegungen zur Gesundheitsversorgung, in: Schöffski/von der Schulenburg (Fn. 68), 23 (42 ff.).

⁷⁸ Vgl. nur *Schöffski/Greiner* (Fn. 71), 118 ff.

⁷⁹ *U. Wiesing* Werden Spenderorgane nach medizinischen oder ethischen Kriterien verteilt?, in: Ach/Quante (Hrsg.) Hirntod und Organverpflanzung, 1997, 227 (227), bezogen auf die vermeintlich nur medizinischen, tatsächlich aber ethisch aufgeladenen Zuteilungsregeln der „Erfolgsaussicht“ und „Dringlichkeit“ (§ 12 Abs. 3 TPG), vgl. dazu auch *T. Kingreen* Gesundheit ohne Gesetzgeber? Verfassungsrechtliche Vorgaben für Verteilungsentscheidungen im Gesundheitswesen, in: Kingreen/Laux (Hrsg.) Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs, 2008, 147 (166 ff.).

⁸⁰ Sehr erhellend dazu *W. Lübke* „Aus ökonomischer Sicht ...“: Was ist der normative Anspruch gesundheitsökonomischer Evaluationen?, in: Baumann/Lahno (Hrsg.) Perspectives in Moral Science. Contributions from Philosophy, Economics, and Politics in Honour of Hartmut Kliemt, 2009, 451 ff.

schaftlichen Rationalität auftritt, ihre Abhängigkeit von Vorverständnissen aber dennoch mitunter nur schwerlich verbergen kann.⁸¹

Das IQWiG hat sich daher gegen die Übernahme des QALY-Konzepts und für ein gleichfalls mit vielen Problemen verbundenes indikationsbezogenes Konzept entschieden,⁸² das wiederum von den führenden deutschen Gesundheitsökonominnen mit der Begründung abgelehnt wird, dass es den Standards der Gesundheitsökonomie nicht entspreche.⁸³ § 35b Abs. 1 S. 5 SGB V verweist damit auf ein Phantom: Es gibt auch über drei Jahre nach Einführung der Vorschrift keinen „anerkannten internationalen Standard der Gesundheitsökonomie“ und selbst wenn es ihn geben sollte, scheint das IQWiG ihn nicht umzusetzen.⁸⁴ Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es in der ganzen Kontroverse auch um Deutungshoheiten der einzelnen wissenschaftlichen Disziplinen geht. Das spricht nicht grundsätzlich gegen Kosten-Nutzen-Bewertungen,⁸⁵ wohl aber gegen solche Evaluationen, die die normativen Zusammenhänge von Allokationsentscheidungen ausblenden. Die gesellschaftliche Bedingtheit von Allokationsentscheidungen im Gesundheitswesen hat Auswirkungen auch auf die nachfolgend zu behandelnde Kernfrage, welche Institutionen in diesen Entscheidungsprozess einzubeziehen sind und wie die Entscheidungsverfahren auszugestalten sind.

⁸¹ Grundlegend *B. Schlink* Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, insbes. 155ff. zur insoweit bestehenden Verwandtschaft zwischen Wohlfahrtsökonomik und Verfassungsrecht, vgl. auch *B. Pieroth/B. Schlink* Grundrechte. Staatsrecht II, 26. Aufl. 2010, Rn. 303.

⁸² Vgl. zuletzt *IQWiG* Allgemeine Methoden zur Bewertung von Verhältnissen zwischen Kosten und Nutzen, Version 1.0 v. 12. 10. 2009, 31 ff.; ferner *K. Koch/C.-M. Dintzos/P. T. Sawicki* Methodenvorschlag des IQWiG zur Kosten-Nutzen-Bewertung von medizinischen Verfahren, Gesundheitswesen 2009; 71 (Suppl. 1), 34 (36ff.) sowie *K. Koch/P. Sawicki* Die Bewertung von Kosten-Nutzen-Verhältnissen von medizinischen Verfahren, MedR 2010, 240ff. Verfassungsrechtliche Kritik daran bei *Huster* (Fn. 65), 455 ff.

⁸³ Vgl. die Gemeinsame Erklärung der Mitglieder des Ausschusses für Gesundheitsökonomie im Verein für Socialpolitik: „Deutsche Gesundheitsökonominnen lehnen Methodenvorschlag des IQWiG zur Bewertung medizinischer Verfahren ab“, 3. Vgl. ausführlicher etwa auch *J. Wasem* Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln – an internationalen Standards messen, Gesundheitswesen 2009; 71 (Suppl. 1), 41 (43 f.).

⁸⁴ Trotzdem hat der Gemeinsame Bundesausschuss Ende 2009 die ersten Aufträge für Kosten-Nutzen-Bewertungen erteilt, vgl. Pressemitteilung v. 18. 12. 2009 „Gemeinsamer Bundesausschuss erteilt erste Aufträge zur Kosten-Nutzen-Bewertung“, s. <http://www.g-ba.de/informationen/aktuell/pressemitteilungen/320>.

⁸⁵ Vgl. etwa das im BMBF-Forschungsverbund „Allokation“ erarbeitete Konzept der „kostensensiblen Leitlinien“; dazu aber eher kritisch *E. Hauck* Kostensensible Leitlinien als Rationierungsinstrumente in der GKV?, SGB 2010, 193 ff.

IV. Organisation und Verfahren gesundheitspolitischer Allokationsentscheidungen

1. *Prozedurale Verteilungsgerechtigkeit*

Das vorstehend skizzierte Bewertungsproblem ist kein Spezifikum der Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln, sondern zugleich auch Ausdruck einer generellen normativen Ungewissheit des sozialen Staatsziels. Das Sozialstaatsprinzip erfährt, anders als die anderen in Art. 20 GG aufgeführten Verfassungsprinzipien, im Grundgesetz kaum weitere Konkretisierungen.⁸⁶ So ist es angewiesen auf die Ausgestaltung durch die Institutionen und in den Formen, die das Bundesstaats-, das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip mitsamt ihren Ausprägungen errichten und vorgeben.

Aufgrund seiner Ungewissheit und Offenheit unterhält das Sozialstaatsprinzip eine enge Beziehung zum Demokratieprinzip. Die zentrale demokratische Entscheidungsregel, das Mehrheitsprinzip, bezieht ihre innere Rechtfertigung daraus, dass Entscheidungen in einem offenen und transparenten Verfahren getroffen werden und, weil sie keinen endgültigen Richtigkeitsanspruch erheben, auch prinzipiell reversibel sind.⁸⁷ Diese demokratische Reversibilität ergänzt die sozialstaatliche Relativität: Die normative Ungewissheit des Sozialstaatsprinzips wird durch demokratische Verfahrens- und Entscheidungsregeln aufgefangen, die sozialpolitische Verteilungsentscheidungen legitimieren, ohne ihnen einen zeitlosen sozialen Gerechtigkeitsanspruch vermitteln zu können. Die Offenheit des sozialen Staatsziels ist Ausdruck der nur begrenzten Möglichkeiten einer materiellen Konstitutionalisierung von Verteilungsgerechtigkeit.⁸⁸ Im demokratischen Sozialstaat sind daher soziale stets auch politische Entscheidungen und ist Verfahrensgerechtigkeit eine Grundvoraussetzung für Verteilungsgerechtigkeit.⁸⁹ Die

⁸⁶ H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 20 Rn. 112. Dem Sozialstaatsprinzip ist „nichts mitgegeben, um selbst seinen Sinn zu entfalten“: H. F. Zacher Der Sozialstaat an der Wende zum 21. Jahrhundert, VSSR 2000, 185 (205).

⁸⁷ H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Demokratie) Rn. 76; dazu auch S. Bredt Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, 2006, 197 ff.

⁸⁸ Vgl. dementsprechend zur wirtschaftspolitischen Offenheit des Grundgesetzes BVerfGE 4, 7 (17 ff.); 18, 315 (331 ff.); 50, 290 (336 f.). Vgl. zur Kritik des ökonomischen Konstitutionalismus an diesem funktionalen Demokratieverständnis Bredt (Fn. 87), 205 ff, 248 ff.

⁸⁹ Vgl. zur „prozeduralen Rationalisierung des Rechts“ G.-P. Calliess Prozedurales Recht, 1999, 83 ff.

Legitimation der Entscheidungsträger und die Offenheit und Transparenz der Entscheidungsverfahren sind das Fundament sozialstaatlichen Gebens und Nehmens.

Der parlamentarische Gesetzgeber muss daher auch im Gesundheitswesen die wesentlichen Präferenz- und Verteilungsentscheidungen treffen. Er kann zwar die Detailsteuerung der Exekutive überlassen und dabei auch privatverbandliche Regelwerke sachverständiger Gremien⁹⁰ rezipieren.⁹¹ Er muss aber für die Unabhängigkeit und Neutralität ihrer Mitglieder Sorge tragen, staatliche Mitwirkungs- und Aufsichtsrechte vorsehen und schließlich Verfahren implementieren, die Transparenz und Verfahrensteilhabe der Betroffenen sicherstellen.⁹²

2. Demokratische Legitimation der Entscheidungsträger

Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Beurteilung von Rationierungsentscheidungen liegt das legitimatorische Kernproblem darin, dass die untergesetzliche Rechtsetzung im Sozialrecht schon immer ihre eigenen Wege gegangen ist und eine aus der Perspektive des allgemeinen Staats- und Verwaltungsrechts eher irritierende Fülle von exekutiven Normen hervorgebracht hat.⁹³ Diese Wege führen zurück ins 19. Jahrhundert, als die sozialen Sicherungssysteme auf Strukturen aufgesetzt wurden, die man heute als zivilgesellschaftlich bezeichnen würde.⁹⁴ Die alles beherrschende Handlungsform waren und sind Verträge zwischen den Verbänden der Sozialleistungsträger und der Leistungserbringer, die, in gewisser Anlehnung an den arbeitsrechtlichen Tarifvertrag,⁹⁵ normative Wirkung beanspruchen und damit unmittelbar auch den Leistungsanspruch beeinflussen.⁹⁶ Diese sog. Gemein-

⁹⁰ Dazu *Eifert* (Fn. 69), Rn. 61 ff.; vgl. ferner etwa *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (275 ff.).

⁹¹ Vgl. speziell für das Gesundheitsrecht *C. Miegel* Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, 2004, insbes. 185 ff.; *J. A. Sickor* Normenhierarchie im Arztrecht, 2005, insbes. 133 ff.

⁹² *Schmidt-Aßmann* (Fn. 45), 59 ff.

⁹³ Vgl. nur die Bestandsaufnahmen bei *P. Axer* Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 52 ff.; *I. Ebsen* Rechtsquellen, in: Schuln (Hrsg.) Handbuch des Sozialversicherungsrechts Bd. I, 1994, § 7 und *A. Hänlein* Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001, insbes. 345 ff.

⁹⁴ *M. Stolleis* Geschichte des Sozialrechts, 2003, 52 ff., 71 ff., 76 ff.

⁹⁵ *L. Richter/W. Sonnenberg* Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse, 1926, 12, 65 ff., 68 ff.

⁹⁶ Vgl. etwa zur Bedeutung des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (§ 87 Abs. 2 S. 1 SGB V), der nicht nur die Vergütungen für die ärztlichen Leistungen beeinflusst,

same Selbstverwaltung wird gekrönt durch die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (§§ 91, 92 SGB V), die, in ihren Rechtswirkungen Rechtsverordnungen vergleichbar, in allen Versorgungsbereichen verbindliches Recht setzen.⁹⁷

Damit steht die Frage der demokratischen Legitimation nicht nur, aber vor allem des Gemeinsamen Bundesausschusses im Raum.⁹⁸ Weil das Gesundheitsrecht durch ein recht eigentümliches Mischungsverhältnis von hierarchischer Grobsteuerung, korporativer Selbstregulierung und zunehmend auch wettbewerblicher Allokation geprägt ist, lässt sie sich mit dem für die unmittelbare Staatsverwaltung entwickelten monistischen Legitimationsmodell⁹⁹ allein nicht beantworten. Die korporatistischen Amtsträger leiten ihre Stellung nicht aus einer Kette von Ernennungsakten ab, die ihren Ausgang beim Staatsvolk nimmt, und die sachlich-inhaltliche Steuerung durch das Parlamentsgesetz ist im Interesse der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung schwächer ausgeprägt als im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung.¹⁰⁰ Dementsprechend ist auch die funktionale Selbstverwaltung eine Ergänzung und Verstärkung des Demokratieprinzips,¹⁰¹ so dass man überle-

sondern auch die Funktion eines Leistungskataloges erfüllt, bereits oben Fn. 27. Generell zu den Regelungsstrukturen des Vertragsarztrechts *T. Kingreen* Governance im Gesundheitsrecht. Zur Bedeutung der Referenzgebiete für die verwaltungsrechtswissenschaftliche Methodendiskussion, *Die Verwaltung* 42 (2009), 339 (347 ff.); *M. Schuler-Harms* Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2010, § 15 Rn. 134 ff.; *A. Wahl* Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, 242 ff.

⁹⁷ Dazu bereits oben III. 1.

⁹⁸ Vgl. zum Folgenden ausführlicher *T. Kingreen* Legitimation und Partizipation im Gesundheitswesen – Verfassungsrechtliche Kritik und Reform des Gemeinsamen Bundesausschusses –, *NZS* 2007, 113 ff. Problematisch ist auch die Legitimation des IQWiG. Vgl. dazu näher *S. Huster/A. Penner* Legitimationsprobleme des IQWiG bei der Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln, *VSSR* 2008, 221 (226 ff.).

⁹⁹ BVerfGE 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66); 107, 59 (87 ff.); *E. W. Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) *HStR* Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 14, 23.

¹⁰⁰ Grundlegend: *E. T. Emde* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 49 ff.; ferner etwa *T. Hebel* Verfassungsrechtliche Probleme „besonderer“ Rechtssetzungsformen funktionaler Selbstverwaltung, *DÖV* 2002, 936 (940 f.); *W. Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 342 ff.; *J. Oebbeke* Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, *VVDStRL* 62 (2003), 366 (393); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 45), 73 ff.; *H.-H. Trute* Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 69), § 6 Rn. 82 ff.

¹⁰¹ BVerfGE 107, 59 (91 f.); 111, 191 (215 f.); vgl. bereits BVerfGE 33, 125 (156 f.). Kritisch etwa *M. Jestaedt* Demokratische Legitimation – quo vadis?, *JuS* 2004, 649 (651 ff.).

gen könnte, die korporatistischen Institutionen wie den Gemeinsamen Bundesausschuss als Ausdruck der Selbstbestimmung der Versicherten zu verstehen und dann über ein pluralistisches Demokratiemodell zu legitimieren. Doch wäre es kurzschlüssig, den Gemeinsamen Bundesausschuss nur deshalb am Legitimationskonzept für die funktionale Selbstverwaltung zu messen, weil er begrifflich unter der Flagge der Selbstverwaltung segelt. Denn hier findet keine kollektive Wahrnehmung von im Grundsatz homogenen Interessen durch einen abgrenzbaren Kreis von Betroffenen statt, sondern arbeiten gesundheitspolitische Kontrahenten ihre Verteilungskonflikte mit unmittelbaren Auswirkungen auf die Versicherten ab.¹⁰²

Als autonome Rechtsetzung könnte man diese Form des Interessenausgleichs allenfalls ansehen, wenn man die Versicherten zum „Verbandsvolk“ der Krankenkassen befördert, wie das der 6. Senat des Bundessozialgerichts¹⁰³ abweichend vom 1. Senat¹⁰⁴ vertritt. Doch auch dann müsste der Gesetzgeber organisatorische und prozedurale Vorkehrungen dafür treffen, dass die Krankenkassen die Interessen der Versicherten angemessen berücksichtigen.¹⁰⁵ Die Versicherten haben aber

Vgl. auch den europarechtlichen Impuls durch EuGH, Rs. C-518/07 v. 9. 3. 2010, Rn. 42 ff. (Kommission/Deutschland): Rechtsaufsicht über die für den Datenschutz zuständigen Kontrollstellen verstößt gegen das Unabhängigkeitserfordernis in Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 RL 95/46/EG und lässt sich auch nicht durch die Notwendigkeit demokratischer Legitimation rechtfertigen. Der EuGH hält die sachlich-inhaltliche Legitimation einer verselbständigten Verwaltungseinheit durch staatliche Aufsicht für verzichtbar, wenn sie an das Gesetz gebunden ist und gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Kritisch dazu etwa *H.-P. Bull* Die „völlig unabhängige“ Aufsichtsbehörde. Zum Urteil des EuGH vom 9. 3. 2010 in Sachen Datenschutzaufsicht, *EuZW* 2010, 488 (489 ff.).

¹⁰² In diesem Sinne etwa auch *M. Burgi* BA-Verwaltungsrat und GKV-Bundesausschuss: Hund und Katz in der Selbstverwaltung, *NJW* 2004, 1369 (1370); *H. Butzer/M. Kaltenborn* Die demokratische Legitimation des Bundesausschusses Ärzte und Krankenkassen, *MedR* 2001, 333 (338 ff.) und *Schmidt-Aßmann* (Fn. 45), 90.

¹⁰³ BSGE 78, 70 (81); ebenso etwa *S. Schlacke* Kontrolle durch Patientenbeteiligung im Medizin- und Gesundheitssystem, in: Schmehl/Wallrabenstein (Hrsg.) *Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens* Bd. 3, 2007, 41 (57).

¹⁰⁴ Der 1. Senat (BSGE 81, 73 [82]) sieht im System kollektivvertraglicher Rechtsetzung ein historisch gewachsenes „Regelungsinstrumentarium eigener Art“, das nur funktioniere, wenn die durch die Vertragsparteien repräsentierten Ärzte, Krankenkassen und Versicherten an sie gebunden seien. Trotz der Bezeichnung des Systems als „gemeinsame Selbstverwaltung“ handele es sich aber nicht um autonome Rechtsetzung, denn diese sei „im Wesentlichen mitgliedschaftlich strukturierten Körperschaften zur eigenverantwortlichen Regelung der sie selbst betreffenden Angelegenheiten vorbehalten.“

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 111, 191 (217).

praktisch keinen Einfluss auf die Zusammensetzung der Krankenkassenorgane¹⁰⁶ und damit auch nicht auf die von den Krankenkassen entsandten Mitglieder im Gemeinsamen Bundesausschuss. Das belegen, in geradezu pathologischer Zuspitzung, die sog. Friedenswahlen in der Sozialversicherung. Grundsätzlich wählen die Versicherten und die Arbeitgeber gemäß § 46 Abs. 1 SGB IV die Vertreter ihrer Gruppen in die Vertreterversammlung getrennt aufgrund von Vorschlagslisten. Nach § 46 Abs. 2 SGB IV gelten aber die für die Vertreterversammlung der Krankenkassen Vorgeschlagenen als gewählt, wenn aus der Gruppe der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber nur eine Vorschlagsliste zugelassen ist oder auf mehreren Vorschlagslisten insgesamt nicht mehr Bewerber benannt werden als Mitglieder zu wählen sind. Es finden dann also gar keine Wahlen durch die Versicherten statt, sondern, wie es in § 28 Abs. 1 Sozialversicherungswahlordnung in geradezu entwaffnender Offenheit heißt, „Wahlen ohne Wahlhandlungen“¹⁰⁷, deren Ergebnis nach Abs. 2 der Vorschrift spätestens am 107. Tage vor (!) dem Wahltag bekannt zu machen ist. Das durchtrennt die durch Art. 20 Abs. 1 GG gezogene Verbindungslinie zwischen der sozialstaatlichen Herrschaft für das Volk und der demokratischen Herrschaft durch das Volk¹⁰⁸ und kann daher keine verfassungsrechtlich hinreichende Legitimation erzeugen.¹⁰⁹ Im Gesundheitsrecht gilt damit ein „umgekehrter Parlamentsvorbehalt“: Das Wesentliche steht nicht im Gesetz, sondern wird unter weitgehendem Ausschluss der Versicherten durch Interessenverbände ausgehandelt.

¹⁰⁶ Gemäß § 46 Abs. 1 SGB IV werden die Vertreterversammlungen aufgrund von Vorschlagslisten gewählt. Das Recht, Vorschlagslisten einzureichen, haben indes nicht nur die Versicherten über sog. freie Listen (§ 48 Abs. 1 Nr. 4 SGB IV), sondern auch die Gewerkschaften. Wegen der hohen Verfahrenshürden und der fehlenden Organisation der Versicherten ist das Aufstellen freier Listen allerdings beschwerlich, so dass in der Praxis die Gewerkschaften auf der Versichertenseite die meisten Vertreterversammlungen der Selbstverwaltungsträger beherrschen, vgl. *G. Haverkate* Verfassungslehre, 1992, 301: „Soziale Selbstverwaltung wird heute auf den Chefetagen der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände gemacht.“ Ausnahmen bestehen nur bei den Ersatzkassen, vgl. *U. Becker* Organisation und Selbstverwaltung der Sozialversicherung, in: *Ruland/von Maydell/Becker* (Hrsg.) Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. 2008, § 13 Rn. 51.

¹⁰⁷ Vgl. auch BSGE 39, 244 (249).

¹⁰⁸ *Böckenförde* (Fn. 99), § 24 Rn. 98; *H. F. Zacher* Das soziale Staatsziel, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) HStR Bd. 2, 2. Aufl. 2004, § 28 Rn. 101.

¹⁰⁹ Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses wird daher im Schrifttum verbreitet bestritten, zumal auch die Legitimation gegenüber den dort nicht vertretenen Leistungserbringern zweifelhaft ist, vgl. *R. Schmidt-De Caluwe*, in: *Becker/Kingreen* (Fn. 15), § 92 Rn. 9 mit umfangreichen Nachweisen auf den Streitstand.

Nun könnte man sich mit *Ernst Forsthoff* zurücklehnen und rasonieren, dass sich das Recht der Leistungsverwaltung eben den rechtsstaatlichen Formen und der dogmatischen Struktur der Eingriffsverwaltung entzieht und das auch immer so bleiben wird.¹¹⁰ Doch um diesen Gegensatz zwischen einem vermeintlich introvertierten Sozialrecht und dem rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht¹¹¹ geht es hier gar nicht. Das Problem wurzelt vielmehr in einem inhaltlichen Etikettenschwindel, der sich auf das institutionelle Gefüge des Gesundheitssystems auswirkt. Es gibt nämlich einen konzeptionellen Zusammenhang zwischen der inhaltlichen Struktur gesundheitspolitischer Allokationsentscheidungen und dem institutionellen Arrangement im Gesundheitssystem: Dem gesetzlichen Regelungskonzept liegt die Prämisse zugrunde, dass knappheitsbedingte Allokationsentscheidungen auf der Grundlage medizinischen, pharmakologischen und ökonomischen Fachwissens getroffen werden können. Das Gesetz hat diese Entscheidungen aus eben diesem Grunde speziellen sachverständigen Gremien zugewiesen. Tatsächlich hängen die Entscheidungen aber, wie die Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln exemplarisch belegt, von Vorfragen ab, für die die Organe der Gemeinsamen Selbstverwaltung keine qualifizierte fachliche Kompetenz haben. Es kommt damit entscheidend darauf an, dass die komplexe Struktur gesundheitspolitischer Allokationsentscheidungen auch organisatorisch und prozedural sachgerecht abgebildet wird.¹¹²

V. Rationierung im Kontext

Zur Vorbereitung der abschließenden Überlegungen lässt sich damit Folgendes festhalten: Das Gesundheitswesen steht paradigmatisch für den Ausgangsbefund, dass Knappheit in einem konkreten sozialen Be-

¹¹⁰ *E. Forsthoff* Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), 8 (14): „Die Aufgabe, die Eingriffsverwaltung und die Daseinsvorsorge in einem einheitlichen Rechtssystem zusammenzufassen, ist ungelöst – und das vielleicht auch deshalb, weil sie unlösbar ist. Vielleicht ist es wirklich so, dass das moderne Verwaltungsrecht nicht infolge eines wissenschaftlichen Unvermögens, sondern kraft der Logik der Dinge dualistisch ist und dualistisch bleiben wird.“ Dazu auch *J. Kersten* Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff, *Der Staat* 44 (2005), 543 (558) und *C. Schütte* Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage, 2006, 108.

¹¹¹ Vgl. zur Wechselwirkung zwischen dem Sozialrecht und den Methoden und der Dogmatik des allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsrechts *T. Kingreen/S. Rixen* Sozialrecht – ein verwaltungsrechtliches Utopia? Ortsangaben zur (Wieder-)Entdeckung einer Referenzmaterie des öffentlichen Rechts, *DÖV* 2008, 741 ff.

¹¹² Dazu noch näher unten V. 2.

zugssystem entsteht, das Bedürfnisse weckt, die Zuständigkeiten für die Befriedigung der Bedürfnisse festlegt und damit beeinflusst, was knapp ist, was knapp sein darf und was nicht, und das auch entscheidet, nach welchen Regeln knappe Güter gerecht verteilt werden. Die Rationierung von Gesundheitsleistungen muss daher im Kontext der Institutionen, Verfahren und Eigengesetzlichkeiten eines konkreten Gesundheitssystems rechtlich beurteilt werden, in Deutschland also vor dem Hintergrund eines geschlossenen Systems, das zwar auf der einen Seite dem Versicherten praktisch alle wesentlichen Entscheidungen durch zum Teil nur unzureichend legitimierte Entscheidungsträger abnimmt, das aber auf der anderen Seite die Gewähr dafür bietet, dass grundsätzlich jedermann Zugang zu einem finanzierbaren, alle notwendigen Leistungen garantierenden Versicherungssystem bekommt.

1. Der „Nikolaus-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts

Die Systemabhängigkeit von Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit bedingt, dass auch der verfassungsrechtliche Rahmen für die Rationierung von Gesundheitsleistungen unter Berücksichtigung der einfachrechtlichen Regelungsstrukturen des konkreten Gesundheitssystems abgesteckt werden muss.¹¹³ Diese Wechselwirkung zwischen Verfassungsinterpretation und einfachem Krankenversicherungsrecht belegt exemplarisch eine am 6. Dezember 2005 ergangene und daher „Nikolaus-Beschluss“¹¹⁴ genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Der zugrunde liegende Sachverhalt ist tragisch. Der seinerzeit 18-jährige Beschwerdeführer litt an einer Muskeldystrophie, die bereits zwischen dem 10. und 12. Lebensjahr zum Verlust der Gehfähigkeit und zu weiteren Folgeerkrankungen führt; die meisten Patienten versterben vor ihrem 25. Geburtstag. Einer der behandelnden Ärzte setzte zur symptomatischen Behandlung die sog. Bioresonanztherapie ein, ein energetisches Behandlungsverfahren, das die angeblich von den Körperzellen ausgehenden elektromagnetischen Signale in einem Bioresonanzgerät erfasst und dort nach harmonischen und disharmonischen Schwingungen trennt. Die harmonischen Schwingungen werden an den Körper zurückgesandt, um den Heilungsprozess in Gang zu setzen. Das

¹¹³ Zur Wechselwirkung zwischen einfachem Recht und Grundrechtsinterpretation M. Cornils Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005; M. Gellermann Grundrechte in einfach-gesetzlichem Gewande, 2000, 1 ff. M. Jestaedt Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999.

¹¹⁴ T. Kingreen Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, 877 (880).

Verfahren ist vom Gemeinsamen Bundesausschuss nicht als Behandlungsmethode anerkannt (vgl. § 135 Abs. 1 SGB V), weshalb die Krankenkasse die Kostenübernahme verweigert hatte. Das Bundesverfassungsgericht hat darin einen Grundrechtsverstoß gesehen: Es sei mit Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG unvereinbar, einerseits „den Einzelnen unter den Voraussetzungen des § 5 SGB V einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung zu unterwerfen und für seine an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichteten Beiträge die notwendige Krankheitsbehandlung gesetzlich zuzusagen, ihn andererseits aber, wenn er an einer lebensbedrohlichen oder sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet, für die schulmedizinische Behandlungsmethoden nicht vorliegen, von der Leistung einer bestimmten Behandlungsmethode durch die Krankenkasse auszuschließen [...]“. Voraussetzung für den Leistungsanspruch sei lediglich eine „nicht ganz fernliegende Aussicht [...] auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf [...]“.¹¹⁵

Der „Nikolaus-Beschluss“ bricht die allgemeine staatliche Verpflichtung, den Zugang zur medizinischen Versorgung zu gewährleisten, auf eine individuelle Ebene herunter.¹¹⁶ Der verfassungsrechtliche Anspruch erfasst nicht nur eine abstrakte Minimalversorgung, sondern auch die Gewährung einer konkreten Leistung in einer individuellen Bedarfslage.¹¹⁷ Die Sozialgerichte müssen nunmehr im Einzelfall prüfen, ob eine lebensgefährliche oder vergleichbare Erkrankung vorliegt und ob gemessen daran die zu ihrer Behandlung verwendete Methode ausreichende Evidenz besitzt.¹¹⁸ Das ist schon deshalb misslich, weil

¹¹⁵ BVerfGE 115, 25 (49).

¹¹⁶ Das war zuvor die Ausnahme, weil nach dem Rechtskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts grundsätzlich davon auszugehen war, dass es Leistungsansprüche des Versicherten außerhalb des durch das Gesetz und die exekutive Normsetzung abgesteckten Rahmens nicht gibt (BSGE 81, 73 [79]); vgl. zu einem Ausnahmefall etwa BSGE 93, 236 [239 ff.]).

¹¹⁷ U. Becker Das Recht auf Gesundheitsleistungen, in: Manssen/Jachmann/Gröpl (Hrsg.) Nach geltendem Verfassungsrecht. FS Steiner, 2009, 50 (69).

¹¹⁸ Der „Nikolaus-Beschluss“ hat daher eine reichhaltige Folgerechtsprechung der Sozialgerichte ausgelöst, die die Voraussetzungen aber insgesamt eher restriktiv handhaben: Leistungsvoraussetzung ist eine „notstandsähnliche Extremsituation“, die eine somatische und eine zeitliche Dimension hat: Es muss sich um eine lebensbedrohliche oder eine wertungsmäßig vergleichbare Krankheit (etwa: drohender Verlust eines wichtigen Sinnesorgans oder einer herausgehobenen Körperfunktion, BSGE 96, 153 [160]) handeln und der drohende Schaden muss sich „innerhalb eines kürzeren überschaubaren Zeitraums mit großer Wahrscheinlichkeit verwirklicht“ (BSG, NZS 2009, 154 [158]) haben. Der Anspruch richtet sich dann entweder auf eine neue Behandlungsmethode oder auf die Anwendung eines für die betreffende Indikation nicht zu-

das Konzept der Konkretisierung der gesetzlichen Rahmenrechte durch die korporatistische Rechtsetzung gerade verhindern sollte, dass Behandlungsmethoden durch Einzelfallentscheidungen der Sozialgerichte bewertet werden. Auch ist es erstaunlich, dass ein Verfahren, das doch auf einer gewissen Schieflage zwischen Glaube und Vernunft zu bestehen scheint¹¹⁹ und in den USA aus Gründen des Verbraucherschutzes gar verboten ist,¹²⁰ in Deutschland unter bestimmten Voraussetzungen grundrechtlich gefordert sein soll. Die Entscheidung hat dementsprechend im Schrifttum zum Teil massive Kritik erfahren. Sie stelle die individuelle Bedürftigkeit einseitig über die finanziellen Auswirkungen auf das Gesamtsystem¹²¹ und überdehne die Freiheitsrechte mit der Ableitung eines nahezu voraussetzungslosen sozialen Leistungsanspruches.¹²²

Die grundrechtsdogmatische Konstruktion ist tatsächlich etwas gewöhnungsbedürftig. Man kann sie aber zumindest nachvollziehen, wenn man sie in einem systemspezifischen Sinne interpretiert. Das Bundesverfassungsgericht stützt den Anspruch nämlich nicht, wie das allgemeine Existenzminimum, auf Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG, und selbst Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wird mehr zur Bestätigung denn zur eigentlichen Begründung des Anspruchs bemüht. „Vorrangiger Maß-

gelassenen Arzneimittels. Voraussetzung für die konkrete Anwendung ist dann, dass keine zumindest gleichermaßen geeignete anerkannte bzw. zugelassene Maßnahme in Frage kommt und ernsthafte Hinweise auf einen positiven Einfluss vorliegen (BSG, NZS 2007, 144 [148 ff.]). Vgl. dazu die Übersichten und Analysen bei J. Arnade Kostendruck und Standard, 2010, 85 ff.; Becker (Fn. 117), 69 ff.; A. Bohmeier/A. Penner Die Umsetzung des Nikolaus-Beschlusses durch die Sozialgerichtsbarkeit: Fortentwicklung und Widersprüche zu den Vorgaben des BVerfG, WzS 2009, 65 ff.; E. Hauck Gestaltung des Leistungsrechts durch das Grundgesetz? – Auswirkungen des Beschlusses des BVerfG vom 6. 12. 2005, NJW 2007, 1320 (1321 ff.); C. Padé Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Lebensgefahr und tödlich verlaufenden Krankheiten – Umsetzung des „Nikolaus“-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, NZS 2007, 352 (354 ff.).

¹¹⁹ C. Goldner Falsch gepolte Schwingungen, SZ v. 17. 4. 2007.

¹²⁰ Vgl. Huster Anmerkung, JZ 2006, 466 (467).

¹²¹ Vgl. etwa Huster (Fn. 66), 1073 f.; tendenziell kritisch auch Duttge (Fn. 21), 149: „klares Bekenntnis für eine Vorrangigkeit der Individualrechte, die einem Streben nach kollektiver Nutzenmaximierung vollständig die Legitimation zu entziehen scheint“ sowie W. Höfling/S. Augsburg Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung unter Finanzierungsvorbehalt? Verfassungsrechtliche Determinanten indirekter und direkter Rationierung im Gesundheitswesen, Zeitschrift für Medizinische Ethik 55 (2009), 45 (50).

¹²² H. M. Heinig Hüter der Wohltaten?, NVwZ 2006, 771 (773); vgl. auch ders (Fn. 45), 421: „eine der gravierendsten Fehlentscheidungen des Verfassungsgerichts aus den letzten Jahren“.

stab“¹²³ ist vielmehr eine neuartige Verbindung von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG, die die in der Zwangsmitgliedschaft und im Beitragszwang liegenden Grundrechtseingriffe herausstellt. Deutlich profiliert das Bundesverfassungsgericht die gesetzliche Krankenversicherung als geschlossenes System, in dem der Versicherte „keinen unmittelbaren Einfluss auf die Höhe seines Beitrags und auf Art und Ausmaß der ihm im Versicherungsverhältnis geschuldeten Leistungen“¹²⁴ hat: „In einer solchen Konstellation der einseitigen Gestaltung der Rechte und Pflichten“ schütze Art. 2 Abs. 1 GG den beitragspflichtigen Versicherten vor einer Unverhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung.¹²⁵

2. *Stärkung der kollektiven Versichertenteilhabe*

Der „Nikolaus-Beschluss“ entwickelt den verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch also im Lichte der einfachrechtlichen Regelungsstrukturen¹²⁶ und legt das Desiderat der unzureichenden Entscheidungsteilhabe der Versicherten frei: Solange der Mehrzahl der Versicherten vermittelt werden konnte, dass allein ihr Bedarf den Leistungsumfang bestimmt, stand die Frage der Entscheidungsteilhabe der Versicherten nicht im Vordergrund; das System lebte, was das Leistungsniveau anging, gewissermaßen von seiner Output-Legitimation.¹²⁷ Wenn nun aber Leistungen, die einen Zusatznutzen generieren, aus Kostengründen von der Versorgung ausgeschlossen werden, rücken die gesundheitspolitischen Entscheidungsstrukturen und -verfahren in den Fokus.¹²⁸ Damit müssen auch zwei bislang weitgehend getrennt verlaufende wissenschaftliche Diskurse zusammengeführt werden: die derzeit von Mediziner, Ökonomen und Philosophen geprägte Rationierungsdiskussion mit der vorwiegend in der Politik- und Rechtswissenschaft geführten verwaltungs(rechts)wissenschaftlichen Steuerungsdebatte.

¹²³ BVerfGE 115, 25 (41).

¹²⁴ BVerfGE 115, 25 (42).

¹²⁵ BVerfGE 115, 25 (42 f.); dazu erläuternd U. Steiner Das Bundesverfassungsgericht und die Gesundheit der Deutschen, in: Kingreen/Laux (Fn. 79), 129 (139 f.) und T. Vießmann Der Anspruch auf Krankenbehandlung nach dem SGB V im Spiegel des subjektiv-rechtlichen Gehalts der Freiheitsgrundrechte, VSSR 2010, 105 (121 ff.).

¹²⁶ Das gilt auch für den eher am Rande behandelten Anspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, der ebenfalls konditional damit verknüpft wird, dass „der Staat mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten“ (BVerfGE 115, 25 [49]) übernimmt.

¹²⁷ Vgl. zur Problematik einer Output-Legitimation als normatives Konzept U. Schliesky Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 603 ff.

¹²⁸ Vgl. dazu insbes. Sachverständigenrat (Fn. 12), 94 ff.

Allerdings wirft die Begründung des „Nikolaus-Beschlusses“ neue Fragen auf, weil offen bleibt, wie denn das geschlossene Krankenversicherungssystem mit dem Ziel einer Stärkung der individuellen Patientenautonomie geöffnet werden müsste, um auf der einen Seite zu verhindern, dass in verzweifelten Situationen alle möglichen Heilsversprechungen zum grundrechtlich garantierten Standard werden,¹²⁹ auf der anderen Seite aber den Anspruch einer solidarisch finanzierten bedarfsdeckenden Krankenversicherung nicht aufzugeben. Autonomie ist im Zusammenhang mit Gesundheit und Krankheit ein anspruchsvolles und voraussetzungsvolles Konzept, nicht nur bei der Frage des Versicherungsschutzes, sondern auch im Verhältnis zwischen Patient und Arzt, das traditionell durch Fürsorge und weniger durch Autonomie geprägt ist. Dieses Bild hat sich zwar in den vergangenen Jahren unter dem Einfluss gesellschaftlicher und politischer Modernisierungsprozesse verändert.¹³⁰ Zugleich hat sich aber das Informationsgefälle zwischen Patienten und Leistungserbringern durch Medikalisierung, Professionalisierung und Technisierung weiter vertieft. Hinzu kommt, dass eine privatautonome Zusammenstellung von Leistungskatalogen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem Anspruch steht, gleichberechtigten Zugang zum medizinischen Versorgungssystem zu gewährleisten.¹³¹ Die Möglichkeiten, die individuellen Entscheidungskompetenzen der Versicherten zu stärken, sind daher bezogen auf den Leistungskatalog und damit auch auf Leistungsausschlüsse begrenzt;¹³²

¹²⁹ Vgl. H. Plagemann/K. Radtke-Schwenzer Grundrecht auf Gesundheit, ZAP Fach 18 (v. 15. 5. 2009), 1067 (1067), wonach der „Nikolaus-Beschluss“ allen Überlegungen einer systematischen Rationierung eine Absage erteile.

¹³⁰ Dazu Sachverständigenrat (Fn. 21), 144 ff.; ferner etwa R. Damm Medizinrechtliche Grundprinzipien im Kontext von Pflege und Demenz – „Selbstbestimmung und Fürsorge“, MedR 2010, 451 (452 ff.); U. Eibach Vom Paternalismus zur Autonomie des Patienten?, Zeitschrift für medizinische Ethik 43 (1997), 215 ff.; W. Höfling/H. Lang Das Selbstbestimmungsrecht. Normativer Bezugspunkt im Arzt-Patienten-Verhältnis, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hrsg.) Neopaternalistische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt-Patienten-Verhältnis, 1999, 17 (17); B. Schöne-Seifert Medizinethik, in: Nida-Rümelin (Hrsg.) Angewandte Ethik, 1996, 552 (594 ff.); A. Simon Medizinethische Aspekte, in: Verrel/Simon (Hrsg.) Patientenverfügungen, 2010, 59 (88 ff.).

¹³¹ Vgl. bereits III. 2. b).

¹³² Die Schwierigkeit, das auch verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen Autonomie und Fürsorge zu bewältigen, hat sich zuletzt wieder bei der Diskussion über die Notwendigkeit einer Beratungspflicht vor Abfassung einer Patientenverfügung gezeigt (dazu im Vorfeld der gesetzlichen Verankerung der Patientenverfügung die Beiträge in M. Albers [Hrsg.] Patientenverfügungen, 2008 sowie F. Hufen Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, 2009). Die nunmehr gefundene Lösung,

abgesehen davon, dass privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten der Versicherten¹³³ auch das ohnehin prekäre Verhältnis zur privaten Krankenversicherung berühren.¹³⁴

Der Fokus richtet sich daher verstärkt auf die Verbesserung der kollektiven Entscheidungsteilhabe der Versicherten.¹³⁵ Hier besteht das Kardinalproblem in der unzureichenden demokratischen Legitimation der für den Leistungskatalog zuständigen Entscheidungsträger. Der „Nikolaus-Beschluss“ lässt diese Frage zwar ausdrücklich offen; es ist aber naheliegend, dass die Stärkung der individuellen grundrechtlichen Legitimation auch die Funktion hatte, die schwache kollektive demokratische Legitimation zu „kompensieren“.¹³⁶ Die Auslagerung von wesentlichen Entscheidungen in die Gemeinsame Selbstverwaltung begünstigt eine Entpolitisierung des Diskurses über notwendige Leistungsbeschränkungen und leistet der Entkopplung der Gesundheitspolitik von anderen Politikbereichen, etwa der Bildungs- und der allgemeinen Sozialpolitik, Vorschub. Weil sich im Gesundheitswesen eine korporatistische Parallelgesellschaft entwickelt hat, wird auch nirgends *politisch* darüber entschieden, welchen Raum die Gesundheitspolitik und welchen die Bildungspolitik im Rahmen der Gesundheitsförderung einnehmen soll,¹³⁷ und bleiben etwa die Reaktionen auf den

ganz auf eine Beratungspflicht zu verzichten, stärkt zwar das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper, wirft aber die Frage auf, ob ohne fachkundige Beratung tatsächlich antizipative Verfügungen über derart komplexe und zunächst noch abstrakte Behandlungssituationen getroffen werden können; kritisch etwa *W. Höfling* Das neue Patientenverfügungsgesetz, NJW 2009, 2849 (2852 ff.).

¹³³ Etwa in Gestalt von Wahlтарifen (§ 53 SGB V), dazu etwa *R. Giesen* Wahlтарife der gesetzlichen Krankenversicherung, 2010.

¹³⁴ *T. Kingreen*, Soziale und private Krankenversicherung: Gemeinschaftsrechtliche Implikationen eines Annäherungsprozesses, ZESAR 2007, 139 (143 ff.).

¹³⁵ Dazu grundlegend bereits *R. Francke/D. Hart* Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen, 2001.

¹³⁶ Diese Annahme liegt auch wegen der kritischen wissenschaftlichen Stellungnahme des späteren Senatsvorsitzenden *H.-J. Papier* Der Wesentlichkeitsgrundsatz – am Beispiel des Gesundheitsreformgesetzes, VSSR 1990, 123 (136f.) nahe: „Der demokratie- und rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt mit seiner Präzisierung durch die ‚Wesentlichkeitstheorie‘ des Bundesverfassungsgerichts erscheinen hier stellenweise als ‚Phantombilder aus einer anderen Welt‘. Insbesondere die Richtlinien der Bundesausschüsse können wegen ihrer Rechtsatzwirkung dem verfassungsrechtlichen Vorbehaltprinzip nicht genügen.“ Vgl. ferner das Mitglied des 2. Senats *U. Di Fabio* Verlust der Steuerungskraft klassischer Rechtsquellen, NZS 1998, 449 (452): „Schritt in die neoständische Zergliederung der Gesellschaft“.

¹³⁷ Ein weiterer Grund ist hier freilich die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung.

Einfluss von Armut, sozialem Status und kultureller Herkunft auf die Gesundheitschancen *politisch* eigenartig unterbelichtet.¹³⁸

Der Gesetzgeber versucht zwar seit 2004, die Versicherten zumindest als Patienten besser zu beteiligen, und begründet das auch ausdrücklich damit, dass ihnen nur unter dieser Voraussetzung mehr Eigenverantwortung zuzumuten sei.¹³⁹ Insbesondere sollen die für die Wahrnehmung der Patienten maßgeblichen Organisationen an den die Versorgung betreffenden Entscheidungen der Selbstverwaltungsgremien „beteiligt“ werden (§ 140f Abs. 1 SGB V).¹⁴⁰ Dieses Partizipationsrecht ist aber, gemessen an der Teilhabe der Verbände der Krankenkassen und Leistungserbringer, vierfach abgeschwächt: Vertreten werden erstens nur die Patienten, also die Versicherten nur in ihrer Eigenschaft als Leistungsbererechtigte, während sie als Beitragszahler offenbar nach wie vor von den Krankenkassen repräsentiert werden sollen.¹⁴¹ Unklar ist zweitens die demokratische Legitimation der Patientenvertreter, die nicht gewählt, sondern von „maßgeblichen Organisationen“ (§ 140f Abs. 1 SGB V) einvernehmlich benannt (§ 140f Abs. 2 S. 4, Abs. 3 S. 4 SGB V) werden.¹⁴² Drittens sind die Patientenvertreter zwar im Gemeinsamen Bundesausschuss vertreten, aber nicht in anderen für die Konkretisierung des Leis-

¹³⁸ Offenbar politisch folgenlos: Lebenslagen in Deutschland – Dritter Armuts- und Reichtumsbericht, BT-Drucks. 16/9915, 82 ff. Dazu etwa P. Axer Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 (2009), 177 (178 ff.) und I. Ebsen Armut und Gesundheit, SDSRV 56 (2007), 133 ff.; S. Huster Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, JZ 2008, 859 (860 ff.). Zu den „Kosten der Ungleichheit“ im Gesundheitssystem R. Wilkinson/K. Pickett Gleichheit ist Glück. Warum gerechte Gesellschaften für alle besser sind, 2009, 65 ff.

¹³⁹ BT-Drucks. 15/1525, 132.

¹⁴⁰ Dazu ausführlich *Schlacke* (Fn. 103), 45 ff. Außerdem wurde das Amt eines allerdings politisch weitgehend einflusslosen Patientenbeauftragten (§ 140h SGB V) geschaffen, vgl. S. Rixen Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, 587 f.: „institutionelles Placebo“.

¹⁴¹ I. Ebsen Patientenpartizipation in der gemeinsamen Selbstverwaltung der GKV: Ein Irrweg oder ein Desiderat?, MedR 2006, 528 (528 ff.); A. Hänlein, in: Hänlein/Kruse (Fn. 57), § 140f Rn. 3.

¹⁴² F. Hase Verfassungsrechtliche Bewertung der Normsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss, MedR 2005, 391 (395); J. Kaempfe in: Becker/Kingreen (Fn. 15), § 140f Rn. 2; R. Pitschas Mediatisierte Patientenbeteiligung im Gemeinsamen Bundesausschuss als Verfassungsproblem, MedR 2006, 451 (455); S. Rixen Rationierungen im Leistungsrecht, in: Fischer/Meyer (Hrsg.) Gesundheit und Wirtschaftswachstum, 2010, 51 (56); K. Ziermann Inhaltsbestimmung und Abgrenzung der Normsetzungskompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Bewertungsausschüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2007, 83 f.; differenzierend *Schlacke* (Fn. 103), 58 f.

tungskataloges bedeutenden Gremien.¹⁴³ Viertens schließlich beschränkt sich diese Partizipation auf Beratungs- und Informationsrechte, schließt also keine rechtserheblichen Entscheidungsbefugnisse ein (§ 140f Abs. 2 S. 1 und 2 SGB V).¹⁴⁴ Nimmt man also das Partizipationsmodell des § 140f SGB V beim Wort, so können die Versicherten als Beitragszahler, mediatisiert über die Krankenkassen, in allen Gremien mitentscheiden, während sie als Leistungsberechtigte, vermittelt über die „maßgeblichen Organisationen“, nur mitberaten dürfen, und dies auch nur in ausgesuchten Gremien. Die grundlegenden Legitimations- und Partizipationsdefizite werden dadurch nicht beseitigt. Institutionell ist das deutsche Gesundheitsrecht damit auf Rationierungen und Priorisierungen nicht eingerichtet.¹⁴⁵ Es etabliert ein System für, aber ohne Versicherte.

Die Verbesserung der kollektiven Entscheidungsteilhabe der Versicherten ist allerdings innerhalb der bestehenden Strukturen nicht ganz einfach zu bewerkstelligen. Es ist zwar vorstellbar, dass die Vertreter der Versicherten gleichberechtigt mit Krankenkassen und ärztlichen Leistungserbringern als „dritte Bank“ in alle Gremien der Gemeinsamen Selbstverwaltung gewählt werden und dort auch Entscheidungsbefugnisse eingeräumt bekommen.¹⁴⁶ Dieser Therapieversuch ist allerdings nicht ganz nebenwirkungsfrei: Er würde nämlich weitere Begehrlichkeiten auslösen, etwa der Verbände der nichtärztlichen Leistungserbringer, die auch nicht im Gemeinsamen Bundesausschuss vertreten sind, von seinen Entscheidungen aber gleichfalls erheblich betroffen sind. Der Leistungskatalog und die Frage seiner Beschränkung

¹⁴³ Hervorzuheben ist etwa der vertragsärztliche Bewertungsausschuss (§ 87 Abs. 3 SGB V), in dem Kassenärztliche Bundesvereinigungen und Spitzenverband Bund nach § 87 Abs. 1 S. 1 SGB V den Einheitlichen Bewertungsmaßstab vereinbaren, der gleichermaßen Vergütungsordnung für die Vertragsärzte und Leistungskatalog für die Versicherten ist, vgl. bereits oben Fn. 27.

¹⁴⁴ *Pitschas* (Fn. 142), 456f.; *Rixen* (Fn. 142), 56.

¹⁴⁵ Die Enquête-Kommission (Fn. 21) stellt, ohne das allerdings näher zu belegen, fest, dass in den Ländern, die Priorisierungsentscheidungen institutionalisiert haben, regelmäßig die Bürgerbeteiligung intensiviert wurde.

¹⁴⁶ Dazu ausführlich *T. Vießmann* Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V, 2009, 265 ff. Vorstellbar wäre es etwa, die Vertreter der Versicherten durch Sozialwahlen zu wählen, die auf diese Weise erstmals Legitimation vermitteln könnten. Die Vertreter der Krankenkassen würden hingegen nur noch durch die Mitgliedskassen, aber nicht mehr durch die Versicherten gewählt werden, dazu näher *Ebsen* (Fn. 141), 532f., der allerdings von einem Fortbestand der herkömmlichen Sozialwahlen neben den neu zu installierenden Versichertenwahlen ausgeht, vgl. ferner bereits *R. Schimmelpfeng-Schütte* Die Zeit ist reif für mehr Demokratie in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), *MedR* 2006, 21 (24f.).

entziehen sich offenbar der für die Selbstverwaltung konstitutiven Unterscheidbarkeit zwischen Betroffenen und Nichtbetroffenen. Das stellt zwar nicht die Institutionen der Gemeinsamen Selbstverwaltung, wohl aber die Reichweite ihrer Entscheidungsbefugnisse und die Rechtswirkungen ihrer Entscheidungen in Frage. Zur Politisierung der Diskussion über Leistungsausgrenzungen würde es beitragen, wenn der Gesetzgeber die wesentlichen normativen Entscheidungen selbst treffen würde und nicht, wie bei der Kosten-Nutzen-Bewertung für Arzneimittel, in öffentlichkeitsferne Fachzirkel verlagert.¹⁴⁷ Darüber hinaus sollte die im Gesundheitsrecht fast vollständig in Vergessenheit geratene ministerielle Rechtsverordnung als Flexibilität und Normativität garantierende Handlungsform reaktiviert werden.¹⁴⁸ Die Richtlinien und sonstigen Maßnahmen der Gemeinsamen Selbstverwaltung dürfen hingegen nur eine normkonkretisierende Funktion haben,¹⁴⁹ aber keine unmittelbare Rechtswirkung nach außen entfalten.¹⁵⁰

Die Beseitigung der strukturellen legitimatorischen Defizite im Gesundheitswesen ist zwar noch keine Garantie dafür, dass es gelingt, Leistungen so zu beschränken, dass die Finanzierbarkeit des Gesundheitssystems sichergestellt bleibt, ohne den Anspruch sozialer Verteilungsgerechtigkeit aufzugeben. Eine Stärkung der Versichertenteilhabe und die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen auf Institutionen mit breiterer demokratischer Legitimation könnten aber einen Beitrag dazu leisten, überhaupt erst einmal eine offenere gesamtgesellschaftliche Debatte darüber in Gang zu setzen, was uns die Gesundheit wert ist und welchen Anteil daran das Gesundheitssystem haben soll.

¹⁴⁷ Vgl. oben III. 2. c) bb).

¹⁴⁸ In diesen Sinne auch *F. Ossenbühl* Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS 1998, 497 (503); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 45), 94f.; vgl. auch *H. A. Wolff* Die Legitimationsveränderungen des Richtlinienerlasses durch den Gemeinsamen Bundesausschuss auf der Grundlage des GKV-Modernisierungsgesetzes, NZS 2006, 281 (285).

¹⁴⁹ Die Entwicklung der verwaltungsrechtlichen Handlungsformenlehre stimmt hier allerdings nicht sonderlich optimistisch, da es gewisse Auflösungstendenzen zwischen Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen zu geben scheint, vgl. zur wenig glücklichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 72, 300 [320]; 107, 338 [341]) zur beschränkten Außenwirkung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften etwa *S. Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 878ff.; *D. Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 2 Rn. 68f.; *M. Möstl*, ebda, § 19 Rn. 9, § 20 Rn. 16ff.; positiver etwa *Ruffert* (Fn. 69), Rn. 76ff.

¹⁵⁰ Wenn man das akzeptiert, würde sich auch der ansonsten durchaus naheliegende Vorschlag von *Rixen* (Fn. 142), 59f., erübrigen, die kollektive Patiententeilhabe durch Verbandsklagerechte zu stärken. Denn Rechtsvorschriften ohne Außenwirkung begründen keine Rechtsverhältnisse zum Bürger. Sie können und müssen daher nicht unmittelbar gerichtlich angegriffen werden.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen

I. Knappheit zwischen Autonomie und Heteronomie

(1) Knappheit wird durch Bedürfnisse ausgelöst und beeinflusst durch die Zuständigkeit für die Artikulation der Bedürfnisse: Was knapp ist und was zu tun ist, wenn etwas als knapp gilt, hängt davon ab, wer mit welchem Wissen, welchem Einfluss, welchen Präferenzen und in welchen Verfahren darüber entscheidet.

II. Das Knappheitslaboratorium Gesundheitswesen

1. Die gesetzliche Krankenversicherung als geschlossenes System

(2) Das deutsche Krankenversicherungsrecht etabliert ein geschlossenes System, das weitgehend die Entscheidung darüber beansprucht, wer welche Risiken zu welchem Beitrag versichern muss und welche Leistungen im Versicherungsfall beanspruchen kann. Es ruht auf vier Pfeilern: der Versicherungspflicht, der solidarischen Finanzierung, dem einheitlichen Leistungskatalog und dem Bedarfsprinzip.

2. Strategien der Knappheitsbewältigung und -verdrängung

(3) Der Reformgesetzgeber versucht der Knappheit im Gesundheitswesen vor allem durch Rationalisierung zu begegnen. Die durch die sinkende Grundlohnsumme und die demografische Entwicklung bedingten Einnahmeprobleme und die vor allem durch den medizinischen Fortschritt ausgelösten Ausgabenprobleme hat er dadurch aber nicht in den Griff bekommen.

(4) Eine Diskussion über die knappheitsbedingte Vorenthaltung notwendiger Leistungen (Rationierung, Priorisierung) gilt in Deutschland als politisch nicht opportun. Es gibt zwar einen ausgiebigen fachwissenschaftlichen Diskurs über die Rationierung und Priorisierung von Leistungen. Dieser wird aber nur selten auf die für den rechtswissenschaftlichen Zugang ent-

scheidenden Regelungsstrukturen des konkreten Gesundheitssystems heruntergebrochen.

III. Knappheitsrelevante Regelungsstrukturen im deutschen Gesundheitsrecht

(5) Schon das geltende Gesundheitsrecht schließt notwendige Leistungen ganz oder teilweise aus oder ermöglicht und begünstigt das zumindest.

1. Maßstab: Notwendigkeit der Krankenbehandlung

(6) Im Leistungsrecht ist normativer Anknüpfungspunkt für die Frage, ob rationiert wird, die „Notwendigkeit der Krankenbehandlung“ (§ 27 Abs. 1 SGB V). Was konkret „notwendig“ ist, ergibt sich nicht aus dem formellen Gesetz, sondern aus einem komplexen Geflecht von Rechtsnormen und Verträgen, die die Verbände der Krankenkassen und Leistungserbringer im Rahmen der sog. Gemeinsamen Selbstverwaltung mit unmittelbarer Wirkung für die Versicherten erlassen und vereinbaren. Entscheidende Bedeutung haben dabei die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (§§ 91, 92 SGB V).

2. Konkretisierungen und Relativierungen des Notwendigkeitsgrundsatzes

a) Der juristische Krankheitsbegriff

(7) Krankheit ist ein normativer Begriff. Ihr Bezugspunkt, der an die einzelnen Lebensabschnitte angepasste Normalzustand des Menschen, ist sozial, kulturell und medizinisch bedingt. Neuvermessungen dieses Referenzzustandes beeinflussen den Begriff der Krankheit und damit auch die Frage, ob ein Gesundheitssystem rationiert oder nicht.

b) Eigenverantwortung

(8) Die existierenden Ausschlüsse notwendiger Leistungen werden durchweg mit der Eigenverantwortung der Versicherten (§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB V) begründet. Die Zuweisung der Eigenverantwortung stützt sich auf unterschiedliche Argumente: die Zumutbarkeit der Selbstbeschaffung, die Geringfügigkeit der Gesundheitsstörung, die Unzuständigkeit der Solidargemeinschaft für die Art der persönlichen Lebensführung oder das Selbstverschulden.

(9) Verfassungsrechtlicher Maßstab für Leistungsausschlüsse ist neben Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 S. 1 GG auch Art. 3 Abs. 1 GG. Das Recht auf Gesundheitsleistungen ist tendenziell differenzierungsfeindlich. Leistungs-

ausschlüsse sind rechtfertigungsbedürftig, wenn sie dazu führen, dass die unter Berücksichtigung des allgemeinen Versorgungsstandards notwendigen Leistungen nicht zumutbar beschafft werden können. Die bisherigen Leistungsausschlüsse (→ Leitsatz 8) sind verfassungsgemäß. Verfassungswidrig ist die Beschränkung des Leistungsanspruchs für Asylbewerber auf die Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände.

c) Wirtschaftlichkeit

aa) Verhältnis zum Notwendigkeitsgrundsatz

(10) Das Wirtschaftlichkeitsprinzip (§ 12 SGB V) steuert vordergründig nur die Entscheidung zwischen mehreren Behandlungsalternativen, kann aber zumindest unschwellig auch die Beurteilung der Notwendigkeit einer Leistung beeinflussen.

bb) Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln

(11) § 35b SGB V ermächtigt das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) zu Kosten-Nutzen-Bewertungen von Arzneimitteln und damit zu Abwägungsentscheidungen zwischen Notwendigkeits- und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz. Diese dienen als Grundlage für Preisregulierungen, die Festlegung von Ordnungsbedingungen und Leistungsausschlüsse bei Arzneimitteln.

(12) Die Kriterien und Methoden der Kosten-Nutzen-Bewertung müssen u.a. auf der Grundlage der „anerkannten internationalen Standards der Gesundheitsökonomie“ bestimmt werden. Zu diesen soll vor allem der Maßstab der „qualitätsbereinigten Lebensjahre“ (QALY) gehören. Dieser vernachlässigt aber, dass Allokationsentscheidungen im Gesundheitswesen nicht nur aus deskriptiven, sondern auch aus normativen Elementen bestehen. Diese Doppelnatur hat Konsequenzen auch für die institutionellen Entscheidungszuständigkeiten (→ Leitsatz 16).

IV. Organisation und Verfahren gesundheitspolitischer Allokationsentscheidungen

1. Prozedurale Verteilungsgerechtigkeit

(13) Die normative Ungewissheit des Sozialstaatsprinzips wird durch demokratische Verfahrens- und Entscheidungsregeln aufgefangen, die sozialpolitische Verteilungsentscheidungen legitimieren, ihnen aber keinen zeitlosen sozialen Gerechtigkeitsanspruch vermitteln. Soziale Verteilungsgerechtigkeit setzt daher demokratische Verfahrensgerechtigkeit voraus.

(14) Der parlamentarische Gesetzgeber muss auch im Gesundheitswesen die wesentlichen Präferenz- und Verteilungsentscheidungen treffen. Er kann zwar die Detailsteuerung der Exekutive überlassen und dabei auch privatverbandliche Regelwerke sachverständiger Gremien rezipieren. Er muss aber für die Unabhängigkeit und Neutralität ihrer Mitglieder Sorge tragen, staatliche Mitwirkungs- und Aufsichtsrechte vorsehen sowie Verfahren implementieren, die Transparenz und Verfahrensteilhabe der Betroffenen sicherstellen.

2. Demokratische Legitimation der Entscheidungsträger

(15) Der Gemeinsame Bundesausschuss ist im Hinblick auf seine Aufgabe, durch Richtlinien den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung rechtsverbindlich zu konkretisieren (→ Leitsatz 6), demokratisch unzureichend legitimiert. In ihm findet keine autonome Selbstbestimmung durch die Versicherten statt, die in einem pluralistischen Demokratiemodell abgebildet werden könnte. Denn die Versicherten haben keinen relevanten Einfluss auf die Zusammensetzung der Krankenkassenorgane, insbesondere auch nicht durch die Sozialwahlen.

(16) Es besteht ein konzeptioneller Zusammenhang zwischen der inhaltlichen Struktur gesundheitspolitischer Allokationsentscheidungen (→ Leitsatz 12, Satz 3) und dem institutionellen Arrangement (→ Leitsatz 15) im Gesundheitssystem: Die Übertragung wesentlicher Entscheidungszuständigkeiten auf sachverständige Gremien beruht auf der unzutreffenden Prämisse, dass die Entscheidungen über den Leistungskatalog nur aus deskriptiven (medizinischen, ökonomischen) und nicht auch aus normativen (politischen, ethischen) Komponenten bestehen.

V. Rationierung im Kontext

(17) Die Rationierung von Gesundheitsleistungen kann verfassungsrechtlich nur im Kontext der Institutionen, Verfahren und Eigengesetzlichkeiten eines konkreten Gesundheitssystems beurteilt werden. Charakteristisch für das deutsche Krankenversicherungsrecht ist insoweit ein geschlossenes System (→ Leitsatz 2) mit nur unzureichend legitimierten Entscheidungsträgern (→ Leitsatz 15), das aber grundsätzlich die Gewähr für eine sozial ausgewogene, leistungsfähige Versorgung mit den notwendigen Leistungen bietet.

1. Der „Nikolaus-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts

(18) Das Bundesverfassungsgericht leitet bei einer lebensbedrohlichen Erkrankung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG einen Anspruch auf die Erstattung der Kosten für eine nicht anerkannte Behandlungsmethode ab, wenn sich diese positiv auf den Krankheitsverlauf auswirken kann. Es begründet den grundrechtlichen Anspruch mit der Geschlossenheit des Krankenversicherungssystems. Damit verbindet es die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Leistungsausschlüssen mit den einfach-rechtlichen Regelungsstrukturen (→ Leitsatz 17, Satz 2) und stellt den wichtigen Zusammenhang zwischen der Rationierungs- und der verwaltungs-(rechts)wissenschaftlichen Steuerungsdiskussion her.

2. Stärkung der kollektiven Versichertenrechte

(19) Die Möglichkeiten zur Stärkung der individuellen Entscheidungskompetenzen der Versicherten sind wegen der Besonderheiten des Arzt-Patienten-Verhältnisses und des Anspruchs, gleichberechtigten Zugang zum medizinischen Versorgungssystem zu gewährleisten, begrenzt. Der „Nikolaus-Beschluss“ sollte daher nicht mit der vermeintlich unzureichenden individuellen, sondern der tatsächlich defizitären kollektiven Entscheidungsteilhabe der Versicherten begründet werden.

(20) Die Auslagerung von wesentlichen Entscheidungen in die Gemeinsame Selbstverwaltung begünstigt eine Entpolitisierung des Diskurses über notwendige Leistungsbeschränkungen und entkoppelt die Gesundheitspolitik von anderen Politikbereichen. Die bisherigen Regelungen, die die kollektive Entscheidungsteilhabe der Versicherten durch Mitgliedschaft in einzelnen Gremien der Gemeinsamen Selbstverwaltung verbessern sollen, sind unzureichend. Eine gleichberechtigte Beteiligung von gewählten Versichertenvertretern in allen Gremien der Gemeinsamen Selbstverwaltung ist wünschenswert, aber mit dem Problem der Abgrenzbarkeit von Betroffenen und Nichtbetroffenen verknüpft.

(21) Für die Politisierung der Rationierungsdebatte kommt es darauf an, dass der Gesetzgeber die wesentlichen normativen Entscheidungen selbst trifft, die Rechtsverordnung als gesundheitsrechtliche Handlungsform reaktiviert wird und die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses auf eine normkonkretisierende Funktion beschränkt werden.

3. Aussprache und Schlussworte

Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen

Lepsius: Wir haben zwei sehr vielfältige Referate gehört, die eine gewisse Gemeinsamkeit darin haben, dass sie die Hoffnung in verstärkte Rechtsetzung, also auf parlamentarische Willensbildung und entsprechenden Normvollzug setzen. Ich bin neugierig, wie sich diese Hoffnung mit der Tradition dieser Vereinigung verträgt, den Gesetzgeber an strenge rechtsstaatliche, insbesondere grundrechtliche Schranken zu binden. Wir freuen uns alle auf eine spannende Diskussion. Ein Bundestagsprotokoll hätte bei den Vorträgen mehrfach Heiterkeit vermeldet, ich darf das gewissermaßen nachtragen. Wir eröffnen die Diskussion mit dem Beitrag von Herrn Hufen, bitte.

Hufen: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich darf mich zunächst sehr herzlich bei den Referenten bedanken. Es waren höchst anregende Referate, deren Bedeutung auch darin lag, dass sie den legitimen Anspruch unserer Vereinigung der Ermittlung gerade der Grundlagen unseres Faches zum Tragen gebracht haben. Es geht um die Grundlagen der verfassungsrechtlichen Ordnung auch und gerade in den eingekapselten, durch Verteilungskämpfe gekennzeichneten juristischen Fächern. Ich denke, wir haben in beiden Referaten zur Kenntnis genommen, dass unser Fach als den Grundlagen verpflichtete Wissenschaft hier einiges zu sagen hatte. Die vielleicht wichtigste Grundlage in diesem Sinne findet sich in These 2 von Herrn Lege: „Gesundheit ist primär nicht ein öffentliches, sondern ein privates Gut“. Das schafft eine treffliche thematische Brücke zum heutigen Vormittag. Dort hatten wir nach dem Sicherheitsauftrag des Staates für die Privatsphäre gefragt – nicht Privatsphäre im Sinne eines verräumlichenden Denkens, sondern ganz im Sinne von Autonomie, Selbstbestimmung und damit in der Frage nach den Gefahren für diese Autonomie. Das ist ein Thema, das auch und gerade im gesetzlichen Gesundheitssystem eine große Rolle spielt. Herr Lege und Herr Kingreen und wir alle wissen es: Die These vom privaten Gut Gesundheit klingt schön, aber sie stimmt in unserer Realität eigentlich nicht. Gesundheit ist kein privates Gut mehr in einem System, in dem 90 % der Gesundheitssicherung in

einem öffentlichen Pflichtsystem, der gesetzlichen Krankenversicherung, stattfinden. Wir haben in Wirklichkeit ein öffentlichrechtliches Gesundheitssystem, in dem höchst wichtige, für Selbstbestimmung, Menschenwürde, körperliche Unversehrtheit und andere Grundrechte wesentliche Entscheidungen getroffen werden, in dem es heute nicht zuletzt auch um Rationierung und Priorisierung geht, die buchstäblich über Leben und Tod entscheiden. Hinzu kommt: Trotz des hohen Versorgungsgrades haben wir einen hohen Grad an Ungerechtigkeitsempfinden in der Bevölkerung, und wir haben die Forderung, auch die letzten Reste des privaten Gesundheitssystems und der privaten Krankenversicherung unter dem harmlos klingenden Stichwort „Bürgerversicherung“ auch noch aus dem privaten Bereich auszugliedern. Gravierender noch: Der hohe Grad an Staatlichkeit in diesem Bereich führt dazu, dass sich der Staat für private Gesundheitsrisiken verantwortlich fühlt, die ohne eine solche Verstaatlichung der Eigenverantwortung des Einzelnen obliegen würden. Private Krankheit wird so zum öffentlichen Problem. Der Staat muss sich also in ganz anderer Art und Weise als früher um das höchst private Gut Gesundheit kümmern, denn er hat Risiken übernommen, für deren Minimierung er verantwortlich wird. Und hier setzt die Gefahr für die private Selbstbestimmung ein. Ich rede hier nicht über die Grundrechte der Ärzte oder der privaten Krankenversicherung. Ich rede auch nicht über das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Ich rede ganz im Sinne von heute Vormittag über den zu schützenden Bereich privater Lebensgestaltung, weil die Übernahme gesundheitlicher Risiken durch die öffentliche Krankenversicherung Gesundheitsvorsorge zur legitimen Staatsaufgabe macht. In diesem Sinne ist in maßgeblichen Nachbarwissenschaften schon gar nicht mehr von „Health“, sondern nur noch von „Public Health“ die Rede, was auch in der englischen Übersetzung auf große Einwirkungsmöglichkeiten des Staates bis hin in die private Lebensgestaltung deutet, die ich für die Selbstbestimmung letztlich gefährlich halte. Da ist auf der Ebene der EU bereits von Verboten der Kinderchokolade, Überraschungseiern oder Nutella für Kinder die Rede. Merke: Wenn's gut schmeckt, ist es gefährlich. Da führen wir – nicht nur auf EU-Ebene – eine Diskussion über Werbeverbote für alle möglichen wirklich oder angeblich gesundheitsgefährdenden Produkte – weit über Tabak und Alkohol hinaus. Da blicken wir mit wachsendem Staunen auf die ganze Albernheit von Warnmitteilungen, höchst vereinfachenden „Ampeln“ auf Lebensmitteln, Smileys und Internet-Prangern, die nicht nur die jeweiligen Anbietern sondern erwachsene Menschen in ihrer autonomen Entscheidung gefährden. Da ist bereits die Rede darüber, dass es in Hamburger-Ketten demnächst nicht nur

Ketchup und Mayo geben soll, sondern auch Cholesterinsenker, sozusagen nebenbei. Der nächste Schritt wäre dann Alkoholverbot, der übernächste Schritt wäre zwingende Bewegungsübungen nach 3 Stunden PC-Benutzung. Mit anderen Worten, wir müssen uns deutlich machen, es geht hier nicht nur um Verteilung im Gesundheitswesen, es geht auch um eine Gefährdung der Autonomie des erwachsenen Menschen, und die Rückkehr kann eigentlich nur in die Richtung der These 2 von Herrn Lege führen: Gesundheit ist ein privates Gut. Der Einzelne muss in die Möglichkeit versetzt werden, gesund zu leben. Das muss und kann im frühen Lebensstadium über die Schule und andere Erziehungsinstitutionen geschehen. In diesem Sinne ist es völlig richtig, im Gesundheitswesen von „Ermöglichungsgerechtigkeit“ zu reden, die bekanntlich viel wichtiger ist als die Verteilungsgerechtigkeit unter erwachsenen Menschen, denn Ermöglichung hat mit Autonomie zu tun, staatliche Verteilung und staatliche Belehrung machen unmündig. Vielen Dank.

Kischel: Ich danke den beiden Vortragenden zunächst für die überaus klaren Vorträge, eine Klarheit, die man als Nicht-Sozialrechtler bei einem Thema wie dem heutigen vielleicht nicht immer erwartet hätte. Herrn Kingreen kann ich nur umfassend zustimmen. Meine Fragen richten sich daher nur an Herrn Lege. Dazu möchte ich zwei Ihrer Sätze aufgreifen. Sie haben zunächst gesagt, eine Beitragsfreiheit sei unter Gleichen und Freien nicht möglich oder nicht zulässig. Der soziale Ausgleich müsse insofern über Steuern hergestellt werden. Sie wollen also die soziale Gerechtigkeit durch Steuern herstellen, vielleicht weil Sie im Steuerrecht auf das Prinzip der Leistungsfähigkeit abstellen. Insofern sehe ich zwei Probleme. Erstens fragt sich, warum nicht auch im Recht der Gesundheitsfinanzierung möglicherweise ein Leistungsfähigkeitsprinzip gilt. Insofern könnte man davon ausgehen, dass bei Familien die Leistungsfähigkeit herabgesetzt ist und dem durch Beitragsfreiheit bestimmter Familienmitglieder Rechnung getragen wird. Umgekehrt würde ich zudem davon ausgehen, dass auch die Steuer ein System unter Freien und Gleichen ist. Dann aber müssten Ihre Bedenken bezüglich der Beitragsfreiheit auch bei der Steuer gelten, diese also ebenfalls nicht das geeignete Ausgleichsinstrument darstellen. Eine zweite Kritik setzt auf einer ganz anderen Ebene an: Wenn Sie die soziale Gerechtigkeit über Steuern herstellen wollen, setzt das voraus, dass Steuern selbst sozial gerecht sind. Das scheint im Hinblick auf das Leistungsfähigkeitsprinzip auf den ersten Blick eine berechnete Annahme. Dennoch scheint es mir im heutigen undurchdringlichen Dickicht des Steuerrechts mit seinen zahllosen Ausnahmen und Schlupf-

löchern nicht so zu sein, dass tatsächlich die Reichen viel und die Armen wenig Steuern zahlen. Die soziale Gerechtigkeit der realen Verteilung der Steuerlasten ist also keineswegs gesichert. Meine weitere Frage bezieht sich auf ihre Feststellung, Güter seien immer knapp und damit ungerecht verteilt, sonst wären sie keine Güter. Warum sind knappe Güter immer ungerecht verteilt? Ist denn Gerechtigkeit nur dann verwirklicht, wenn jeder erhält, was er nach seiner individuellen Willkür gern erhalten möchte oder wenn jeder genau das erhält, was er bekommen würde, wenn das Gut nicht knapp (und damit kein Gut mehr) wäre? Kann ein knappes Gut nicht vielmehr u. a. dann gerecht verteilt sein, wenn alle das gleiche erhalten oder wenn jeder nach seinen Bedürfnissen etwas erhält?

Hase: Meines Erachtens ist in beiden Referaten, in diesem Sinne habe ich auch Herrn Hufens Beitrag verstanden, der grundlegenden Frage nach dem Verhältnis zwischen der Eigenverantwortung des Einzelnen und der Verantwortung des Staates im Bereich der gesundheitlichen Versorgung nicht hinreichend Rechnung getragen worden. Herr Zacher, der ja heute unter uns ist, hat in seinen Arbeiten immer wieder hervorgehoben, es gehöre zu den Prämissen des neuzeitlichen Rechts- und Gesellschaftssystems, dass der Einzelne für die Grundlagen seiner Versorgung und für die der eigenen Familie selbst verantwortlich sei, dass er damit auch mit seinen Kräften für die Vorsorge für Risiken des eigenen Lebens – wie Krankheit und Invalidität – einzustehen habe. Die gesundheitliche Absicherung des Einzelnen gehört demnach nicht zu den Aufgaben, die von vornherein dem Staat zugewiesen sind, die primäre Verantwortung fällt vielmehr in die Privatsphäre. Darauf basiert das moderne Recht, darauf basiert der moderne Staat, was mit dem Begriff der „Privatrechtsgesellschaft“ zum Ausdruck gebracht worden ist. Mit der Einführung einer öffentlich-rechtlichen Gesundheitsvorsorge sind die Prämissen dieses Rechts- und Gesellschaftskonzepts keineswegs aufgehoben, sie sind aber doch durchbrochen worden: Zunächst, mit dem Gesetz über die Krankenversicherung der Arbeiter von 1883, für einen relativ kleinen Teil der Bevölkerung, dessen Angehörige das Sicherungsniveau der Privatrechtsgesellschaft mit eigenen Kräften nicht erreichen konnten. Deshalb hat die Gesetzgebung seinerzeit das Prinzip der Freiwilligkeit in der Vorsorge durch öffentlichen Rechtszwang ersetzt, an die Stelle von Risikobewertungen aufgrund marktwirtschaftlicher Kalküle, wie sie das private Versicherungswesen prägen, sind, kurz gesagt, sozialistische Verteilungsregeln getreten: Jeder leistet, was er nach seinem Arbeitsertrag leisten kann, er erhält aber das, was er – nach seinen Bedürfnissen – benötigt.

Ein solches, zunächst für einen minoritären Bevölkerungsteil bestimmtes Versorgungskonzept ist aber, im Wesentlichen in den Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg, zur Absicherungsform für alle geworden. 90 % der Bevölkerung sind unmittelbar in die gesetzliche Krankenversicherung einbezogen, im Übrigen ist diese zu einer Art Modell der gesundheitlichen Absicherung geworden. Damit aber wird die gesamte Gesundheitsversorgung der Bevölkerung – die sich, verglichen mit den Gegebenheiten des Kaiserreichs, mit ungeheurer Dynamik ausgeweitet und entfaltet hat – über Systeme realisiert, deren Grundlagen von den Bedingungen der Industriegesellschaft des späten 19. Jahrhunderts geprägt, auf sozial unterprivilegierte Arbeitnehmer zugeschnitten sind. Alles in allem läuft dies auf eine Vollversorgung unter weitgehender Ausschaltung des Prinzips der Freiwilligkeit, unter Ausschaltung der Grundlagen der Marktökonomie und der Steuerungsfunktion des Preises hinaus. Viele der Überlastungssymptome, die heute in der gesundheitlichen Versorgung zu beobachten sind, dürften letztlich darauf zurückzuführen sein.

Aufgrund solcher Überlastungen ist in der öffentlichen Gesundheitsversorgung eine Reaktivierung des Schutzbedürftigkeitskriteriums dringend geboten, das Herr Lege, wenn ich ihn richtig verstanden habe, für obsolet erklären will. Der Rechtszwang, auf dem die öffentlichen Systeme beruhen, muss fortlaufend vor den Freiheitsrechten der Bürger gerechtfertigt werden. Eine solche Rechtfertigung kann aber nur insoweit gelingen, als sich der Staat und das öffentliche Recht auch im Bereich der gesundheitlichen Versorgung auf Aufgaben beschränken, die mit den Kräften des Einzelnen im Rahmen der Privatrechtsgesellschaft, in der Privatrechtsordnung nicht zu bewältigen sind.

Grewlich: Herrn Kingreen und Herrn Lege danke ich für ihre vorzüglichen Vorträge. Gesundheit ist ein normativer Begriff und sein Substrat ist zunächst ein privates Gut. Ein Vorredner betonte darüber hinaus den Aspekt „Volks Gesundheit als öffentliches Gut“ („public health“). Ich möchte mich dem anschließen. Meine Frage gilt dem „Schutzauftrag des Rechts“ zugunsten des Einzelnen wie auch die Solidargemeinschaft betreffend vorsorgend schützender Maßnahmen wie etwa in der Arbeitsmedizin und der Seuchenbekämpfung, nicht zuletzt zur Bekämpfung von Suchterkrankungen. Wie das Gesundheitswesen insgesamt, so impliziert auch die „Prävention“ unterschiedliche Kosten und Knappheitserscheinungen, ist aber nicht in allen Fällen von vornherein einzuordnen in die Bereiche, die Herr Lege eindrucksvoll mit „Haufen Geld“ und „Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit“ apostrophiert. Die Schaffung positiver Anreize auf der Grundlage geeigneter Rahmen-

bedingungen im „Schatten von Hierarchie“, aber ggf. auch die rechtsstaatliche Ausübung hoheitlicher Gewalt ist beispielsweise im vorsorglichen Kampf gegen durch Drogenkonsum induziertes Siechtum, das wir auf den Straßen unserer Städte beobachten, ebenso wichtig wie die Finanzierungsseite. Dazu gehören: Erstens, Information, Bildung und Förderung des Selbstwertgefühls als eine der Voraussetzungen für das Durchhalten eines gesunden Lebens. Durch transparente und berechtigte Leistungsausschlüsse könnte die persönliche Lebensdisziplin zusätzlich gefördert werden, was nicht bedeutet, dass die Schicksalshaftigkeit von Krankheit und die Hilfe der Solidargemeinschaft generell in Frage gestellt werden. Zweitens, rechtliche Regulierung und Deregulierung zur Schaffung funktionierender Märkte für wenig gesundheitsschädliche und in der Verabreichung nicht infizierende Drogensubstitute wären ein anderes Beispiel. Drittens, in welchem Umfang sind über das Ordnungsrecht hinaus imperative Instrumente der Staatsgewalt gefordert? Warum sind die in enger Verbindung mit der organisierten Kriminalität grenzüberschreitend agierenden und für enorme Gesundheitsschäden mitverantwortlichen Drogennetze offensichtlich erfolgreich, trotz des Schutzauftrags des Rechts? Besteht in diesem Bereich eine Verknappung verhältnismäßiger den Aktionsbereich der Drogenbarone auch geographisch erfassender repressiver Instrumente? Halten wir uns einige Fakten vor Augen: Der Welt-Opiate Markt liegt bei 65 Mrd. US\$. Etwa die Hälfte des globalen Heroin-Konsums und damit auch der verursachten Gesundheitsschäden entfällt auf Europa. Ein Kilogramm Heroin kostet an der afghanisch-pakistanischen Grenze rund 3500 US\$; in den Straßen von Berlin sind es dann 150 000 US\$. Dieser fast unglaubliche Wertzuwachs verdeutlicht die Macht und kriminelle Energie der Drogenorganisationen. Während unsere Seite sich im Gespräch mit Regierungsvertretern aus Ländern, in denen Drogen angebaut werden auf Gesundheitsschäden und das menschliche Leiden, die Querverbindungen von Drogenhandel und Terrorismus, die Gefahr nicht-rechtsstaatlicher failing states („Narco states“) und die „rule of law“ als Schutz gegen staatliche Willkür aber auch gegen unrechtmäßige Gewalt Dritter in den Ländern des „Angebots“ konzentriert, wird von den Gesprächspartnern regelmäßig auf die „Drogenökonomie“, die Frage der Anbausubstitute, die weit über die Ursprungsländer hinausgehende Macht gewalttätiger Drogensyndikate und sinngemäß auf den „Schutzauftrag des Rechts“ auf der Seite der „Nachfrageländer“ hingewiesen. Trotz normativer Abstufungen und dogmatischer Abgrenzungen sollten wir die als „Schutzauftrag des Rechts“ übersetzbare „responsibility to protect“, welche die Schutzverantwortung des Staates gegenüber seinen Bürgern in den Mittelpunkt souveräner Staatlichkeit

stellt, und die aus dem humanitären Völkerrecht bekannte aufkeimende Rechtspflicht der internationalen Gemeinschaft zur Schutzgewährung soweit einschlägig in unsere Erörterungen einbeziehen.

Schmidt am Busch: Ich möchte noch einmal einen Aspekt aufgreifen, der bereits mehrfach angesprochen worden ist. Das Problem der „Knapppheit“ im Gesundheitswesen kann man auch in der Weise angehen, dass man stärker bei dem Gut „Gesundheit“ ansetzt. Die Frage ist: wie können wir Gesundheit stärken? Wie können wir erreichen, dass weniger Menschen krank werden? Was bedeutet der „Schutzauftrag des Rechts“ in Bezug auf die menschliche Gesundheit? Es gibt verschiedene präventive Ansätze, die in der Vergangenheit verfolgt wurden, nämlich individualbezogene und sozialbezogene Ansätze.

Beim individualbezogenen Ansatz soll der Einzelne dazu angehalten werden, für die Erhaltung und Stärkung seiner Gesundheit zu sorgen. Die Gesetzliche Krankenversicherung arbeitet zunehmend mit Anreizen, die Eigenverantwortung des Einzelnen zu stärken, wie z.B. durch Beitragsermäßigungen bei der regelmäßigen Inanspruchnahme von Vorsorgeuntersuchungen. Diese Anreizpolitik wird ständig ausgebaut. Wie schon mehrfach erwähnt, wird immer stärker versucht, auf unsere Lebensweise Einfluss zu nehmen – z.B. ganz aktuell durch Rauchverbote, aber auch durch Einschränkungen beim Alkoholenuss oder durch eine immer stärkere Beeinflussung unseres Ernährungsverhaltens. Dieser Ansatz ist einerseits positiv zu bewerten, andererseits ist er verbunden mit immer stärkeren Eingriffen in unsere Autonomie. Ich nenne nur das Stichwort: paternalistischer Staat. Inwieweit darf der Einzelne in unserem Versorgungssystem, das schließlich auf dem Solidarprinzip beruht, zu einem gesunden Lebensstil „verpflichtet“ werden? Ich halte diesen – immer mehr an Bedeutung gewinnenden – individualbezogenen Ansatz für problematisch.

Der sozialbezogene Ansatz setzt demgegenüber bei den Verhältnissen und nicht beim individuellen Verhalten an. Ziel dieses Ansatzes ist es, gesundheitsförderliche Lebenswelten zu schaffen durch gesunde Umweltbedingungen, durch eine gesundheitsfördernde Architektur in den Städten wie z.B. den Ausbau von Sportstätten oder durch Sportunterricht in den Schulen. Dieser Ansatz wurde vor allem in den 1990er Jahren diskutiert, aber bald wieder vernachlässigt, da er mit hohen Kosten verbunden ist. Mir scheint dieser Ansatz langfristig aber sehr erfolgversprechend zu sein.

Mich würde interessieren, wie diese Ansätze, das Gut „Gesundheit“ zu stärken, von den Referenten bewertet werden.

Murswiek: Die soziale Krankenversicherung hat ja den Zweck, diejenigen Gesundheitsrisiken oder Gesundheitsgefahren abzusichern, denen jeder Mensch in gleicher Weise ausgesetzt ist. Sie sichert die finanziellen Folgen ab, die durch Krankheit entstehen, gleichgültig, ob es individuell besondere Krankheitsdispositionen gibt. Insofern sind wir alle gleich. Es gibt aber auch das Phänomen, dass einzelne Menschen bewusst und gewollt erhöhte Risiken eingehen, aus denen insbesondere Dingen Unfälle resultieren, die dann die Versichertengemeinschaft belasten. Wir können an Drachenflieger, Motorradfahrer, Skifahrer denken usw., die einfach nach dem Motto „no risk – no fun“ Risiken eingehen, für deren Kosten die Krankenversicherung entsteht. Die Frage, die sich mir in diesem Zusammenhang stellt, ist: Dient die Versichertengemeinschaft auch dazu, einen erhöhten Spaßfaktor Einzelner mitzufinanzieren, oder entspricht es nicht vielmehr der verantworteten Freiheitsausübung, dass jemand, der erhöhte Risiken für seine Gesundheit eingeht, diese Risiken aufgrund seiner Eigenverantwortung selbst absichert. Hier ist es aus meiner Sicht gar nicht notwendig, dass der Staat bestimmte Tätigkeiten, die mit hohen Risiken verbunden sind, verbietet. Aber es wäre doch denkbar, dass eine gesonderte versicherungsrechtliche Absicherung eingeführt wird. Man könnte etwa Nikotin- oder Alkoholkonsum mit einer Abgabe für einen besonderen Versicherungsbeitrag verbinden. Ähnliches könnte man sich für Skipässe vorstellen. Das Eingehen besonderer Risiken lässt sich mit einem besonderen finanziellen Beitrag zur Versicherung dieser Risiken verbinden.

Steiner: Ich habe zunächst einen Beitrag zur Empirik von Herrn Kollegen Lege. Herr Lege, Sie haben gesagt, wir haben bei den niedergelassenen Ärzten ein Mangelproblem, es sind zu wenige. Sie haben gesagt, das ist wahrscheinlich ein Problem der Gerechtigkeit. Es ist Gott sei Dank nicht nur ein Problem der Gerechtigkeit. Wir haben eine sehr interessante Entwicklung in der deutschen Medizin. Es schließen inzwischen wahrscheinlich mehr junge Frauen das Medizinstudium ab als junge Männer. Diese jungen Frauen kommen aber nicht, wie gewünscht, auch im Gesundheitssystem an. Wir müssen befürchten, sie schließen Ehen und gründen Familien. Wir haben aber auch noch eine andere Tendenz. Es ist ganz klar, dass junge Medizinerinnen aus Gründen der Kompatibilität von Beruf und Familie eher ein Angestelltenverhältnis suchen als die Niederlassung als freiberufliche Ärztin. Und deshalb haben wir in diesem Bereich ein Mangelproblem. Herr Kingreen, zu Ihrem Beitrag, der natürlich gewohnt kompetent zu einem Thema ist, zu dem Sie ja schon viel publiziert haben: Ich muss dennoch sagen, mir fehlt ein Stichwort. Ich hätte gerne etwas mehr gewusst zum Thema

Priorisierung und vor allem Rationierung in der Medizin und vor allem in der Altersmedizin. Da diskutieren wir auf einem ganz bescheidenen empirischen Niveau. Wir versuchen aus England unsere Beispiele zu beziehen, wir bekommen sie aus Deutschland kaum. Das ist vielleicht auch ein Grund, warum wir keine substantielle verfassungsrechtliche Debatte über diese Fragen führen. Vielleicht ist es aber auch so, dass wir Juristen uns zunächst mal raushalten sollten aus diesen Konflikten, und die Ärzte sollen verantwortlich im Einzelfall entscheiden. Und noch ein dritter Punkt. Er betrifft Herrn Lege und sein Erschrecken vor den Asymmetrien, Anomalien und anderen seltsamen Erscheinungen des Gesundheitssystems. Ich hatte vor einiger Zeit das sehr zweifelhafte Vergnügen, eine Kommission zu leiten mit dem Thema „Zukunft der niedergelassenen Ärzte“. An dieser Kommission waren fast alle maßgeblichen Kräfte des deutschen Gesundheitswesens beteiligt. Zu solchen Kommissionen kommt man, wenn man 12 Jahre beim Verfassungsgericht war und die Leute meinen, man verstehe etwas von Gerechtigkeit. Von diesem Irrtum zieht man Nutzen (oder Schaden). Seitdem sage ich in meinen Vorträgen über das Gesundheitswesen einen Satz, der Ihnen, Herr Lege, sehr entgegenkommen wird. Er lautet: Es gibt wahrscheinlich nur in Afghanistan mehr Warlords als im deutschen Gesundheitswesen.

Streinz: Vielen Dank. Ich habe eine Frage an Herrn Lege. Ich meine, Ihr Beitrag hat gezeigt, dass man im Gesundheitsrecht auch nicht ganz ohne Europarecht auskommt. Sie hatten hinsichtlich Europarecht und PKV Bezug genommen auf das Lotterie-Urteil, das jüngste Lotterie-Urteil, nehme ich an, des Europäischen Gerichtshofs. Mich würde interessieren, was insoweit Ihr Ansatz ist. Der Europäische Gerichtshof hat, das ist ja zum Teil etwas übertrieben dargestellt worden, das Monopol nicht für unzulässig erklärt, sondern nur gefordert, dass das ganze System kohärent ist. Davon kann angesichts der bekannten angeblichen Spielsuchtbekämpfung durch die deutschen Lotterieveranstalter ja keine Rede sein. Ferner muss das System transparent sein. Meine Frage: Was folgt daraus nach Ihrer Ansicht für die PKV, vor allem, wenn man noch berücksichtigt, dass der EuGH im Gesundheitsbereich den Mitgliedstaaten relativ große Spielräume konzidiert, was ja auch das Urteil zum deutschen Apothekerschutzrecht gezeigt hat. Vielleicht fehlt hinsichtlich der Kohärenz so etwas wie eine EU-rechtliche Vorgabe. Ein Ansatz zum Europarecht findet sich auch bei Herrn Kingreen, der auf den internationalen Standard Bezug genommen hat. Den bräuchte man nämlich auch, was das Europarecht angeht. Ich möchte dies an einem Fall deutlich machen. Eine Patientin im Vereinigten Königreich benötigte

eine Hüftoperation. Die zuständige Behörde meinte, sie könne und müsse noch ungefähr ein Jahr warten, es handle sich wie bei anderen Betroffenen um einen Routinefall. Sie ging nach Frankreich, ließ sich dort operieren und verlangte dann vom National Health Service unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit die Kostenerstattung, was natürlich ein gewisses Problem aufwirft. Der National Health Service müsste nämlich für solche Fälle dann eigentlich Mittel bereitstellen, die er, wie die Wartezeit zeigt, offensichtlich nicht hat. Abschließend ein Beispiel aus der deutschen Praxis, und da würde mich interessieren, unter welche Kategorie man den Fall vielleicht subsumieren könnte, Rationierung, Rationalisierung oder braucht man dafür einen neuen Begriff oder fehlen dafür einfach die Worte. Dies ist tatsächlich so vorgekommen. Nach einem Verkehrsunfall wurde ein Verletzter in das Krankenhaus eingeliefert, und dort hat man es offenbar für erforderlich gehalten, man macht das ja offenbar nicht aus Jux und Tollerei, ihn in den Computertomographen zu schieben. Bevor er untersucht wurde, wurde er wieder herausgezogen, weil erst geprüft werden müsse, ob die Krankenversicherung bereit ist, auch die Kosten dafür zu übernehmen. Ich halte das für rechtlich wahrscheinlich nicht tragbar, aber da würde mich Ihre Meinung interessieren. Vielen Dank.

Kämmerer: Mir haben beide Vorträge, auch wenn ich kein Sozialrechtler bin, sehr aus dem Herzen gesprochen. Ich möchte noch ein paar Anmerkungen zu den Maßstäben machen, den europarechtlichen wie auch den verfassungsrechtlichen. Bei den europarechtlichen Maßstäben kann ich mich relativ kurz fassen und an Herrn Streinz anknüpfen. Hier wäre vielleicht noch anzumerken, dass, selbst wo das Europarecht tatbestandlich voll eingreift, der Europäische Gerichtshof doch beispielsweise die finanzielle Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme als Rechtfertigungsgrund wiederholt herangezogen hat. Selbst wenn man also so weit gehen würde, die Krankenversicherungen als Unternehmen selbst im wettbewerbsrechtlichen Sinne anzusehen, würde das Europarecht in der Sache vermutlich keine durchgreifenden Änderungen bewirken. Was sodann die verfassungsrechtliche Seite betrifft, beschäftigt mich eine Frage, die auch auf das Verständnis der Grundversorgung und des verfassungsrechtlichen Minimalstandards zielt. Wenn ich Herrn Lege richtig verstanden habe, dann gebietet das Sozialstaatsprinzip „nicht mehr als die Grundversorgung“, darüber hinaus aber keine Mildtätigkeit. Unabhängig davon, ob dies so aufzufassen ist, fragt sich aber, ob dem Sozialstaatsprinzip in Ansehung der Gesundheitsfinanzierung überhaupt Maßstäbe zur Beantwortung der Frage entnommen werden können, ob eine sozialer Leistungstransfer eine soziale

Leistung unter finanziell und gesundheitlich „ungleichen Gleichen“ oder ein „Almosen“ zwischen Ungleichen ist. Für die Unmöglichkeit einer a-limine-Unterscheidung könnte man auch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bestärkend anführen. In These 2 von Joachim Lege heißt es, die Gesundheit sei nicht primär ein öffentliches Gut – was zum Gegen-schluss berechtigt, dass sie jedenfalls *auch* ein solches sei; und in der Tat ist Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, kraft der objektiven Wirkung der Grundrechte auch als öffentliches Gut aufzufassen. Seine Ausgestaltung fällt in die Schutzpflicht des Gesetzgebers mit einer weiten Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative, die möglicherweise sogar den Begriff der Gesundheit selbst mit umschließt. Verletzt ist sie nur bei einem untermäßigen Grundrechtsschutz. Ein klarer Maßstab für das Zuwenig fehlt, vor allem aber fehlt ein klarer Maßstab für das Zuviel.

Tatsache allerdings ist, und darin pflichte ich Herrn Herrn Kingreen bei, dass der Gesetzgeber die Bestimmung von Maßstäben hier weitgehend aus der Hand gegeben hat. Aufgrund von Informationsasymmetrien, wie sie für den medizinischen Bereich typisch sind, bleibt ihm allerdings praktisch oft keine andere Wahl als das „Outsourcing“. Die Einbeziehung der Versicherten kann Probleme mit dem Demokratieprinzip aufwerfen, wäre aber die „grundrechtsnähere“ – wenn auch nicht unbedingt effizientere – Lösung. Ergänzend weise ich noch darauf hin, dass der Staat auch dort, wo das beschriebene „Viereck“ der Akteure nicht besteht, seinem Rechtsetzungsauftrag jedenfalls in den letzten Jahren nicht ausreichend nachgekommen ist. So ist die GOÄ seit fast zehn Jahren nicht mehr geändert worden, was zur Folge hat, dass sich die Unwuchten im dualen System zwischen gesetzlicher und privater noch vergrößert haben, hier übrigens bei einigen ärztlichen Leistungen auch einmal zu Lasten der privat Versicherten.

Heinig: Man könnte das Thema des Nachmittags vielleicht reformulieren in zwei Fragen: Wer ist wie zu versichern und wer zahlt für was und wen? Wenn dem so ist, dann sind beide Fragen zu unterscheiden. Wenn ich es recht sehe, neigen Sie, Herr Lege, dazu, sie miteinander zu vermengen.

Die erste Frage, wer ist wie zu versichern, betrifft die Frage der Versicherungspflicht. Das führt primär zu freiheitsrechtlichen Problemen. Die Frage der Zahlungspflichten führt hingegen zu Fragen der sozialen Umverteilung und damit zu Problemen der Belastungsgleichheit, also eher ein gleichheitsrechtliches Problem. Die beiden Kreise hängen zweifelsohne bei unserer Ausgestaltung des Krankenversicherungssystems zusammen, aber sind trotzdem abgeschichtet. Ich sehe freiheitsrechtlich durchaus Möglichkeiten, nach dem Schutzbedarf zu unterscheiden. Be-

amte etwa unterliegen eben einem gewissen versorgungsrechtlichen Schutz, Personen mit sehr hohem Einkommen haben einen anders akzentuierbaren Schutzbedarf, als das Personen für mit niedrigem Einkommen gilt. Also freiheitsrechtlich lässt sich durchaus die Differenzierung unseres Sozialversicherungssystems halten. Das eigentliche Gerechtigkeitsproblem, das Sie angesprochen haben, resultiert doch daraus, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die sog. Friedensgrenze zwischen PKV und GKV sich schlicht nach dem Finanzbedarf der GKV richten darf, weil die Finanzierungsfähigkeit selbst Verfassungsrang hat und deshalb eine Ausweitung der Versicherungspflicht nach Kassenlage rechtfertigen können soll. Damit stellt sich, das haben Sie, Herr Lege, aufgegriffen, die Frage der Lastengleichheit. Hier verspricht eine steuerfinanzierte Umverteilung in der Tat Abhilfe. Allein: Dieses Modell trifft auf entschiedenen politischen Widerstand in der Bevölkerung. Schon sicher geglaubte Wahlerfolge zerplatzten in der jüngeren Vergangenheit an dieser Stelle wie Seifenblasen im Dornenbusch. Deshalb sollte wir uns als Verfassungsjuristen hier sowohl in epistemischer wie in demokratietheoretischer Bescheidenheit ergehen. Wir haben kein überlegenes Wissen, welches Modell vorzugswürdig ist. Deshalb sollte man Vorträge zu diesem Thema vielleicht auch etwas weniger gallig gestalten, so angenehm das zum Zuhören auch war.

Herr Lege, Ihre Antwort auf die Frage, was hilft, war dann die Rückbesinnung auf sozialstaatliche Solidarität. Dem traue ich, ehrlich gesagt, nicht. Man muss nicht ganz so weit gehen wie Michael Stolleis, der einen Artikel überschrieb mit „Wer von Solidarität redet, will was haben“, aber man muss sich schon überlegen, was Solidarität meint. Sie haben sich eines definitorischen Tricks bedient und gesagt, Solidarität ist reziprok, nicht einseitig. Vorgelagert zu dieser ganzen Problematik ist jedoch die Frage, warum eigentlich Solidarität geübt werden soll, und die verbindet sich mit der Beobachtung, dass Solidarität sich verbraucht, selbst ein knappes Gut ist. Solidaritätspflichten müssen deshalb die Bedingungen der Solidaritätsgenerierung im Blick behalten. Hieraus folgt meines Erachtens, dass eine freiheitstheoretische Fundierung des Sozialstaates unverzichtbar ist.

Nun hätte ich noch gern etwas gesagt zum Modell von Herrn Kingreen, dessen Antwort darauf hinauslief, mehr Demokratie, nicht mehr Solidarität zu fordern. In diesem Zusammenhang wurde dann der Versuch unternommen, den Nikolaus-Beschluss durch die Deutung zu retten, dass hier legitimatorische Defizite durch extensive Leistungsansprüche kompensiert werden können. Das scheint mir untunlich. Der Nikolaus-Beschluss weist zwei Dimensionen auf. Er behandelt die Frage der Beitragsäquivalenz und das medizinische Existenzminimum. Dass

man das Existenzminimum nicht einfach „berechnen“ kann, haben die jüngsten Debatten über die Neufassung der Regelsätze im SGB II gezeigt. Gleiches gilt aber auch für das SGB V. Der Politik, dem Gesetzgeber muss ein Gestaltungs- und Konkretisierungsspielraum bleiben. Deshalb kann das medizinische Existenzminimum allenfalls umfassen, was medizinisch evident notwendig ist und nicht alles umfassen, was knapp jenseits offensichtlicher Scharlatanerie liegt. Deshalb polemisch zugespitzt: Es gibt keinen Grundrechtsanspruch auf Gesundpendeln, auch nicht zwecks Kompensation demokratischer Legitimationsdefizite.

Neumann: Herr Lege, Sie haben viele Fragen angesprochen. Einverstanden bin ich mit dem, was ich als Quintessenz Ihres Beitrags mitnehmen möchte, nämlich mit dem Satz: Das duale System aus GKV und PKV ist verfassungsrechtlich nicht rechtfertigungsfähig. Ob es dann in Richtung Bürgerversicherung oder Kopfpauschale gehen soll, haben Sie mit vertretbaren Argumenten offen gelassen. Meine Frage lautet schlicht und einfach: Habe ich Sie richtig verstanden, sind Sie wirklich der Auffassung, dass das duale System aus GKV und PKV verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann? – Herr Kingreen, ich bin mit den allermeisten Ihrer Ausführungen einverstanden. Das gilt insbesondere für Ihre skeptisch-ironischen Anmerkungen zum Standard der Gesundheitsökonomie. In der Tat wären wir schlecht beraten, wenn wir uns von den Gesundheitsökonomien die Themen und Begriffe diktieren ließen. Und gefreut hat mich, dass Sie Ihre schneidige Kritik am Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Dezember 2005 ein Stück weit entschärft haben. Wenn ich richtig informiert bin, stammt von Ihnen ja sogar die freche Bezeichnung „Nikolaus-Beschluss“. Sie stellen zu Recht darauf ab, dass der dogmatisch stimmige Ansatz die Verbindung von Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Sozialstaatsprinzip ist, während die Konstruktion der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eher mit Zurückhaltung zu betrachten ist. Und dieser Ansatz ist doch auch sehr gut nachvollziehbar: Wer viele Jahre Beiträge in eine Krankenversicherung eingezahlt hat, der hat ein Recht darauf, im Falle einer lebensbedrohlichen Krankheit nicht alleine gelassen zu werden, nur weil die medizinische Wissenschaft noch kein abschließendes Urteil über die Wirksamkeit einer Therapie abgeben kann. Wir wissen doch, dass das, was heute Stand der Wissenschaft ist, in einem halben Jahr nicht mehr richtig sein muss. Deshalb ist es wenig überzeugend, davon ein Menschenleben abhängig zu machen. – Nicht einverstanden bin ich mit ihren Ausführungen zur demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses, also damit, dass Sie in den Chor derer einstimmen, die den GBA delegitimieren. Wir diskutieren im Sozialrecht

über diese Frage seit fast zwei Jahrzehnten und können auf mittlerweile drei Habilitationsschriften und wohl zwei Dutzend Dissertationen verweisen. Vielleicht sollten wir uns zu dem Urteil durchringen, dass nicht die Legitimation des untergesetzlichen Sozialrechts defizitär ist, sondern die vom Bundesverfassungsgericht in den 1980er und 1990er Jahren entworfene Legitimationsdogmatik Defizite hat. Die Emscher-Entscheidung hat hier ja für kräftige Korrekturen gesorgt. Um es in der von der Ampel gebotene Kürze zu sagen: Der in der gemeinsamen Selbstverwaltung durchgehend anzutreffende Ausfall der personellen demokratischen Legitimation kann auf zweifache Weise kompensiert werden: Entweder durch eine mitgliedschaftliche oder eine anstaltliche Legitimation. Die mitgliedschaftliche Legitimation erfordert eine innerverbandliche demokratische Willensbildung von unten nach oben, was beim GBA – das räume ich ein – zweifelhaft ist. Dann greift die anstaltliche Legitimation ein, die gesetzliche Vorkehrungen dafür verlangt, dass der im Parlamentsgesetz zum Ausdruck gebrachte Volkswille möglichst effektiv durchgesetzt wird. Diese Vorkehrungen sind m.E. beim GBA gegeben. Also brauchen wir uns über die demokratische Legitimation der Richtlinien nicht mehr den Kopf zerbrechen.

Pitschas: Ich kann gleich daran anschließen, lieber Herr *Kingreen*, nämlich an die Frage der sog. demokratischen Verfahrensgerechtigkeit. Es gibt mindestens zwei Ansatzpunkte, von denen aus wir noch mehr über die Legitimationsproblematik des Gemeinsamen Bundesausschusses nachdenken müssen. Das betrifft einmal Ihre Behauptung, die „wesentlichen“ Fragen im Gesundheitswesen würden nicht durch den Gesetzgeber entschieden. Ich setze dagegen, die wesentlichen Entscheidungen – wie z.B. die Diskussion in diesen Tagen und Monaten zeigt –, werden denn doch vom Gesetzgeber getroffen. Alles Weitere ist funktionale Selbstverwaltung, deren Begriff i. S. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fortgeschrieben werden muss. Wir sind nicht mehr beim (Wasser)verband, sondern wir sind nun bei den Eigentümlichkeiten des Gesundheitswesens. Die Konsequenz ist, dass wir uns fragen müssen, wie sieht denn eine solche funktionale Selbstverwaltung auf der prozeduralen Ebene aus? Das haben Sie zwar gemacht, bleiben aber in Ihrer These selbst offen, nämlich in der These 20. Sie formulieren, „eine gleichberechtigte Beteiligung von gewählten Versichertenvertretern in allen Gremien“ sei wünschenswert. Doch wie, das ist doch die entscheidende Frage für heute. „Beteiligung“ sei wünschenswert, das ist klar. Ich möchte somit zwei Punkte festhalten: Wesentliches wird entschieden vom Gesetzgeber, und die Beteiligung der Versicherten wird nach wie vor durch die Krankenkassen gewährleistet

bzw. dadurch, wie wir die Versicherten in die Verantwortung personell bringen.

Mit ebenfalls zwei Punkten möchte ich mich, lieber Herr *Lege*, an Sie wenden. Der erste Punkt ist, wir kommen zu Ungerechtigkeiten, wenn wir einen falschen Befund haben. Und ich meine, Sie haben in These 4 und 5 einen falschen Befund zur Realität der Gesundheits- und Krankenhausversorgung erhoben. In These 4 sagen Sie, es gehe um einen Kampf um die guten Risiken, und das wirke alles gelegentlich kleinkrämerisch. Ich bin da ganz anderer Meinung. Es sind existentielle Fragen einer gemischten Wirtschaftsverfassung unter dem Grundgesetz aus der Perspektive der Solidarität in der GKV und der Gewinnorientierung der PKV. Wenn wir bei der GKV an einem Schraubchen drehen, dann hat das sogleich Nachteile für die PKV zur Folge. Ich würde ferner und zweitens nicht von „blutiger Entlassung“ reden, denn es sei der Hinweis gestattet, dass wir große Anstrengungen im Gesundheitswesen unternehmen, zu einer sehr dezidierten Abschätzung des gesundheitlichen Behandlungserfordernisses im Krankenhaus zu kommen. Ich finde, den Befund auf „blutige Entlassung“ daraus zu reduzieren, ist da vielleicht etwas kurz gedacht. Gleiches gilt für die Rede vom GBA als ein „ZK“. Herr Kingreen hat ja klar gemacht, dass es sich nicht um ein solches handelt, da fehlen halt noch ein paar Gruppen. Und „Warlords“, mit Verlaub, Herr *Lege*, sind dort sowieso nicht zu finden.

Lorz: Die beiden Referate und auch einige der vorangegangenen Wortmeldungen haben für das Gesundheitswesen – jedenfalls hatte ich diesen Eindruck – die Wahrheit des alten, schönen Zitats bestätigt: Ist es auch Wahnsinn, hat es doch Methode. Ich möchte jetzt versuchen, noch ein bisschen mehr Methode in den Wahnsinn zu bringen, und habe dazu eine Frage an Herrn *Lege*, die an Ihre These 12 anknüpft. Um genau zu sein, sind es zwei Fragen, die sich auf das Verhältnis der These 12 zu zwei anderen Thesen von Ihnen beziehen. Sie sind in These 12 auf die verschiedenen Modelle eingegangen, die allgemein diskutiert werden – Bürgerversicherung, Gesundheitsprämie etc. – und haben statuiert, diese seien grundsätzlich alle mit der Verfassung vereinbar. Das leuchtet mir, ehrlich gesagt, schon deswegen auf Anhieb ein, weil ich finde, dass es sich dabei im Kern um die wichtigste gesundheitspolitische Entscheidung handelt und diese in unserem Gemeinwesen im demokratischen Prozess getroffen werden muss. Meine erste Frage ist allerdings konkret auf das Modell der Bürgerversicherung, also der zwangsweisen Einheitsversicherung für alle – das ist ja damit gemeint – bezogen: Wie passt diese Aussage in Bezug auf die Bürgerversicherung mit Ihrer These 13 zusammen, vor allem mit der Rolle

von Art. 9 Abs. 1 GG, die Sie dort gegen die Zwangsmitgliedschaft in den gesetzlichen Krankenkassen in Stellung bringen? Gilt das nur punktuell für das heutige System aufgrund der besonderen Struktur der Kassen? Was würde passieren, wenn man im Rahmen einer Ausweitung des heutigen Systems einfach alle Kassen zusammenfassen würde? Könnte ich dann Art. 9 Abs. 1 GG auch gegen die Bürgerversicherung in Stellung bringen, oder könnte der Staat dieses Grundrecht – in Ihrer Interpretation – aushebeln, indem er schlicht auf eine Einheitskasse übergeht? Oder muss die freie Kassenwahl gewährleistet bleiben? Aber was spielt sie noch für eine Rolle, wenn alle essentiell die gleichen Bedingungen anbieten müssen? Mich würde die genaue Reichweite von Art. 9 Abs. 1 GG in diesem Zusammenhang noch näher interessieren. Meine zweite Frage ist etwas grundsätzlicherer Natur. Sie bezieht sich auf die These 9 zu Verteilungsgerechtigkeit und Erwirtschaftungsgerechtigkeit, und ich habe einen Satz aus Ihrem Referat, den ich hoffentlich richtig erinnere, im Ohr, wo Sie festgestellt haben, es sei unter Solidaritätsaspekten nicht weiter entscheidend, ob man wie bei der Bürgerversicherung nach Einkommen staffelt oder eine Gesundheitsprämie festsetzt. Das hat mich, ehrlich gesagt, etwas verwundert, denn für mich ist es sehr entscheidend, ob ich eine Prämie zahle, die sich irgendwie an den von mir in Zukunft zu erwartenden Krankheitskosten orientiert, wo ich also versicherungsmathematisch quasi für mich selbst bezahle, oder ob ich einen bestimmten Prozentsatz meines Einkommens abgebe, aus dem der Staat dann allgemein das wie auch immer festzusetzende Versorgungsniveau garantiert. Man mag auch letzteres unter Solidaritätsaspekten für gerechtfertigt halten, aber es bedeutet doch auf jeden Fall eine deutliche Abkoppelung der Verteilungsgerechtigkeit auf der einen Seite, die sich nach der Notwendigkeit der medizinischen Versorgung richtet, und der Erwirtschaftungsgerechtigkeit auf der anderen Seite. Ich bin fast versucht, Sie zu paraphrasieren: Sie sagten, wenn es sich anfühlt wie Privatrecht, ist es vielleicht Privatrecht, und ich würde sagen: wenn es sich anfühlt wie eine Steuer, und das tut es, wenn ich einen bestimmten Prozentsatz meines Einkommens hergebe, damit letzten Endes ein bestimmtes Niveau der Daseinsvorsorge für alle gewährleistet wird, dann ist es vielleicht auch wie eine Steuer. Aber wenn ich nun Ihre These 9 wörtlich nehme, ist dieses Auseinanderfallen von Verteilungs- und Erwirtschaftungsgerechtigkeit Ausbeutung. Dazu würden mich noch nähere Erläuterungen von Ihrer Seite interessieren. Herzlichen Dank.

Ebsen: Zunächst möchte ich einen Punkt ansprechen, der nach Anlage der Referate und in der Tat auch nach der Wichtigkeit eher am Rande

liegt, der aber doch auch zum Thema der Knappheit gehört. Bei Herrn Lege explizit und bei Herrn Kingreen implizit war Knappheit immer eine solche an finanziellen Mitteln, aufgrund derer dann die im solidarisch finanzierten System der Sozialversicherung verfügbaren Leistungen eben ihrerseits begrenzt sind. Dies führt zu dem (sozialen) Gerechtigkeitsproblem unterschiedlichen Zugangs zu medizinischen Leistungen in Abhängigkeit von individuell verfügbaren Mitteln. Ich möchte jedenfalls darauf hinweisen, dass es auch andere – nicht durch Einsatz finanzieller Mittel überwindbare – Formen von Knappheit gibt. Im deutschen Gesundheitssystem gehört hierher etwa die Knappheit an für Transplantationen verfügbaren Organen. In einigen Situationen war man auch schon mit Medikamenten oder Impfstoffen in der Nähe solcher Knappheit. Eine Zwischenform ist die – zwar auch mit finanziellen Mitteln behebbare, aber praktisch nicht individuell überwindbare und darum kein soziales Gerechtigkeitsproblem darstellende – Knappheit an Infrastruktur wie etwa an Rettungshubschraubern, deren Vermehrung zur Rettung von Leben führen würde. Mit solchen Knappheitskonstellationen sind ganz eigene Gerechtigkeitsprobleme verbunden.

Im Mittelpunkt aktueller und wohl noch mehr künftiger Diskussionen steht sicherlich aber die auf sozialpolitischen Kosten-Nutzen-Erwägungen beruhende Beschränkung von medizinisch sinnvollen Leistungsangeboten. Soweit hier nicht punktuelle gesetzgeberische Entscheidungen getroffen sind, wird dieses Kosten-Nutzen-Thema auf wenig transparente Weise innerhalb der Systeme der Leistungserbringung (z. B. durch finanzielle Anreize an Leistungserbringer) und transparenter durch Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses abgearbeitet. Während der erste Weg inakzeptabel ungerecht ist (bevorzugt werden die durchsetzungsstärkeren Versicherten), bin ich gegenüber der Legitimation der untergesetzlichen Normsetzung zum GKV-Leistungskatalog durch gesetzgeberisch austarierte sachverständige Interessenvertreter weniger skeptisch als Herr Kingreen. Insbesondere scheinen mir solche Entscheidungen bei der Ministerialverwaltung nicht besser aufgehoben. Allerdings teile ich die Skepsis gegenüber der Austarierung selbst im gegenwärtigen Gemeinsamen Bundesausschuss. Aus verschiedenen Gründen, die mit der Zusammensetzung des Gremiums zu tun haben und mit dem Umstand, dass Entscheidungen über den Leistungskatalog häufig auch Verteilungswirkungen zwischen den Sektoren der Krankenversorgung haben, ist nicht von der Hand zu weisen, dass es in diesem System, zu welchem auch das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) gehört, einen gewissen Bias gibt. Bei modellhafter Unterscheidung des Interesses des Versicherten in seiner Eigenschaft als Zahler an niedrigen Kosten und sei-

ner Eigenschaft als Patient an optimaler Therapie ist es ein Bias zugunsten des Zahlerinteresses zu Lasten des Patienteninteresses. Eine gegenüber der jetzigen stimmrechtslosen Beteiligung stärkere Stellung und vielleicht auch eine stärker legitimierende Rekrutierung von Patientenvertretern könnte hier eine Lösung sein. Ausgehend von einer Skepsis gegenüber der Austariertheit von Entscheidungen über die Einbeziehung von Therapien in die GKV-Versorgung kann man auch dem schon mehrfach zitierten „Nikolaus-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts eine über die aus ihm abzuleitende Rechtsdogmatik hinausgehende Funktion zuschreiben, nämlich die eines Damoklesschwerts, welches die Akteure einschließlich des Bundessozialgerichts daran erinnert, dass sie einer Fairness- und Vernünftigkeitkontrolle unterliegen. Für diese Funktion eines Damoklesschwerts ist sogar eine gewisse rechtsdogmatische Unberechenbarkeit funktional.

Rixen: Meine Fragen betreffen ein entscheidendes, vielleicht das entscheidende Sachproblem unseres Themas: Wie können die Perspektiven und Interessen der Patientinnen und Patienten adäquat, d. h. besser als bislang im Gesundheitssystem abgebildet werden? Wie müssen sich die bisherigen Formen demokratischer Partizipation ändern? Welche neuen Regelungsstrukturen brauchen wir? Ich frage mich, ob wirklich viel gewonnen ist, wenn wir das Steuerungsinstrument der Rechtsverordnung wiederentdecken (These 21 bei Thorsten Kingreen). Natürlich ist etwas gewonnen, wenn man sich in den herkömmlichen Gleisen der Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts bewegt, denn eine Rechtsverordnung ermöglicht im Sinne der sog. „Legitimationsketten-theorie“ zumindest klare Zurechnungen. Nur: Diese Konstruktion trägt kaum etwas dazu bei, dass Patienteninteressen verlässlich ermittelt, gebündelt und artikuliert werden. Da es um Interessen geht, die die Gesundheit – im Extremfall Leben und Tod – betreffen, erweist sich die zuweilen eher abfällig gebrauchte Vokabel „Betroffenendemokratie“ als hilfreicher Richtungsanzeiger bei der Suche nach Artikulations- und Partizipationsformen, in denen die grundgesetzliche Demokratie spezifisch existenzieller Betroffenheit angemessen Gehör verschaffen kann. Durch einen formalen „Kniff“ – verstärkter Einsatz des Steuerungsinstruments „Rechtsverordnung“ – lässt sich das Sachproblem, um das es geht, nicht lösen.

Damit verbindet sich die Frage – sie habe ich ein wenig vermisst (These 19 bei Thorsten Kingreen) – nach der effektiven Durchsetzung von Patienteninteressen im Konfliktfall. Könnte sie nicht besser als bislang gelingen, wenn wir – auch wenn das für manche verwegen klingt – die Möglichkeiten der Verbandsklage stärker nutzen? Die Verbands-

klage ist im geltenden Recht, namentlich in sozialrechtsnahen Feldern, so ungewöhnlich nicht, man denke an die Gesetze zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, aber auch an das Umwelt- oder an das Wettbewerbsrecht. Warum sollte die Verbandsklage nicht auch im Gesundheitswesen zum Einsatz kommen, um individuelle Interessen kollektiv zu bündeln, die schwer durchsetzbar sind, wenn man sie bloß als unverbunden nebeneinander stehende Einzelanliegen deutet? Für viele Menschen, die durch Krankheit und zusätzlich vielleicht noch durch die Folgen des Alterns geschwächt sind, ist der Individualrechtsschutz keine realistische Option, denn er wird meist an den faktisch bestehenden Handlungsmöglichkeiten vorbeigehen, die nötig sind, um einen Individualrechtsstreit zu führen. Die Zahl der, sagen wir, schwerkranken 80jährigen, die sich vor den Sozialgerichten dagegen wehren, dass die Krankenkasse ihnen bestimmte Therapien vorenthält (was in der Praxis leider vorkommt), hält sich in Grenzen. Abgesehen davon werden es die meisten schwerkranken Menschen und ihre Angehörigen generell als Zumutung empfinden, sich in einer dramatischen gesundheitlichen Situation auch noch in einen Rechtsstreit mit einem Gegner begeben zu müssen, der wie die Krankenkassen professionell organisiert ist und nicht zuletzt auch im Rechtsstreit professionell agiert. Das daraus resultierende strukturelle Ungleichgewicht ließe sich durch die Einführung der Verbandsklage im Gesundheitswesen kompensieren.

Schließlich ein dritter Punkt: Offenbar teilen nicht alle Anwesenden die skeptische Sicht auf den sog. Nikolaus-Beschluss vom 6. Dezember 2005 (BVerfGE 115, 25), die in Thorsten Kingreens Vortrag favorisiert worden ist. Ich möchte nachdrücklich für den Nikolaus-Beschluss und seine vielleicht etwas verborgene Weisheit werben. Soeben war in einem Diskussionsbeitrag sinngemäß vom grundrechtlichen Anspruch auf „Gesundpendeln“ die Rede. Dergleichen findet sich im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts mit keinem Wort. Der Nikolaus-Beschluss ist keine Einladung zum Obskurantismus oder zu anderen Merkwürdigkeiten. Vielmehr ist es so, dass die Nikolaus-Entscheidung das Kernproblem unseres Themas zumindest der Sache nach anspricht: Ist die Perspektive der Patientinnen und Patienten relevant, werden ihre Interessen berücksichtigt, besteht eine Chance, dass sie Anerkennung finden? Genau daran erinnert der Beschluss, indem er eine Antwort am Leitfaden der Grundrechte entwickelt. Zugleich erinnert das Bundesverfassungsgericht an das einfache Recht, wenn es sagt: Es gibt nicht nur ganz hochrangiges Wissen, z.B. randomisierte kontrollierte Studien, es gibt auch relevantes Wissen, das auf niedrigeren „Evidenzstufen“ (wie es im Fachjargon heißt) angesiedelt ist. Das können auch Selbstauskünfte von Patienten sein, die natürlich ärztlich eingeordnet,

also objektivierend bewertet werden müssen. Der Nikolaus-Beschluss ist eine in der Verbindlichkeitsform des Verfassungsrechts erfolgende Erinnerung an die Patientenautonomie, also an das Recht kranker Menschen, in erster Linie selbst darüber zu entscheiden, welche Behandlung ihnen nützt; der seit einigen Jahren immer häufiger verwandte Begriff der „Patientensouveränität“ unterstreicht dies, weil er die Rolle des Patienten als „Souverän“ seiner Gesundheit betont. Patientenautonomie darf nicht auf die Bedeutung reduziert werden, die ihr im direkten Kommunikationsverhältnis von Arzt und Patient zukommt. Sie hat auch eine gesundheitssystembezogene Bedeutung, d.h. Patientenautonomie muss auch und gerade in den Versorgungsstrukturen des Gesundheitswesens real wirksam werden. Andernfalls droht eine „halbierte“ Patientenautonomie, die für ihre strukturellen Realisierungsbedingungen blind ist und zum symbolischen Schönwetter-Rechtsbegriff für die folgenlose Nachdenklichkeit patientenfreundlicher Sonntagsreden wird.

Lepsius: Danke, Herr Rixen. Wir kommen jetzt schon zur Schlussrunde, und sie besteht aus grundsätzlicheren Fragen von den Kollegen Heun, Isensee, Häberle. Herr Zacher bat um das letzte Wort. Herr Heun, bitte.

Heun: Ich habe drei kritische Anmerkungen zu Herrn Kingreen. Zunächst noch einmal ganz kurz zum Nikolaus-Beschluss. Sie haben ja erneut die Ehrenrettung dieses Beschlusses versucht, indem Sie sozusagen die Argumentation umgestellt haben. Mich hat das allerdings nicht sonderlich überzeugt. Ich verstehe nämlich nicht, warum aus der Tatsache, dass es eine Zwangsversicherung ist und das Gesundheitssystem insgesamt eine gewisse Geschlossenheit aufweist, nun folgen soll, dass auch unnötige Maßnahmen und relativ aussichtslose Maßnahmen finanziert werden sollen. Aus meiner Sicht gibt es da keinen Unterschied, ob man das direkt ableitet aus den Grundrechten oder indirekt aus der Tatsache, dass hier ein Grundrechtseingriff schon vorliegt. Das hat m.E. auch nichts mit der Frage der Autonomie zu tun, sondern es geht hier nicht um die Selbstbestimmung der Patienten, sondern es geht darum, ob die Allgemeinheit diese Maßnahmen finanzieren muss und das ist eine andere Frage. Zweiter Punkt: Sie haben sich dafür entschieden, hier ein starkes Plädoyer für eine Verlagerung der Entscheidung zum Gesetzgeber und zum Ordnungsgeber vorzutragen. Ich fürchte, das löst kein einziges Problem. Das findet sicher erhebliche Zustimmung bei den Staatsrechtslehrern schon deswegen, weil mindestens 10 Gutachter beauftragt werden müssen, was denn jetzt wesentlich und

was nicht wesentlich ist. Aber die Sachprobleme werden dadurch doch in keiner Weise gelöst. Sicher ist es sinnvoll, eine allgemeine politische Debatte über einige Grundzüge im Parlament und in der Öffentlichkeit abzuhalten, aber die konkreten Entscheidungen, welche Medikamente und welche Behandlungsmaßnahmen nun notwendig sind oder nicht, ich glaube, damit sind die Parlamentarier überfordert, das muss ohnehin im Wesentlichen den Sachverständigen überlassen werden; auch der Verordnungsgeber ist hier nicht der geeignete Entscheider. Über was man sich sicher unterhalten kann, ist die Frage, ob die existierenden Gremien in ihrer derzeitigen Zusammensetzung optimal zusammengesetzt wird, aber die Verlagerung im Sinne der Demokratietheorie auf den parlamentarischen Gesetzgeber oder den Verordnungsgeber löst m.E. kein Problem. Ich meine drittens, dass insofern die Referenten die ganz harten Fragen etwas außer Acht gelassen haben bzw. ihnen etwas ausgewichen sind. Denn es ist doch klar, dass wir in kurzer Zeit erhebliche Rationierungsmaßnahmen und Priorisierungsentscheidungen vor uns haben und die Frage ist, welche grundsätzlichen Probleme stellen sich aus verfassungsrechtlicher Sicht. Das sind vor allem Gleichheitsprobleme, da stellt sich das Problem der Altersdiskriminierung, da stellt sich das Problem, wie halten wir es mit der Intensivmedizin am Lebensende, wo die wesentlichen Kosten anfallen, wie müssen wir damit umgehen, und welche materiellen Gesichtspunkte gibt es hierfür. Und ich glaube, dass es auch verfehlt ist, hier ökonomische Überlegungen und Berechnungen von vornherein abzuweisen. Es ist zwar sicher richtig, was Sie auch betont haben, dass es sich auch um eine normative Frage handelt, aber eben auch um eine ökonomische Frage. Und wir müssen uns immer wieder die Frage stellen, setzen wir eigentlich unsere knappen Mittel richtig und ökonomisch ein, das stellt sich auch im Verhältnis zwischen Gesundheitspolitik und Gesundheitssystem einerseits und anderen Maßnahmen. Es gibt in den USA Berechnungen darüber, welche politischen Maßnahmen, die bestimmte Kosten verursachen, wieviel Leben retten und wenn wir das in Relation setzen zu bestimmten Maßnahmen im Gesundheitssystem, kann man sich auch manchmal fragen, ob es nicht vielleicht sinnvoller wäre, die Mittel anders einzusetzen und bei dieser Frage müssen wir, glaube ich, auch die Ökonomie in verstärktem Maße heranziehen und können sie nicht generell abweisen.

Isensee: Nestroy hat einmal gesagt: „die Gesundheit ist das höchste Gut. Für die Gesundheit geb’ ich gern mein Leben hin.“ Wenn ich Nestroys Maxime auf Ihr Referat, Herr Lege, übertrage, dann heißt das: „Gesundheitsgerechtigkeit ist das höchste Gut. Dafür gebe ich gern die Le-

bensfähigkeit des heutigen Gesundheitssystems hin.“ Wenn ich zusammenfasse, wie ich Ihr Referat verstanden habe, so sagen Sie: *de lege lata* herrsche Ungerechtigkeit, ergo Verfassungswidrigkeit. *De lege ferenda* erteilen Sie einen Blanko-Scheck für gegensätzliche Systeme, sei es Bürgerversicherung, sei es Kopfpauschale, falls sie nur in sich stimmig sind. Das aber, meine ich, ist so ohne weiteres nicht verfassungsrechtlich hinnehmbar.

Es ist bemerkenswert, dass das Verfassungsrecht erst ganz am Ende des Referats und dann in einer Nebensache vorkommt, bei der grundrechtlichen Platzierung der Zwangsmitgliedschaft. Sie beginnen mit dem Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit, die Sie, dem Thema entsprechend, als *iustitia distributiva* verstehen und der *iustitia legalis* entgegenstellen. Diese Kategorien decken aber das heutige Gesundheitswesen nicht ab. Wir haben ein mehrpoliges Gesundheitssystem. Neben dem Bereich hoheitlicher Verteilung nach Maßgabe der *iustitia distributiva* steht der privatautonome Bereich, in dem der vertragliche Leistungsaustausch der *iustitia commutativa* folgt. In die Sprache der Verfassungsdogmatik übersetzt, heißt das: es herrschen gegenläufige Prinzipien, in der Sozialversicherung das der Solidarität, in der Privatversicherung das der Äquivalenz. Dort legitimiert sich das System aus demokratischer Quelle, hier aus den Grundrechten der Beteiligten. Daraus ergeben sich unterschiedliche verfassungsrechtliche Konsequenzen, die sich nicht von vornherein überspielen lassen. Auch nicht über das Prinzip der Sozialstaatlichkeit. Denn die Verfassung steckt hier nur das Ziel. Sie lässt die Wege offen. Wegweiser aber sind die Grundrechte.

Der verfassungsrechtliche Schlüsselbegriff, den ich im Referat vermisste, ist der Sicherstellungsauftrag des Staates im Gesundheitswesen. Wie dieser erfüllt wird, im Wege der Eigeninitiative auf grundrechtlicher Basis oder aber über ein staatliches Verteilungssystem, das ist dann eine zweite Frage, die natürlich verfassungsrechtlich durchdekliniert werden muss. Wie das im Einzelnen läuft, das kann man hier natürlich nicht ausführen. Die verschiedenen Akteure im öffentlichen wie im privaten Sektor sind zu unterscheiden: Leistungsempfänger, Leistungsmittler, Leistungserbringer. Hier aktualisieren sich Grundrechte in unterschiedlicher Weise, etwa die Berufsfreiheit, die Eigentumsfreiheit, die Allgemeine Handlungsfreiheit, die auch mögliche Wahlrechte hinsichtlich der Sicherungsformen einschließt. Die Frage der Verteilungsgerechtigkeit stellt sich unter dem Einfluss der Freiheitsrechte anders dar als unter der Dominanz des Solidarausgleichs, der dem Leitbild sozialer Gerechtigkeit folgt.

Vollends ist Differenzierung geboten beim Thema der Finanzierung. Hier stellen sich die Fragen nach der verfassungsgerechten Zuteilung

der Kosten des Gesundheitswesens, soweit sie nicht im privaten Sektor nach vertraglicher Äquivalenz getragen werden können und die Fragen nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der sozialen Umverteilung: ob und wieweit die Umverteilung innerhalb der sozialversicherungsrechtlichen Solidargemeinschaft erfolgen kann und wieweit sie der gesamtstaatlichen Solidargemeinschaft obliegt, ob und wieweit der Staat seinen steuerfinanzierten Haushalt entlasten kann dadurch, dass er soziale Kosten auf Private abwälzen, diesen eine Zwangspatenschaft für schlechte Risiken aufbürden und sich so seiner eigenen sozialen Verantwortung entledigen kann. An dieser Stelle fangen die grundrechtlichen und die finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsfragen überhaupt erst an.

Häberle: Mein Votum ist der Form und der Sache nach sowie zeitlich (zwei Minuten) ein Spontanbeitrag: es geht um die Bereicherung unserer Wissenschaft durch einen verfassungsvergleichenden Hinweis. Wieder einmal ist es die Schweiz, die uns reiche Textstufen in Bezug auf den Stellenwert des Gesundheitspflege („Schutz der Gesundheit“) auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates vermittelt und die wir in unsere komplexen Überlegungen zur Erfassung des Gesundheitswesens einbeziehen sollten. In der frühen Kantonsverfassung Aargau von 1800 (§ 51), sie stammt wesentlich aus der Feder des Schweizer Altmeisters *Kurt Eichenberger*, sowie in der Verfassung von Bern von 1831 (§ 41) und in der neuen Bundesverfassung der Schweiz von 1999 (Art. 118), finden sich Stichworte zur Subsidiarität, Solidarität, Selbstverantwortung, Trägervielfalt, Wirtschaftlichkeit, Planung etc., an denen sich das Gesundheitswesen in seinem humanen Schutzauftrag orientieren und bewähren soll.

Lepsius: Danke schön, Herr Häberle. Als letzten Redner möchte ich gerne Herrn Zacher ans Mikrofon bitten.

Zacher: Ich möchte erst eine Bemerkung machen, die scheinbar mit dem Thema von heute wenig zu tun hat. Ich werde aber noch sagen, warum ich sie mache. Wenn wir so, wie es hier geschehen ist, von dem Gesundheitsaufwand und dergleichen sprechen, fällt mir auf, in welchem Widerspruch zu diesem Befund der Entwurf zur Neuregelung der „Hartz IV“ genannten Grundsicherung für Arbeitsuchende steht. Der Entwurf will den „Hartz IV“-Empfängern vorschreiben, dass sie nicht mehr rauchen und nicht mehr Alkohol trinken sollen. Die Systeme, von denen wir heute so eifrig gesprochen haben und noch sprechen, versorgen aber jeden, der sich seine Krankheit angetrunken oder ange-

raucht hat, völlig unvermindert auf Kosten der Allgemeinheit – der Allgemeinheit der Beitragszahler und der Allgemeinheit der Steuerzahler. Dagegen wird den Menschen, die „Hartz IV“ beanspruchen und bekommen, gesagt: Für Alkohol und Tabak dürft ihr das Geld, das ihr von der Allgemeinheit bekommt, nicht nehmen; wenn ihr diesen Konsum gleichwohl wollt, müsst ihr das Geld woanders einsparen oder erbetteln. Natürlich sind unter den „Hartz IV“-Empfängern fragwürdige Leute und gerade auch solche, die ihren Konsum an Alkohol und Tabak nicht zu begrenzen wissen. Aber „Hartz IV“-Empfänger sind nicht schlechthin Asoziale. Und sind unter den Beziehern von Leistungen der sozialen Systeme der medizinischen Versorgung keine fragwürdigen Menschen? Keine, die mit Alkohol und Tabak unverantwortlich umgehen? Keine Asozialen? Dieser Widerspruch ist ein Skandal. Und ich bringe es nicht übers Herz, das zu verschweigen.

Alles, was ich sonst zu sagen habe, bewegt sich in dem Rahmen der Kritik, die Herr Isensee soeben vorgetragen hat. Ich finde es sehr schön, dass ich mich so in der Gesellschaft des Herrn Isensee befinde. Und ich hoffe, auch Herrn Isensee ist es recht, dass ich so sehr mit ihm übereinstimme. Der Punkt, an dem ich ansetzen würde, das ist vielleicht um Nuancen ein anderer als der, an dem Herr Isensee ansetzt. Ich sehe die Probleme nicht so sehr von den Grundrechten her, sondern von den Institutionen und von den Funktionalen her. Jedenfalls: Ich nehme wie Herr Isensee Anstoß an der Engführung der Erörterung. Beide Referenten haben das Gesundheitswesen mit der Krankenversicherung identifiziert. Herr Kingreen hat zwar Versuche unternommen, weiter auszugreifen, etwa Legitimationsstrukturen und Entscheidungsvorgänge zu diskutieren, die über die Gesetzliche Krankenversicherung hinausreichen, und von daher Vorschläge für eine Verbesserung zu machen. Aber auch das blieb noch eine zu enge Engführung. Was bei beiden Referenten fehlt, ist das: Das Thema muss im Gesamtzusammenhang des Gesundheitswesens gesehen werden. Die Krankenversicherung ist gewiss eine zentrale Institution seiner Steuerung. Aber die Gesetzliche Krankenversicherung schon nicht einmal die ganze soziale Sicherung für den Fall der Krankheit. Und schon gar nicht ist sie die Ganzheit dessen, was die medizinische Versorgung ausmacht. Herr Isensee hat schon nachdrücklich darauf hingewiesen, wie viel weiter dieser Gesamtzusammenhang reicht und wesentlich ist: wie viel andere Funktionen als die der Gesetzlichen Krankenversicherung in Betracht zu ziehen sind; wie viele Berufe, wie viele Leistungsstränge, wie viele Vertragsgeschehnisse, Kollektivierungsvorgänge und Nichtkollektivierbarkeiten usw.; wie das alles in dieser Riesenmaschine Gesundheitswesen durcheinander läuft und sich ergänzt; und wie unmöglich es ist,

dass die soziale Sicherung das mit reguliert. Die positive Gesundheitspflege, alles was man als öffentliche Hygiene bezeichnet; dann die Gewährleistung, dass es überhaupt und effektiv ein negatives Gesundheitswesen, ein System alles dessen gibt, was Krankheiten vorbeugt, behandelt und lindert; dass das alles vorrätig ist in diesem Lande, die Ärzte, die Kliniken, der reiche Kranz der Heilhilfs- und ergänzungsberufe usw. Das alles sind ja Dinge, die vorausliegen und die danebenliegen, und doch das Ganze ausmachen. Ich glaube, die Verantwortung liegt darin, dass wir, gerade auch wir Staatsrechtler, dazu beitragen, die Gesamtheit dieses Funktionskomplexes, ja dieses Funktionsuniversums Gesundheitswesen, richtig analysieren und gute Vorschläge für jeweils adäquate Funktionsordnungen, Entscheidungskompetenzen und –prozesse machen.

Lepsius: Wir sind am Ende unserer Aussprache angekommen. Das Schlusswort gebührt nun den Referenten. Herr Kingreen wird beginnen, und ich bewundere immer die Fähigkeit, wie man auf so viele Punkte jetzt in der verbleibenden Zeit eine stimmige Replik geben kann.

Kingreen: Liebe Kolleginnen und Kollegen: Herzlichen Dank! Ich habe einmal die Tagungsbände unserer Vereinigung durchgeschaut und festgestellt, dass es die „Knappeheit“ noch nie in den Titel eines Vortragsthemas geschafft hat, was aber bislang absolut verkraftbar erschien, weil das Wort „Knappeheit“ immer am Beginn der Schlussworte der Referenten steht, natürlich auch bei mir. Ich habe aber leider, um Sie gleich zu enttäuschen, auch nach der Befassung mit meinem Thema keine gesteigerte Kompetenz für den Umgang mit dem Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch, die vielen spannenden Fragen zu beantworten, und der dafür zur Verfügung stehenden wenigen Zeit. Da ich Sozialrechtler bin, werde ich vor allem diejenigen Fragen beantworten, die die Ausgabenseite betreffen, in der sicheren Erwartung, dass Herr Lege zwar nicht die erforderlichen Einnahmen, aber doch die Antworten auf die das Einnahmenproblem betreffenden Fragen liefern wird.

Beginnen möchte ich mit der marktliberalen Systemkritik, insbesondere von Herrn Hase und Herrn Hufen, am Rande auch von Michael Heinig. Natürlich kann man die fehlende Autonomie der Versicherten in dem System kritisieren, und das habe ich ja auch getan. Allerdings ist mir während der Vorbereitung des Referates immer klarer geworden, dass Autonomie im Gesundheitssystem eine schwierige Vokabel ist. Letztlich läuft ein Mehr an Autonomie darauf hinaus, dass sich diejenigen, die die entsprechenden finanziellen Möglichkeiten haben, aus dem System verabschieden würden. Deshalb hilft es uns auch nicht, die So-

zialversicherungspflicht auf die „wirklich Schutzbedürftigen“ zu reduzieren, denn einer muss, wie das Herr Ebsen auf unserer Jahrestagung in Jena so schön gesagt hat, in dem gemeinsamen Boot auch rudern, sprich: die Beiträge für diejenigen zahlen, die das nicht können. Das Gleiche gilt für die Leistungen, hier insbesondere für die Unterscheidung zwischen Grund- und Zusatzversorgung, die auch Herr Kämmerer angesprochen hat. Das klingt zunächst einmal ganz gut. Schaut man sich diese Diskussion allerdings einmal näher an, so stellt man fest, dass kaum konkrete Vorschläge gemacht werden, und wenn es sie ausnahmsweise doch gibt, sind sie entweder kontraproduktiv (wie der Ausschluss von Psycho- und Physiotherapie, die man durch eine vermutlich regelmäßig teurere medikamentöse Behandlung kompensieren müsste) oder sie fallen, wie die Fahrkosten, überhaupt nicht ins Gewicht. Die Standardbehandlungen will man dann doch niemandem vorenthalten, vermutlich auch deshalb, weil die ohnehin zunehmende Einkommensspreizung in der Gesellschaft nicht auch noch auf den medizinischen Bereich ausdehnt werden soll.

Aus ähnlichen Erwägungen glaube ich, Herr Murswiek, auch nicht, dass uns der Ausbau der Leistungsausschlüsse wegen Selbstverschuldens weiterführt. Bestimmte Leistungsausschlüsse sind in § 52 SGB V ja schon vorgesehen, etwa die durch das Piercing verursachten Gesundheitsschäden. Wenn man das ausdehnen würde, würde man kein Ende mehr finden: warum nur die Gleitschirmflieger und die Bungeejumper und nicht auch die vielen verrückten Autofahrer auf Deutschlands Straßen? Und wollen wir etwa krebserkrankten Menschen wirklich zunächst einmal ihren Anteil an der Erkrankung vorhalten, bevor wir über die Finanzierung ihrer Therapie entscheiden? Ich halte das für eine merkwürdige Variante symbolischer Sozialpolitik, die suggeriert, man könne das Gesundheitssystem durch Leistungsbeschränkungen zu Lasten einzelner gesellschaftlicher Gruppen sanieren, deshalb habe ich auch das Beispiel der schäbigen Behandlung der Asylbewerber genannt.

Ihre Frage nach der Prävention, Frau Schmidt am Busch, würde ich differenziert beantworten. Gezielte Prävention kann bei bestimmten gesellschaftlichen Gruppen (insbesondere am unteren Rand der Gesellschaft) etwas bringen. Dass aber die Solidargemeinschaft nun dafür aufkommen muss, dass die Menschen aufhören zu rauchen und mit Skistöcken durch den Wald walken, sehe ich nicht so ganz ein. Und wenn sie es mir erlauben: Meine privaten Präventionserfahrungen sind eher so, dass wir von einem Extrem ins andere zu rutschen scheinen. Ich habe zwar nichts gegen das berühmte „gesunde Frühstück“ mit anschließender Ernährungsaufklärung in der Grundschule. Wenn das aber dazu führt, dass meine Tochter mich vor jedem ersten Stück

Schokolade fragt, ob sie das überhaupt essen darf, finde ich mich in der etwas ungewohnten Rolle des an sich gesundheitsbewussten Vaters wieder, der seine Tochter davon überzeugen muss, Süßigkeiten zu essen.

Herr Steiner und Herr Heun haben Fragen zur Priorisierung und Rationierung gestellt, beide mit dem Tenor, dass ich den ganz harten Fragen ausgewichen sei. Ich habe in der Tat der Versuchung zu widerstehen versucht, gewissermaßen aus den Grundrechten eine verfassungsfeste Rationierungsordnung zu zaubern. Im Zusammenhang mit dem medizinischen Existenzminimum und der Kosten-Nutzen-Bewertung habe ich immerhin konkrete grundrechtliche Grenzen benannt. Und ich kann das auch noch durch die von Ihnen, Herr Heun, angesprochene Frage der Zulässigkeit von Altersrationierungen ergänzen. Man kann die darin liegenden Ungleichbehandlungen allenfalls mit der Erwägung rechtfertigen, dass ja jeder die Möglichkeit hat, diejenigen Leistungen, die man ab einem bestimmten Alter nicht mehr bekommen soll, rechtzeitig selbst zu versichern. Das kann aber erstens nicht jeder, und zweitens ist es auch schwierig, Menschen an Entscheidungen festzuhalten, die sie womöglich Jahrzehnte zuvor gefällt haben; das zeigt ja die Debatte über Patientenverfügungen. Ich meine im Übrigen, dass die Diskussion über Altersrationierungen nicht weiterführt. Wir müssen das Knappheitsproblem genereller (und das heißt vor allem: nicht bezogen auf bestimmte Bevölkerungsgruppen) betrachten und etwa fragen, was uns der Zusatznutzen von bestimmten Maßnahmen der „High-Tech-Medizin“ wert ist. Ist uns etwa, um nur ein Beispiel zu nennen, die Behandlung der pulmonalen Hypertonie mit einem Spezialpräparat tatsächlich Jahrestherapiekosten von 325 000 € wert?

Zur ebenfalls im Kontext der Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln angesprochenen Kritik an meiner zurückhaltenden Einschätzung des Erkenntniswertes gesundheitsökonomischer Evaluation möchte ich ergänzen, dass es mir nicht generell darum ging, die Bedeutung wirtschaftswissenschaftlicher Analyse kleinzureden. Wogegen ich mich nur gewandt habe, sind die Scheinrationalitäten, die man mit diesen Evaluationen verknüpft.

Herr Streinz, Sie haben wichtige europarechtliche Fragen, insbesondere die Entscheidung Watts, angesprochen. Ich halte diese Entscheidung für sehr ausgewogen. Einerseits gestattet es der EuGH den Mitgliedstaaten ja, Wartelisten aufzustellen und insoweit auch den Umweg über die Leistungsbeschaffung im Ausland zu unterbinden, weil ja sonst kein Staat ein Rationierungssystem aufbauen könnte. Andererseits lässt er die grenzüberschreitende Leistungsanspruchnahme zu, wenn die Wartezeit, gemessen am sonst Üblichen, zu lang ist.

Eine Vielzahl von Fragen (Ebsen, Heinig, Heun, Neumann) betrafen den Nikolaus-Beschluss, den ich, lieber Herr Neumann, seinerzeit so genannt habe, nachdem Sie eines der aufgehobenen Urteile als „September-Urteil“ bezeichnet haben. Tatsächlich ist, Michael Heinig, das Kompensationsargument, mit dem ich versucht habe, die Entscheidung zu erklären, verfassungstheoretisch problematisch: Man kann schwache kollektive nicht durch individuelle, also grundrechtliche Legitimation kompensieren. Das Urteil lässt sich aber, so meine ich, gerichtspolitisch genau so erklären. Stephan Rixen, die Idee einer Verbandsklage zur Stärkung der Versichertenteilhabe hat ihren Charme, aber nur so lange, wie wir daran festhalten, das im Rahmen der Gemeinsamen Selbstverwaltung unmittelbar außenverbindliche Entscheidungen fallen. Wenn wir, wofür ich nach wie vor eintrete, zur Interpretation als Binnenrecht zurückkehren, bedarf es insoweit auch keines unmittelbar an diesen Entscheidungen ansetzenden Rechtsschutzes mehr, weder für Verbände noch für Individuen.

Nun noch zur Legitimationsfrage, die von Herrn Heun, Herrn Ebsen, Herrn Pitschas und Herrn Isensee angesprochen wurde. Es ist ja richtig, dass dieses System historisch gewachsen ist. Aber das gilt nicht für die Außenverbindlichkeit der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu der das Bundessozialgericht erst 1997 gefunden hat. Im Übrigen besteht ja das Problem eines jeden Legitimationsmodells gerade darin, dass es flexibel genug sein muss, um der Realität von Verwaltung gerecht zu werden, aber doch nicht zur kleinen Münze verkommen darf. Das passiert aber, wenn man versucht, für jede noch so groteske Verwaltungsmerkwürdigkeit Legitimationsstrukturen zu entwickeln. In diesem Zusammenhang auch noch ein Satz zur mehrfach angesprochenen Steuerungsfähigkeit der klassischen Rechtsetzungsformen. Es ist tatsächlich unmöglich, der Dynamik des Gesundheitswesens allein durch Gesetze und Rechtsverordnungen Herr zu werden. Wir benötigen selbstverständlich die auch institutionalisierte Einbindung von Sachverstand. Das für die parlamentarische Demokratie typische Verhältnis zwischen Sachverstand und politischer Leitung hat sich hier aber umgedreht. Das Bundessozialgericht hat nämlich entschieden, dass das Bundesministerium für Gesundheit lediglich über eine Rechtsaufsicht über den Gemeinsamen Bundesausschuss verfüge, was zur Konsequenz hat, dass sich im Streitfall über das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer bestimmten Maßnahme letztlich der Gemeinsame Bundesausschuss gegenüber der Politik durchsetzt, d. h. der Agent wird hier letztlich zum Prinzipal.

Den Rechtsvergleich, lieber Herr Häberle, habe ich mit großem Bedauern ausgespart. Ich kann Sie auf eine dreißigseitige Ausarbeitung

zu den sehr interessanten, wenn auch ernüchternden Erfahrungen in Großbritannien und Schweden verweisen, auf die ich nicht nur aus Platzgründen verzichten musste, sondern auch wegen meines konzeptionellen Ansatzes, dass man eine Rationierungsdebatte nur vor dem Hintergrund der konkreten Regelungsstrukturen führen kann, und die sind meines Wissens insbesondere für Schweden noch nicht in englischer Sprache aufgearbeitet.

Lieber Herr Zacher, es ist tatsächlich richtig, dass wir die Rationierungsdebatte nicht auf das Gesundheitswesen verengen, sondern gerade beim medizinischen Existenzminimum auch die Grundsicherungssysteme betrachten sollten. Was die aktuelle Debatte angeht, so sprechen Sie mir aus dem Herzen. Leider wird die Sozialpolitik schon immer dazu missbraucht, den Menschen vorzuschreiben, wie sie zu leben haben.

Damit bin ich am Schluss angelangt. Ich danke dem Vorstand ganz herzlich dafür, dass er mir dieses spannende Thema überlassen hat, dessen Bearbeitung mir wirklich große wissenschaftliche Freude bereitet hat. Danken möchte ich auch meinem Mitreferenten Joachim Lege für die wunderbare Kooperation und die ermutigenden Gespräche im Vorfeld. Ich bin zwar in diesen wenigen Minuten nicht jedem Einspruch und jeder Zustimmung gerecht geworden, aber ich werde in fünf Stunden und 45 Minuten beginnen, das nachzuholen. Denn dann beginnt mein Forschungssemester. Herzlichen Dank!

Lege: Liebe Kolleginnen und Kollegen, auch von meiner Seite herzlichen Dank für die Rückmeldungen, für Kritik, Zustimmung, Anregung. – Ein Gerechtigkeitsprinzip, das vielleicht nicht genügend angesprochen wurde, ist das Prioritätsprinzip. Ich will mich deshalb jetzt danach richten und gehe der Reihe nach durch:

Herr *Hufen*, ich habe Ihren Beitrag als Zustimmung genommen und stimme im Gegenzug auch Ihnen zu: Im Recht des Gesundheitswesens muss es um eine Art Ermöglichung von Gerechtigkeit gehen. – Herr *Kischel*, das waren die härtesten Fragen aus der nächsten Umgebung. Erster Punkt: Warum sind Güter immer ungerecht verteilt? Weil wir alle unterschiedliche Präferenzen haben. Zweiter, ganz wichtiger Punkt: Ist denn das Steuersystem gerecht? Da ich ihm doch so viel zutraue für die Fürsorgekomponente des Sozialen? Nun, ich bin insoweit kein Experte, teile aber durchaus Ihre Zweifel. Letzter Punkt und vielleicht der wichtigste: beitragsfreie Mitversicherung von Familienangehörigen. Ich habe mich unter dem Gesichtspunkt des Solidaritätsprinzips dagegen gewendet, nicht unter dem Gesichtspunkt des Fürsorgeprinzips. Ich begrüße sogar Ihren Einwand, dass man die Familie stärken sollte.

Nur: Die Familie, als Einheit von zwei Eltern mit ihren Kindern, die Familie ist auch nicht mehr, was sie einmal war. Und deshalb ist es angesichts der vielfältigen Wandlungen, die Familien heutzutage mitmachen, ja mitmachen müssen – Stichwort Patchwork-Familie –, deshalb ist es vielleicht doch gerechter, die Familie als Keimzelle der Solidarität im Gesundheitswesen aufzugeben und die Sorge für ständig wechselnde Angehörige auf die größere Gemeinschaft der Steuerzahler abzuwälzen.

Zu Herrn *Hase*: Im Wesentlichen wenden Sie sich dagegen, dass die Sozialversicherung eine Vollversorgung gewähren solle. Dem stimme ich völlig zu und würde deshalb ein Modell der Grundversorgung als Sozialversicherung mit einer darauf sattelnden Privatversicherung für weitere Leistungen bevorzugen. – Herr *Grewlich* und Frau *Schmidt am Busch*, Sie haben mit den Themen „Drogenprävention“ und „Anreiz für gesundheitsbewusstes Verhalten“ den Bereich der, sagen wir einmal, harten Gesundheitsvorsorge angesprochen. In dieser Hinsicht lehne ich im Grunde jeden Paternalismus ab und plädiere, als ehemaliger Kettenraucher, für die Freiheit. – Herr *Murswiek*: Zur Frage, ob Risikogruppen höhere Prämien zahlen sollten, kann ich mich Herrn *Kingreen* anschließen. Ich halte es also im Prinzip nicht für ungerecht. Man mag das so handhaben etwa bei Risikosportarten. Aber es müssen zumindest Faktoren sein, auf die der Einzelne Einfluss hat, die also seinen freiheitlichen Umgang mit dem privaten Gut Gesundheit betreffen.

Herr *Steiner*, in der Tat, der Ärztemangel hat auch eine „Gender“-Komponente. Aber das Allgemeine, das dahintersteht, sind die Arbeitsbedingungen der Ärzte, und die sind offenbar ganz allgemein ein Gerechtigkeitsproblem. Dass sich dieses Problem in verschiedenen Gruppen unterschiedlich auswirkt, ist dann nur noch ein weiteres Gerechtigkeitsproblem. – Herr *Streinz*, zum Europarecht etwas zu sagen, fällt mir als Laien natürlich schwer. Aber Sie haben nachgefragt, inwieweit die Entscheidung des EuGH zum Glücksspiel etwas zu tun hat mit der PKV/GKV-Problematik. Nun, die Glücksspielentscheidung richtet sich gegen ein Privileg des Staates, nämlich gegen sein Monopol. Und dagegen in Stellung gebracht werden, als Maßstab, Transparenz und Kohärenz. Genau das gleiche finden wir in der Pendlerpauschalen-Entscheidung des BVerfG. Und ich denke nun, dass im Hinblick auf das Verhältnis von GKV und PKV, im Hinblick auf das Privileg der angeblich weniger Schutzwürdigen, diese Kohärenz und Konsequenz gerade nicht besteht – eben deshalb, weil in einem Kontinuum der Schutzbedürftigkeit eine willkürliche Grenze gezogen wird.

Deshalb ziehe ich Herrn *Heinig* jetzt vor. Herr *Heinig*, Sie haben in der Tat schön gezeigt, dass die „Friedensgrenze“, die gezogen wird zwi-

schen GKV und PKV (ja, man nennt es tatsächlich so: Friedensgrenze), im Grunde *nicht* nach der Schutzbedürftigkeit bestimmt wird, sondern nach dem Finanzbedarf der gesetzlichen Krankenversicherung. Damit führt sich das System doch wohl selbst ad absurdum! – Sie haben mir als ersten Punkt vorgeworfen, ich brächte die Finanzierungsseite und die Verteilungsseite durcheinander. Im ersten Bereich ginge es um Freiheit, im zweiten um Gleichheit. Nein! Es geht in beiden um Freiheit *und* Gleichheit! – Letzter Punkt zu Ihnen, Herr *Heinig*: Epistemologisch, so haben Sie gesagt, wüssten wir doch gar nicht, was politisch „richtig“ ist. Ich stimme vollkommen zu, und deshalb halte ich ja auch die vielen Möglichkeiten, die sich hinsichtlich der Umgestaltung des Gesundheitswesens ergeben können, für im Grundsatz verfassungsmäßig.

Herr *Kämmerer*, nur zur Klarstellung: Die Grundversorgung soll aus meiner Sicht kein Almosen sein. Grundversorgung ist mehr als „Grundsicherung“ im Sinn der Sozialhilfe. Grundversorgung kann und soll vielmehr – wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, und von dort stammt der Begriff ja ursprünglich – durchaus anspruchsvoll sein. Es geht also nicht um Almosen, nicht um Brocken, die vom Tisch des Reichen abfallen, sondern um eine gute Grundversorgung, die sich auf Solidarität stützt. – Herr *Neumann*, Sie fragen, ob Sie meine These zu GKV/PKV richtig verstanden haben. Ja, ich halte das Privileg der angeblich weniger Schutzwürdigen in der Tat verfassungsrechtlich für schwer zu rechtfertigen.

Herr *Pitschas*, das waren scharfe Einwände. Meine These 4, mit dem „kleinkrämerisch“ am Ende – bitte, ändern Sie dies alle in Ihrem Papier wie folgt: „Der Versuch, die guten Risiken dem anderen System fortzuschneiden, wirkt gelegentlich *würdelos*“. Würdelos, weil der Einzelne nur als ein Mittel zum Zweck der Finanzierung betrachtet wird. Sodann: Die „blutige Entlassung“ ist für mich ein Paradebeispiel dafür, dass die Ökonomisierung des Gesundheitswesens Gerechtigkeitsdefizite produziert.

Herr *Lorz*, zur Reichweite des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 1 GG. Nach meiner Meinung sollte und hätte schon immer Art. 9 Abs. 1 GG auch vor öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaften schützen sollen. Wenn Ihnen dies Antwort genug ist, belasse ich es dabei. Zur Gesundheitsprämie: Ich glaube, da liegt ein terminologisches Missverständnis vor. Gesundheitsprämie ist der neue, schönere Ausdruck für Kopfpauschale; die FDP sagt Gesundheitsprämie und meint damit die Kopfpauschale. – Herr *Ebsen*, ich nehme das meiste von Ihnen als Zustimmung. Herr *Rixen* und Herr *Heun*, Sie hatten sich weitgehend an Herrn *Kingreen* gewendet und nehmen es mir hoffentlich nicht übel, wenn ich nichts hinzufüge.

Herr *Isensee*, Sie verteidigen das Gesundheitssystem. Zunächst einmal zu Ihrer knappen Zusammenfassung meines Referates: Ja, das trifft es. Sodann: Bei der Sozialversicherung betonen Sie das Solidarprinzip und bei der PKV das Äquivalenzprinzip. Ich betone bei der Sozialversicherung den Zwang und bei der PKV die Freiheit – die Freiheit, einen Vertrag mit einer Versicherung seiner Wahl abzuschließen. Und deshalb, denke ich, ist das gegenwärtige Nebeneinander unter dem Gesichtspunkt *gleicher* Freiheit nicht zu rechtfertigen. – Noch ein letzter Punkt. Sie haben den Sicherstellungsauftrag des Staates im Gesundheitswesen betont. Ja, ich denke ebenfalls, dass dies die Inanspruchnahme der Bevölkerung zu irgendeinem Gesundheitswesen mit Zwang rechtfertigt, sei es nun durch eine allgemeine PKV oder eine allgemeine GKV. Beides ist gerechtfertigt durch das Soziale. Und was ist dann das Soziale? Das Soziale ist dann wohl genau das, was über das Kommerzialisierbare hinausgeht, über das hinaus also, was schon durch echte Versicherungen möglich wäre.

Herr *Häberle*, vielen Dank für den Hinweis auf den Kanton Aargau. Ich werde sehen, dass ich mir die Vorschrift schnellstmöglich beschaffe. – Herr *Zacher*, Ihr Vorwurf, wir hätten das Gesundheitssystem mit dem sozialen Sicherungssystem gleichgesetzt. In der Tat. Wir haben aber auch betont, dass das Gesundheitssystem nur ein Teilbereich ist und dass die Knappheitsprobleme dieses Systems nur ein Teilbereich der gesamtgesellschaftlichen Knappheit sind. Wie viel Geld in das Gesundheitssystem fließt und wie viel in das, zum Beispiel, Bildungssystem, das ist eben eine politische Gesamtentscheidung.

Meine Damen und Herren, ich spare mir ein Schlusswort im eigentlichen Sinne, danke Ihnen sehr für Ihre Kritik und Ihren Zuspruch. Ich danke dem Vorstand sehr herzlich dafür, dass er mich mit diesem Thema betraut hat, und wünsche uns nun einen wohlverdienten Ausklang.

Dritter Beratungsgegenstand

Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

1. Referat von Professorin Dr. *Elke Gurlit*, Mainz*

Inhalt

	Seite
I. Der Verfahrensgedanke in der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts	229
II. Funktionen von Verwaltungungsverfahren	234
1. Dienende Funktion versus Eigenwert – ein sprachliches Missverständnis	234
2. Bezugspunkte von Funktionsaussagen	235
a) Normative Zuschreibung und reale Wirksamkeit . . .	235
b) Der Verwaltungsauftrag als Maßstab	236
3. Funktionen entscheidungsbezogener Verwaltungungsverfahren	238
a) Richtigkeitsgewähr durch Verfahren	238
b) Rechtswahrung und (Grund-)Rechtsschutz	240
c) Demokratische Funktionen: Legitimation – Partizipation – Transparenz	242
d) Entscheidungsakzeptanz durch Verfahren	244
III. Verwaltungsverfahren und Sachentscheidung	246
1. Entscheidungsorientierung von Verwaltungsverfahren . .	246
2. Exemplarische Verfahrenstypen	248
a) Schlichtes Handeln: Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge	248
b) Wissenserzeugung: Zulassung von Stoffen und Produkten	250
c) Verteilung knapper Güter: Vergabe öffentlicher Aufträge	253

* Für kritische Lektüre, hilfreiche Anregungen, rabiante Kürzungsvorschläge und aufmunternde Worte danke ich Barbara Remmert, Matthias Cornils, Hanno Kube und Michael Stolleis. Für Rechercheunterstützung und Materialbeschaffung geht mein Dank an das Lehrstuhlteam: Anna Kucharczyk, Matthias Weiden, Sebastian Zander, Ali Günes und Silvia Scheuer.

3. Organisatorische Entkoppelungen von Verfahren und Entscheidung	255
a) Die regulatorische Herausforderung	255
b) Exemplarische Anwendungsfelder	255
IV. Folgen der Missachtung des Verfahrensrechts.	259
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	259
2. Fehlerkorrektur im Verwaltungsverfahren	260
3. Folgen von Verfahrensfehlern für die Sachentscheidung .	263
4. Gerichtliche Kontrolle	265
a) Subjektive Verfahrensrechte	267
b) Aufhebung der Sachentscheidung	268
V. Ausblick	272

Der Bewirkungs- und Schutzauftrag des Verwaltungsrechts ist ohne Verfahren nicht erfüllbar.¹ Die offenkundige Unverzichtbarkeit des Verfahrens lässt zweifeln, weshalb es einer Darlegung seines Eigenwerts bedarf. Der Sprung auf die Tagungsagenda verdankt sich wohl der Kontrastformel² von der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens(rechts) als normativ zementierter „Philosophie“ des deutschen Verfahrensrechts.³ Mit Zement haben Verfahrenskonzepte gemein, dass sie inneren und äußeren Erosionsprozessen ausgesetzt sind. Bröckelt also ein zentrales Leitmotiv des Verfahrensrechts? Ich möchte mich der Frage in einer kurzen *tour d'horizon*⁴ durch die Entwicklung des verfahrensrechtlichen Denkens nähern.

I. Der Verfahrensgedanke in der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts

In der Bundesrepublik entfaltete sich der Kodifikationsdiskurs um ein Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, auf das ich mich im folgenden beschränke, unter kompetenziellen Vorzeichen.⁵ Das Ziel einer weit reichenden bundesrechtlichen Vereinheitlichung führte zu einer

¹ Zum Bewirkungs- und Schutzauftrag *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Rn. 30; zu dem Doppelauftrag als Verfahrensfunktion *F. Schoch* DV 25 (1992) 21 (27); s.a. BT-Drs. 7/910, S. 29: Das VwVfG dient der Verwirklichung staatlicher Aufgaben und soll die Rechtsstellung des Bürgers stärken; ausführlicher unter II.2.

² Zum Begriffsverständnis von Eigenwert und dienender Funktion s. unten II.1.

³ *Ch. Quabeck* Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, 9 ff.

⁴ Der Überblick weist weder Originalität noch den methodischen Anspruch auf, den *A.-B. Kaiser* Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, der Entfaltung der „Kommunikationsmuster“ der Verwaltung zugrunde legt, profitiert aber von ihrer leistungswerten Darstellung der verwaltungsrechtlichen Diskurse.

⁵ *A. Köttgen* DÖV 1952, 422, *K. A. Bettermann* Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959) 118 (154 ff., 157 f.) und *D. Haas* AöR 80 (1955/56) 81 (86 ff.) entnahmen die Regelungszuständigkeit einer Annexkompetenz zu Art. 70 ff. GG; in heutiger Zeit dezidiert für die Maßgeblichkeit von Art. 70 ff. GG *G. Hermes* in: Dreier (Hrsg.) GG III, 2. Aufl. 2008, Art. 83 Rn. 23 f.; iS einer Annexkompetenz BVerfGE 22, 180 (211); 77, 288 (298); für konstitutive Kompetenzbegründung durch Art. 84, 85 GG hingegen *P. Lerche* in: Maunz/Dürig (Hrsg.) GG, Art. 84 (1985) Rn. 14; *B. Pieroth* in: Jarass/Pieroth GG, 11. Aufl. 2011, Art. 83 Rn. 2, Art. 84 Rn. 2. Der Entwurf des 4. VwVfÄndG, BT-Drs. 16/10493, 13 führt beide Begründungswege nebeneinander an.

Verengung des Verfahrensbegriffs,⁶ die ihren kodifikatorischen Endpunkt in § 9 VwVfG fand.⁷ Verfassungsrechtliche Erwägungen führten zwar zur Anerkennung subjektiver Beteiligungsrechte,⁸ deren Relativierung zugunsten der Verfahrens- und Prozessökonomie wurde aber gleich mitgedacht. Die Annahme einer dienenden Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht fand normativen Ausdruck in § 46 VwVfG.⁹

Trotz des beschränkten Regelungsanspruchs wurde das VwVfG als „Markstein“ begrüßt.¹⁰ Als Auslöser einer wahren Verfahrenseuphorie

⁶ *Schmidt-Aßmann* in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. II, 2008, § 27 Rn. 9ff.; *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 121 ff. hatte einen weiten konzeptionellen Begriff des Verwaltungsverfahrens zugrunde gelegt, der die Rechtsetzung, verwaltungsinterne Verfahren, Tathandeln, behördliche Vorverfahren und auch die privatrechtsförmige Verwaltung umfasste, aus kompetenzrechtlichen Gründen hingegen für eine Beschränkung auf rechtsförmige Einzelfallentscheidungen mit Außenwirkung plädiert.

⁷ Es ist heute *common sense*, dass der Bundesgesetzgeber mit dem VwVfG seine Kompetenz für das Verwaltungsverfahrensrecht nicht ausgeschöpft hat. Zur bundesrechtlichen Kompetenz für die Regelung interner Verfahren BVerfGE 37, 363 (385, 390); 55, 274 (320f.); 75, 108 (152); 114, 196 (224); *Lerche* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 84 (1985) Rn. 36; *Hermes* in: Dreier (Fn. 5), Art. 83 Rn. 32. Vielfach wird auch der Verordnungserlass auf Grundlage einer bundesgesetzlichen Ermächtigung dem Verwaltungsverfahrensrecht zugerechnet, *Ch. Heitsch* Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, 156; *Lerche* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 84 (1985) Rn. 36. *Hermes* in: Dreier (Fn. 5), Art. 83 Rn. 32 plädiert zudem für die Einbeziehung privatrechtsförmiger Verfahren.

⁸ Sehr instruktiv *Kaiser* Kommunikation (Fn. 4), 76ff., mit einer Schilderung der verschiedenen Phasen und Strömungen des Kodifikationsdiskurses. Protagonisten eines rechtsstaatlichen Gestaltungsauftrag waren vor allem *Carl Hermann Ule* und *Franz Becker*, s. *Ule* DVBl. 1957, 597; *ders.* DVBl. 1960, 609; *Becker* Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, 1960; *Ule/Becker* Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964. Sie erfuhren Unterstützung von der österreichischen Schule, maßgeblich *Hans Spanner*, s. dessen Gutachten zum 43. DJT, Bd. 1, Heft A, 1962; *ders.* JZ 1970, 671; s. a. *W. Antonioli*, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 17 (1959) 234ff. Die Beteiligtenrechte wurden mit dem Entwurf BT-Drs. 7/910 gegenüber dem Musterentwurf deutlich gestärkt. Die Habilitationsschrift von *F. Kopp* Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, hatte für einen Konstitutionalisierungsschub gesorgt, der vom Gesetzgeber aufgegriffen wurde, BT-Drs. 7/910, 29: „Darüber hinaus bedeutet der Erlass eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des vorgelegten Inhalts in gewissem Umfange die Konkretisierung bestehenden Verfassungsrechts“.

⁹ BT-Drs. 7/910, 65; der Begriff wird *O. Groschupf* DVBl. 1962, 627 (630) zugeschrieben.

¹⁰ *H. Maurer* JuS 1976, 485 (496); *P. Häberle* FS Boorberg Verlag, 1977, 47 (49): „Grundgesetz der zweiten Gewalt“; krit. aber *W. Schmitt Glaeser* ebd., 1 (5ff.); drastisch zur Fehlerfolgenregelung *H.-U. Erichsen* DVBl. 1978, 569 (577): „Selbstmordversuch des Gesetzes“.

gilt aber vor allem der *Mülheim-Kärlich*-Beschluss des BVerfG.¹¹ Mit dem Diktum, materieller Grundrechtsschutz sei maßgeblich auch durch die Ausgestaltung des Verfahrens zu bewirken,¹² erhielt die Verfahrensteilnahme grundrechtliche Weihen.¹³ Der im Sondervotum geäußerte Gedanke, das atomrechtliche Genehmigungsverfahren fungiere angesichts lückenhaften Wissens als Medium der Erzeugung sachrichtiger Entscheidungen,¹⁴ schloss zudem an die rechtswissenschaftliche Rezeption verwaltungswissenschaftlicher Entscheidungstheorien an.¹⁵ Seither wird das Verwaltungsverfahren als Wissensgenerierungs-, Informationsverarbeitungs-, Kommunikations- und Entscheidungsprozess entfaltet.¹⁶

¹¹ BVerfGE 53, 30.

¹² BVerfGE 53, 30 (65); während das Mehrheitsvotum vor allem die Funktion des Verfahrens als vorverlagerter Rechtsschutz betonte (60), bezog das Sondervotum auch die legitimierende und akzeptanzstiftende Funktion des Verwaltungsverfahrens ein (81 f.). Schon BVerfGE 45, 297 (333, 335) *Hamburger U-Bahn* betonte die grundgesetzliche Notwendigkeit des „Gesprächs zwischen Verwaltung und Bürger“.

¹³ Prägend war vor allem *Häberle* Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) 43 (52, 86 ff., 121 ff.) mit der Entwicklung des *status activus processualis*; s.a. K. Hesse EuGRZ 1978, 427; Kopp Verfassungsrecht (Fn. 8), 148 ff. hatte grundrechtlich bei Art. 19 Abs. 4 GG angesetzt. Die grundrechtliche Reformulierung politischer und sozialphilosophischer Partizipationsforderungen brachte eine Fülle von Untersuchungen zur grundrechtlichen Gebotenheit von Verfahren hervor. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: K. Redeker NJW 1980, 1593; H. Goerlich Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; F. Ossenbühl DÖV 1981, 1; ders. NVwZ 1982, 465; W. Blümel in: ders. (Hrsg.) Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, 23; H.-W. Laubinger VerwArch 73 (1982) 60; H. Bethge NJW 1982, 1; K.-P. Dolde NVwZ 1982, 65; J. Held Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984; D. Grimm NVwZ 1985, 865.

¹⁴ BVerfGE 53, 30 (69, 76 f.) unter Bezugnahme auf die Kalkar-Entscheidung, BVerfGE 49, 89 (133 ff., 142 f.).

¹⁵ W. Brohm Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972) 245 (253 ff., 289 ff.); s.a. J. Schwarze Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, 44 ff.; Schmitt Glaeser Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973) 179 (193 ff.). Leitend war vor allem das entscheidungstheoretische Konzept der *bounded rationality*, entwickelt von Herbert A. Simon Administrative Behaviour. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organisations, 1947, 4. Aufl. 1997; zu pauschal die Einschätzung von A. Voßkuhle in: M. Burgi/K. Schönenbroicher (Hrsg.) Die Zukunft des Verwaltungsverfahrenrechts, 2010, 13 (17), die Rechtswissenschaft habe sich mit Entscheidungstheorien nicht auseinander gesetzt.

¹⁶ Siehe nur Schmidt-Aßmann in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 1; H. Hill Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986; R. Pitschas Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990; F. Hufen Fehler im Verwaltungsverfahren

Der Prozeduralisierungsdiskurs hatte kaum richtig Fahrt aufgenommen, als ihm der Gesetzgeber mit dem Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz¹⁷ einen erheblichen Dämpfer versetzte. Mit der Erweiterung von Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften wurde die Bedeutung des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr in Frage gestellt,¹⁸ während Präklusionsvorschriften – gleichsam im Wege der Nachteilskombination – die Bedeutung des materiellen Rechts schwächten.¹⁹ Als Kollateralschaden gilt die Zersplitterung des Verfahrensrechts durch die fachgesetzliche Verfahrensgesetzgebung des Bundes. Sie ist wesentlicher Auslöser der jüngeren Rekodifikationsdiskussion.²⁰

ren, 4. Aufl. 2002; aus der jüngeren Literatur, die das Verfahren insbesondere als Wissensgenerierungs- und Kommunikationsprozess analysiert, s. *B. Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007; *I. Spiecker genannt Döhmann/P. Collin* (Hrsg.) Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008; *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung im Verfahren, 2009; *Kaiser* Kommunikation (Fn. 4); *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 91 ff.; *T. Siegel* Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, 28 ff., 44 ff. Seinen Kulminationspunkt findet der verfahrensrechtliche Diskurs in rechtstheoretischen Modellen eines prozeduralen Rechts: Versuch einer Synthese und Definition bei *G.-P. Calliess* Prozedurales Recht, 1999, 175 ff.; s.a. *T. Vesting* Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, 99 f.; zur spezifischen Rationalität des juristischen Diskurses *R. Alexy* Theorie der juristischen Argumentation, 1983, 259 ff.; zum reflexiven Recht als Reaktion auf das Steuerungstrilemma *G. Teubner* ARSP 1982, 13; *G. Teubner/H. Willke* ZfRSoz 1984, 4; aus jüngerer Zeit *M. Pöcker* Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, 74 ff.

¹⁷ Gesetz vom 12. 9. 1996, BGBl. I, 1354; Überblick zum Inhalt bei *H. J. Bonk* NVwZ 1997, 320; zu den Hintergründen, insb. zu den Vorstellungen einer „Beschleunigung“ instruktiv *Kaiser* Kommunikation (Fn. 4), 198 ff.; s.a. *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 86 ff.; zu den ökonomischen Annahmen *Vofßkuhle* DV 34 (2001) 347.

¹⁸ §§ 45 Abs. 2, 46, 75 Abs. 1a VwVfG. Diese setzen sich fort in neuerer fachgesetzlicher Verfahrensgesetzgebung: Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben v. 9. 12. 2006, BGBl. I, 2833; Gesetz zur Reduzierung und Beschleunigung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren v. 23. 10. 2007, BGBl. I, 2470; zu den kumulativen Wirkungen *W. Erbguth* DÖV 2009, 921 (929 ff.).

¹⁹ § 73 Abs. 3a und 4 S. 3 und 4 VwVfG; § 10 Abs. 3 BImSchG; § 2 Abs. 3 URG; dazu *BVerwG* NVwZ 2011, 364; zur Wirkung der Präklusionsvorschriften krit. *G. Lübke-Wolff* ZUR 1995, 57 (58 ff.); *K. Brandt* NVwZ 1997, 233; *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1080).

²⁰ Grundlegend *W. Kahl* in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 67 (72 ff.); für eine Generalkodifikation *Kahl* ebd., 127 ff., der allerdings für dieses Projekt die Notwendigkeit eines „langen Atems“ betont (127); ebenso *Pitschas* Verwaltungsverantwortung (Fn. 16), 100; überwiegend wird aber für bereichsspezifische Kodifikationsprojekte geworben, *Schmidt-Aßmann* HStR Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 109 Rn. 13; *H. Pünder*

Die Beschleunigungsgesetzgebung geriet indessen zügig auf Kollisionskurs zu europäischen Regelungskonzepten. Diese setzen, wie sich paradigmatisch im Vergaberecht²¹ und im Umweltrecht²² zeigt, in erheblichem Umfang auf prozedurale Steuerungsmechanismen,²³ was nicht ohne Auswirkungen auf das System subjektiver Rechte und auf gerichtliche Kontrollkonzeptionen bleibt.²⁴ Die Mobilisierung der Bürger als Sachwalter des Europarechts²⁵ setzt sich in dem europäischen Modell einer informierten Öffentlichkeit fort.²⁶

Jedenfalls auch²⁷ europarechtlich veranlasst ist als aktuelle Herausforderung die Verbindung organisations- und verfahrensrechtlicher

in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2009, § 13 Rn. 6; H. Schulze-Fielitz in: H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/Ch. Möllers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 135 (159 ff.); zum Gebot der Wahrung der Eigengesetzlichkeiten des Fachrechts schon *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 143; für eine Integration des Unionsverwaltungsrechts in das VwVfG *Kahl* in: P. Axer/B. Grzeszick/W. Kahl/U. Mager/E. Reimer (Hrsg.) Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, 2010, 39 (59 ff., 82 ff.); generell skeptisch gegenüber der Kodifikationsidee im Öffentlichen Recht O. Lepsius in: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.) Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 1 (36 ff.); ders. in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer, ebd., 179 (198 ff.).

²¹ Zu den Bieterrechten im Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge EuGH Slg. 1995, I-2301, Rn. 19 ff.; s. a. die Ausführungen unter III.2.c).

²² Aus jüngerer Zeit vor allem das Recht auf Durchführung einer UVP nach § 4 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (URG) in Umsetzung von Art. 10a UVP-Richtlinie, der durch Art. 3 Nr. 7 der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie 2003/35/EG geschaffen wurde.

²³ Jüngst prägnant beschrieben von *Kahl* DV 42 (2009) 463 (472 ff.); s. a. F. Ekdardt Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010, 92 ff.; K.-P. Dolde NVwZ 2006, 857 (859 ff.); J. Ziekow NVwZ 2005, 263 (265 ff.); M. Schmidt-Preuß NVwZ 2005, 489 (492 ff.); allerdings gibt es auch endogene Veränderungsprozesse, richtiger Hinweis von *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 5, 173, 190.

²⁴ Siehe die Ausführungen unter IV.4.

²⁵ J. Masing Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, 175 ff.; Schoch FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 507 (517 ff.); C. D. Classen VerwArch 88 (1997) 645.

²⁶ Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 145 f.; zum Umgestaltungspotential auch Masing Transparente Verwaltung – Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, VVDStRL 63 (2004) 377 (422 ff.).

²⁷ Hier wirken gleichermaßen endogene Veränderungsprozesse: So verlangen die gewandelten Organisationsformen staatlicher Aufgabenerfüllung, die Private in die Leistungserbringung einbeziehen, nach verfahrensrechtlichen Antworten; dazu M. Burgi in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 156 (179 ff.); W. Kluth in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 58 Rn. 15, § 59 Rn. 55 ff.; Voßkuhle Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003) 266 (308 f.). – Eine „große Lösung“ der verfahrensrechtlichen

Steuerungsansätze. Dies gilt nicht nur für die Strukturen des europäischen Verwaltungsverbundes,²⁸ sondern gleichermaßen für den mitgliedstaatlichen Vollzug sekundärrechtlicher Vorgaben, was instruktiv in dem Modell eines *One-Stop Government* zum Ausdruck kommt.²⁹

II. Funktionen von Verwaltungsverfahren

1. *Dienende Funktion versus Eigenwert – ein sprachliches Missverständnis*

Werden dem Verwaltungsverfahren und dem Verfahrensrecht Funktionen zugeschrieben, bringt dies eine banale Erkenntnis zum Ausdruck: Das Verwaltungsverfahren verfolgt keinen Selbstzweck, sondern steht im Dienst externer Ziele.³⁰ Hat aber jedes Verwaltungsverfahren im Wortsinne dienende Funktion zur Erfüllung von außerhalb seiner selbst liegenden Zwecken, so kann sein Eigenwert kein Gegenbegriff sein. Der Wert des Verwaltungsverfahrens bestimmt sich vielmehr nach der Eigenständigkeit seines Beitrags zur Zielerreichung.³¹ Nur insoweit kann ihm – gegenüber anderen Verfahren oder anderen

Vorgaben für die Public Private Partnership (PPP) wurde befürwortet von den im Auftrag des BMI erstatteten Gutachten von J. Ziekow Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, 2001, und G. F. Schuppert Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, 2001. Sie sprengte aber den Bezugsrahmen des VwVfG. Der im Bund/Länder-Musterentwurf 2004 vorgeschlagene § 54a VwVfG zur Normierung eines Kooperationsvertrages (abgedr. in H. Schmitz DVBl. 2005, 17) schafft in Anbetracht des Vorherrschens zivilrechtlicher Verträge keinen Systemisierungsgewinn und löst im Bezugsrahmen der §§ 54ff. VwVfG nicht das dringendere Problem der adäquaten Schutzmaßstäbe, E. Gurlit in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 29 Rn. 5, 8; Burgi Gutachten D zum 67. DJT, 2008, D 109ff.; ders. JZ 2010, 105 (107).

²⁸ Siehe aus dem unerschöpflichen Schrifttum E. Pache und T. Groß Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007) 106ff., 152ff.; G. Sydow Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004; Siegel (Fn. 16). Insb. die problematische Entwicklung des Agenturwesens fordert die rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit, nachdrücklich Schmidt-Aßmann in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer (Fn. 20), 263 (268, 280ff.).

²⁹ Siehe dazu die Ausführungen unter III.3.

³⁰ Kopp Verfassungsrecht (Fn. 8), 201f.; Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3) 8; U. Stelkens DVBl. 2010, 1078; J.-P. Schneider GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 1; Hill Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 202.

³¹ Anderes Verständnis bei H. A. Wolff FS R. Scholz, 2007, 977 (978): dienend im Hinblick auf die Sachentscheidung, selbständig hinsichtlich solcher Zwecke, die über die Entscheidung hinausreichen.

Bedingungen der Zielerreichung – ein eigener Wert, also ein Eigenwert zukommen.

2. Bezugspunkte von Funktionsaussagen

a) Normative Zuschreibung und reale Wirksamkeit

Aussagen zu den Funktionen des Verwaltungsverfahrens müssen normativ unterfangen sein.³² Wenn *Eberhard Schmidt-Aßmann* Funktionszuschreibungen als „gespeicherte Erfahrungen zur Funktionseignung bestimmter verfahrensrechtlicher Arrangements“ bezeichnet,³³ geraten die *tatsächlichen* Funktionsleistungen in den Blick. Die Forderung nach der Einbeziehung des Realbereichs ist ebenso verbreitet wie die Klage, die empirische Ermittlung des gelebten Verwaltungsrechts friste ein Schattendasein.³⁴ Die Vehemenz der Klage verhält sich gelegentlich umgekehrt proportional zu der Bereitschaft, verfügbare Wirklichkeitsanalysen³⁵ zur Kenntnis zu nehmen und produktiv zu nutzen.³⁶ So wird etwa die Interpretation der Länderstudien, welche die Abschaf-

³² *Schmidt-Aßmann* FS Menger, 1985, 107; *Held* Grundrechtsbezug (Fn. 13), 29; dies schließt die Berücksichtigung verwaltungs- und sozialwissenschaftlicher Funktionsaussagen nicht aus, *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 199 ff., 208 ff.; *M. Martin* Heilung von Verfahrensfehlern im Verwaltungsverfahren, 2004, 148 ff.

³³ *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 56.

³⁴ Nachdrücklich *Voßkuhle* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2006, § 1 Rn. 29 f.; krit. *ders.* VerwArch 85 (1994) 567 (576) zur methodischen Beliebigkeit rechtswissenschaftlicher Annahmen über den Verwaltungsalltag; differenziert *Ch. Möllers* VerwArch 93 (2002) 22 (40 ff.); zur Notwendigkeit gerade der Ermittlung der Funktionsleistungen des Verwaltungsverfahrens *Schoch* DV 25 (1992) 21 (32 f.). Allerdings liegen durchaus Realbereichserkundungen vor: *W. Hoffmann-Riem/S. Rubbert* Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit, 1984; *D. Oppermann* Die Funktionen des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens (Widerspruchsverfahren) in Baurechtssachen aus rechtlicher und tatsächlicher Sicht, 1997; *B. Remmert* Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, 111 ff.; im weit verstandenen Sinne einer Prozeduralisierung lassen sich die rechtstatsächlichen Untersuchungen zum Verwaltungsvertrag der empirischen Erkundung des Verwaltungsverfahrens zurechnen, dazu *B. Bartscher* Der Verwaltungsvertrag in der Behördenpraxis, 2005; *V. Schlette* Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, 241 ff.

³⁵ Instrument der Rekonstruktion von Ausschnitten des Realbereichs ist auch die Rechtsprechungsanalyse, nachdrücklich *Schoch* in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 177 (203 ff.); *Burgi* JZ 2010, 105 (106); s. a. *Ch. Möllers* VerwArch 93 (2002) 22 (56 ff.); skeptisch wegen der „pathologieorientierten“ Untersuchungsmethode *Voßkuhle* VerwArch 85 (1994) 567 (578).

³⁶ Das rechtswissenschaftliche Desinteresse konstatiert als generelles Phänomen *Ch. Möllers* VerwArch 93 (2002) 22 (42).

fung des Widerspruchsverfahrens³⁷ begleitet haben,³⁸ weitgehend der Verwaltungspraxis überlassen.³⁹

b) Der Verwaltungsauftrag als Maßstab

Gegenständlicher Bezugspunkt für Funktionsaussagen ist der Gestaltungsauftrag der Verwaltung.⁴⁰ Mit der Charakterisierung des Verfah-

³⁷ Gestützt auf die durch das 6. VwGOÄndG vom 1. 11. 1996, BGBl. I, 1626 als Bestandteil der Beschleunigungsgesetzgebung erweiterte Öffnungsklausel des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO; Überblick zu den Länderregeln bei *H. Biermann* DÖV 2008, 395 (396 ff.). Die bevorstehende Abschaffung des Widerspruchsverfahrens (Berufung) in Österreich steht im Zusammenhang mit einem grundlegenden Systemwechsel. Einerseits soll die Fixierung des Rechtsschutzes auf den Verwaltungsakt (Bescheid) überwunden werden. Erst durch die Schaffung der Unabhängigen Verwaltungssenaten der Länder (UVS) auf Grund der B-VG-Novelle von 1988 (BGBl. 1988, 685) wurde ein administrativer, gerichtsähnlicher Rechtsschutz gegen sog. verfahrensfreie Verwaltungsakte (Realakte, Maßnahmen polizeilichen Zwangs) etabliert (Art. 129a und b B-VG, §§ 67c ff. AVG); der VwGH entscheidet aber bislang allein über Verwaltungshandeln in der Rechtsform des Bescheids. Zum anderen soll durch den Aufbau von Verwaltungsgerichten der Länder der VwGH entlastet werden soll, s. Ministerialentwurf 129/ME XXIV.GP; dazu *O. Kulhanek* Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern, Diss. 2009.

³⁸ *Bayerisches Staatsministerium des Innern* Abschlussbericht zur probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens im Regierungsbezirk Mittelfranken, 2007, www.stmi.bayern/service/gesetzentwürfe/detail/16688; *F. Müller-Rommel/H. Meyer/F. Heins* Verwaltungsmodernisierung in Niedersachsen, 2010. Inwieweit die Studien methodischen Anforderungen genügen, bedürfte der Überprüfung: Allein die niedersächsische Untersuchung wurde von externen Wissenschaftlern durchgeführt. Sie beschränkt sich zudem nicht auf eine quantitative Erhebung von Widersprüchen, Dauer des Verfahrens und Erfolgs- und Befriedigungsquoten, sondern bezieht auch qualitative Interviews mit Experten in Verwaltung und Gerichtsbarkeit ein. Die Bürger als unmittelbar Betroffene der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens wurden indes nicht befragt; s. zum Untersuchungsdesign auch *P. Cancik* DV 43 (2010) 467 (480 ff.).

³⁹ Aus der Gerichtsbarkeit *H. Geiger* BayVl. 2008, 161; *R. Hüffer* BayVBl. 2007, 619; *D. Kallerhoff* NWVBl. 2008, 334; *R. Klenke* in: J. Ipsen/J. Oebbecke (Hrsg.) Verwaltungsorganisation in Flächenstaaten, 2008, 139; *H. Meyer* NdsVBl. 2009, 7; *H. van Nieuwland* NdsVBl. 2007, 38; aus der (Ministerial-)Verwaltung *M. Kamp* NWVBl. 2008, 41; *K. Schönenbroicher* NVwZ 2009, 1144; *Ch. Steinbeiß-Winkelmann* NVwZ 2009, 686; *J. Unterreitmeier* BayVBl. 2007, 609. Allerdings finden sich auch Stellungnahmen aus der Wissenschaft, *G. Beaucamp/P. Ringermuth* DVBl. 2008, 426; *Biermann* DÖV 2008, 395; *I. Härtel* VerwArch 98 (2007) 54; *J. F. Lindner* BayVBl. 2005, 65; *S. Vetter* Mediation und Vorverfahren, 2004; *R. Breuer* FS Steiner, 2009, 93; rechtsvergleichend *G. Sydow/S. Neidhardt* Verwaltungsinterner Rechtsschutz, 2007; jüngst ausführlich *Cancik* DV 43 (2010) 467.

⁴⁰ *R. Wahl* Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983) 151 (157); *Schoch* DV 25 (1992) 21 (25); *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 56.

rens als „Verwirklichungsmodus“ des Verwaltungsrechts hat *Rainer Wahl* einprägsam auf die Verfahrensabhängigkeit des öffentlichen Rechts aufmerksam gemacht.⁴¹ Das Verfahren ist konstitutive Bedingung des *Wirksamwerdens* des Verwaltungsrechts und übernimmt damit eine unersetzbare Funktion. Das Verwaltungsrecht drängt indes auch auf *reale Wirksamkeit*.⁴² Der Bewirkungsauftrag des Rechts gebietet eine Verfahrensgestaltung, die das Erreichen der normativen Ziele befördert.⁴³ Dabei ist die aufwandbezogene Effizienz⁴⁴ Bestandteil einer wirksamen Aufgabenerfüllung.⁴⁵ Auch Effizienz kommt eine Verfahrensdimension zu.⁴⁶ Für die Standardverfahren hat das Gesetz die Verfahrenseffizienz dementsprechend zum normativen Grundsatz erhoben (§ 10 S. 2 VwVfG).

⁴¹ *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 153.

⁴² *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 1. Kap. Rn. 32, 2. Kap. Rn. 27 ff.; *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 163 f.

⁴³ *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 85.

⁴⁴ Zum Effizienzbegriff *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 11 (17 f.); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 64; *Pache* Mehrebenenverwaltung (Fn. 28), 115 f.; *H. C. Röhl* DVBl. 2006, 1070 (1071); *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16), 60 f., 66 f.; s.a. schon *J. Pietzcker* Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983) 193 (196).

⁴⁵ Für eine rechtsstaatliche Fundierung maßgeblich im Verhältnismäßigkeitsgebot *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 85; *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16), 68; für ein Verständnis im Sinne eines verfassungsrechtlichen Optimierungsgebots nach Maßgabe einfachgesetzlicher Konkretisierung *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz (Fn. 44), 23 f.; *H. Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, 463 ff.; skeptisch gegenüber der Prägkraft verfassungsrechtlicher Ableitungen *M. Fehling* in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 461 (480 f.); *M. Martini* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, 201 ff., 232; zu den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als allgemeinem Rechtsgebot des Verwaltungshandelns BVerwG NVwZ 2007, 475 (476).

⁴⁶ Zu den Facetten und Zielgrößen von Effizienz *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz (Fn. 44), 28 ff.; *Fehling* in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 477 ff. Wegen des Gebots einer ressourcenschonenden und zügigen Aufgabenerledigung kann dem Verfahren nicht die Rolle zukommen, zur Sicherung von Zukunftsoptionen gleichsam eine Bremsfunktion zu übernehmen. Gegen diese von *B. Schlink* Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990) 235 (259 ff.) dem Verwaltungsrecht zugeschriebene „katechontische“ Bedeutung nachdrücklich *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 1. Kap. Rn. 32. Revisionsoffenheit ist vielmehr durch den Entscheidungskontext, etwa durch Befristungen, zu sichern, *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz (Fn. 44), 33: „Revisionseffizienz“.

3. Funktionen entscheidungsbezogener Verwaltungsverfahren

a) Richtigkeitsgewähr durch Verfahren

Steigt man von der Hochebene des Gesamtauftrags der Verwaltung in die Niederungen konkreter entscheidungsbezogener Verwaltungsverfahren hinab, so geht es um den Beitrag des Verfahrens zur Hervorbringung sachrichtiger Entscheidungen. Der Topos der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens findet im Bezugspunkt der Sachentscheidung sein heftig umkämpftes Terrain. Mit ihm verbindet sich gelegentlich die Annahme einer minderen Bedeutung des Verfahrens für das Ziel einer richtigen Sachentscheidung,⁴⁷ vor allem aber die Abwertung des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht.⁴⁸

Entscheiden der Verwaltung ist zuvörderst an der Rechtmäßigkeit orientiert. Der rechtliche Entscheidungsrahmen⁴⁹ enthält indes vielfach Öffnungen für die Berücksichtigung außerrechtlicher Zwecke wie die Zweckmäßigkeit oder die Wirtschaftlichkeit des Handelns.⁵⁰ Das entscheidungsbezogene Verfahren ermöglicht mit seiner ex ante-Perspektive erst die Konstruktion des entscheidungserheblichen Sachverhalts und ist idealiter entscheidungsoffen.⁵¹ Als Daumenregel gilt, dass die Eigenständigkeit des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr sich umgekehrt proportional zur Dichte der materiellrechtlichen Programmierung verhält, mit abnehmender Steuerung durch das mate-

⁴⁷ Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 9: „Das Verfahren hat ... Hilfsfunktion, keinen Eigenwert“. Hingegen wird im anglo-amerikanischen Rechtsdenken die Bedeutung des Verfahrens als *instrumental rationale* gerade als bedeutsam angesehen, s.a. Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3), 11 f.; in diesem Sinne das Verständnis der dienenden Funktion bei M. Wallerath Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2009, § 11 Rn. 2; J.-P. Schneider GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 1; Hufen Fehler (Fn. 16), Rn. 589.

⁴⁸ Mit diesem begrifflichen Verständnis BVerfGE 105, 48 (60 f.); Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3), 9 f.; Schmidt-Aßmann GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 64; J.-P. Schneider GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 1.

⁴⁹ Die Rechtsbindungen sind keiner Relativierung zugänglich, Fehling in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 476 ff.; Schoch ebd., 543 (559 ff.); Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 65; Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz (Fn. 44), 34 f.; s.a. schon Pietzcker Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 196.

⁵⁰ Zu den Formen der Rezeption und Transmission außerrechtlicher Begriffe Fehling in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 471 ff.; Schoch ebd., 556 ff.; Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 4. Kap. Rn. 49.

⁵¹ Wahl Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 156, 160 f.; Ch. Degenhart DVBl. 1982, 872 (875 f.); Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 50.

rielle Recht also zunimmt.⁵² Aus entscheidungsbezogener Perspektive ist dabei unerheblich, ob die dem Verfahren anvertraute Bedeutung durch die legislative Zuerkennung einer Letztentscheidungsermächtigung geädelt wird. Die für die Konkretisierung offener Rechtsbegriffe entwickelte Formel von der „einzig richtigen Entscheidung“ ist sprachwie entscheidungstheoretisch höchst problematisch,⁵³ ihre Beibehaltung ist Kompetenzfrage.⁵⁴

Eine ex ante-Situation findet das im folgenden exemplarisch betrachtete Widerspruchsverfahren nicht vor.⁵⁵ Der umfassende Kontrollmaßstab ermöglicht aber im Rahmen der Selbstkontrolle⁵⁶ die Herstellung einer entscheidungsorientierten Perspektive.⁵⁷ Eine rechtstatsächliche Untersuchung deutet an, dass die Widerspruchsbehörden diese Perspektive kaum einmal einnehmen.⁵⁸ So wird der Sachverhalt nur selten nachermittelt, und der Kontrollmaßstab der Zweckmäßigkeit spielt praktisch keine Rolle.⁵⁹ Der Blick der Widerspruchsbehörden ist gerichtsorientiert, wenn das Verfahren vor allem zum Nachholen und Ab-

⁵² Vgl. statt aller C. Franzius GVwR I (Fn. 34), § 4 Rn. 50ff.; s. dazu genauer die Ausführungen unter III.

⁵³ Diese Einsicht dürfte nahezu *common sense* sein, Ch. Möllers GVwR I (Fn. 34), § 3 Rn. 23ff., 26; Hufen Fehler (Fn. 16), Rn. 11ff., 588; H. H. Rupp FS Bachof, 1984, 151 (164); Schoch in: Trute/Grob/Röhl/Möllers (Fn. 20), 551; K.-E. Hain FS Starck, 2007, 35 (40ff.); Pitschas Verwaltungsverantwortung (Fn. 16), 106; Hill Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 211; Grimm NVwZ 1985, 865 (871); Pietzcker Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 223f.; Brohm Dogmatik (Fn. 15), 277.

⁵⁴ W.-R. Schenke DÖV 1986, 305 (316); M. Gerhardt in: F. Schoch/E. Schmidt-Abmann/R. Pietzner (Hrsg.) VwGO, vor § 113 (1997) Rn. 24: „Fiktion ... die die Kompetenz der Verwaltungsgerichte definiert“; s. dazu auch IV.4.b).

⁵⁵ Anders die Lage im derzeit noch geltenden österreichischen Verfahrensrecht: Nach § 66 Abs. 4 AVG ist Gegenstand des Berufungsverfahrens nicht der Ausgangsbescheid, sondern die Verwaltungssache, die den Inhalt des Ausgangsbescheids bildet; s.a. Ch. Grabenwarter Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2008, 100, 199.

⁵⁶ Zur Funktionstrias Selbstkontrolle, Rechtsschutz und Entlastung der Verwaltungsgerichte BVerwGE 26, 161 (166); 40, 25 (28f.); 51, 310 (314); zum „Eigenwert“ des Widerspruchsverfahrens nachdrücklich Breuer FS Steiner, 2009, 93 (98ff.).

⁵⁷ Die Selbstkontrolle kann überdies Rückkoppelungseffekte für künftige Verfahren zeitigen und deren Rationalität positiv beeinflussen, M.-E. Geis in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.) VwGO, 3. Aufl. 2010, § 68 Rn. 16.

⁵⁸ D. Oppermann (Fn. 34), 227ff.; zur Schwächung der normativen Wirkungsstruktur der Selbstkontrollfunktion Vetter Mediation (Fn. 39), 100ff. Auch die Heilungsmöglichkeit nach § 45 Abs. 2 VwVfG wirkt einem behördlichen Zwang zum Überdenken entgegen, Steinbeiß-Winkelmann NVwZ 2009, 686 (688); Geis in: Sodan/Ziekow (Fn. 57), § 68 Rn. 21.

⁵⁹ D. Oppermann (Fn. 34), 227ff., allerdings auf schmäler Datengrundlage; so auch die „gefühlte Realität“ bei R. Klenke (Fn. 39), 142.

dichten unzureichender Begründungen der Ausgangsbehörde genutzt wird.⁶⁰ Gleichwohl ist die Erfolgsquote von Widersprüchen beachtlich.⁶¹

b) Rechtswahrung und (Grund-)Rechtsschutz

Der Dualismus von Bewirkungs- und Schutzauftrag des Rechts darf nicht zu der Annahme verleiten, die rechtswahrende Funktion des Verwaltungsverfahrens stehe in einem Spannungsverhältnis zum Bewirkungsauftrag. Der insoweit unteilbare Verwaltungsauftrag schützt die Interessen und Rechte der Beteiligten vielmehr unabhängig von ihrer subjektivrechtlichen Durchsetzbarkeit und unterscheidet sich hierin kategorial von der gerichtlichen Kontrollperspektive.⁶² Der *Mülheim-Kärlich*-Beschluss hat mit der Rede vom „vorgelagerten Rechtsschutz“ den Eigenwert des Verfahrens für die Rechtswahrung deshalb eher verdeckt als offengelegt.⁶³

⁶⁰ D. *Oppermann* (Fn. 34), 253 ff.; *Sydow/Neidhardt* (Fn. 39), 15: An die Stelle der Selbstkontrolle tritt die Selbstverteidigung; *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 598 spricht von „verwaltungspsychologischer Bestandskraft“.

⁶¹ Während D. *Oppermann* (Fn. 34), 260 ff. bei schmaler Datenbasis eine Erfolgsquote von 11 % ermittelte, beträgt diese laut Abschlussbericht (Fn. 38), 124 in Bayern 51 %, wobei ein Großteil der Erfolge im Abhilfeverfahren erzielt wird; deshalb auch deutlich positivere Einschätzung des Widerspruchsverfahrens bei v. *Nieuwland* NdsVBl. 2007, 38 (39); *Steinbeiß-Winkelmann* NVwZ 2009, 686; zur Frage der „disziplinierenden Wirkung“ des Widerspruchsverfahrens s. die Kontroverse zwischen W. *Hoppe* NWVBl. 2008, 384; 2009, 143 und M. *Palmen* NWVBl. 2009, 8; skeptisch zur Aussagekraft von Erfolgsquoten *Cancik* DV 43 (2010) 467 (476 ff.).

⁶² *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 160 ff.; *Degenhart* DVBl. 1982, 872 (875 f.); U. *Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1079); in diesem Sinne auch schon *Kopp* Verfassungsrecht (Fn. 8), 200 ff. In der Verkennung der objektiven Rechtswahrungsfunktion liegt die spezifische Verkürzung der bekannten „je – desto“-Formel von *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 168 f. Für das Widerspruchsverfahren gilt die objektive Rechtswahrungsfunktion nur eingeschränkt. Es ist zwar nicht Element des Rechtsschutzes iSv Art. 19 Abs. 4 GG, sondern stellt in seiner Funktion als Sachurteilsvoraussetzung eine – zulässige – Erschwerung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes dar, BVerfGE 35, 65 (73); 60, 253 (290), 69, 1 (48). Mit dem die Zweckmäßigkeit umfassenden Kontrollmaßstab unterscheidet es sich auch funktional von der gerichtlichen Kontrollperspektive, *Breuer* FS Steiner, 93 (98 ff.). Indes ist es nicht objektives Beanstandungsverfahren, sondern subjektivrechtlich konzipiert.

⁶³ BVerfGE 53, 30 (60); krit. *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 161; *Degenhart* DVBl. 1982, 872 (876); *Schoch* DV 25 (1992) 21 (27). In der Sache dürfte es aber dem Gericht um Vorwirkungen aus Art. 19 Abs. 4 GG gegangen sein. Für diese Sichtweise spricht die Formulierung in BVerfGE 53, 30 (66, 79), grundrechtsgeboten sei die verfahrensrechtliche Beteiligung klagebefugter Dritter; zu Vorwirkungen aus Art. 19 Abs. 4 GG BVerfGE 61, 82 (110); *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003) Rn. 24 ff., 248 ff.; zu Benachrichtigungspflichten bei heimlichen Informationserhebungen BVerfGE 100, 313 (364); 109, 279 (364); 120, 351 (359); zu Infor-

Bekanntermaßen hat das Gericht die Anforderungen an die Verfahrensgestaltung mit den *materiellen* Grundrechten verknüpft.⁶⁴ Die Begeisterung für die Grundrechtsdimension des Verfahrens ist der Ernüchterung gewichen. Den Grundrechten lassen sich konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung des Verfahrens nur selten entnehmen.⁶⁵ Hinzu kommt, dass die Schutzgüter der Grundrechte nicht nur durch Verfahren, sondern auch durch das materielle Recht zu sichern sind. Der Steuerungsmix von verfahrens- und materiellrechtlichen Regelungen ist eine legislative Gestaltungsaufgabe.⁶⁶ Wird in mehrpoligen Grundrechtslagen auf verfahrensrechtliche Arrangements gesetzt,⁶⁷ geht es um Probleme, deren Crux *James Landis* benannt hat: „One man’s delay is another man’s due process“.⁶⁸

mationspflichten vor Zuteilungsentscheidungen BVerfG NJW 1990, 501; BKartA NJW 2000, 151 (153); zu rechtsschutzsichernden Vorkehrungen im Asylverfahren BVerfGE 94, 166 (206f.).

⁶⁴ Grundrechtsschutz durch Verfahren erfasst die Grundrechte in allen Schutzfunktionen, frühzeitig *Hesse* EuGRZ 1978, 427 (436); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 233 ff.; BVerfGE 33, 303 (341, 345f.); 94, 166 (200ff.); 111, 333 (353) – Teilhabe- und Leistungsfunktion; BVerfGE 53, 30 (57f., 65); 88, 203 (286ff.) – Schutzpflichten; BVerfGE 52, 391 (407f.); 63, 131 (143); 65, 1 (44, 48f., 58); 69, 315 (355f.); 73, 280 (294ff.); 83, 130 (152); 84, 34 (45f.); 111, 191 (217f.) – Eingriffsabwehr; zur Notwendigkeit eines Abhilfeverfahrens bei dienstlichen Beurteilungen BVerwG NVwZ 2009, 1314; dazu *U. Repkewitz/S. Waibel* NVwZ 2010, 813.

⁶⁵ Für eine rechtsstaatliche Begründung normativer Verfahrensanforderungen *Degenhart* DVBl. 1982, 872 (877); *Ule* VerwArch 76 (1985) 129 (141ff.); *Laubinger* VerwArch 73 (1982) 60 (83f.); *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 39; weiterführend *M. Cornils* Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 443 ff.; zu den Konsequenzen der grundrechtlichen Hochzonung für die fehlerhafte Anwendung des Verfahrensrechts s. unten IV.1.

⁶⁶ BVerfGE 56, 216 (236); 60, 253 (295); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 240 ff.; *Pietzcker* Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 208 f.; mit Blick auf gesetzgeberische Schutzpflichten *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 168; *Grimm* NJW 1985, 865 (867). *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 38 weist zudem auf die Unsicherheit der Wirksamkeitsbeurteilung verfahrensrechtlicher Regelungen hin. BVerfGE 111, 191 (217f.) will eine verringerte Dichte des materiellen Steuerungsprogramms bei entsprechenden organisatorischen und prozeduralen Vorkehrungen gestatten. In einer prozeduralen Steuerungsperspektive würde die Wesentlichkeitstheorie ggf. die Normierung prozeduraler Arrangements erfordern, in diese Richtung *K. Lange* VerwArch 82 (1991) 1 (12f.); *K.-H. Ladeur/T. Gostomzyk* DV 36 (2003) 141 (160ff.); *Hoffmann-Riem* AöR 130 (2005) 5 (45 ff.); für polizeiliche Konzeptpflichten MVVerfGH LKV 2000, 149.

⁶⁷ Dazu *Schmidt-Preuß* Kollidierende Privatinteressen, 1992, 495 ff.; *ders.* NVwZ 2005, 489 (490ff.).

⁶⁸ *J. Landis* Address before the Administrative Law Section, 7. August 1961, zitiert nach *M. J. Horwitz* The Transformation of American Law 1870–1960, 1992, 244. Wis-

c) *Demokratische Funktionen:*
Legitimation – Partizipation – Transparenz

Dem Verfahren kommen überdies unterstützende Funktionen für die sachlich-inhaltliche Legitimation offen programmierter Entscheidungen zu.⁶⁹ Zudem verwirklichen sich demokratische Funktionen des Verwaltungsverfahrens in einer partizipativen Verfahrensgestaltung, die selbstbestimmte Mitwirkung an der Gemeinwohlkonkretisierung ermöglicht.⁷⁰ Ausgebaute Beteiligungsstrukturen finden sich vornehmlich in Verfahren, in denen multipolare Interessen zu verarbeiten sind. Zum Anlagengenehmigungs- und Planungsrecht⁷¹ treten in jüngerer Zeit zB die finalprogrammierten Verfahren der Netzregulierung hinzu.⁷²

senschaftliche Redlichkeit gebietet den Hinweis, dass *Landis* hier nicht die regulativen Schwierigkeiten eines Interessenausgleichs ansprach, sondern sich als ernüchterter Reformers des amerikanischen Verwaltungsrechts äußerte, der seine Vorstellungen einer fähigen Expertenbürokratie durch die reale Praxis von *agency capture* und Ineffizienz desavouiert sah; lesenwert zum durch den *New Deal* inspirierten verfahrensrechtlichen Diskurs und zu seinen Protagonisten *M. J. Horwitz* ebd., 213 ff.; zur deutschen Sicht des Konflikts zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 171 ff.; *Pietzcker* Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 221 ff.; *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (469 ff.); *Degenhart* DVBl. 1982, 872 (881 ff.); *R. Steinberg* DÖV 1982, 619 (620 ff.).

⁶⁹ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 111; weitergehend *Trute* GVwR I (Fn. 34), § 6 Rn. 48.

⁷⁰ Betroffenengemeinschaften sind indes keine Legitimationsquelle für staatliche Entscheidungen, BVerfGE 83, 37 (50 f.); 83, 60 (75); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 81; *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (466); aA *A. Fisahn* Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, 308 ff., 335 ff.; *Martin* Heilung (Fn. 32), 202 ff.; zur ergänzenden autonomen Legitimation der Träger funktionaler Selbstverwaltung BVerfGE 107, 59 (91 ff.); 111, 191 (216); *Trute* GVwR I (Fn. 34), § 6 Rn. 20, 54; *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991) 329 (383 f.). Zuvörderst wird mit der Beteiligung am Verwaltungsverfahren der Subjektstellung des Menschen Rechnung getragen, *Kopp* Verfassungsrecht (Fn. 8), 16 ff.; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 200; *Schmidt-Aßmann* Jura 1979, 505 (507).

⁷¹ § 10 Abs. 3, 6 und 10 BImSchG iVm 9. BImSchV; § 10 ROG; §§ 3, 4a BauGB; § 73 VwVfG. Das Unionsrecht verstärkt diesen Trend, insb. durch das Instrument der Umweltverträglichkeitsprüfung, §§ 2 Abs. 6, 9 UVPG; die Informationspflichten der Behörde nach § 9 UVPG wurde in Umsetzung der RL 2003/35/EG mit dem Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz v. 9. 12. 2006, BGBl. I, 2819, noch erweitert.

⁷² Die telekommunikationsrechtlichen Marktregulierungsverfahren sind offen für die Beteiligung „interessierter Parteien“, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 TKG; der Begriff der interessierten Partei und die weitere Verfahrensgestaltung bestimmen sich jedenfalls im Verfahren der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen nach §§ 134, 135 TKG, BVerwGE 131, 41 (58 f.); BVerwG NVwZ 2009, 653 (655); *Gurlit* in: F. J. Säcker (Hrsg.) Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 12 Rn. 9 ff. Auch das Medienrecht kennt Öffnungen. So besteht nach § 11 f Abs. 5 RundfStV ein Jede-Person-Stel-

Verfahrens- und Ergebnistransparenz leisten nicht nur Beiträge zur Richtigkeit der Entscheidung und zur Rechtswahrung der Beteiligten, sondern sind ebenfalls Ausfluss der demokratischen Funktion des Verwaltungsverfahrens.⁷³ Auch das Grundrecht der Informationsfreiheit gewährt einen Anspruch auf Verwaltungsinformation, soweit Informationsfreiheitsgesetze das behördliche Wissen zur allgemein zugänglichen Informationsquelle bestimmt haben.⁷⁴ Verfahrens unabhängige Informationsrechte verbessern *im* Verfahren die Partizipationschancen, da sie weitere Informationsbestände erschließen.⁷⁵ Vor allem aber ermöglichen sie eine informatorische Gleichstellung der vom Verfahren Ausgeschlossenen. Dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unter der Last zahlreicher Informationsanträge nach dem IFG ächzt,⁷⁶ erklärt sich auch aus der partizipationsfeindlichen Verfahrensstruktur des Finanzmarktaufsichtsrechts.⁷⁷ Hier zeigt sich

lungnahmerecht im Drei-Stufen-Test-Verfahren zur Beurteilung der Zugehörigkeit von online-Angeboten zum Telemedienauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, dazu *D. Dörr* ZUM 2009, 897; *P. M. Huber* ZUM 2010, 201.

⁷³ Im Verwaltungsverbund steht die Transparenz überdies im Dienste der Verfahrens- und Verantwortungsklarheit, *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16), 72 f.; *Pache* Mehrebenenverwaltung (Fn. 28), 106 (141 f.); *Röhl* DVBl. 2006, 1070 (1073).

⁷⁴ BVerfGE 103, 44 (61); die grundrechtsdogmatisch verfehlte Schutzbereichsbestimmung (*H. Bethge* in: Sachs [Hrsg.] GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 56a; *Gurlit* DVBl. 2003, 1119 [1121]) hat wegen der gesetzgeberischen Aktivität grundrechtlich erfreuliche Konsequenzen: zu Behördenakten als allgemein zugängliche Informationsquellen iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG *Schoch* IFG-Kommentar, 2009, Einleitung Rn. 153.

⁷⁵ Instruktiv *HessVGH NVwZ* 2006, 1081 (1082); *NVwZ* 2006, 951 (952); *OVG NRW NWVBl.* 2008, 32 (33): Informationszugang wird prozessual nach § 123 VwGO gewährt, wenn die Daten für ein noch laufendes Planfeststellungsverfahren benötigt werden.

⁷⁶ Daten bei *Gurlit* WM 2009, 773 (774 mit Fn. 16); instruktiv die Schilderung in *HessVGH NVwZ* 2010, 1036 (1041); Streitigkeiten um Informationsansprüche gegenüber der BaFin haben eine beträchtliche Rechtsprechungskarriere gemacht, s. nur *VG Frankfurt NVwZ* 2008, 1384; Urt.v. 23. 1. 2008 – 7 E 1487/07 (juris); *ZIP* 2008, 2138; *NVwZ* 2009, 1182; *BeckRS* 2009, 33521; *BeckRS* 2009, 33680; *HessVGH NVwZ* 2009, 60; *NVwZ* 2010, 1036; *BeckRS* 2010, 48167. Der nachträgliche Versuch, die Finanzmarktaufsicht durch eine Bereichsausnahme aus dem Anwendungsbereich des IFG gänzlich herauszunehmen (BR-Drs. 827/08 v. 19. 12. 2008), ist gescheitert, *BT-Drs.* 16/12487, S. 5; dazu *U. Tolkmitt/T. Schomerus NVwZ* 2009, 568.

⁷⁷ Zu diesem Zusammenhang *Gurlit* WM 2009, 773 (780): Die fiskalisch motivierte Ausrichtung des Aufsichtsrecht allein auf die Wahrung öffentlicher Interessen (§ 4 Abs. 4 FinDAG) lässt nicht nur Amtshaftungsansprüche von geschädigten Anlegern scheitern, sondern verhindert auch ihre Beteiligung an den aufsichtsrechtlichen Verfahren.

nachdrücklich, wie das europarechtlich inspirierte⁷⁸ Modell einer informierten und kontrollwilligen Öffentlichkeit die enge individualrechtliche Zentrierung des Verwaltungsverfahrensrechts aufsprengt.⁷⁹ Die Einbeziehung der Informationszugangsrechte in den Regelungszusammenhang öffnet zugleich den Blick auf ein größeres Akteursnetz – eine *light version* des Governance-Konzepts.⁸⁰

d) *Entscheidungsakzeptanz durch Verfahren*

Wenn dem Verwaltungsverfahren schließlich die Funktion der Akzeptanzbeschaffung zugeschrieben wird, verbindet sich hiermit die Hoffnung auf die Bereitschaft zur Hinnahme des Entscheidungsergebnisses.⁸¹ Akzeptanz darf nicht gegen die Rechtsbindung der Verwaltung ausgespielt werden,⁸² kann jedoch im Rahmen von Ermessensspielräumen Berücksichtigung finden.⁸³ Als Instrumente der Akzeptanz-

⁷⁸ Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes ist unionsrechtlich nicht gefordert, steht aber nach seiner Zielrichtung in der Tradition des europäischen Modells, s. BT-Drs. 15/4493, 6.

⁷⁹ Die Informationsbegehren betreffen allerdings nur teilweise das Verhalten der BaFin, so etwa VG Frankfurt BeckRS 2009, 33680. Sie dienen vielfach zuvörderst der Ermittlung von Schadensersatzansprüchen gegen Finanzinstitute und Finanzdienstleister, s. die Konstellation in HessVGH NVwZ 2010, 1036; zu Zwecken und subjektiven Motivlagen der Geltendmachung von Informationszugangsansprüchen *Schoch* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. III, 2009, § 50 Rn. 162 ff.

⁸⁰ Zu einem institutionellen Arrangement haben sich Betroffenenpartizipation und allgemeines Informationszugangsrecht wohl noch nicht entwickelt; zum Schlüsselbegriff der Regelungsstrukturen *H.-H. Trute/W. Denkhauß/D. Kühlers* DV 37 (2004) 451 (457 ff.); *Franzius* VerwArch 97 (2006) 186; *Schuppert* DV 40 (2007) 463 (483 ff.); jüngst *L. Holtkamp* DV 43 (2010) 167 mit anwendungsorientiertem Fokus auf die Verwaltungsreform; zur Informationsfreiheit als prozedurales Konzept *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 96, 222 ff.; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 51, 73 ff.

⁸¹ Akzeptanzbegriff nach *N. Luhmann* Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, 33. Akzeptanz rechnet zu den Entscheidungsfolgen (*outcome*); zur steuerungstheoretischen Ausdifferenzierung *Franzius* GVwR I (Fn. 34), § 4 Rn. 67 ff.

⁸² Nachdrücklich *Schoch* DV 25 (1992) 21 (31 f.); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 105.

⁸³ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 105; *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16), 81; noch weitergehend *T. Würtenberger* NJW 1991, 257 (260 f.): Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens; skeptisch *Schoch* DV 25 (1992) 21 (32). *Luhmann* Legitimation (Fn. 81), 204 ff. verneinte, ausgehend von einem engen Bild der vollziehenden Verwaltung, die Akzeptanzfunktion von Verwaltungsverfahren. – Die häufig synonyme Verwendung von Legitimation und Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen (*Luhmann* Legitimation [Fn. 81], 28, 33; *Martin* Heilung [Fn. 32], 202 ff.) überspielt, dass das demokratische Prinzip nicht die tatsächliche Ab-

beschaffung gelten Transparenz und Partizipationsangebote, seit geraumer Zeit auch der Gebrauch von Mediationsverfahren.⁸⁴ Ihr symbolischer Einsatz kann sich zum weiterfressenden Schaden entwickeln. So hat der Umgang der hessischen Landesregierung mit dem Mediationsergebnis zur Erweiterung des Frankfurter Flughafens das Vertrauen in die Verwaltung als verlässlichen Verhandlungspartner nachhaltig erschüttert.⁸⁵

Wie ist es um die akzeptanzschaffende Wirkung des Widerspruchsverfahrens bestellt?⁸⁶ Die signifikant gestiegenen Eingangszahlen der Verwaltungsgerichte nach Abschaffung des Widerspruchsverfahrens verdeutlichen, dass die Befriedungsfunktion zuvor wirksam erfüllt wurde.⁸⁷ Die Konsequenzen des Wegfalls des Widerspruchsverfahrens werden in einigen Ländern klammheimlich begrüßt, gelten doch die Verwaltungsgerichte als kapazitätsmäßig unterversorgt.⁸⁸ Vornehmlich Niedersachsen hat sich hingegen dem Ziel verschrieben, die Akzeptanz des nunmehr nur noch einstufigen Verwaltungsverfahrens zu verbes-

nahmebereitschaft der Entscheidungsbetroffenen oder gar einen realen Konsens verlangt, *Schoch* DV 25 (1992) 21 (32); *P. Kunig* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, 1990, 43 (63); *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991) 329 (375 ff.); zur Berücksichtigung von Akzeptanz bei der kommunalen Neugliederung BVerfGE 86, 90 (111).

⁸⁴ Zur Mediation im Verwaltungsverfahren *Pitschas* NVwZ 2004, 396; zur gerichtsnahen Mediation *J. v. Barga* DV 43 (2010) 405.

⁸⁵ Im Fall der Erweiterung des Frankfurter Flughafens wurde das von einer Mediationsgruppe im Jahr 2000 ausgehandelte Ergebnis – Ausbau bei gleichzeitigem Nachtflugverbot – freudig begrüßt. Es war Geschäftsgrundlage im anschließenden Regionalen Dialogforum, wurde aber durch den Planfeststellungsbeschluss vollkommen obstruiert, der eine Erhöhung der Anzahl der Nachtflüge vorsieht.

⁸⁶ Die Befriedungsquoten gelten vor allem als Ausweis für das Gelingen der Entlastungsfunktion des Widerspruchsverfahrens für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Teilweise wird dem Widerspruchsverfahren eine eigenständige Befriedungsfunktion zugesprochen, *Rüssel* NVwZ 2006, 523 (524); in diesem Sinne auch *Breuer* FS Steiner, 93 (98 ff.).

⁸⁷ Beim Modellversuch im Regierungsbezirk Mittelfranken stiegen die Klageeingänge beim VG Ansbach im ersten Jahr nach der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens um 132 %, im zweiten Jahr um 118 %, bezogen auf eine frühere Anfechtungsquote von 25 % der Widerspruchsbescheide. Eine Steigerung um 2940 % (!) ergab sich im Kommunalabgabenrecht, s. Abschlussbericht (Fn. 38), 12, 123 ff. In Niedersachsen stiegen die abschaffungsbedingten Eingangszahlen der Gerichte um ca. 150 % an und stabilisierten sich dann auf hohem Niveau, dazu *Müller-Rommel/Meyer/Heins* (Fn. 38), 93 ff., 195 ff.

⁸⁸ Ursächlich sind die Reduzierung der Asylverfahren und die umfängliche Zuständigkeitsverlagerung auf die Sozialgerichtsbarkeit; zum Zusammenhang mit der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens *Steinbeiß-Winkelmann* NVwZ 2009, 686 (688); s.a. *Klenke* (Fn. 39), 145 f.

sern.⁸⁹ So sollen bürgerfreundliche Erklärungs- und Diskussionsangebote in ablehnenden Bescheiden die Adressaten vom Beschreiten des Rechtswegs abhalten, was schon deshalb gelingen könnte, weil die arglose Inanspruchnahme dieser Angebote nicht den Lauf der Klagefristen hemmt.⁹⁰

III. Verwaltungsverfahren und Sachentscheidung

Aus dem ausgefächerten Funktionsspektrum ist die Bedeutung des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr die Schlüsselfrage der gegenwärtigen Verfahrensdiskussion. Die Modi der Koppelung von Verwaltungsverfahren und Sachentscheidung sind Gegenstand meiner folgenden Überlegungen.

1. Entscheidungsorientierung von Verwaltungsverfahren

Dem Verfahrensbegriff des VwVfG ist der Entscheidungsbezug eingeschrieben. Unerheblich ist, ob tatsächlich eine Sachentscheidung ergeht. Ein Eigenwert kann dem Verfahren gerade dann zukommen, wenn schon seine Einleitung den Zweck des materiellen Rechts verwirklicht. Derartige Formen der Erledigung kennzeichnen in weitem Umfang die Aufsichtstätigkeit der BaFin. So kommen die Finanzinsti-

⁸⁹ Mit diesem Ziel wurde in Niedersachsen schon die Abschaffung des Vorverfahrens verbunden, LT-Drs. 15/1121, 15; *Müller-Rommel/Meyer/Heins* (Fn. 38), 158 ff., 234 ff.; *Harald Meyer* NdsVBl. 2009, 7. Hingegen wurden Vorschläge, das Widerspruchsverfahren um Mediationselemente anzureichern, nicht aufgegriffen; dazu *R. Maaß* VerwArch 88 (1997) 701; *D. Oppermann* DV 30 (1997) 517 (538 ff.); *Vetter* Mediation (Fn. 39), 185 ff.; *S. Schiedermaier* GVwR III (Fn. 79), § 48 Rn. 34 f. *Härtel* VerwArch 98 (2007) 54 (70 ff.) sieht in einem *beauty contest* das in Rheinland-Pfalz und im Saarland weisungsfreien Ausschüssen anvertraute Widerspruchsverfahren vorn (73 ff.). Mecklenburg-Vorpommern und Bayern haben nunmehr ein fakultatIVES Vorverfahren eingeführt; zust. *Biermann* DÖV 2008, 395 (403); krit. *Dolde/Porsch* VBIBW 2008, 428 (431 f.); zur Zulässigkeit eines Optionsmodells BayVerfGH NVwZ 2009, 716.

⁹⁰ Der Hinweis auf den ungehemmten Lauf der Klagefrist wird nicht immer beigelegt. Häufig wird hingegen bewusst auf Rechtsbehelfsbelehrungen verzichtet, um Zeit für ein dialogisches Gespräch mit dem Bürger mit dem Ziel außergerichtlicher Einigung zu gewinnen. Praktiziert wird zudem die bedingte Zusicherung von Zweitbescheiden, dazu *Müller-Rommel/Meyer/Heins* (Fn. 38), 175 ff., 236 f.; *Kamp* NWVBl. 2008, 41 (48); *Kallerhoff* NWVBl. 2008, 334 (340); krit. *van Nieuwland* NdsVBl. 2007, 38 (40); *Cancik* DV 43 (2010) 467 (484 ff.) insbesondere auch zu den rechtsstaatlichen Kosten einer Informalisierung des Beschwerdemanagements.

tute zumeist spätestens nach einer Anhörung dem behördlichen Verlangen nach Abberufung unzuverlässiger Geschäftsleiter oder Aufsichtsorgane nach und vermeiden dadurch einen Reputationsschaden.⁹¹

Das handlungsformzentrierte VwVfG beschreibt das entscheidungsorientierte Verwaltungsverfahren nicht abschließend. Entschieden wird ebenso bei der administrativen Normsetzung, wie auch schlichtes Verwaltungshandeln ein durch Verfahren vorbereitetes Entscheiden voraussetzt.⁹² Man wird zu einem konzeptionellen Begriff des Verwaltungsverfahrens auch die inneren Verfahren der Verwaltung rechnen, die – wie zB Haushaltsverfahren oder das Neue Steuerungsmodell – nicht entscheidungsorientiert sind, sondern allein der Herstellung administrativer Rationalität dienen.⁹³ Ausgangspunkt meiner Überlegungen sind allerdings einzelfallbezogene Verfahren, die sich nach ihrem konkreten⁹⁴ Aufgabenbezug systematisieren lassen.⁹⁵

⁹¹ § 36 KWG; die Jahresberichte der BaFin weisen für das Jahr 2008 nur drei Aufsichtsmaßnahmen gegen Geschäftsleiter aus und zehn für das Jahr 2009. Die Anzahl eingeleiteter Verfahren, die durch „voraussetzenden Gehorsam“ erledigt werden, liegt weit höher.

⁹² So auch schon *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 122; s. a. *J.-P. Schneider* GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 2; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 1, 49f.; *Remmert* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 36 Rn. 1 differenziert das schlichte Verwaltungshandeln in Tathandeln und Verwaltungsentscheidungen ohne Regelungscharakter. Zu letzteren zählt insbesondere das Informationshandeln; modifizierend hinsichtlich der Tathandlungen *Pitschas* Verwaltungsverantwortung (Fn. 16), 320f.: Handlungen findet ihre Identität im Ablauf, Entscheidungen in der Alternativenwahl. *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 53 ordnet die reale Leistungsbewirkung den sog. anlassunabhängigen, nicht entscheidungsorientierten Verwaltungsverfahren zu.

⁹³ *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 51ff., 61f.; dies fortentwickelnd *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 92ff., 248ff. iS eines weiten Prozeduralisierungsbegriffs; aA *M. Sachs* GVwR II (Fn. 6), § 31 Rn. 17; *J.-P. Schneider* GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 2; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 195, 210ff.

⁹⁴ Ansatz auf einer mittleren Abstraktionsebene bei *J.-P. Schneider* GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 161ff.: Ordnungsverfahren, Gestaltungsverfahren, Verfahren der mehrstufigen Leistungsverwaltung, Vertragsverfahren.

⁹⁵ Zum Aufgabenbezug als Schlüsselkategorie *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 172; *Voßkuhle* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 277 (285f.); *J.-P. Schneider* GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 158ff. Eine Typologisierung könnte auch Entscheidungen zum Bezugspunkt nehmen. Eine Anknüpfung an Entscheidungstypen – einseitig/konsensual, gebunden/administrative Ermächtigungen, Anzahl der Adressaten – ermöglicht allerdings nur relativ abstrakte Tendenzaussagen. So gilt etwa der Vertrag als Regelmodell prozeduraler Richtigkeitsgewähr. Im Verwaltungsrecht sind aber die Spielräume verfahrensmäßiger Konkretisierung von Rechten und Pflichten wiederum von den Zwecken des Aufgabenprogramms abhängig: Die Gesetzesbindung der Verwaltung (§ 54 S. 1 VwVfG) schließt erweiterte Rechtmäßigkeitsspielräume nicht aus, sofern nach dem Aufgabenzweck die

2. Exemplarische⁹⁶ Verfahrenstypen

a) Schlichtes Handeln: Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge

Die polizeiliche Gefahrenabwehr ist häufig durch Ad hoc-Handeln gekennzeichnet, bei dem wegen des Gebots rechtzeitigen Einschreitens verfahrensrechtliche Anforderungen wie eine vorherige Anhörung ggf. entbehrlich sind (§ 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG).⁹⁷ Als Kompensation für die rechtswahrende Funktion von Verwaltungsverfahren stehen Eingriffe zwar vielfach unter Richtervorbehalt;⁹⁸ dieser leistet aber nur einen beschränkten Beitrag zur Entscheidungs rationalität.⁹⁹ Für informatorische Eingriffe von Polizei- und Sicherheitsbehörden hat das BVerfG die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit bereichsspezifischer Eingriffsermächtigungen hochgeschraubt.¹⁰⁰ Es setzt damit eindeutig auf eine materiellrechtliche Steuerung.

Der Wandel des Polizeirechts vom Gefahrenabwehrrecht zu einem Gefahrenvorsorge- oder Risikorecht¹⁰¹ hat indes prozedurale Instru-

fachgesetzlichen Normen ihren Steuerungsanspruch auf einseitiges Handeln beschränken, dazu *Gurlit* Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, 333 ff.

⁹⁶ Auch innerhalb der Verfahrenstypen schöpft mein Beitrag die Palette nicht aus; zu den hier nicht näher untersuchten Qualitätssicherungsverfahren *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 309 ff.; monographisch *F. Reimer* Qualitätssicherung, 2010; zu den Verfahren im europäischen Verwaltungsverbund *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 48 ff.; monographisch *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 28); *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16).

⁹⁷ So die Modellrekonstruktion bei *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 287.

⁹⁸ BVerfGE 103, 142 (152); 107, 299 (325); 109, 279 (359); 120, 274 (331).

⁹⁹ Dazu illustrativ *O. Backes/Ch. Gusy* Wer kontrolliert die Telefonüberwachung?, 2003.

¹⁰⁰ BVerfGE 110, 33 (57); 113, 348 (375 ff.); 115, 320 (365); 118, 168 (187); 120, 274 (315 ff.); 120, 351 (366 f.); 120, 378 (407 f.). Auch die Vorgaben zur Wahrung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung wurden so formuliert, dass sie weniger auf eine ex ante-Steuerung des behördlichen Handelns, sondern eher auf eine Vermeidung negativer Konsequenzen für den Betroffenen zielen, s. BVerfGE 120, 274 (338): Die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten muss nur insoweit unterbleiben, wie dies informations- und ermittlungstechnisch möglich ist. Sodann besteht das Gebot des Abbruchs der Überwachung, der Datenvernichtung und ein Verwertungsverbot; zur Konstruktion als nacheilender Schutz *M. Eifert* NVwZ 2008, 521 (522 f.); *U. Volkmann* DVBl. 2008, 590 (593); *Gurlit* NJW 2010, 1035 (1039); weiterführend *R. Poscher* JZ 2009, 269 (274 ff.).

¹⁰¹ Dazu *M. Albers* Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und Strafverfolgungsvorsorge, 2001; *Schoch* Der Staat 43 (2004) 347 (350 ff.); *M. Möstl* DVBl. 2007, 581; *Volkmann* NVwZ 2009, 216; *Trute* DV 42 (2009) 85.

mente in den Blick gerückt.¹⁰² Ereignis- und verdachtslose Maßnahmen wie die Schleierfahndung oder die Videoüberwachung des öffentlichen Raums bedürfen der Entwicklung polizeilicher *Konzepte* in Form statistisch belastbarer und dokumentierter Lagebeurteilungen.¹⁰³ Maßgeblich hierfür ist nicht etwa die Unbestimmtheit der Eingriffsvoraussetzungen,¹⁰⁴ sondern die Entgrenzung ihres Anwendungsbereichs: Jede Person kann zur Adressatin derartiger Maßnahmen werden. Die inneradministrative Konkretisierung zielt auf eine *Beschränkung* von Kontrollen, indem sie Verdachtsanlässe identifiziert und typisiert.¹⁰⁵ Die polizeilichen Konzepte sind weniger Medium sachrichtiger Entscheidungen, sondern Ausdruck rechtsstaatlichen Unbehagens an der den Gesetzen zugrunde liegenden Sicherheitsphilosophie.¹⁰⁶ Das BVerfG teilt offenbar diese Bedenken und führt sie mit der Anhebung der polizeilichen Eingriffsschwellen einer materiellrechtlichen Problemlösungsebene zu.¹⁰⁷ Das ist auch gut so. Die Grenzen der Entfesselung eines proaktiven, allgegenwärtigen Staates dürfen nicht in den Arenen exekutiver Konzeptbildung bestimmt werden.¹⁰⁸

¹⁰² In Anknüpfung an Entwicklungen im Umweltrecht, BVerwGE 69, 37 (44f.): Konzepte zur Durchführung des Vorsorgegebots nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG durch administrative Normsetzung; *Ossenbühl* NVwZ 1986, 161 (169); *Trute* Vorsorgestrukturen und Luftreinhaltepläne, 1989, 72ff.

¹⁰³ MVVerfGH LKV 2000, 149 (156); BayVerfGH NVwZ 2003, 1375 (1377) – Schleierfahndung; VGH BW NVwZ 2004, 498 (504ff.) – Videoüberwachung; tendenziell wohl auch BVerfGE 120, 378 (431) – Kfz-Kennzeichenerfassung.

¹⁰⁴ Insoweit hält das BVerfG an dem Grundsatz fest, dass unbestimmte Normen nicht durch Verfahrensgarantien Bestimmtheit erhalten, BVerfGE 110, 33 (68).

¹⁰⁵ Mustergültig vorgeführt in VGH BW NVwZ 2004, 498 (504ff.).

¹⁰⁶ Wohl auch *Ch. Möllers* NVwZ 2000, 383; dementsprechend thematisieren MVVerfGH LKV 2000, 149 (153ff.); VGH BW NVwZ 2004, 498 (502ff.); BayVerfGH NVwZ 2003, 1375 (1377); NVwZ 2006, 1284 (1286) die Konzeptpflichten als Frage der rechtsstaatlichen oder grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit i.e.S.

¹⁰⁷ BVerfGE 115, 320 (360ff.) – Rasterfahndung; BVerfGE 120, 378 (428f.) – Kfz-Kennzeichenerfassung; BVerfGE 120, 274 (330f.) – Online-Durchsuchung; BVerfG NJW 2010, 833 Rn. 232ff.: Der Zugriff der Nachrichtendienste auf „vorsorglich anlasslos“ gespeicherte Telekommunikationsdaten ist an das Gebot der Abwehr konkreter Gefahren zu knüpfen.

¹⁰⁸ Hier befinde ich mich auf Kollisionskurs zu den zahlreicher werdenden Kritikern der materiellrechtlich orientierten Judikatur des BVerfG, s. *Volkmann* NVwZ 2009 (222): Die Rechtsprechung des BVerfG erwecke den Eindruck, „als stünde sie der gesamten Entwicklung verständnis-, wenn nicht sprachlos gegenüber“; s.a. *Ladeur* DÖV 2009, 45 (53ff.); zum besonders unter Beschuss geratenen Urteil zur Rasterfahndung *Volkmann* JZ 2006, 918 (919f.); *ders.* Jura 2007, 132 (136); *W. Frenz* NVwZ 2007, 631 (634); Sondervotum von *Haas*, BVerfGE 115, 320 (371, 376ff.); für eine legislativ-materiellrechtliche Steuerung wohl *Trute* DV 42 (2009) 85 (96ff.); für einen kombinatorischen Zugriff *Schoch* DV 43 (2004) 347 (366ff.).

Im Ergebnis halte ich die auf Kompensation zielenden Konzepte für ungeeignet, den materiellen und hochpolitischen Konflikt um die Grenzen des Gefahrenvorsorgestaates zu entschärfen, geschweige denn zu lösen. Konzepte können allerdings in traditionellen Feldern der Gefahrenabwehr durchaus nützlich sein. So leiten sie eine gleichheitsgemäße Ermessensausübung, wenn die Bauaufsichtsbehörde über den Abriss ganzer Siedlungen von Schwarzbauten zu entscheiden hat,¹⁰⁹ und leisten damit einen transparenten und nachprüfbaren Beitrag zur Richtigkeitsgewähr.

b) Wissenserzeugung: Zulassung von Stoffen und Produkten

Zulassungsverfahren im Produkt- und Stoffrecht werden verbreitet als Risikoverfahren¹¹⁰ und im Sinne einer typologischen Einordnung als wissensgenerierende Verfahren¹¹¹ bezeichnet. Ihr Merkmal ist die Anknüpfung des Zulassungstatbestands an offene Rechtsbegriffe, die sich nicht unter Rückgriff auf Auslegungsroutinen und Erfahrungswissen operationalisieren lassen, sondern mit einem hohen Maß an kognitiver Unsicherheit rechnen müssen.¹¹² So setzt die Zulassung eines Pflanzenschutzmittels u.a. voraus, dass das Mittel „keine sonstigen nicht vertretbaren Auswirkungen, insbesondere auf den Naturhaushalt sowie auf den Hormonhaushalt von Mensch und Tier hat“ (§ 15 Abs. 1 Nr. 3 lit. e PflSchG). Diese und ähnlich offene Normen etwa des GenTG oder AMG¹¹³ fordern Wissen, das anlässlich einer Entscheidung erst erzeugt werden muss.

Bei fehlender Verfügbarkeit des Wissens hilft der Amtsermittlungsgrundsatz nicht weiter.¹¹⁴ Erforderlich sind vielmehr kooperative Kom-

¹⁰⁹ NdsOVG NVwZ-RR 1994, 249; OVG Bremen ZfBR 1995, 108; ThürOVG ThürVBL 2010, 270; zu den Grenzen der Konzeptpflicht BVerwG NVwZ-RR 1992, 360; BVerwG BauR 1999, 734.

¹¹⁰ *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 20), 330 ff.; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 80: Risikobewältigungsverfahren.

¹¹¹ *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 55 ff.; *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 190 ff., die insbesondere auch das Recht der Netzregulierung zu den wissensgenerierenden Verfahren rechnen; *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 24 ff., 29 mit weiteren Anwendungsgebieten; das Konzept der Wissenserzeugung im Verfahren wurde frühzeitig analysiert von *Ladeur* in: G. Winter (Hrsg.) *Grenzwerte*, 1986, 263 ff.

¹¹² Zur Strukturen des Nichtwissens *Ladeur* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995, 69 ff.; *A. Scherzberg* Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht, VVDStRL 63 (2004) 214 (220 ff.); *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 29 ff.; *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 25.

¹¹³ § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG; § 25 Abs. 2 AMG.

¹¹⁴ § 24 VwVfG knüpft an den konkreten Sachverhalt an, setzt aber Wissen zu seiner Bewertung voraus, *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 8 f., die Mitwir-

munikationsstrukturen der Wissenserzeugung.¹¹⁵ Dem entspricht es, dass die Stoff- und Produktzulassungsgesetze dem Antragsteller hohe Informationsbeibringungsbürden auferlegen¹¹⁶ und zudem wissenschaftlichen Sachverstand in das Verfahren einbeziehen.¹¹⁷ Der kooperative Wissenserzeugungsprozess soll Garant sachrichtiger Entscheidungen sein.

Dass diese Verfahren der Wissensgenerierung geradezu als ein Vorbild verfahrensrechtlichen Denkens gewürdigt werden,¹¹⁸ halte ich indes für eine Fehleinschätzung. Nahezu durchgängiges Merkmal des deutschen Stoff- und Produktzulassungsrechts ist seine Geringschätzung der Öffentlichkeit¹¹⁹ und seine Präferenz für ein Expertenmodell,

kung der Beteiligten nach § 26 VwVfG ist eine Obliegenheit und keine durchsetzbare Pflicht. In Verfahren der Wissensgenerierung geht es um „nachvollziehende Amtsermittlung“ bzgl. der von den Beteiligten und Sachverständigen generierten Informationen, dazu *J.-P. Schneider* Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, 117 ff.

¹¹⁵ *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 35; *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 25, 35.

¹¹⁶ § 12 Abs. 3 PflSchG; §§ 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3, S. 2, 24 AMG; § 15 Abs. 1 Nr. 4 iVm § 6 Abs. 1 GenTG.

¹¹⁷ § 33a Abs. 4 PflSchG verlangt die Anhörung eines Sachverständigenausschusses, dessen Zusammensetzung bislang nicht durch Rechtsverordnung (§ 33a Abs. 5 PflSchG) geregelt wurde; vor einer Freisetzungsentscheidung für gentechnisch veränderte Organismen ist eine Empfehlung der Zentralen Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS) nach § 4 GenTG einzuholen, die von der Behörde zu berücksichtigen ist (§ 16 Abs. 5 iVm § 10 Abs. 7 S. 3 und 4 GenTG); zum Arzneimittelrecht § 25 Abs. 5 und 6 AMG.

¹¹⁸ So *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 79 ff. mit dem Gentechnikrecht als Referenzgebiet, *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 194 ff. mit dem Arzneimittelrecht; s.a. *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 24 ff.; *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 34), § 10 Rn. 131 ff.; *Vesting* GVwR II (Fn. 6), § 20 Rn. 36 ff.

¹¹⁹ Im Zulassungsverfahren für Pflanzenschutzmittel ist keinerlei Partizipation vorgesehen. Im Arzneimittelrecht beschränkt sich die Öffentlichkeit auf den elektronischen Informationszugang zu Daten über die *Erteilung* einer Zulassung (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und d AMG), setzt also erst nach dem primären Verfahren der Wissensgenerierung ein. Deshalb scheint es verwegen, wenn *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 35 hierin ein taugliches Element eines offenen Kommunikationsprozesses sieht. Erst das Stufenplanverfahren im Rahmen der Nachmarktkontrolle nach §§ 62 ff. AMG sieht die Einbeziehung weiterer Kreise vor. Im Gentechnikrecht ist wegen der raumbezogenen Wirkung des Betriebs einer gentechnischen Anlage oder der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen zwar in Umsetzung von Art. 9 der Richtlinie 2001/18/EG ein Anhörungsverfahren vorgeschrieben. Bei Freisetzungsentscheidungen wird indes ein Erörterungstermin – der eigentliche Kern einer kooperativen Kommunikationsstruktur! – ausgeschlossen, § 18 Abs. 3 S. 3 iVm Abs. 2 GenTG iVm § 10 Abs. 4 Nr. 3 und Abs. 6 BImSchG; s.a. § 11 GenTAnhV. Die Sitzungen der ZKBS sind

das die Hinzuziehung weiteren Sachverständs den Rekrutierungsmechanismen der schon beteiligten Experten überlässt.¹²⁰ Dass Wissen im Internetzeitalter ubiquitär ist, wird ebenso wenig zur Kenntnis genommen wie die soziale Dimension von Verfahren, in denen über die gesellschaftliche Vertretbarkeit von Risiken entschieden wird.¹²¹

Die Rückständigkeit des Wissensgenerierungsmodells der deutschen Stoffzulassungsverfahren wird vor allem im Vergleich mit dem chemikalienrechtlichen Regelungsregime REACH offenkundig.¹²² Die Verfahren der Bewertung und Zulassung von Chemikalien öffnen sich auf allen Stufen der Informationsgewinnung im Wege der *public consultation* auch für externen Sachverstand.¹²³ Sie weisen überdies sozioöko-

nicht öffentlich. Die Kommission kann zwar die Öffentlichkeit über Stellungnahmen von allgemeiner Bedeutung informieren, aber nicht vor Abschluss des jeweiligen Verfahrens, s. §§ 10, 15 Abs. 2 ZKBS-VO.

¹²⁰ In gentechnischen Verfahren entscheidet nach §§ 7, 13 ZKBS-VO die ZKBS über die Hinzuziehung weiterer Sachverständiger; zur Rolle des externen Sachverständs bei Entscheidungen nach dem GenTG U. Di Fabio Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, 128 ff.; ders. VerwArch 81 (1990) 193 zum Arzneimittelrecht; aufschlussreich B. Wollenschläger Wissensgenerierung (Fn. 16), 101 ff. zu den unterschiedlichen wissenschaftlichen Modellvorstellungen zum Begriff der „schädlichen Einwirkungen“ iSv § 1 Nr. 1 GenTG; K. F. Gärditz ZUR 2009, 413 (418 ff.); s.a. Scherzberg Risiko-steuerung (Fn. 112), 228 f. Vielfach steht für wissenschaftliche Fragen kein „unabhängiger“ Sachverstand zur Verfügung, dazu auch Ladeur GVwR II (Fn. 6), § 21 Rn. 58 ff.; zu optimistisch Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3), 203 ff.; dezidiert für eine stärkere normative Steuerung O. Lepsius Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht, VVDStRL 63 (2004) 264 (300 ff.); ausführlich zu Formen und Strukturen von Expertise in der Verwaltung Voßkuhle in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 637 (656 ff.).

¹²¹ Scherzberg Risikosteuerung (Fn. 112), 247; Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 338; für eine Beteiligung von Repräsentanten der Öffentlichkeit und betroffene Dritte Scherzberg VerwArch 84 (1993) 484 (506); s.a. Di Fabio VerwArch 81 (1990) 193 (215 f.); ausführlich zu den Partizipationsdefiziten im Stoffrecht Gurlit UTR 78 (2004) 125 (131 ff.).

¹²² Verordnung (EG) Nr. 1907/2006, ABIEG L 396/1 v. 30. 12. 2008, berichtigte Fassung ABIEG L 136/3 v. 29. 5. 2007, zuletzt geändert durch VO (EU) Nr. 453/2010 v. 20. 5. 2010, ABIEU L 133/1.

¹²³ Zur Vermeidung von Tierversuchen werden schon Versuchsvorschläge zur Stoffbewertung zugänglich gemacht (Art. 40 Abs. 2 REACH-VO), im Zulassungsverfahren stellt die Europäische Chemikalienagentur ECHA Informationen online, die „interessierte Kreise“ zum Hinweis auf Substitutionsstoffe motivieren sollen (Art. 64 Abs. 2 REACH-VO); zu weiteren Informationszugangsrechten der Öffentlichkeit s. Art. 109, 118, 119 REACH-VO; s. des weiteren Beschluss des ECHA-Verwaltungsrates v. 13. 2. 2008 zur Beteiligung von Interessenverbänden an den Sitzungen der Ausschüsse für Risikobeurteilung und für sozioökonomische Analyse in Ausfüllung von Art. 85 Abs. 4 UnterAbs. 4, 108 REACH-VO.

nomische Kalküle der Stoffbewertung gesondert von der ökologischen Beurteilung aus.¹²⁴

Dies bringt mich zu meiner persönlichen Solange – Formel: Solange und soweit die Beteiligungschancen externen Sachverständigen in wissensgenerierenden Verfahren defizitär sind, leidet die Richtigkeitsgewähr. Es ist Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft als *rechtsetzungs-orientierter* Handlungs- und Entscheidungswissenschaft,¹²⁵ auf diese normativen Defizite aufmerksam zu machen.¹²⁶

c) *Verteilung knapper Güter: Vergabe öffentlicher Aufträge*

Die Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge bilden einen Ausschnitt des Typs der Verteilungsverfahren, die in Knappheitssituationen der sachgerechten Verteilung von Gütern dienen.¹²⁷ Das Ziel einer Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot wird einem formalisierten Verfahren anvertraut,¹²⁸ das Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerbsorientierung gewährleisten soll.¹²⁹ Nicht eine kommu-

¹²⁴ Art. 64 Abs. 4 REACH-VO sieht für Zulassungsentscheidungen eine Stellungnahme des Ausschusses für sozioökonomische Analyse nach Art. 76 Abs. 1 lit. d REACH-VO vor; dazu *G. Grunwald* ZfU 2010, 285. Die ZKBS ist hingegen nach § 4 GenTG plural zusammengesetzt und schließt Vertreter aus Gewerkschaften, Landwirtschaft, Verbraucher- und Naturschutz ein; zu den Verfahren s.a. die ZKBS-Verordnung v. 5. 8. 1996, BGBl. I, 1232, zuletzt geändert durch VO v. 31. 10. 2006, BGBl. I, 2407.

¹²⁵ *Voßkuhle* GVwR I (Fn. 34), § 1 Rn. 15 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 1. Kap. Rn. 46.

¹²⁶ Die weitere Entwicklung des Unionsrechts liefert hierzu Anstöße: Die neue Pflanzenschutzmittel-VO (EG) Nr. 1107/2009 v. 21. 10. 2009, ABIEG L 309/1, die ab dem 14. 6. 2011 gilt, vertraut das Verfahren der Genehmigung von einzelnen Wirkstoffen der EU-Lebensmittelbehörde an. Das Genehmigungsverfahren ist ebenso wie die Verfahren nach REACH offen für Stellungnahmen Dritter (Art. 10, 12 der VO). Für die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln bleibt es hingegen bei der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit (Art. 28 ff. der VO).

¹²⁷ Ausführlicher zu Strukturen und Typen von Verteilungsverfahren *F. Wollenschläger* Verteilungsverfahren, 2010, insb. 531 ff.; *D. Kupfer* Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2005; s.a. *Martini* Hoheitliche Verteilungslenkung (Fn. 45).

¹²⁸ Im Anwendungsbereich des Sekundärrechts, § 100 Abs. 1 GWB iVm § 2 VgV; zu den primärrechtlichen Anforderungen für Vergabevorgänge außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien EuGH Slg. 2000, I-10745 *Telaustria*; Slg. 2005, I-8585 Rn. 47 ff. *Parking Brixen*; EuGH ZfBR 2006, 375 *Bari*. Die gegen eine Auslegungsmittelteilung der Kommission vom 1. 8. 2006 (ABIEG C 179) gerichtete Nichtigkeitsklage Deutschlands blieb erfolglos, EuG NZBau 2010, 510; dazu *M. Knauff/R. Schwensfeier* EuZW 2010, 611.

¹²⁹ Die einfachgesetzliche Umsetzung der Richtlinienvorgaben im GWB erfüllt zugleich das grundrechtliche Gebot, Verteilungsverfahren legislativ vorzuordnen. Maß-

nikativ-kooperative Rechtskonkretisierung, sondern die strikte Einhaltung des Verfahrensrechts ist Garant der Sachrichtigkeit.

Mit der europarechtlich veranlassten Befreiung des Vergaberechts aus dem Korsett des Haushaltsrechts ist zudem die rechtswahrende und rechtsschützende Funktion des Vergabeverfahrens erst begründet worden.¹³⁰ Da ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann (§ 114 Abs. 2 GWB), muss das Vergabeverfahren im Hinblick auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz vor allem auch einen vorgelagerten Rechtsschutz bereitstellen.¹³¹ Hierbei entsteht das Problem, dass ein auf effiziente Allokation gerichtetes Verfahren einerseits die Grundrechte aller Bieter berücksichtigen, zugleich aber das Verfahrensziel auf effizientem Weg erreichen muss. Die ausgeklügelten Prozeduren zur Lösung dieses Zielkonflikts¹³² werfen ein helles Schlaglicht auf die Grobschlächtigkeit der Beschleunigungsgesetzgebung.

geblich ist vor allem der Gleichheitssatz, *Pünder* VerwArch 95 (2004) 38; *Martini* Hoheitliche Verteilungslenkung (Fn. 45), 49 ff.; zur freiheitsrechtlichen Bedeutung des Vergaberechts *Gurlit* Verwaltungsvertrag (Fn. 95); *F. Wollenschläger* (Fn. 127), 46 ff., 199 ff.; s. a. BVerfGE 116, 202 (221 ff.); zur grundrechtssichernden Bedeutung des Vergabeverfahrens und zum Gesetzesvorbehalt *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 291 ff.; *Hermes* JZ 1997, 909 (914 ff.); *Martini* Hoheitliche Verteilungslenkung (Fn. 45), 88 f.

¹³⁰ EuGH Slg. 1995, I-2303; s. § 97 Abs. 7 GWB.

¹³¹ EuGH Slg. 1999, I-7671 Rn. 27 ff.; BKartA NJW 2000, 151. Die Auffassung des BVerfG, vergaberechtliche Entscheidungen seien keine öffentliche Gewalt iSv Art. 19 Abs. 4 GG, weil der Staat als Nachfrager am Markt tätig werde und nicht auf eine übergeordnete öffentliche Rechtsmacht zurückgreife (BVerfGE 116, 135, 149), verkennt die Sonderstellung, die der Staat bei der Auftragsvergabe einnimmt; krit. *J. Englich* VerwArch 98 (2007) 410 (417); zuvor schon *O. Dörr* DÖV 2001, 1014; nicht überzeugend *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003) Rn. 65, 65a, der nur die Vergabe von Beschaffungsverträgen oberhalb der Schwellenwerte Art. 19 Abs. 4 GG unterstellen will.

¹³² Ist ein Bieter über die Erfolglosigkeit seines Gebots informiert worden (§ 101a Abs. 1 GWB), so löst sein nicht offensichtlich unzulässiger oder unbegründeter Nachprüfungsantrag (§ 110 Abs. 2 GWB) vor der Vergabekammer ein Zuschlagsverbot (§ 115 Abs. 1 GWB) bis zur Entscheidung der Kammer und dem Ablauf einer zweiwöchigen Beschwerdefrist aus (§ 115 Abs. 1 iVm § 117 GWB). Die Ausnahmegründe nach § 115 Abs. 2 GWB, die im laufenden Nachprüfungsverfahren dem Auftraggeber gleichwohl eine Zuschlagserteilung gestatten, sind mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz v. 20. 4. 2009 (BGBl. I, 790) weiter gefasst worden. Macht die Vergabekammer hiervon Gebrauch, kann vom betroffenen Bieter in einem Zwischenverfahren Rechtsschutz vor dem OLG begehrt werden (§ 115 Abs. 2 S. 5 GWB); zur Neuregelung *M. Gabriel* NJW 2009, 2011 (2016).

3. Organisatorische Entkoppelungen von Verfahren und Entscheidung

a) Die regulatorische Herausforderung

Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation zeigt sich in jüngerer Zeit vor allem in Regelungsstrukturen, die Teile der Verfahrensführung Akteuren anvertrauen, die nicht zur Sachentscheidung befugt sind. Hier interessieren nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen derartiger Arrangements,¹³³ sondern allein ihre Wirkungen auf die dem Verfahren zugeschriebenen Funktionen: Die organisatorische Entkoppelung von Verfahren und Sachentscheidung darf weder die Richtigkeitsgewähr gefährden noch die rechtsschützenden Mechanismen des Verfahrens außer Kraft setzen. Ob sie darüber hinaus positive Effekte hat, ist – so meine These – abhängig von der *organisationsrechtlich abgesicherten Rolle*, die der verfahrensbeteiligten Stelle zukommen soll.

b) Exemplarische Anwendungsfelder

Klassisches Modell einer Entkoppelung ist die Trennung von *Anhö-rungs- und Planfeststellungsbehörde* in der Fachplanung.¹³⁴ Dem Trennungsmodell liegt die Idee der fairen Verfahrensgestaltung durch Organisation zugrunde. Die nicht durch Entscheidungspflichten belastete

¹³³ Die Überantwortung von Verfahrensteilen an Private wirft vornehmlich Fragen nach der demokratischen Legitimation und dem beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt auf, dazu *Remmert Dienstleistungen* (Fn. 34), 353 ff.; s. a. *Voßkuhle Beteiligung Privater* (Fn. 27), 291 ff.; *I. Appel GVwR II* (Fn. 6), § 32 Rn. 62 ff. Die Verfahrensführung durch nicht sachentscheidungsbefugte Behörden hat vor allem kompetenzielle Implikationen. Im Bund/Länder-Verhältnis folgt aus dem verfassungsrechtlichen Gebot eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung jedenfalls, dass Verfahrensanteile der einen Behörde nicht zum Übergriff in die Sachentscheidungskompetenzen der zuständigen Behörde führen dürfen. BVerfGE 119, 331 (365) formuliert noch strikter einen grundgesetzlichen Ausschluss von „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnissen“ und knüpft damit wörtlich an alte Entscheidungen zum Verbot der Mischverwaltung an (BVerfGE 41, 291, 311), deren Ratio es zunächst aufgegeben (BVerfGE 63, 1, 39), dann aber in BVerfGE 108, 169 (182) reanimiert hatte; zu den Grenzen föderaler Verwaltungskooperation nach dem Hartz IV-Urteil weiterführend *Cornils ZG* 2008, 184 (197 ff.).

¹³⁴ § 73 VwVfG; die Anhörungsbehörde handelt zwar in eigener Zuständigkeit. Sie führt aber kein selbständiges Verwaltungsverfahren durch, sondern bereitet die Entscheidung der Planfeststellungsbehörde vor, die allein sachentscheidungsbefugt ist, BVerwG NVwZ 2000, 673. Kein Verstoß gegen das Verbot der Mischverwaltung soll vorliegen, wenn – wie nach § 3 Abs. 2 S. 1 BEVVG für das eisenbahnrechtliche Planfeststellungsverfahren vorgesehen –, Landesbehörden als Anhörungsbehörden für eine Planfeststellung von Bundesbehörden fungieren; BT-Drs. 7/910, 87; BVerwG DVBl. 1987, 1267 (1270 f.); BVerwG NVwZ 1991, 781 (783).

Anhörungsbehörde soll als distanzschaffende Akteurin zwischen Vorhabenträger, Dritten und Planfeststellungsbehörde vermitteln.¹³⁵ Indes ist vielfach fachgesetzlich die funktionell-organisatorische Identität von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde angeordnet.¹³⁶ Wenn dafür zu Lasten von Akzeptanzförderung und Neutralitätssicherung die Richtigkeitsgewähr in die Waagschale geworfen wird,¹³⁷ überzeugt dies nicht. Denn eine durch die Trennung drohende Abkoppelung der Planfeststellungsbehörde von den tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen lässt sich vermeiden, wenn Vertreter der Planfeststellungsbehörde am Erörterungstermin beteiligt werden.¹³⁸

Das *telekommunikationsrechtliche Marktregulierungsverfahren* nutzt mit dem Beschlusskammerverfahren einen binnenorganisatorischen Baustein zur Aufwertung des Verwaltungsverfahrens.¹³⁹ Eine gesetzgeberische Fehlleistung ist aber die Anordnung von zwei konsekutiven

¹³⁵ H.-Ch. Kopf/E. Schönefelder/G.-J. Richter BayVBl, 1979, 393; zur rechtsstaatlich gebotenen „fachbezogenen Integrität“ BVerwGE 75, 214 (230). Für die akzeptanzfördernde Funktion spricht, dass die Anhörungsbehörde im Erörterungstermin auf eine Einigung hinwirken soll, arg. § 74 Abs. 2 S. 1 VwVfG; zur Akzeptanzverbesserung durch Zuständigkeitstrennungen Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 104; Hoffmann-Riem Selbstbindungen der Verwaltung VVDStRL 40 (1982) 187 (231); s.a. R. Steinberg/T. Berg/M. Wickel Fachplanung, 3. Aufl. 2000, § 2 Rn. 5.

¹³⁶ Siehe § 14 Abs. 1 S. 3 WaStrG für die Planfeststellung des Aus- und Neubaus von Bundeswasserstraßen; aus dem Landesrecht s. § 6 Abs. 7 S. 1 LStrG Rh-Pf für das landesstraßenrechtliche Planfeststellungsverfahren; zur Verfassungsmäßigkeit BVerwGE 120, 87 (99); 58, 344 (347 ff.); BVerwG NVwZ 2002, 1103 (1104); krit. Steinberg/Berg/Wickel (Fn. 135), § 2 Rn. 5 f.; Hufen Fehler (Fn. 16), Rn. 376.

¹³⁷ Pünder in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 15 Rn. 4; D. Kupfer/H. Wurster DV 40 (2007) 75 (83); Fehling Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 264 ff.

¹³⁸ Ziekow VwVfG, 2. Aufl. 2010, § 73 Rn. 3; Kopf/Ramsauer VwVfG, 11. Aufl. 2010, § 73 Rn. 14; H. J. Bonk/W. Neumann in: H. J. Bonk/P. Stelkens/M. Sachs (Hrsg.) VwVfG-Kommentar, 7. Aufl. 2008, § 73 Rn. 127. Allerdings gestattet das Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz v. 9. 12. 2006 (BGBl. I, 2833) der Anhörungsbehörde für die dort erfassten Verfahren den Verzicht auf einen Erörterungstermin, s. § 17a Nr. 5 FStrG, § 18a Nr. 5 AEG, § 14a Nr. 5 WaStrG. Der Verzicht auf Erörterung bedeutet auch einen Verzicht auf die Möglichkeit, Einwendungen abzuarbeiten, und dürfte sich deshalb kontraproduktiv zum Regelungsanliegen – Verfahrensbeschleunigung – verhalten.

¹³⁹ §§ 132 ff. TKG; zur Bedeutung einer deliberativen Verfahrensstruktur als wesentliches Element eines Regulierungsrecht Masing Gutachten D zum 66. DJT, 2006, D 89 ff.; K. Oertel Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, 2000, 174 ff., 382 ff.; Trute FS Brohm, 2002, 169 (180 ff.). Bettermann Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 132 ff. hatte schon im Jahr 1958 – mit kompetenzrechtlichen Anschlussüberlegungen – am Beispiel von Kollegialorganen auf die Verschränkung verfahrens- und organisationsrechtlicher Problemlösungen hingewiesen.

Konsultations- und Notifizierungsverfahren für die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse einerseits und für die Auferlegung von Regulierungspflichten andererseits, wobei die erste Stufe einer sog. Präsidentenkammer, die zweite der sachlich-funktionell zuständigen Beschlusskammer anvertraut wurde.¹⁴⁰ Die Verfahrensgestaltung erscheint als organisierte Ineffizienz¹⁴¹ und wirft Rechtsschutzprobleme auf.¹⁴² Das Institut der besonderen Präsidentenkammer bringt schließlich den Präsidenten in einen Rollenkonflikt zwischen Leitungsfunktion und Mitgliedschaft in einem Kollegialorgan.¹⁴³

Dem mit der Einführung des einheitlichen Ansprechpartners ins Werk gesetzten Modell des *One-Stop Government* steht seine Bewährungsprobe noch bevor.¹⁴⁴ Das Verfahren über eine einheitliche Stelle

¹⁴⁰ Strukturell handelt es sich nicht um eine Mitwirkung der Präsidentenkammer am Verfahren der sachlich-funktionell zuständigen Beschlusskammer, sondern um zwei unterschiedliche Verfahren (arg. § 13 Abs. 1 S. 3 TKG), von denen nur das zweite mit einer Entscheidung durch Verwaltungsakt abschließt, *Gurlit* in: Säcker (Fn. 72), § 13 Rn. 28 ff.; *Ladeur/Möllers* DVBl. 2005, 525 (529).

¹⁴¹ Der deutsche Gesetzgeber wollte durch getrennte Verfahren sicherstellen, dass das der Kommission auf der ersten Stufe eingeräumte Veto (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 TKG) nicht auf die Regulierungsentscheidung übergreift, s. BT-Drs. 15/2679, 13. Der neue Rechtsrahmen RL 2009/140/EG hat der Kommission nicht die ersehnte erweiterte Vetoposition gebracht, gewährt ihr aber Mitspracherechte bei der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen. dazu *R. Klotz/A. Brandenburg* MMR 2010, 147; *Ladeur* K&R 2010, 308. Wegen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2002/21/EG hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet, s. Pressemitteilung v. 25. 6. 2009.

¹⁴² Da § 13 Abs. 3 TKG den Rechtsschutz auf die VA-förmige Regulierungsentscheidung konzentriert, werden die Ergebnisse des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens nach §§ 10, 11 TKG zur tatbestandlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Regulierungsverfügung, *Gurlit* in: Säcker (Fn. 72), § 13 Rn. 38, 43; *Ladeur/Möllers* DVBl. 2005, 525 (530); *M. Schramm* DÖV 2010, 387 (390); dies verkennt fundamental BVerwG NVwZ 2009, 653 (654) mit der Annahme, Anfechtungsklagen gegen die Regulierungsverfügung allein wegen fehlerhafter Feststellungen nach §§ 10, 11 TKG seien unzulässig. Werden mangels marktbeherrschender Stellung eines Unternehmens keine Regulierungsverpflichtungen auferlegt, können Konkurrenten nicht die diesbezüglichen Feststellungen angreifen, sondern müssen auf die Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen klagen, BVerwGE 130, 39 (44 ff.); s.a. *Gurlit* in: Säcker (Fn. 72), § 13 Rn. 48.

¹⁴³ Aus gutem Grund verzichtet das Kartellrecht auf eine präsidiale Beschlussabteilung; krit. zum Institut der Präsidentenkammer *Gurlit* in: Säcker (Fn. 72), § 132 Rn. 7, 14; *Masing* Gutachten 66. DJT, 2006, D 90f.

¹⁴⁴ Der Bundesgesetzgeber hat den unionsrechtlichen Impuls mit einem konzeptionellen Verständnis aufgenommen, indem er das Verfahren über den einheitlichen Ansprechpartner auch für nicht von der Dienstleistungsrichtlinie erfasste Sachmaterien eröffnet hat. Der Entwurf bekennt sich zudem zum Ziel der „Vermeidung von Son-

schafft keinen eigenständigen Verfahrenstyp, sondern stellt ein für den Antragsteller disponibles Antragsverfahren bereit.¹⁴⁵ Die einheitliche Stelle wickelt als *Front Office* das Verfahren ab, die Sachentscheidungsbefugnis verbleibt bei der zuständigen Behörde als *Back Office*.¹⁴⁶ Der einheitlichen Stelle kommt die Aufgabe eines aktiven Unterstützers und Verfahrensmittlers des Antragstellers zu.¹⁴⁷ Sowohl die rechtsschützende Funktion des Verwaltungsverfahrens als auch seine Bedeutung für die Sachrichtigkeit der Entscheidung verlangen, dass jedenfalls eine mündliche Anhörung¹⁴⁸ von der für die Sachentscheidung zuständigen Behörde durchgeführt wird.¹⁴⁹

Ob dieses Verfahren sein Ziel der Verfahrensbeschleunigung bei gleichzeitiger Wahrung von Rechtssicherung und Entscheidungs rationalität erreicht, hängt maßgeblich von seiner organisationsrechtlichen Umsetzung ab. Die von den Ländern entwickelten Modelle zeigen, dass

derverfahrensrecht“, BT-Drs. 16/10493, 2; begrüßend *Kahl* in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer (Fn. 20), 77 ff.; *Burgi* JZ 2010, 105 (107); krit. zur Konstruktion der Angebotsgesetzgebung *A. Windoffer* DÖV 2008, 797 (798, 800); *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 15 Rn. 45.

¹⁴⁵ *Schmitz/Prell* NVwZ 2009, 1 (4f.); *Windoffer* NVwZ 2007, 495 (498); *K. Ruge* NdsVBl. 2008, 305 (307); andere Einordnung bei *Ramsauer* NordÖR 2008, 417 (422): „Mittelding zwischen dem herkömmlichen singulären Verfahren und dem Verfahren mit Konzentrationswirkung“; unklar BT-Drs. 16/10493, 17f.

¹⁴⁶ Hiervon geht auch Art. 6 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG aus; zu alternativen Modellen – Internetportal, Agenturmodell, Konzentrationsmodell – *Ramsauer* NordÖR 2008, 417 (420f.); *Ch. Ernst* DVBl. 2009, 953; monographisch *S. E. Schulz* One-Stop-Government, 2007; zu kompetenziellen Fragen länderübergreifender Tätigkeit der einheitlichen Stellen *Windoffer* NVwZ 2007, 495 (498); *Ernst* DVBl. 2009, 953 (959f.); *A. Luch* in: U. Schliesky (Hrsg.) Die Umsetzung der EU-Richtlinie in der deutschen Verwaltung, 2008, 149.

¹⁴⁷ Siehe *ErwG. 48* der DLRL; *Ziekow/Windoffer* in: M. Schlachter/Ch. Ohler (Hrsg.) Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Kommentar, 2008, Art. 6 Rn. 15; BT-Drs. 16/10493, 13, 17. *Luch/Schulz* GewArch 2010, 225 (229) und *Ernst* DVBl. 2009, 953 (957) sehen die einheitliche Stelle angesichts der dünnen Ausgestaltung des § 71d VwVfG auf eine Botenfunktion reduziert.

¹⁴⁸ Nach richtiger Ansicht besteht das Gebot einer Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG auch vor Ablehnung eines beantragten Begünstigung, *Ule/Laubinger* VwVfG, 4. Aufl. 1995, § 24 Rn. 2; *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 14 Rn. 28; *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen (Fn. 16), 57f., 333f.; aA *BVerwGE* 66, 184 (186); *Bonk/Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 138), § 28 Rn. 27.

¹⁴⁹ *SächsOVG DÖD* 1999, 65 (66); *Bonk/Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 138), § 28 Rn. 46; zu Modifikationen bei schriftlichen Anhörungen *G. Britz* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 213 (241); *Kopp/Ramsauer* (Fn. 138), § 28 Rn. 12; s.a. § 71c Abs. 2 VwVfG, der die verfahrensbezogene Auskunftspflicht der sachzuständigen Behörde klarstellt.

der Wettbewerbsföderalismus in voller Blüte steht.¹⁵⁰ Organisationsrechtliche Regelungen müssen indessen auch mit den Eigenrationalitäten der Amtswalter rechnen. Die Einrichtung spezifischer Stellen, die sich mit ihrer aktiven Rolle als Verfahrenspartner des Antragstellers identifizieren, scheint mir am ehesten geeignet, Friktionen zwischen den Beteiligten zu minimieren.¹⁵¹

IV. Folgen der Missachtung des Verfahrensrechts

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip enthält sich konkreter Aussagen zu den Folgen eines Verfahrensverstößes und verlangt nicht zwingend die Aufhebung verfahrensfehlerhaft zustande gekommener Entscheidungen.¹⁵² Auch die Steuerungskraft der Grundrechte darf nicht überschätzt werden. Denn selbst aus einer Verletzung von grundrechtsgebotenem Verfahrensrecht¹⁵³ folgt noch nicht, dass auch die Sachentscheidung den grundrechtlichen Freiheitsanspruch verletzt.¹⁵⁴ Verlangen aber die

¹⁵⁰ Die Organisationsfrage wird unter dem hässlichen Schlagwort der „Verortungsentscheidung“ geführt; Überblick zu den Ländermodellen bei *Luch/Schulz* GewArch 2010, 225.

¹⁵¹ Zu den möglichen Dissonanzen zwischen Front Office und Back Office *Ernst* DVBl. 2009, 953 (957f.). Wird in den selbständigen Stellen Sachverstand aus Kommunen und Kammern gebündelt, verbindet sich hiermit auch die Hoffnung auf größere Nähe zum eigentlichen Verfahren und auf Synergieeffekte, *Luch/Schulz* GewArch 2010, 225; allerdings wird damit ein weiteres bürokratisches Monster errichtet, so die Befürchtung von *Ruge* NdsVBl. 2008, 305 (307).

¹⁵² *F. Weyreuther* FS Reimers, 1979, 379 (389); *Bettermann* FS Eichenberger, 1982, 593 (597f.); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 332 ff.; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 106, 109 mit der Forderung nach sachgerechter Differenzierung; aA *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 588. Ungeachtet des legislativen Spielraums verlangt das Gesetzmäßigkeitsprinzip indes zumindest geeignete Reaktionen, um dem Geltungsanspruch der Verfahrensnormen Rechnung zu tragen, *M. Niedobitek* DÖV 2000, 761 (767); *Martin* Heilung (Fn. 32), 177 f.

¹⁵³ Siehe zu den gesetzgeberischen Regelungsspielräumen die Ausführungen oben II.3.b).

¹⁵⁴ Die Verfahrensgarantien haben für den Grundrechtsschutz materiellakzessorische Bedeutung, BVerfG-K NVwZ-RR 2000, 487 (488); *Grimm* NVwZ 1985, 865 (870f.); *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (468, 471); *W. Krebs* DVBl. 1984, 110 (115); *Pietzcker* Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 224 f.; *Held* Grundrechtsbezug (Fn. 13), 96 ff.; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 243; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 108; *C. Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen im französischen und deutschen Verwaltungsrecht, 1999, 239 f.; modifizierend *Schenke* DÖV 1986, 305 (314f.), der auf den *dolo*

Grundrechte nur ausnahmsweise die Aufhebung einer verfahrensfehlerhaften Entscheidung, so kann auch in der Heilung eines Verfahrensfehlers kaum der Entzug eines grundrechtlichen Aufhebungsanspruchs liegen.¹⁵⁵ Allerdings muss das Sanktionssystem abgewogen sein.¹⁵⁶ Dies erfordert nicht nur eine Einbeziehung aller Reaktionsformen der Rechtsordnung, sondern auch die Analyse ihres Zusammenwirkens.

Fehlerfolgen können zum einen an das Verfahren selbst anknüpfen. Bei entscheidungsbezogenen Verfahren steht aber auch das Schicksal der durch einen Verfahrensfehler infizierten Sachentscheidung in Frage.

2. Fehlerkorrektur im Verwaltungsverfahren

Die Heilung verfahrensfehlerhafter Verwaltungsakte ist in Österreich unbekannt,¹⁵⁷ in der Schweiz kommt sie unter restriktiven Voraussetzungen allein bei Gehörverletzungen in Betracht.¹⁵⁸ Die Heilung eines Verfahrensfehlers dient der Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns sowie der Verfahrensökonomie.¹⁵⁹ Indes knüpft

agit-Gedanken abstellt; aA *Blümel* Frühzeitige Bürgerbeteiligung (Fn. 13), 66; *Hufen* NJW 1982, 2160 (2165); *Martin* Heilung (Fn. 32), 201 f.

¹⁵⁵ So aber *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 595 f.

¹⁵⁶ *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 106.

¹⁵⁷ Nach § 66 Abs. 4 AVG ist Gegenstand des Berufungsverfahrens nicht der Ausgangsbescheid, sondern die Verwaltungssache, die den Inhalt des Ausgangsbescheids bildet, s. *W. Antonioli/F. Kojan* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1996, 575. Da vor dem VwGH wiederum nur die Berufungsentscheidung den Kontrollgegenstand bildet, sind Verfahrensfehler der Ausgangsbehörde hier ebenfalls unerheblich. Verfahrensfehler der Berufungsinstanz sind allein an der Unbeachtlichkeitsklausel des § 42 Abs. 2 Nr. 3 VwGG zu messen, dazu *Grabenwarter* (Fn. 55), 199 ff.; s.a. VwGH 93/07/0006.

¹⁵⁸ Eine gesetzliche Regelung gibt es nicht, wohl aber eine entsprechende Rechtsprechungspraxis. Die Heilung setzt voraus, dass keine schwerwiegende Gehörverletzung vorliegt, die Verfahrenshandlung im Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, die Rechtsmittelinstanz über dieselbe Überprüfung befugnis verfügt wie die Vorinstanz und dem Beschwerdeführer keine unzumutbaren Nachteile erwachsen, was letztlich eine Interessenabwägung erfordert; das Schrifttum beurteilt Heilungsmöglichkeiten sehr kritisch, *U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann* Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 986 f. mwN.

¹⁵⁹ Zu den Funktionsleistungen der Heilung ausführlich *Martin* Heilung (Fn. 32), 179 f., 253 f.; zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der Regelung *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 58; *Schoch* Jura 2007, 28 (29); *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen (Fn. 16), 356; für Verfassungswidrigkeit von § 45 Abs. 2 VwVfG hingegen *Niedobitek* DÖV 2000, 765 ff.; *Sodan* DVBl. 1999, 729 (737 f.); *C.-D. Bracher* DVBl. 1997, 534 (536 ff.); *A. Hatje* DÖV 1997, 477 (484) hinsichtlich der Nachholung einer Anhörung.

die nachgeholte Verfahrenshandlung nicht mehr an die ursprüngliche Verfahrenssituation an.¹⁶⁰ Eine Heilung kann nur gelingen, wenn die Herstellung einer der Ursprungssituation vergleichbaren Situation möglich ist. Diese entscheidungstheoretische Einsicht findet im Gebot realer Fehlerheilung ihr rechtliches Pendant.¹⁶¹

Dem wird die Praxis nicht gerecht. So lässt es die Judikatur für die Heilung eines Anhörungsfehlers¹⁶² genügen, dass der Betroffene im Widerspruchsverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme hat,¹⁶³ was die Praxis gern in die Formel übersetzt, bereits durch den Akt der Widerspruchseinlegung werde der Verstoß geheilt.¹⁶⁴

Zu denken gibt die von Vertretern der Praxis geäußerte Hoffnung, erst die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens werde die Behörden

¹⁶⁰ *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 197; *Martin* Heilung (Fn. 32), 257f.; s.a. *Luhmann* Legitimation (Fn. 81), 45: „Verpasste Gelegenheiten kehren nicht wieder. Verspätete Proteste sind unglaublich. Nur durch besondere Kunstgriffe kann schon reduzierte Komplexität wieder geöffnet werden“.

¹⁶¹ *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 599; *Schoch* Jura 2007, 28 (29); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 430f.; *Grimm* NVwZ 1985, 865 (872); BVerwG NuR 2004, 795 (798); VG Berlin NJW 2002, 1073.

¹⁶² Im Sinne des rechtlichen Gehörs umfasst die Anhörung – und damit der Anwendungsbereich von § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG – auch die Zuziehung Dritter zum Verfahren und die Gewähr von Akteneinsicht, *Kopp/Ramsauer* (Fn. 138), § 45 Rn. 24; s.a. BVerwG NVwZ 1984, 578 (579); Die Rspr. hat überdies den Rechtsgedanken des § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG angewandt auf nicht VA-förmige Handlungen, wie etwa dienstliche Beurteilungen, OVG Rh-Pf NVwZ-RR 1992, 370. Die von BVerwGE 75, 214 (227); 98, 126 (129f.) angenommene analoge Anwendbarkeit von § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG auf Planfeststellungsverfahren ist wegen des spezielleren Fehlerfolgenregimes im Fachplanungsrecht abzulehnen. Dies legen überdies die ausdrücklichen Verweise auf §§ 45, 46 VwVfG in § 17e Abs. 6 S. 2 FStrG, § 18e Abs. 6 S. 2 AEG, § 14e Abs. 6 S. 2 WaStrG und § 29 Abs. 3 S. 1 und 2 PBefG nahe; aA *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 15 Rn. 25.

¹⁶³ BVerwGE 54, 276; 66, 111 (114f.); 66, 184 (189f.).

¹⁶⁴ *Schönenbroicher* NVwZ 2009, 1144 (1145f.). Nach richtiger Ansicht muss der Betroffene darauf hingewiesen werden, dass das Widerspruchsverfahren der Heilung des Mangels dient, so auch *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 60; *Schoch* Jura 2007, 28 (31). Umstritten ist, ob der Widerspruchsbehörde die Nachholung der Anhörung bei Ermessensentscheidungen anvertraut werden kann, so der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwGE 66, 111 (114f.); BVerwG NVwZ 1984, 578 (579); ebenso *Ch. Bumke* GVwR II (Fn. 6), § 35 Rn. 181; *W. Durner* VerwArch 97 (2006) 345 (352); *Schoch* Jura 2007, 28 (30); für die Zuständigkeit der Ausgangsbehörde hingegen der 3. Senat, BVerwGE 27, 295; 37, 307 (311); 66, 184 (188f.); ebenso *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 47), § 10 Rn. 39; *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 60; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 138), § 45 Rn. 26, 40.

zur Beachtung des Verfahrensrechts veranlassen.¹⁶⁵ Ob die Hoffnung berechtigt ist, hängt vor allem von den Folgen seiner Missachtung ab: Das Unionsrecht schließt für seinen Anwendungsbereich eine Fehlerheilung nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens im Regelfall aus.¹⁶⁶ Anhörungsmängel im telekommunikationsrechtlichen Marktregulierungsverfahren können nicht nachträglich behoben werden.¹⁶⁷ Auch der rechtswidrige Verzicht auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung ist nicht isoliert heilbar, weil er das Planungs- oder Genehmigungsverfahren von Beginn an infiziert hat.¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Kallerhoff* NWVBl. 2008, 334 (337); *Kamp* NWVBl. 2008, 41 (47f.) und *Schönenbroicher* NVwZ 2009, 1144 (1145) verweisen auf die Kostentragungspflicht nach § 155 Abs. 4 VwGO. Indes ist die Judikatur zu den Voraussetzungen des § 155 Abs. 4 VwGO restriktiv, s. BVerwG NVwZ-RR 2010, 550 (551). Die Anreizstruktur der Vorschrift ist überdies zweifelhaft, weil die Kosten nicht der säumige Amtswalter, sondern der Verwaltungsträger trägt; zu Recht entsetzt ob dieses Blicks in den Abgrund des Verwaltungsalltags *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1083). Allerdings zeigen die Erhebungen der Länder in der Tat, dass der Verwaltungsaufwand der Behörden mit der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens gestiegen ist, *Müller-Rommel/Meyer/Heins* (Fn. 38), 147 ff.

¹⁶⁶ EuGH Slg. 1991, I-5505, Rn. 16; EuGH Slg. 1996, I-3547 Rn. 67: Notifizierung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV; EuGH Slg. 1979, 321: Anhörung; VGH BW VBIBW 2007, 109; BVerwGE 124, 243 (248f.): aufenthaltsrechtliches Vorverfahren; s.a. *M. Kment* EuR 2006, 201 (223 ff.) mwN. Diese Grundsätze gelten auch für den Vollzug nationalen Rechts, das unionsrechtlich determiniert ist, *Classen* DV 31 (1998), 307 (323 f); *Kahl* VerwArch 95 (2004), 1 (19 ff.); im Grundsatz auch *Sachs* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 138), § 45 Rn. 168. Allerdings verschließt sich das Unionsrecht nicht vollständig verfahrensökonomischen Erwägungen. So hat der Gerichtshof in seiner jüngeren Judikatur die Folgen von unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV bewilligten, aber materiell rechtmäßigen Beihilfen gemildert, EuGH Slg. 2008, I-409: Der Mitgliedstaat ist allein verpflichtet, die ersparten Zinsen für den Zeitraum zwischen Beihilfeauszahlung und Kommissionsentscheidung abzuschöpfen. Hierin liegt im Grundsatz die Anerkennung einer ex nunc-Heilung des Verfahrensfehlers durch die Kommissionsentscheidung; s.a. *Fehling*, in diesem Band, S. 297 ff., zu den Heilungsregeln in anderen Rechtsordnungen.

¹⁶⁷ *Gurlit* in: *Säcker* (Fn. 72), § 13 Rn. 44f., § 135 Rn. 43 ff.; zur Europarechtswidrigkeit einer Heilung im gerichtlichen Verfahren *Kahl* VerwArch 95 (2004) 1 (20f.); *Classen* DV 31 (1998) 307 (324).

¹⁶⁸ Nach § 4 Abs. 3 iVm § 4 Abs. 1 S. 2 Umweltrechtsbehelfsgesetz (URG) bleibt § 45 Abs. 2 VwVfG zwar unberührt; bei rechtswidrigem Unterlassen einer UVP müsste das Genehmigungsverfahren bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die UVP-Anforderungen bedeutsam werden, „zurückgedreht“ werden. Dies ist nach § 3a UVPG spätestens der Beginn des Genehmigungsverfahrens. Da nur solche früheren Verfahrenshandlungen verwertet werden dürfen, die keinen Bezug zur UVP haben, läuft dies auf einen Neustart hinaus, *Ziekow* NVwZ 2007, 259 (265 f.); *Kment* NVwZ 2007, 274 (277); *Durner* VerwArch 97 (2006) 345 (377 ff.); wohl auch BVerwGE 131, 352 (360 ff.) mit Modifikationen für den Verzicht auf eine Vorprüfung; anders verhält es sich bei einer bloß fehlerhaften UVP, dazu OVG NRW NuR 2010, 583 (585).

Mit dem fortschreitenden Wegfall des Widerspruchsverfahrens stellt sich das Problem noch grundsätzlicher. Wird das Gebot realer Fehlerheilung ernst genommen,¹⁶⁹ scheidet jedenfalls bei Anhörungsmängeln eine behördliche Heilung während des gerichtlichen Verfahrens aus. Denn die Behörde ist zu diesem Zeitpunkt als Prozesspartei nicht mehr entscheidungsoffen.¹⁷⁰ Indes beraubt diese Einsicht § 45 Abs. 2 VwVfG einen Teil seines Anwendungsbereichs. Es bleibt die Forderung an den Gesetzgeber, jedenfalls die Heilung von Anhörungsmängeln zeitlich auf den Abschluss des Verwaltungsverfahrens zu beschränken.¹⁷¹

3. Folgen von Verfahrensfehlern für die Sachentscheidung

In den Folgen von Verfahrensfehlern für die Sachentscheidung zeigt sich die Ausdifferenziertheit der Rechtsordnung. Bei *Verwaltungsakten* begründen Verfahrensfehler nur selten die Nichtigkeit der Sachent-

¹⁶⁹ Diese Einsicht entspricht allerdings nicht der gerichtlichen Praxis. Entgegen OVG Berlin NVwZ 1993, 198; BayVGH BayVBl. 2004, 149 (150); OVG Bremen NVwZ-RR 1999, 682 heilt das *gerichtliche* Gehör nicht den *behördlichen* Anhörungsmangel; für ein Gebot behördlicher Nachholung BVerwGE 61, 50; 68, 275; BVerwG DÖV 1984, 775; *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 47), § 10 Rn. 39; *Schoch* Jura 2007, 28 (31). Die Möglichkeit einer Fehlerkorrektur nach § 45 Abs. 2 VwVfG hat die Judikatur ausgeschlagen, soweit die Voraussetzungen des § 46 VwVfG vorliegen, BayVGH NVwZ 1982, 514ff.; zu Recht krit. gegenüber der Missachtung des Vorrangs der Heilung vor der Anwendung der Unbeachtlichkeitsvorschriften *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 63; *Martin* Heilung (Fn. 32), 271 f.

¹⁷⁰ *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 620; *Schoch* Jura 2007, 28 (31); *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 61; *Redeker* NJW 2003, 2956 (2957).

¹⁷¹ So auch *Fehling*, in diesem Band, S. 326; *Schoch* GVwR III (Fn. 79), § 50 Rn. 300, will offenbar an der Regelung festhalten, bleibt aber Beispiele für einen positiven Anwendungsbereich schuldig. Die von mir vertretene Auffassung trifft sich im Ergebnis mit denjenigen Stimmen, die § 45 Abs. 1 Nr. 3 iVm Abs. 2 VwVfG für verfassungswidrig halten, s. Nachweise Fn. 159. Der Anhörungsmangel ist dann an § 46 VwVfG zu messen, was mE eine „ehrlichere“ Problematisierung ermöglicht; in diesem Sinne wohl auch *S. Müller-Grune/J. Grune* BayVBl. 2007, 65 (69). Anders die Regelung in § 41 Abs. 1 Nr. 3, § 42 S. 2 SGB X, die eine Heilung bis zur letzten Tatsacheninstanz zulassen, bei einem ungeheilten Anhörungsmangel aber einen Aufhebungsanspruch gewähren. – Größere Probleme wirft das Planungsrecht auf. § 75 Abs. 1a VwVfG beschränkt zwar die gerichtliche Verweisung auf eine Planergänzung oder ein ergänzendes Verfahren auf Abwägungsfehler, s.a. BVerwGE 128, 76 (79); § 17e Abs. 6 S. 2 FStrG, § 18e Abs. 6 S. 2 AEG, § 14e Abs. 6 S. 2 WaStrG und § 29 Abs. 3 S. 1 und 2 PBefG stellen dieses einen Aufhebungsanspruch ausschließende Instrument aber auch bei Verfahrensfehlern zur Verfügung und verweisen überdies vorsorglich auf §§ 45, 46 VwVfG. Hier sind hohe Anforderungen an das ergänzende Verfahren zu stellen; s. beispielhaft NdsOVG BauR 2010, 1556 (1559f.) zur Heilung eines verfahrensfehlerhaften Flächennutzungsplans nach § 214 Abs. 4 BauGB.

scheidung.¹⁷² Allerdings infizieren sie die Sachentscheidung. Der verfahrensfehlerhaft zustande gekommene und nicht geheilte Verwaltungsakt ist rechtswidrig.¹⁷³ Dass bei *Verwaltungsverträgen* nicht jeder Gesetzesverstoß ihre Unwirksamkeit auslöst,¹⁷⁴ ist Spiegel ihrer höheren prozeduralen Richtigkeitsgewähr. Dem entspricht es, dass gerade die Verletzung von Verfahrensgeboten, wie die unterlassene Beteiligung Dritter, den Vertrag zu Fall bringen kann.¹⁷⁵ Dieser Gedanke ist noch stärker im *Vergaberecht* ausgeprägt. Ein während des Nachprüfungsverfahrens zugeschlagener Auftrag ist nichtig,¹⁷⁶ ein ohne Vergabeverfahren oder unter Verstoß gegen den Informationsanspruch der unterlegenen Bieter erteilt Auftrag verfällt der Unwirksamkeit, wenn der Verfahrensfehler in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht

¹⁷² Gelegentlich wird das Nichtigkeitsschwert zur Vermeidung der Konsequenzen der §§ 45, 46 VwVfG geschwungen, so für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren *H. D. Jarass* BImSchG, 8. Aufl. 2010, § 10 Rn. 135, der für eine „größzügige“ Handhabung von § 44 Abs. 1 VwVfG plädiert; ähnlich *J. Dietlein* in: *Landmann/Rohmer Umweltrecht* Bd. I, § 10 (2009) Rn. 281, § 19 (2007) Rn. 44 für die fehlerhafte Wahl der Art des Genehmigungsverfahrens.

¹⁷³ *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 499; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 102 f., 393 ff.; *Bettermann* FS Ipsen 1977, 271 (289 ff.); *Bumke* Relative Rechtswidrigkeit, 2004, 208 f.; *H. Meyer* NVwZ 1986, 513 (516 ff.). Soweit *Sachs* GVwR II (Fn. 6), § 31 Rn. 66 ff. bei nicht heilbaren Verfahrensfehlern die Rechtswidrigkeit der Sachentscheidung von der Kausalität des Verfahrensfehlers abhängig machen will, überzeugt dies nicht, s.a. *Bumke* ebd., 209.

¹⁷⁴ Während vor Inkrafttreten des VwVfG dem Verwaltungsvertrag eine Wirksamkeitsschwäche attestiert wurde (BVerwGE 49, 359, 362), sorgt das abgestufte Wirksamkeitsmodell nach §§ 54, 59 VwVfG dafür, dass nur schwerwiegende Verstöße gegen das Gesetzmäßigkeitsprinzip die Wirksamkeit beeinträchtigen, dazu *Gurlit* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 32 Rn. 19 ff. Dies relativiert auch nachdrücklich die Bedenken, welche die Verwaltung wegen § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG von Nichtigkeitsfällen umstellt sehen, so *H. Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 138), § 1 Rn. 279; *ders.* NVwZ 2000, 1238 (1241); *H. Butzer* DÖV 2002, 881 (882). Eine geltungserhaltende Reduktion oder eine Heilung, wie sie *U. Stelkens* DV 37 (2004) 193 (202 f.) oder der ME von Bund und Ländern, abgedr. in: *Schmitz* DVBl. 2005, 17 (23), vorschlagen, setzen ein fragwürdiges Signal, weil sie gerade den durch den Verstoß indizierten Machtmissbrauch der Behörde sanktionslos stellen; krit. auch *H. Grziwotz* BauR 2005, 812 (817).

¹⁷⁵ § 58 Abs. 1 VwVfG; aus § 59 Abs. 2 Nr. 2 und 3 VwVfG folgt nicht, dass ein verfahrensrechtswidriger Vertrag nicht auch nach § 59 Abs. 1 VwVfG iVm § 134 BGB nichtig sein kann. Dies kommt etwa in Betracht bei der unterlassenen Beteiligung eines Naturschutzverbandes (§ 63 BNatSchG) beim Abschluss naturschutzrechtlicher Verträge, dazu *Gurlit* Verwaltungsvertrag (Fn. 95), 421 ff.; zu Verfahrensgeboten als Verbotsgesetzen auch *M. Werner* Allgemeine Fehlerfolgenlehre für den Verwaltungsvertrag, 2008, 170 ff.

¹⁷⁶ § 115 Abs. 1 GWB ist ein Verbotsgesetz iSv § 134 BGB, BT-Drs. 13/9340, 20.

wird.¹⁷⁷ Für *schlichtes Verwaltungshandeln* gibt es keine allgemeine Fehlerfolgenlehre.¹⁷⁸ Da schlichtes Handeln unmittelbar die Wirklichkeit verändert oder zumindest darauf abzielt,¹⁷⁹ knüpft auch das Sanktionssystem an reale Zustände an.¹⁸⁰ Prozedurale Vorgaben mögen zwar primäre Abwehransprüche gegen schlichtes Handeln wie zB behördliche Warnungen stärken.¹⁸¹ Ihre Verletzung verweist den Betroffenen aber regelmäßig auf restitutorische Ansprüche.

4. Gerichtliche Kontrolle

Damit gelangen die normexternen Sanktionsmechanismen in den Blick. Die Steuerungsleistungen des Aufsichts- und Haftungsrechts für die Beachtung des Verfahrensrechts sind als gering zu veranschlagen.¹⁸²

¹⁷⁷ § 101b GWB; zur Konstruktion der „schwebenden Wirksamkeit“ *M. Dreher/J. Hoffmann* NZBau 2009, 216. Mit dem Erfordernis einer subjektiven Geltendmachung wird die Rspr. zu § 13 S. 6 VgV aF aufgegriffen, BGH NVwZ 2005, 845 (846 f.).

¹⁷⁸ Zum bisherigen Misslingen einer Systematisierung der Erscheinungsformen *Hermes* GVwR II (Fn. 6), § 39 Rn. 8 ff., zu den Grundzügen einer Fehlerfolgenlehre Rn. 20 ff.

¹⁷⁹ Typologisch lassen sich unmittelbar wirksames Tathandeln und Handlungsweisen unterscheiden, die wie insb. informatorisches Handeln über ihre influenzierende Wirkung auf die Gestaltung der Wirklichkeit gerichtet ist, *Remmert* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 36 Rn. 1; *dies.* Jura 2007, 736 (737); *Hermes* GVwR II (Fn. 6), § 39 Rn. 52 ff.

¹⁸⁰ *Remmert* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 36 Rn. 6; *Hermes* GVwR II (Fn. 6), § 39 Rn. 100.

¹⁸¹ Zu denken ist bei Publikumsinformationen insbesondere an das Gebot einer Anhörung, dazu *R. Käß* WiVerw 2002, 197 (207); *M. Hochhuth* NVwZ 2003, 30; *Hermes* GVwR II (Fn. 6), § 39 Rn. 91; s. als einfachgesetzliche Normierungen zB § 40 Abs. 3 LFGB, § 10 Abs. 4 S. 2 GPSG.

¹⁸² Das Aufsichts- und Haftungsrecht gehört zum Kanon von Reaktionsfolgen für Verfahrensfehler, so nachdrücklich *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn 106; s.a. *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1082); *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 525 ff., 575 ff.; *Sachs* GVwR II (Fn. 6), § 31 Rn. 30, 38. Allerdings dürfte dem Aufsichtsrecht nur eine marginale Bedeutung zur Gewährleistung der *Verfahrensrichtigkeit* zukommen: Die Aufsichtsbehörden müssten mit der Verfahrenskontrolle eine Aufgabe erfüllen, der sie in ihrer Rolle als Widerspruchsbehörde bislang nur höchst unvollkommen nachgekommen sind, s. oben II.3.a); generell zur Überschätzung der Steuerung durch Weisung *V. Mehde* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 446 ff.; viel optimistischer *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1082). – Haftungsrechtliche Institute fungieren als Reparaturbetrieb unzureichender primärer Antworten auf Verfahrensverstöße. Dies zeigte sich etwa bei den – bloß – schadensersatzrechtlichen Folgen der Missachtung des Informations- und Rechtsschutzanspruchs des unterlegenen Bewerbers um ein öffentliches Amt: Seine Verletzung führte wegen des sog. Grundsatzes der Ämterstabilität nicht zur Unwirksamkeit der Ernennung des Konkurrenten, be-

Es bleibt die Frage, ob die gerichtsbezogene Kontrolliererwartung der Verwaltung¹⁸³ eine wirksame Steuerungsressource ist. Ich beschränke mich hierbei auf die subjektivrechtliche Durchsetzung des Verfahrensrechts und die gerichtliche Aufhebung verfahrensfehlerhafter Entscheidungen.¹⁸⁴

gründete aber neben dem Amtshaftungsanspruch einen quasi-vertraglichen Schadensersatzanspruch, BVerwGE 80, 123 (124f.); 107, 29 (31f.); 112, 308 (312); BGHZ 129, 226 (228ff.); s. aber zur Aufgabe dieses Grundsatzes und zu einem primären Aufhebungsanspruch nunmehr BVerwG NVwZ 2011, 358; *Schenke* NVwZ 2011, 321; v. *Roetteken* ZBR 2011, 73. Als Allzweckwaffe zur Sanktionierung von Verfahrensverstößen taugt das Haftungsrecht schon deshalb nicht, weil Verfahrensverstöße nur selten kausal für einen allfälligen Schaden sind: Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens (BGHZ 96, 157, 172ff.) erlangt vor allem bei verfahrensfehlerhaften Amtshandlungen Bedeutung. Maßgeblich ist, ob die zur Verletzung führende Handlung auch bei Vermeidung des Fehlers hätte vorgenommen werden müssen, BGHZ 36, 144 (154); 63, 319 (325); BGH NJW 1983, 2241 (2242). Amtshaftungsrechtliche Bedeutung haben Verstöße gegen Verfahrensvorschriften – entgegen anderslautenden Bekundungen (*U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 [1082]) – bislang nicht gehabt, s.a. *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen (Fn. 16), 83f., 117, 211.

¹⁸³ Zur Kontrolliererwartung als Steuerungsfaktor *Ch. Möllers* GVwR I (Fn. 34), § 3 Rn. 27; zur „Präventivfunktion“ gerichtlicher Entscheidungen *Krebs* Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, 56ff.; speziell zur Verwaltungsgerichtsbarkeit *Mehde* DV 43 (2010) 379 (381ff.); *Schoch* GVwR III (Fn. 79), § 50 Rn. 9; zur Breiten- und Tiefenwirkung verfassungsrechtlicher Entscheidungen *Schulze-Fielitz* FS 50 Jahre BVerfG Bd. II, 2001, 385 (395ff.). Ein Beispiel für die Wirksamkeit gerichtlicher Kontrolle als Steuerungsressource ist der Bedeutungsgewinn, den das Vergaberecht mit seiner gerichtsformigen Durchsetzbarkeit erlangt hat, zu diesem Zusammenhang *Ziekow* NVwZ 2005, 263 (264).

¹⁸⁴ § 44a VwGO (in Österreich: § 63 Abs. 2 AVG), der den Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen auf die das Verfahren abschließende Sachentscheidung konzentriert, bewirkt allein eine zeitliche Verschiebung. Entscheidend ist, dass effektiver Rechtsschutz gegen die Sachentscheidung zur Verfügung steht. Unmittelbarer Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen wird gewährt, wenn schon das Verfahren selbst Rechtsbeeinträchtigungen verursacht wie zB die Offenbarung persönlicher Angaben, die durch den Angriff auf die Sachentscheidung nicht mehr beseitigt werden können, VGH BW DVBl. 1988, 359; BVerwG NVwZ-RR 1997, 663 (664); SächsOVG NVwZ-RR 1999, 209; *Kopp/Schenke* VwGO, 16. Aufl. 2009, § 44a Rn. 8. Dasselbe gilt, wenn schon mit Verfahrenshandlungen selbständige materiellrechtliche Konsequenzen verbunden sind, BVerwGE 134, 368 (376). Sofern in gestuften Verfahren mit phasenweiser Abschichtung des Entscheidungsprogramms isolierter Rechtsschutz gegen verwaltungsaktförmige Zwischenentscheidungen eingeräumt wird, kann hierin allerdings ein Danaergeschenk liegen: Anfechtungsrechte begründen auch Anfechtungslasten; s. BVerwGE 134, 368 (374ff.) zu §§ 55 Abs. 9, § 61 TKG: Anordnung eines frequenzrechtlichen Vergabeverfahrens, die Bestimmung der Vergabeart und die Festlegung der Vergabebedingungen sind jeweils isoliert anfechtbare Verwaltungsakte. Mit dieser Entscheidung hat das BVerwG das überwiegende Schrifttum verblüfft, das

a) Subjektive Verfahrensrechte

In der materiellakzessorischen Konzeption subjektiver Verfahrensrechte¹⁸⁵ spiegelt sich ergebnisbezogenes Denken. Absolute Verfahrensrechte kennt das deutsche Recht nur vereinzelt.¹⁸⁶ Aus den grundrechtlichen Verfahrensgarantien lassen sich kaum einmal absolute Verfahrensrechte gewinnen.¹⁸⁷ Modernisierungspotential offeriert einmal mehr das Europarecht. Dies zeigt sich zum einen in dem vom deutschen Gesetzgeber nur unwillig aufgenommenen Recht auf Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung,¹⁸⁸ das mittelbar zur Folge

den Rechtsschutz auf die Zuteilungsentscheidung konzentriert sah; zum früheren Lizenzvergaberegime nach §§ 11 ff. TKG aF Ehlers K&R 2001, 1(10); Sachs K&R 2001, 13 (20). Verwaltungsakte, die als Verfahrenshandlungen nicht isoliert angegriffen werden können, erwachsen hingegen nicht in Bestandskraft, M. Eichberger Die Einschränkung des Rechtsschutzes gegen behördliche Verfahrenshandlungen, 1986, 92 f.

¹⁸⁵ BVerwGE 61, 256 (275); 62, 243 (246 f.); 75, 285 (291); 98, 339 (361); BVerwG NVwZ 2008, 795; Analyse bei *Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen (Fn. 154), 356 ff.; krit. zur subjektivrechtlichen Marginalisierung des Verfahrensrechts *Quabeck* Die dienende Funktion (Fn. 3), 56 ff.; *Groß* DV 43 (2010) 349 (359 f.). Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH ist § 2 Abs. 1 Nr. 1 URG, der im Grundsatz diese Konzeption in Form der „schutznormakzessorischen“ Verbandsklage auf Verbände erstreckt, OVG NRW NVwZ 2009, 987; s.a. *J. Berkemann* NordÖR 2009, 336; *Ekardt* (Fn. 23), 213 ff.

¹⁸⁶ Am prominentesten das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB als Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, BVerwGE 22, 339 (344 f.); 122, 13 (18); BVerwG NVwZ 2008, 1347 (1348). Das Beteiligungsrecht von Naturschutzverbänden wurde vor der bundesrechtlichen Einführung der altruistischen Verbandsklage als absolutes Verfahrensrecht eingeordnet, BVerwGE 87, 62 (69 f.); 105, 348 (354). Da nunmehr von Bundesrechts wegen auch materielle Fehler gerügt werden können (§ 64 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG), besteht für diese Behelfskonstruktion kein Grund mehr, BVerwGE 121, 72 (76); *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 15 Rn. 32; *L. Michael* DV 37 (2004), 35 (45); zu einem Sonderfall OVG Hamburg NuR 2010, 500.

¹⁸⁷ Siehe dazu schon oben IV.1; die Unterscheidung von relativen und absoluten Verfahrensrechten hat das BVerfG im Mülheim-Kärlich-Beschluss nicht in Frage gestellt, vielmehr die subjektivrechtliche Beachtlichkeit von Beteiligungsvorschriften zugunsten derjenigen Betroffenen verlangt, die aufgrund ihrer materiellrechtlichen Rechtsposition klagebefugt sind, BVerfGE 53, 30 (66): „Beteiligung klagebefugter Dritter am Genehmigungsverfahren“, ähnlich auch das Sondervotum von *Simon/Heußner* (79), jeweils in Abwendung von der zuvor von einigen Gerichten vertretenen Ansicht, den Verfahrensvorschriften komme als bloßen Ordnungsvorschriften noch nicht einmal relative Bedeutung zu.

¹⁸⁸ Subjektives Recht und Aufhebungsanspruch folgen aus § 4 Abs. 1 und Abs. 3 URG; s.a. HessVGH ZUR 2009, 87; *Ziekow* NVwZ 2007, 259 (261); *Kment* NVwZ 2007, 274 (276, 279); *M. Ogorek* NVwZ 2010, 401 (402 f.); s.a. EuGH NVwZ 2009,

hat, dass auch die Wahl der richtigen Verfahrensart eingeklagt werden kann.¹⁸⁹ Der zweite Trend liegt in der „Materialisierung“ von Verfahrensrechten, wie er insbesondere im Informationszugangsrecht Prominenz erlangt hat.¹⁹⁰

b) *Aufhebung der Sachentscheidung*

Dass die Aufhebung einer Sachentscheidung nicht allein wegen eines Verfahrensverstößes verlangt werden kann, ist kein Spezifikum der deutschen Rechtsordnung. Der Gedanke ist auch dem österreichischen Recht¹⁹¹ und dem Europarecht¹⁹² vertraut, nicht aber dem schweizerischen Recht. § 46 VwVfG beschreibt nicht das Verhältnis von Verfahren und Sachentscheidung, sondern dasjenige von Verfahrensrecht und materiellem Recht. Die Norm setzt indes mit der Trennung von Verfahrensrecht und materiellem Recht Gewissheiten voraus, die dem Verwaltungsrecht seit geraumer Zeit abhanden kommen.¹⁹³ Dies zeigen etwa

1553 *Djurgarden*; bedenklich deshalb NdsOVG NuR 2009, 58 (60); *M. Appel* NVwZ 2010, 473 (477).

¹⁸⁹ Hierzu kommt es, weil vielfach die richtige Verfahrensart vom Erfordernis der Durchführung einer UVP abhängig ist, s. § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. c der 4. BImSchV; § 74 Abs. 6 VwVfG iVm § 17b Abs. 1 Nr. 1 FStrG; § 28 Abs. 1a Nr. 1 PBefG; § 18b Nr. 1 AEG; § 14b Nr. 1 WaStrG. Dies ist pikant, weil der fehlende Drittschutz von Genehmigungserfordernissen ein Mantra der Judikatur ist, s. nur BVerwG NVwZ 1998, 58; BVerwGE 85, 368 (372 ff.); OVG Rh-Pf UPR 2009, 265; NdsOVG NdsVBl. 2009, 44 (48); DVBl. 2010, 1039.

¹⁹⁰ Da § 3 UIG einen materiellen, verfahrensunabhängigen Informationszugangsanspruch begründet, liegt hierin auch das subjektive Recht. Auch die Voraussetzungen des § 44a VwGO liegen schon tatbestandlich nicht vor; aA wohl *Ehlers* in: ders./Schoch (Hrsg.) Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 21 Rn. 177, der diese Konsequenz erst dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts entnimmt.

¹⁹¹ Nach § 42 Abs. 2 Nr. 3 lit. c) Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) ist der Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben, wenn Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Nach der Rspr. reicht für eine Aufhebung aus, dass die Verletzung möglicherweise auf den Bescheidinhalt Einfluss hatte, s. VwGH 91/07/0115.

¹⁹² Zum sog. *harmless error principle* als Doktrin für den Direktvollzug EuGH Slg. 2001, I-5281 Rn. 33 ff.; zu den Anforderungen an die Offenkundigkeit fehlender Kausalität des Verfahrensfehlers *Kahl* VerwArch 95 (2004), 1 (24 f.); *Classen* DV 31 (1998) 307 (327 ff.); *Kment* EuR 2006, 201 (202 ff.); ausführlich zum unionsrechtlichen Fehlerfolgenregime für den direkten und indirekten Vollzug *E. Bülow* Die Relativierung von Verfahrensfehlern im Europäischen Verwaltungsverfahren und nach §§ 45, 46 VwVfG, 2007; s.a. *Fehling*, in diesem Band, S. 293 ff.

¹⁹³ Die Abgrenzungsfrage begleitete unter kompetenziellen Vorzeichen schon die Kodifikationsgeschichte des VwVfG. Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Regelung annexer Materien war wesentlicher Gegenstand der Wiener Staatsrechts-

die Fragen um die Einordnung des Abwägungsgebots¹⁹⁴ und der Umweltverträglichkeitsprüfung.¹⁹⁵ Als weitere unsichere Kantonisten gelten administrative Konzeptpflichten.¹⁹⁶

§ 46 VwVfG ist weder auf das Phänomen der Prozeduralisierung von Entscheidungen noch überhaupt auf die Bedeutung des Verfahrensrechts für die Sachentscheidung ausgerichtet. Der Kausalitätsmaßstab, den die Norm für das Verhältnis von Verfahrensfehler und Sachentscheidung for-

lehrertagung 1958; s. *Bettermann* *Verwaltungsverfahren* (Fn. 5), 121 ff., 125, 140 und die Diskussionsbeiträge von *O. Bachof* (216 f.), *H. P. Ipsen* (217 f.), *G. Küchenhoff* (218) und *C.-F. Menger* (219). Mit der Änderung von Art. 84 GG durch die Föderalismusreform stellt sich das Problem unter veränderten Vorzeichen. Erwogen wird, den Begriff des Verwaltungsverfahrens in Art. 84 Abs. 1 GG nF für Zwecke des Abweichungsrechts der Länder eng auszulegen, um insbesondere einen materiellrechtlichen Kompetenztransfer bei sog. doppelgesichtigen Normen zu verhindern, so *Pieroth* in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 5), Art. 84 Rn. 4a; aA *Hermes* in: *Dreier* (Fn. 5), Art. 84 Rn. 53.

¹⁹⁴ Das Abwägungsgebot wird als materielle Anforderung an die Bauleitplanung verstanden. In § 2 Abs. 3 BauGB wird aber ein Teil des Abwägungsvorgangs in das Verfahrensrecht verschoben und mit § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 S. 2 BauGB als Abwägungsverfahren in die Planerhaltungsvorschriften einbezogen, dazu krit. *Erbguth* JZ 2006, 484 (489); *ders.* UPR 2010, 281 (285); s.a. *U. Stelkens* UPR 2005, 81; *Kupfer* DV 38 (2005) 493 (500 ff.); mit europarechtlichen Bedenken *Kment* AöR 130 (2005) 570 (592 ff.).

¹⁹⁵ Ein subjektives Recht auf Durchführung einer UVP wurde von der deutschen Rspr. unter Verweis auf deren bloß verfahrensrechtliche Natur verneint, BVerwGE 100, 238 (251 ff.); 104, 236 (242). Die Kritik hatte sich vor allem an der Einstufung als verfahrensrechtliches Instrument entzündet, *Erbguth* NuR 1997, 261 (265).

¹⁹⁶ Zwischen Konzepten und Konzeptpflichten ist zu unterscheiden, s.a. *Schmidt-Aßmann* *Ordnungsidee* (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 99. Konzeptpflichten sind, soweit sie normativ verankert sind, Maßstab gerichtlicher Kontrolle, hierauf beruhende Konzepte hingegen ihr Gegenstand; zu gesetzlichen Konzeptgeboten etwa § 8 Abs. 2 S. 2 GPSG; zu verfassungsgebotenen Konzeptpflichten MVVerfGH LKV 2000, 149 (154); *B. Wollenschläger* *Wissensgenerierung* (Fn. 16), 202 ff.; zu Konzepten als Kontrollgegenstand VGH BW NVwZ 2004, 498 (504 ff.). Soweit Konzepte der Erzeugung von Rationalität bei offenen Entscheidungsprogrammen dienen – maßgeblich solchen mit administrativen Letztentscheidungsermächtigungen – ist Konsequenz ihre volle gerichtliche Kontrolle mit der weiteren Folge der Aufhebung von nicht hinreichend konzeptualisierten Entscheidungen, so richtig VGH BW NVwZ 2004, 498 (504 ff.). Anderes kann allenfalls dann gelten, wenn das Konzept selbst rechtsförmlicher Art ist und zB als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift eine spezifische, vorläufige und vorbehaltliche Bindungswirkung entfaltet, dazu BVerwGE 110, 216 (218 f.); 114, 342 (346). Hiervon ist als dritte Ebene die Frage zu unterscheiden, ob die Verwaltung ein – höherrangigem Recht entsprechendes – Konzept beachtet hat, sog. Konzepttreue, dazu *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 34), § 10 Rn. 123.

muliert,¹⁹⁷ kann nicht die *kompetenziell* bestimmte Kontrollperspektive des Gerichts überspielen.¹⁹⁸ Im Umfang normativer Letztentscheidungs-ermächtigungen¹⁹⁹ läuft die materiellrechtliche Sachentscheidungskontrolle leer. Die beschränkte gerichtliche Kontrollkompetenz und nicht Mutmaßungen über alternative Kausalverläufe sind maßgeblich dafür, dass § 46 VwVfG einer Aufhebung von Ermessensentscheidungen und solchen mit Beurteilungsspielraum nicht entgegensteht.²⁰⁰

Die funktionellrechtliche Abgrenzung der Bereiche von Gerichten und Verwaltung ist die „regulative Idee“, die das Konzept der einzig richtigen Entscheidung am Leben hält.²⁰¹ Sie bleibt durch die Einsicht,

¹⁹⁷ Mit der Verschärfung des Maßstabs durch die Neufassung des § 46 VwVfG im Rahmen des Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetzes sollte nach dem Willen des Gesetzgebers nicht mehr nur auf die Alternativlosigkeit des Entscheidungsinhalts, sondern auch auf die Kausalität des Fehlers für die Sachentscheidung abgestellt werden, so BT-Drs. 13/3995, 8; krit. zur Konstruktion der „faktischen Alternativlosigkeit“ B. Schöbener DV 33 (2000) 447 (457 ff.).

¹⁹⁸ So nachdrücklich Krebs DVBl. 1984, 109 (112); ders. Kontrolle (Fn. 183), 92 ff.; Hill Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 115 ff.; Wahl Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 176 f.; Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3), 71. Eine Begrenzung der Kontrollkompetenz bewirkt indes auch das auf subjektive Rechtsverletzungen beschränkte Kontrollprogramm des § 113 VwGO, dazu Krebs Kontrolle (Fn. 183), 81 ff.; diese und weitere Begrenzungsmechanismen sind aber ihrerseits von der Judikatur teilweise aufge-
weicht worden, dazu Mehde DV 43 (2010) 379 (385 ff., 390 ff.).

¹⁹⁹ BVerfGE 61, 82 (111); 84, 34 (50); 88, 40 (56); 103, 142 (156 f.); 113, 273 (310). Im besten Fall entscheidet der Gesetzgeber – unter Beachtung von Art. 19 Abs. 4 GG – ausdrücklich über die Einräumung administrativer Letztentscheidungskompetenzen, s. etwa § 10 Abs. 2 TKG; im übrigen sind diese durch Gesetzesauslegung zu ermitteln, dazu Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003), Rn. 184 ff.

²⁰⁰ Die Unanwendbarkeit von § 46 VwVfG auf Entscheidungen mit administrativer Letztentscheidungskompetenz ist im Wesentlichen unstreitig, Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 54), § 113 (1997) Rn. 29; Schoch DV 25 (1992) 21 (46); Grimm NVwZ 1985, 865 (871); aus der Rspr. BVerwG NVwZ 2008, 795 (796). Das Gebot, Spruchreife herzustellen, BVerwGE 69, 198 (201); 85, 368 (379 f.), ist insoweit durch das beschränkte Prüfprogramm modifiziert, Gerhardt ebd. Rn. 8. – Allerdings verweisen § 17e Abs. 6 S. 2 FStrG, § 18e Abs. 6 S. 2 AEG, § 14e Abs. 6 S. 2 WaStrG und § 29 Abs. 3 S. 1 und 2 PBefG für den Umgang mit Verfahrensfehlern im Planfeststellungsverfahren auf § 46 VwVfG. Dem entspricht die planungsrechtliche Judikatur, die bei Verfahrensfehlern ungeachtet des Abwägungsspielraums der Behörde auf die „konkrete Möglichkeit“ einer anderen Entscheidung abstellt, BVerwGE 75, 214; 100, 238; BVerwG NVwZ 2008, 795 (796). Damit wird im Ergebnis die durch das GenBeschlG modifizierte Kausalitätsformel des § 46 VwVfG aufgenommen, krit. zu dieser Diskrepanz Schoch GVwR III (Fn. 79), § 50 Rn. 303.

²⁰¹ Für eine Beibehaltung Alexy Juristische Argumentation (Fn. 16), 414; Schoch in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 543 (551); skeptisch Hoffmann-Riem GVwR I (Fn. 34), § 10 Rn. 64; abl. Grimm NVwZ 1985, 865 (871).

dass auch Entscheidungsprogramme ohne Letztentscheidungsermächtigung in hohem Maße auf verfahrensmäßige Konkretisierung angewiesen sein können, unberührt.²⁰² Die durchaus sensiblere gerichtliche Praxis sucht ihr Heil in der Vorstellung, ein gründliches Nacharbeiten im Prozess könne für ein fehlerhaftes Verwaltungsverfahren kompensieren,²⁰³ verkennt dabei aber den funktionalen Unterschied zwischen Verwaltungsverfahren und gerichtlicher Kontrolle.²⁰⁴

Wechselt man von der gerichtlichen Kontrollperspektive zur Rechtsschutzperspektive des Klägers, so ist die gerichtliche Kontrolle des behördlichen Verfahrens gerade dann geboten, wenn und soweit die Verwaltung eine materielle Letztentscheidungskompetenz beanspruchen

²⁰² Im Fall der gerichtlichen Letztentscheidungsbefugnis zur Konkretisierung offener Rechtsbegriffe obliegt es eben den Verwaltungsgerichten, die einzig richtige Entscheidung zu treffen, *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 116f.; *Bettermann* FS Menger, 1985, 709 (724f.); *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 54), § 113 (1997) Rn. 28 m. Fn. 165. Zwar ist gerichtliches „Durchentscheiden“ nicht generell geboten, wie § 113 Abs. 3 VwGO erweist. Die Vorschrift ist indes Ausnahmeregelung zum Gebot der Herstellung der Spruchreife, die nur dann Platz greift, wenn die Behörde nach ihrer persönlichen und sachlichen Ausstattung eine Sachverhaltsermittlung besser durchführen kann, BVerwGE 117, 200 (207). § 113 Abs. 3 VwGO ist nicht der angemessene Hebel zur Austarierung der Funktionsbereiche, so auch *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 54), vor § 113 (1997) Rn. 24, § 113 Rn. 46: § 113 Abs. 3 VwGO setzt gerade die gerichtliche Entscheidungskompetenz voraus; andere Tendenz bei *Schoch* DV 25 (1992) 21 (46f.), s.a. die Überlegungen bei *Fehling*, in diesem Band, S. 302ff.

²⁰³ So *Gerhardt* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 413 (420f.) mit der Erwägung, der Verwaltungsprozess denke das Gebot der Richtigkeitsgewähr fort und erfülle zudem Funktionen der Öffentlichkeit, Befriedung und Akzeptanz; ihm folgend *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081).

²⁰⁴ Der „funktionale Zusammenhang“ von Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Rechtsschutz, entfaltet von *Schwarze* Funktionaler Zusammenhang (Fn. 15) und von *H. Jochum* Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, als normativer Konnex (§§ 68 ff. VwGO) untersucht, muss gerade auch die Eigenrationalitäten der Verfahren wahren, nachdrücklich *Voßkuhle* Das Kompensationsprinzip, 1999, 45 mwN; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 66; *Schoch* GVwR III (Fn. 79), § 50 Rn. 356ff.; zur mangelnden Kompensationseignung des gerichtlichen Verfahrens *Krebs* DVBl. 1984, 109 (113); *Hufen* DVBl. 1988, 69 (76). Die *Gerhardtsche* Konzeption ist das Spiegelbild zu Erwägungen, unzureichende gerichtliche Kontrollen durch Verwaltungsverfahren auszugleichen, so *Brohm* Dogmatik (Fn. 15), 279. Dass das Verwaltungsverfahren keine umfassende Kompensation bietet, war wesentlicher Ertrag der Referate von *R. Scholz* Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976) 145 (154ff., 211f.) und *Schmidt-Aßmann* ebd., 221 (237f., 265f.). Die „je-desto“-Formel von *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 168f. betonte zwar den funktionalen Unterschied, allerdings verbunden mit einer Geringschätzung der Leistungen des Verwaltungsverfahrens.

kann.²⁰⁵ Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG erfordert zudem eine Aufhebung der Sachentscheidung bei einem Verstoß gegen absolute Verfahrensrechte.²⁰⁶

V. Ausblick

Dem Verwaltungsverfahren kommt Eigenwert zu. Es übernimmt Aufgaben der Richtigkeitsgewähr, der Rechtswahrung und demokratische Funktionen, die im Verhältnis zur Gerichtsbarkeit unersetzbar sind. Das deutsche Fehlerfolgenregime trägt der Bedeutung des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr nur unzureichend Rechnung; es gibt überdies keine konsistente Antwort auf die weiteren Verfahrensfunktionen.²⁰⁷ Das Europarecht wirkt zwar mit seinem Konzept subjektiver Verfahrensrechte dem allein ergebnisbezogenen Denken entgegen; allerdings kann es nicht Ziel eines Sanktionssystems sein, Ergebnis- und Verfahrenskontrollen gleichsam zu doppeln.²⁰⁸ Vor allem die Ein-

²⁰⁵ Zu den Kontrollmaßstäben bei den unterschiedlichen Formen administrativer Letztentscheidungsermächtigungen ausführlich *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003) Rn. 184 ff.

²⁰⁶ Allein Kompensationsfunktion übernimmt hingegen ein Klagerecht auf gerichtliche Feststellung einer Rechtsverletzung durch eine verfahrensfehlerhafte Entscheidung. Ein solcher Anspruch in analoger Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ist allerdings abhängig von der – umstrittenen – Lesart von § 46 VwVfG. Er steht und fällt mit dem Verständnis, dass § 46 VwVfG nicht die Rechtsverletzung, sondern allein den Aufhebungsanspruch beseitigt, so maßgeblich *Schenke* DÖV 1986, 305 (311, 317 f.); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 408; *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 54), § 113 (1997) Rn. 27; *Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen (Fn. 154), 241. Er entfällt bei dem – mich nicht überzeugenden – Lösungsvorschlag von *Sachs* GVwR II (Fn. 6), § 31 Rn. 66 ff., der bei nicht heilbaren Verfahrensfehlern das Rechtswidrigkeitsurteil davon abhängig macht, dass sie sich auf das Verfahrensergebnis ausgewirkt haben. Ebenfalls tatbestandlich orientiert ist die Annahme, § 46 VwVfG schließe vor allem wegen der bundesgesetzlichen Anordnung des § 113 Abs. 1 VwGO die Verletzung eines subjektiven Rechts aus, so maßgeblich *Krebs* DVBl. 1984, 109 (111); *Ehlers* DV 37 (2004) 255 (265); i.E. auch *Bumke* Relative Rechtswidrigkeit (Fn. 173), 210 f.

²⁰⁷ Schön herausgearbeitet von *Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen (Fn. 154), 295 ff. unter dem Gesichtspunkt der „funktionsorientierten Verfahrensfehlerfolgen-sanktionierung“. Demgegenüber greift es zu kurz, wenn *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen (Fn. 16), 366 ff. die fehlende Sanktionierung der externen Funktionen des Verwaltungsverfahrens mit deren fehlender Relevanz für die Sachentscheidung begründet. Denn bestimmte Verfahrensanforderungen wie etwa der Mitwirkungsausschluss nach § 20 f. VwVfG stehen auch im Dienst der externen Funktionen, wie etwa der Akzeptanz.

²⁰⁸ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 149; *E. Franßen* DVBl. 1998, 413 (421); *Wahl* DVBl. 2003, 1285 (1291); *Dolde* NVwZ 2006, 857 (862). Eine erhöhte

sicht in die funktionellrechtlichen Grenzen einer Kontrolle komplexer Entscheidungsprogramme²⁰⁹ setzt die Idee der einzig richtigen Entscheidung unter Druck. Eine „institutionelle Rücksichtnahme“²¹⁰ der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Rationalität administrativer Entscheidungsprozesse setzt indes Verfahrensstrukturen voraus, die das Verfahren als Medium der Richtigkeitsgewähr glaubwürdig machen.²¹¹ Sie findet ihre Grenzen dort, wo die Verfahrensrichtigkeit keine alleinige Garantin für die Sachrichtigkeit administrativen Entscheidens sein kann.²¹² Gefragt ist letztlich nach einem kohärenten System normativer Letztentscheidungsermächtigungen der Verwaltung,²¹³ in dem das Verwaltungsverfahren einen wichtigen Baustein bildet. Damit sind aber Überlegungen angesprochen, deren Vertiefung ich gern künftigen Referenten überlasse.

gerichtliche Kontrolle des behördlichen Verfahrens müsste aber Konsequenz einer reduzierten materiellrechtlichen Kontrolldichte sein, so schon *Schwarze* Funktionaler Zusammenhang (Fn. 15), 64ff., inspiriert durch die das deutsche mit dem US-amerikanischen Kontrollmodell vergleichende Studie von *F. Scharpf* Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970.

²⁰⁹ Der ehemalige Präsident des BVerwG *Franßen* DVBl. 1998, 413 (418, 420) sieht durch das gerichtliche Beharren auf der Idee der einzig richtigen Entscheidung einen „Verschleißprozeß“ begründet.

²¹⁰ So *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 68; dezidiert aA *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081).

²¹¹ Siehe dazu meine Bedenken hinsichtlich der sog. wissensgenerierenden Verfahren des Stoff- und Produktzulassungsrechts oben III.2.b).

²¹² *Schoch* DV 25 (1992) 21 (28f.); *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (472); *Ch. Möllers* in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 20), 489 (495ff.); s. beispielhaft die unter III.2.a) genannten bloß kompensatorischen Konzepte im Bereich der Gefahrenvorsorge, die eine materiellrechtliche Steuerung und Kontrolle gerade nicht entbehrlich machen.

²¹³ Gefordert als Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft von *Schmidt-Aßmann* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003), Rn. 187. Es liegen beachtliche Arbeiten hierzu vor, s. *Pache* Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001; prägnant *Jestaedt* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 11 Rn. 12 ff. Indes lässt die gerichtliche Praxis gelegentlich Konsistenz vermissen. So hat BVerwGE 81, 12 (17) der Behörde für die Vertretbarkeitsprüfung nach § 15 PflSchG keinen Beurteilungsspielraum gewährt, wohl aber für die Entscheidung über die Prüfung der Sicherheit einer gentechnischen Anlage, BVerwG NVwZ 1999, 1232. Dasselbe soll für die Vertretbarkeitsprüfung im Rahmen der Freisetzungsentscheidung gelten, OVG Berlin NVwZ 1995, 1023. Verfahrensspezifische Gründe werden für die unterschiedliche Einordnung nicht geliefert.

Leitsätze der 1. Referentin über:

Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

I. Der Verfahrensgedanke in der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts

(1) Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts bildet die Vielfalt der Verwaltungsverfahren nicht ab. Der Begriff des Verwaltungsverfahrens iSd VwVfG wurde kompetenziell und nicht konzeptionell bestimmt. Der Vorrang des materiellen Rechts vor dem Verfahrensrecht (§ 46 VwVfG) ist Ausdruck ergebnisbezogenen Denkens.

(2) Insbesondere der Mülheim-Kärlich-Beschluss des BVerfG ließ Verfahren als Verheißung erscheinen. Das Verfahren erhielt grundrechtliche Weihen, zugleich wurde seine Bedeutung als Medium der Sachrichtigkeit von Entscheidungen anerkannt und fortentwickelt.

(3) Die „Beschleunigungsgesetzgebung“ hat die Bedeutung des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr in Frage gestellt. Indessen setzt das europäische Recht vielfach auf prozedurale Steuerungsmechanismen, die dem Verfahren eine wesentliche Bedeutung für das sachrichtige Entscheiden zuweisen.

(4) Aktuelle Herausforderung ist die Koppelung verfahrens- und organisationsrechtlicher Steuerungsansätze, wie sie etwa dem Modell des One-Stop Government zugrunde liegt.

II. Funktionen von Verwaltungsverfahren

(5) These I: Die Entgegensetzung von „Eigenwert“ und „dienender Funktion“ ist ein sprachliches Missverständnis. Jedes Verfahren steht im Dienst von außerhalb seiner selbst liegenden Zielen. Der Wert des Verwaltungsverfahrens bestimmt sich nach der Eigenständigkeit seines Beitrags zur Zielerreichung.

1. Bezugspunkte von Funktionsaussagen

(6) *Funktionszuweisungen müssen normativ unterfangen sein. Die Ermittlung der tatsächlichen Funktionsleistungen des Verwaltungsverfahrens ist Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft.*

(7) *Gegenständlicher Bezugspunkt von Funktionsaussagen ist der Verwaltungsauftrag, der eine effektive und effiziente Aufgabenerfüllung fordert.*

2. Funktionen entscheidungsbezogener Verfahren

(8) *These II: Das Verwaltungsverfahren leistet einen Beitrag zur Sachrichtigkeit der Entscheidung. Die Eigenständigkeit des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr nimmt mit abnehmender Steuerung durch das materielle Recht zu. Aus entscheidungsbezogener Perspektive ist unerheblich, ob die dem Verfahren anvertraute Bedeutung durch eine normative Letztentscheidungsermächtigung abgesichert ist. Die Beibehaltung der Formel von der einzig richtigen Entscheidung ist Kompetenzfrage.*

(9) *Das Verfahren hat rechtswahrende Funktion. Es schützt die Interessen und Rechte der Beteiligten unabhängig von ihrer subjektivrechtlichen Durchsetzbarkeit. Den Grundrechten lassen sich konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung des Verfahrens nur selten entnehmen. Der Steuerungsmix von verfahrens- und materiellrechtlichen Regelungen ist eine legislative Gestaltungsaufgabe.*

(10) *In der selbstbestimmten Mitwirkung an der Gemeinwohlkonkretisierung (Partizipation) verwirklichen sich auch demokratische Funktionen des Verwaltungsverfahrens. Transparenzgebote sind im Anwendungsbereich der Informationsfreiheitsgesetze zudem grundrechtlich fundiert. Sie sprengen die beteiligtenbezogene Zentrierung des Verwaltungsverfahrens auf.*

(11) *Die Suche nach Entscheidungsakzeptanz darf nicht gegen die Rechtsbindung ausgespielt werden, kann aber im Rahmen von Ermessensspielräumen berücksichtigt werden.*

III. Verfahren und Sachentscheidung

1. Entscheidungsorientierung von Verfahren

(12) *Das VwVfG beschreibt das entscheidungsbezogene Verwaltungsverfahren nicht abschließend. Zu einem konzeptionellen Verfahrensbegriff rechnen überdies die inneren Verfahren der Verwaltung, die auf die Herstellung administrativer Rationalität gerichtet sind.*

2. Exemplarische entscheidungsbezogene Verfahrenstypen

(13) *Der Typus des schlichten Handelns findet sich u.a. im Gefahrenabwehrrecht. Für informatorische Eingriffe setzt das BVerfG auf eine materiellrechtliche Steuerung. Prozedurale Instrumente wie insbesondere administrative Konzepte zur Konkretisierung ereignis- und verdachtsloser Maßnahmen der Gefahrenvorsorge haben allein kompensatorische Funktion. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Entfesselung eines proaktiven, allgegenwärtigen Staates dürfen nicht in den Arenen exekutiver Konzeptbildung bestimmt werden.*

(14) *These III: Der Beitrag sog. wissensgenerierender Verfahren zur Sachrichtigkeit von Entscheidungen bedarf differenzierter Analyse. Die Verfahren des Stoff- und Produktzulassungsrechts können eine Richtigkeitsgewähr solange nicht übernehmen, wie sie sich nicht für einen freien Zugang externen Sachverständs öffnen.*

(15) *Das Vergaberecht als Prototyp des Verteilungsverfahrens vertraut die Sachrichtigkeit nicht einer kommunikativ-kooperativen Rechtskonkretisierung an. Vielmehr ist die strikte Einhaltung des Verfahrensrechts Garant der Sachrichtigkeit.*

3. Organisatorische Entkoppelungen von Verfahren und Sachentscheidung

(16) *These IV: Die organisatorische Entkoppelung von Verfahren und Sachentscheidung darf weder die Richtigkeitsgewähr gefährden noch die rechtsschützenden Mechanismen des Verfahrens außer Kraft setzen. Ob sie darüber hinaus positive Effekte hat, hängt davon ab, ob die Funktion der in das Verfahren einbezogenen Stelle durch angemessene Organisation abgesichert wird.*

(17) *Die funktionell-organisatorische Trennung von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde kann unter Wahrung der Richtigkeitsgewähr und des Rechtsschutzes akzeptanzstiftende Wirkung haben. Hingegen ist die Verfahrensstufung und organisatorische Trennung von Präsidentenkammer und sachlich zuständiger Beschlusskammer im telekommunikationsrechtlichen Marktregulierungsverfahren organisierte Ineffizienz und bringt den Präsidenten zudem in einen Rollenkonflikt. Die unionsrechtlich geforderte Rolle eines Verfahrenspartners des Antragstellers können die Einheitlichen Stellen nur übernehmen, wenn das Landesrecht hierzu Stellen bestimmt, die sich gerade mit dieser Aufgabe identifizieren.*

IV. Folgen der Missachtung des Verfahrensrechts

(18) Die Verfassung stellt bei Verfahrensverstößen einen Sanktionsrahmen bereit. Auch aus einer Verletzung von grundrechtsgebotenem Verfahrensrecht folgt noch nicht, dass auch die Sachentscheidung den grundrechtlichen Freiheitsanspruch verletzt.

(19) Die Heilung eines Verfahrensverstößes kann nur gelingen, wenn die Herstellung einer der Ursprungssituation vergleichbaren Situation möglich ist. Diese entscheidungstheoretische Einsicht findet im Gebot realer Fehlerheilung ihr rechtliches Pendant. Dem wird die Praxis nicht gerecht. Wird das Gebot realer Fehlerheilung ernst genommen, scheidet jedenfalls bei Anhörungsmängeln eine behördliche Heilung während des gerichtlichen Verfahrens aus. Der Gesetzgeber ist gefordert, insoweit die Heilungsmöglichkeit zeitlich auf den Abschluss des Verwaltungsverfahrens zu beschränken.

(20) Die Folgen verfahrensfehlerhaften Handelns für die Sachentscheidung sind vielgestaltig und vor allem handlungsformabhängig.

(21) Die Steuerungsleistungen des Aufsichts- und Haftungsrechts für die Beachtung gerade des Verfahrensrechts sind gering. Entscheidend ist deshalb die gerichtliche Kontrollerwartung der Verwaltung.

(22) In der dem deutschen Recht eigenen materiellakzessorischen Konzeption subjektiver Verfahrensrechte spiegelt sich ergebnisbezogenes Denken. Modernisierungspotential offeriert das Europarecht.

(23) These V: § 46 VwVfG ist weder auf das Phänomen der Prozeduralisierung von Entscheidungen noch überhaupt auf die Bedeutung des Verfahrensrechts für die Sachentscheidung ausgerichtet. Der Kausalitätsmaßstab, den die Norm für das Verhältnis von Verfahrensfehler und Sachentscheidung formuliert, kann nicht die kompetenziell bestimmte Kontrollperspektive des Gerichts überspielen.

(24) Ein Nacharbeiten im Prozess kann wegen des funktionalen Unterschieds zwischen Verwaltungsverfahren und gerichtlicher Kontrolle nicht für ein fehlerhaftes Verwaltungsverfahren kompensieren.

V. Ausblick

(25) Dem Verwaltungsverfahren kommt Eigenwert zu. Es übernimmt im Verhältnis zur Gerichtsbarkeit unersetzbare Funktionen. Das Fehlerfolgenregime trägt diesem Eigenwert wegen der „regulativen Idee“ der einzig richtigen Entscheidung nicht angemessen Rechnung. Gefragt ist nach einem kohärenten System administrativer Letztentscheidungsermächtigungen, in dem das Verwaltungsverfahren einen wichtigen Baustein bildet.

Dritter Beratungsgegenstand:

Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

2. Referat von Professor Dr. *Michael Fehling*, Hamburg

Inhalt

	Seite
I. Einführung	280
II. Ausprägungen und Wirkrichtungen des Eigenwerts von Verwaltungsverfahren	281
1. Nicht instrumentelle und instrumentelle Verfahrensfunktionen	281
a) Eigenwert des Verfahrens auch unabhängig vom Ergebnis (nicht instrumentelle Funktion)	282
b) Eigenwert des Verfahrens für ein rechtmäßiges und darüber hinaus sachrichtiges Verwaltungshandeln (instrumentelle Funktion) als Normalfall	284
2. Eigenwert als Gegensatz zur dienenden Funktion des Verfahrens?	286
3. Gefahr einer dysfunktionalen Instrumentalisierung des Verfahrens	287
III. Traditionelle Prüfsteine für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in rechtsvergleichender Perspektive	289
1. Reichweite von Verfahrensgarantien	289
2. Folgen von Verfahrensfehlern	292
a) Unbeachtlichkeit	293
b) Heilungsmöglichkeiten	297
3. Ausrichtung der Gerichtskontrolle	299
a) Isolierte Geltendmachung von Verfahrensverstößen	299
b) Individualrechtsschutz versus objektivierte Kontrolle	300
c) „Durchentscheiden“ des Gerichts oder „Zurückverweisung“ an die Verwaltung	302
d) Ergebniskontrolle versus Verfahrenskontrolle	304
IV. Alte und neue Facetten eines Eigenwerts von Verfahren im Verwaltungsrecht	307
1. Rechtsverteidigung	307

2. Problemsensibilisierung, plurale Informationsgewinnung und Interessenverarbeitung durch Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung	309
3. Chancengleicher Wettbewerb durch strukturierte ökonomisch geprägte (Vergabe-)Verfahren	311
4. Lernprozesse in gestuften Verbundverfahren	313
5. Verfahren als Lotse durch die Untiefen des materiellen (Genehmigungs-)Rechts (Servicefunktion)	315
V. Folgerungen	317
1. Die europäische Steuerung des indirekten Vollzugs als Triebfeder für Prozeduralisierung	317
2. Bedeutungsgewinn des internen Verfahrens	317
3. Fehlender Zusammenhang von Eigenwert und Förmlichkeit des Verfahrens	318
4. Wissensdefizite und Interessenkonflikte als zentrale Parameter für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens	319
VI. Europäische und rechtsvergleichende Impulse für eine ökonomische Perspektive	322
1. Verfahrenseffizienz als Optimierungsproblem	322
2. Benchmark-Funktion des Rechts auf gute Verwaltung für bereichsspezifisch ausdifferenzierte Verfahren	324
VII. Fazit: Prozeduralisierung als zweitbeste Lösung	325

I. Einführung

Wer den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens betont, will damit das Bewusstsein dafür schärfen, dass das Verfahren einen zentralen Beitrag zur Sicherung der Rechtmäßigkeit und Sachrichtigkeit von Verwaltungsentscheidungen leisten muss.¹ Häufig verbindet sich damit aber auch ein Appell zum Umsteuern weg von einer, wie es heißt, zu einseitigen Ergebnisfixierung des deutschen Verwaltungsrechts und hin zu einer Orientierung auf Verfahrensgerechtigkeit und Verfahrenskontrolle.²

So berechtigt das erste Anliegen ist, so fragwürdig erscheint mir das zweite. Weder die Rechtsvergleichung noch das Unionsrecht rechtfertigen das pauschale Verdikt, das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht sei unterentwickelt. Eine Aufwertung des Verfahrensgedankens gestaltet sich bereichsspezifisch ganz unterschiedlich und kann nur in wenigen Rechtsgebieten und unter besonderen Voraussetzungen mit einem Ausbau förmlicher Verfahrensschritte bei gleichzeitiger Beschränkung der materiellen Gerichtskontrolle gleichgesetzt werden. All dies möchte ich im Folgenden näher darlegen.

* Für die kritische Durchsicht verschiedener Entwurfsfassungen und manche Anregung gebührt Gabriele Britz, Christian Bumke und Hermann Pünder besonderer Dank. Für Kommentare aus der verwaltungsgerichtlichen Praxis bin ich Achim Bostedt und Tobias Frische dankbar. Meinen Mitarbeitern Sascha Arnold, Dennis Bodenbenner, Neele Christiansen, Mirja Müller, Henning Wendt und Henning Wienstroth danke ich für fruchtbare Diskussionen und unverzichtbare Hilfe bei der Recherche.

¹ Statt vieler *H. Hill* Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, 202f.; *W. Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 10 Rn. 100; *H. Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 1 u. 11.

² Grundlegend *J. Schwarze* Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, 58 ff., allerdings vor Pauschalierungen warnend; *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 4. Kap. Rn. 75; *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 1), § 10 Rn. 103 ff.; *I. Appel* Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 (274); *W. Kahl* DV 42 (2009), 463 (472 ff.); *K.-P. Dolde* NVwZ 2006, 857 (862 f.); zurückhaltender *E. Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2008, § 27 Rn. 66 ff.: Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme; im Vergleich mit den USA vgl. *F. Scharpf* Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970, insbes. 41 ff.

II. Ausprägungen und Wirkrichtungen des Eigenwerts von Verwaltungsverfahren

1. Nicht instrumentelle und instrumentelle Verfahrensfunktionen

Verwaltungsverfahren³ können kein Selbstzweck sein. Ihr Eigenwert kann sich aus einer Verbesserung der Sachentscheidung ergeben (instrumentelle Funktion), aber auch unabhängig vom Ergebnis aus anderen, entscheidungsexternen (insoweit nicht instrumentellen) Funktionen.⁴

³ Darunter werden hier über § 9 VwVfG hinaus alle diejenigen Vorgänge der Informationsgewinnung und -verarbeitung in der Verantwortung eines Trägers öffentlicher Verwaltung verstanden, welche auf Einzelmaßnahmen ausgerichtet sind. Dies schließt Verfahren nach Privatrecht oder informeller Natur mit ein, ebenso staatliche Verfahrensanteile in Strukturen regulierter Selbstregulierung. Über das Verhältnis zum Bürger hinaus (äußeres Verfahren) sind auch inner- und interadministrative (verwaltungsinterne) Verfahren mit mittelbarem Außenbezug sowie das innere Verfahren im Sinne der behördlichen Entscheidungsfindung als Gedanken-, Willens- und Argumentationsprozess erfasst. Das hier zu behandelnde Thema führt zu zwei Einschränkungen gegenüber dem verbreiteten weiteren Begriff des Verwaltungsverfahrens: Den Vorgaben des Vorstands folgend bleiben Verfahren der exekutiven Normsetzung ausgeklammert. Zuden stehen eingrenzend entscheidungsbezogene Verfahren im Vordergrund, weil sich die Frage nach dem Eigenwert des Verfahrens in erster Linie dort stellt, wo mit einer wie auch immer gearteten Maßnahme (die kein Verwaltungsakt sein muss) und dem dafür maßgeblichen materiellen Recht ein Gegenpol zum Verfahren existiert. Wegen des allgemeineren Erkenntnisinteresses ohne diese Einschränkungen zB *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 1; *H.C. Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 2.

⁴ In der Sache ähnliche Unterscheidung zB bei *F. Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (466); *H.A. Wolff* FS Scholz, 2007, 977 (978); *M. Burgi* JZ 2010, 105 (108); die Grundkategorien von „instrumentellen Verfahrensvorschriften“ und solchen „mit Selbstzweckcharakter“ finden sich auch bei *M. Morlok* Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel kommunaler Satzungen, 1988, 90 ff. u. 139 ff., der als zusätzliche Kategorien „Vorschriften reiner Verfahrensgerechtigkeit“ und „heteroteleologische Verfahrensvorschriften“ unterscheidet; diese zusätzlichen Zwecke lassen sich jedoch bei den beiden Hauptkategorien einordnen (vgl. auch die Kritik von *C. Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht, 1999, 296 mit dortiger Fn. 26); von einem engeren Begriff der instrumentellen Funktion, die er der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren gegenüberstellt, geht *F. Schoch* DV 25 (1992), 21 (24 f.) aus. Die hier zugrunde gelegte Unterscheidung hat den Vorteil, dass sie auch rechtsvergleichend anschlussfähig ist: Vor allem in England wird teilweise von einer *instrumental* bzw. *non-instrumental justification* von Verfahrensvorschriften gesprochen; s. *P. Craig* Administrative Law, 6. Aufl. 2008, Rn. 12–002, unter Hinweis auf *J. Resnick* Due Process and Procedural Justice, in: Pennock/Chapman (Hrsg.) Due Process, 1977, 217; aus der Rechtsprechung wird verwiesen auf *R v. Secretary of State for the Home Department Ex p. Doody* (1994) A.C. 531 (551), wo das Recht eines Häftlings, die Begründung für die Dauer seiner Haft bis zu einer möglichen Entlassung zu erfahren, zweifach begründet wird: zum einen mit dem „menschlichen Be-

a) *Eigenwert des Verfahrens auch unabhängig vom Ergebnis
(nicht instrumentelle Funktion)*

Für einen Eigenwert des Verwaltungsverfahrens ohne Rücksicht auf das Resultat lassen sich verschiedene Gesichtspunkte anführen. Rechtsvergleichend im Vordergrund steht die Betonung der Menschenwürde durch Subjektstellung im Verfahren;⁵ in diese Richtung weist auch Häberles Figur des status activus processualis.⁶ Erweiterte Partizipationsrechte ersetzen zwar nicht die klassischen Formen demokratischer Legitimation, stärken aber womöglich den demokratischen Gemeinsinn der Bürger, das Bewusstsein ihrer Mitverantwortung für die öffentlichen Angelegenheiten.⁷ Dieses Ziel spiegelt sich auf europäischer Ebene nun auch in Art. 11 Abs. 1–3 EUV wider.⁸ Durch Verfahrensgerechtigkeit und Transparenz will man zudem die Akzeptanz der Entscheidung fördern, selbst bei einem für die Betroffenen nachteiligen Ergebnis.⁹ Dabei darf das Verfahren gerade nicht als ein bloßes Ritual

dürfnis“, die Gründe zu kennen (d.h. *non-instrumental*) und zum anderen mit der Hoffnung, dann Fehler in der Entscheidung aufzeigen zu können (d.h. *instrumental*). In den USA kennzeichnen manche Autoren die Linie des *Supreme Court* als *instrumental approach* und stellen dem eine *dignitary theory* gegenüber; besonders deutlich J. L. Mashaw *Due Process in the Administrative State*, 1985, 102, 104, 117, 162, 165. In Frankreich scheinen zwar entsprechende Begriffe nicht gebräuchlich, doch der Sache nach werden diese Funktionen etwa bei der *enquête publique* unterschieden; näher vergleichend *Ladenburger* ebd. 295 ff.

⁵ J.L. Mashaw/R.A. Merrill/P.M. Shane *Administrative Law*, 6. Aufl. 2009, 356; E. Rubin 72 Cal.L.Rev. (1984), 1044 (1109 mwN); vgl. auch Mashaw (Fn. 4), 162 ff.; G. Della Cananea 15 Columbia Journal of European Law (2009), 511 ff.; für Deutschland besonders F. Kopp *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht*, 1971, 16 ff.; Hill (Fn. 1), 200 f. Dieser Aspekt kommt in spezifischer Form zum Tragen, wo die personelle Zuwendung das Verwaltungshandeln prägt, wie in der Beratungstätigkeit (Sozialarbeit, Kinder- und Jugendhilfe, Drogenhilfe); s. H. Schulze-Fielitz *GVwR I* (Fn. 1), § 12 Rn. 44.

⁶ P. Häberle *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), 43 (86 ff.).

⁷ Pünder in: Erichsen/Ehlers (Fn. 1), § 13 Rn. 14; A. Fisahn *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, 2002, insbes. 216 ff.; F. Ossenbühl *NVwZ* 1982, 465 (466); skeptischer W. Schmitt Glaeser *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, VVDStRL 31 (1973), 179 (109 ff.); zur historischen Entwicklung des Partizipationsdiskurses A.-B. Kaiser *Die Kommunikation der Verwaltung*, 2009, 136 ff.

⁸ Noch deutlicher zuvor im Weißbuch „Europäisches Regieren“, KOM (2001) 428 endg.; zum Ganzen näher K. Gärditz *DÖV* 2010, 453 (456 f.); zum Weißbuch auch W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, 9 (18 f.).

⁹ Hill (Fn. 1), 212 f.; T. Würtenberger *Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, 1996, 31 ff. u. 64 ff.; ders. *NJW* 1991, 257 (258 f. u. 260 f.); zum Zusammenhang mit der Unparteilichkeitssicherung M. Fehling *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Ge-*

zur Ruhigstellung der Betroffenen missverstanden werden, wie es bei *Luhmanns* Konzeption einer „Legitimation durch Verfahren“ anklingt.¹⁰ Vielmehr soll das Vertrauen der Bevölkerung in die staatlichen Institutionen auch allgemein gestärkt werden, getreu der angelsächsischen *Maxime*: „Justice should not only be done but [...] seen to be done“¹¹.

Alle diese Ziele sind erstrebenswert, lassen sich aber nur ansatzweise erreichen.¹² Denn letztlich zählt für die Betroffenen doch in allererster Linie das Ergebnis.¹³ Nicht instrumentelle Verfahrensfunktionen kön-

staltungsaufgabe, 2001, 84 ff.; für die USA z. B. *M. Asimov* 39 U.C.L.A.L. Rev. (1992), 1067 (1127 f.); *P. Verkuil* 43 U. Chi.L.Rev. (1976), 739 (740 u. 752 ff.). Die an der Akzeptanzsuche gelegentlich geäußerte Kritik betrifft weniger die Verfahrensgestaltung als die (angeblich) zu große inhaltliche Kompromissbereitschaft; übersteigernd *M. Ronellenfitsch* in: Blümel/Pitschas (Hrsg.) Reform des Verwaltungsverfahrenrechts, 1984, 303 (305 f. u. 312 ff.); dagegen in der Diskussion zu Recht *R. Wahl* in: ebd., 334; abgewogen *R. Steinberg* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, 295 (298 f.); *F. Schoch* DV 25 (1992), 21 (31 f.).

¹⁰ Wenn er allein auf das tatsächliche Akzeptieren von Entscheidungen im Sinne eines wertfreien Sichabfindens abstellt (*N. Luhmann* Legitimation durch Verfahren, 1978, 33 u. 40 ff.) – und auch dies nur für Gerichtsverfahren, während er Verwaltungsverfahren von Legitimations- und Akzeptanzbürden entlasten will (ebd. 210 f., zu Ausnahmen 216 f.). Zur kritischen Rezeption in der Rechtswissenschaft zuletzt *F. Wittreck* in: Stollberg-Rilinger/Krischer (Hrsg.) Herstellung und Darstellung von Entscheidungen, Beiheft 44 der Zeitschrift für historische Forschung, 2010, 65 ff., zur Abgrenzung der Konzeption *Luhmanns* von einem gerechtigkeitsorientierten Verfahrensverständnis ebd. 75 u. 82 f.

¹¹ *Lord Hewart* in *R. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, 1924, I.K.B.259. Auch in Deutschland vielfach aufgegriffen, zB von *Kopp* (Fn. 5), 44 f.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 2), 6. Kap. Rn. 46.

¹² Zum geringen Akzeptanzerfolg des klassischen Erörterungstermins *G. Schuppert* Verwaltungswissenschaft, 2000, 818 ff., gestützt auf empirische Untersuchungen von *A. Bora* Zur Notwendigkeit einer früheren Einbeziehungen der Öffentlichkeit s. unten IV. 2. mit Fn. 114.

¹³ Empirische Untersuchungen dazu scheinen zu fehlen, doch gibt es entsprechende Indizien, etwa die geringe Akzeptanz der Verfahrensformalisierung im Vergaberecht; vgl. zum Vereinfachungsziel der Vergaberechtsreform im Jahr 2009 unten V. 3. mit Fn. 155. Allgemein ähnlich *J. Pietzcker* Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 193 (195): „Der Bürger sieht das Verwaltungsverfahren nur als Weg zur Verwirklichung seiner Rechte und dringt auf unbürokratische Entscheidung“, ferner ebd. 211. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass etwa personelle Zuwendung und respektvoller Umgang in der Arbeits- und Sozialverwaltung ebenfalls wichtig sind (wozu es keineswegs ausreicht, die Betroffenen als Kunden zu bezeichnen) und dass breite Partizipationsrechte in Großverfahren auch deshalb notwendig erscheinen, um einem demokratischen Engagement aushöhlenden Ohnmachtsgefühl der Bürger vorzubeugen (*H. Rossen-Stadtfeld* GVwR II [Fn. 2], § 29 Rn. 8 u. 10, spricht von der appellativen, motivierenden und aktivierenden Funktion von Öffentlichkeitsbeteiligung).

nen daher regelmäßig nicht allein stehen. Wohl aber können sie ergebnisbezogene Funktionen ergänzen – bei Partizipationsrechten etwa geht es auch um Informationsbeschaffung¹⁴ und Interessenverarbeitung – und so den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens insgesamt stärken.¹⁵

- b) *Eigenwert des Verfahrens für ein rechtmäßiges und darüber hinaus sachrichtiges Verwaltungshandeln (instrumentelle Funktion) als Normalfall*

Im Regelfall und vorrangig speist sich der Eigenwert des Verfahrens aus dessen instrumenteller Funktion als Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts.¹⁶ Die produktive, die Problemlösungskapazität der Verwaltung erhöhende Rolle des Verfahrens tritt besonders hervor, wo es Entscheidungsspielräume sachgerecht auszufüllen gilt,¹⁷ wie oftmals im Umweltrecht oder bei der Regulierung der Netzwirtschaften. Dabei vermögen ausgebaute Verfahrensgarantien sogar Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte zu kompensieren.¹⁸

¹⁴ Hervorgehoben von M. Schmidt-Preuß NVwZ 2005, 489 (490).

¹⁵ Für die Fehlerfolgen behält die Unterscheidung jedoch eine auch rechtsdogmatische Bedeutung: Je weiter der nicht instrumentelle Wert von Verfahrensvorschriften reicht, um so näher liegt bei Verstößen die Einordnung als absoluter und damit in teleologischer Reduktion von § 46 VwVfG stets beachtlicher Verfahrensfehler; in diese Richtung bereits Hill (Fn. 1), 372.

¹⁶ Topos von R. Wahl Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 151 (153); aufgegriffen zB von F. Hufen Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. 2002, Rn. 8; Schmidt-Aßmann GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 65; F. Schoch in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 50 Rn. 298.

¹⁷ Hoffmann-Riem GVwR I (Fn. 1), § 10 Rn. 100f. mwN.

¹⁸ Allgemein schon W. Brohm Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 245 (279); ferner statt vieler F. Ossenbühl NVwZ 1982, 465 (466). Insbesondere im Telekommunikationsrecht bewirkt das europäische Richtlinienrecht eine Reduzierung der materiell-rechtlichen Kontrolldichte, weil es weitreichende Ermessensspielräume für die nationalen Regulierungsbehörden fordert und eine vollständige gesetzliche Programmierung teilweise verbietet, dies im scharfen Gegensatz zum klassischen deutschen Verständnis von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung als eng begrenzter Ausnahme und einem weit reichenden materiell-rechtlichen Vorbehalt des Gesetzes; korrespondierend fordert das Unionsrecht einen Ausbau der Verfahrenskontrolle, bezogen zum einen auf die gestuften Mitwirkungsstrukturen im europäischen horizontalen wie vertikalen Verfahrensverbund, zum anderen auf die Verfahrensanforderungen als Grenze von Beurteilungs- und Ermessensermächtigungen; kennzeichnend BVerwGE 131, 41 (insbes. Rn. 14 ff., 21 f., 47 ff., 63 ff.) – Anrufzustellung im Mobilfunk; vgl. auch BVerwGE 130, 39 (Rn. 28 ff. u. 31) zur Bedeutung der vorherigen Antragstellung im Verwaltungsverfahren; kritisch zur Absenkung der materiell-rechtlichen Kontrolldichte im Regulierungsrecht z.B. K. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1007 f.); abgewogen J.-P. Schnei-

Aber selbst bei gebundenen Entscheidungen muss das Verfahren das notwendige Wissen generieren,¹⁹ mit dessen Hilfe es erst möglich wird, die aus der Kontrollperspektive einzig rechtmäßige Entscheidung aufzufinden.²⁰ Wenn etwa in der Hartz-IV-Administration missverständliche Formulare, ungenügende Beratung und eine schlechte Koordination von Bundesagentur und Jobcentern zu massenhaft fehlerhaften Bescheiden führen,²¹ so zeugt dies von der Schlüsselrolle der Verfahrensgestaltung auch in weiten Bereichen der Massenverwaltung.

Die spezifische Richtigkeitsgewähr durch Verwaltungsverfahren²² verleiht diesem einen Eigenwert nicht nur gegenüber dem materiellen

der in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) *Regulierungsrecht*, 2010, § 22 Rn. 22 ff. Im Umweltrecht grundlegend zum Grundrechtsschutz durch Verfahren BVerfGE 53, 30 (65 ff., noch deutlicher im Sondervotum 75 ff.) – Mülheim-Kärlich; die besondere Bindungswirkung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften mit der Folge der Einschränkung der materiell-rechtlichen Kontrolldichte bei darauf gestützten Entscheidungen wird nicht zuletzt damit begründet, dass sie „entsprechend der Art ihres Zustandekommens“ (insbes. „Anhörung beteiligter Kreise“, § 51 BImSchG) ein hohes Maß an Sachverstand verkörpern, BVerwGE 110, 216 (219 mwN) u. BVerwG, NVwZ 1995, 994 f.; zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraums im Gentechnikrecht wegen des europarechtlich vorgesehenen verfahrensrechtlichen Konfliktlösungsmechanismus unter Einschaltung der EU-Kommission s. OVG Lüneburg, NuR 2009, 566 (599). Wie BVerfGE 110, 33 (67 f.) für das Polizei- und Ordnungsrecht deutlich gemacht hat, ist eine Kompensation materiell-rechtlicher Programmierungsdefizite durch Verfahrensgarantien jedoch nicht grenzenlos möglich, weil sonst das Bestimmtheitsgebot ausgehöhlt würde; dazu R. Poscher DV 41 (2008), 345 (350 mwN).

¹⁹ Dazu statt vieler I. Spiecker gen. Döhmman/P. Collin (Hrsg.) *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im Verwaltungsrecht*, 2008; M. Eifert *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch*, VVDStRL 67 (2008), 286 (325 ff.); B. Wollenschläger *Wissensgenerierung im Verfahren*, 2009; viel früher schon Hill (Fn. 1), 211 f.

²⁰ Zur Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollperspektive W. Schmidt Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, Rn. 97; Wahl *Verwaltungsverfahren* (Fn. 16), 160 f.; W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.) *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, 115 (125 ff.). Zur Gesetzesanwendung als Prozess arbeitsteiliger Rechtskonkretisierung statt vieler Schuppert (Fn. 12), 514 ff.; s. aber auch schon K.A. Bettermann *Das Verwaltungsverfahren*, VVDStRL 17 (1959), 118 (139). Der zunächst weite Korridor der Möglichkeiten wird erst im und durch Verfahren Schritt für Schritt auf eine Entscheidung hin verengt; zu diesem progressiv-sequentialistischen Charakter von Verfahren schon Morlok (Fn. 4), 99 f.; Schmitt Glaeser *Partizipation* (Fn. 7), 194 f.; vgl. auch R. Pitschas *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, insbes. 28 ff., 126 ff. u. 687 ff.

²¹ So der Sozialrichter M. Kanert im Interview, Badische Zeitung vom 3. 8. 2010, 5.

²² Zum über bloße Rechtmäßigkeit hinausgehenden Gehalt von Richtigkeit Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (26 ff.); Hoffmann-Riem *GVwR I* (Fn. 1), § 10 Rn. 67 ff. u. 101 mwN.

Recht und dessen Gerichtskontrolle, sondern auch gegenüber dem gerichtlichen Verfahren. Das Gerichtsverfahren ist der Grundkonzeption nach kein verbessertes Verwaltungsverfahren;²³ vielmehr besitzen beide ihr eigenes, unterschiedliches Potential zur Informationsverarbeitung und Konfliktlösung.²⁴

2. *Eigenwert als Gegensatz zur dienenden Funktion des Verfahrens?*

Oftmals ist von der dienenden Funktion des Verfahrens die Rede.²⁵ Damit wird – mit den Worten des Verfassungsgerichts – „im allgemeinen zum Ausdruck gebracht, dass das Verwaltungsverfahren kein ‚Wert an sich‘ sei, sondern zum Erlass materiell rechtmäßiger und zweckmäßiger Verwaltungsakte beitragen soll“.²⁶ Dienend ist aber nicht gleichzusetzen mit geringwertig oder gar bedeutungslos;²⁷ die instrumentelle Ausrichtung von Verfahrensrechten sagt nichts über deren Gewicht.²⁸ Wenn z. B. materielle Steuergerechtigkeit durch

²³ Anders tendenziell noch *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 20), 173 ff. u. 244 f.; zum historischen Kontext der Kodifikationsdiskussion *Kaiser* (Fn. 7), 82 f.; vgl. auch BVerwGE 48, 271 (276 f.) wonach die Bestandskraft der Ablehnung eines nachträglichen Baugenehmigungsantrags nicht mit der Rechtskraft eines Gerichtsurteils gleichgesetzt werden könne, wenn und weil der Verwaltungsakt nicht in einem Verfahren ergangen sei, das „eine dem Gerichtsverfahren vergleichbare [...] Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung“ biete. Vgl. auch unter Fn. 86.

²⁴ *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 1), § 10 Rn. 101.

²⁵ Im Ausland findet sich Vergleichbares seltener. Für Frankreich s. *Ladenburger* (Fn. 4), 183, zu Ausnahmen 445 f.; *E. Schmidt-Aßmann/H. Krämer* EuZöR, Sonderheft 1993, 99 (101), mit Verweis auf *Debbasch/J.-C. Ricci* Contentieux administratif, 5. Aufl. 1990, 804: „La forme n'est qu'un moyen au service d'une fin“. Im angelsächsischen Bereich spricht man eher von *instrumental justification*, s. oben Fn. 4.

²⁶ BVerfGE 105, 48 (60) – Rückwirkung im Sozialrecht.

²⁷ *Wolff* FS Scholz (Fn. 4), 977 (978); *F. Wollenschläger* Verteilungsverfahren, 2010, 694; der Sache nach auch *H. Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 8. Zuzugeben ist, dass in der Rspr. die Formel von der „dienenden Funktion“ fälschlicherweise gelegentlich zur Abwertung des Verfahrensgedankens verwendet wird, s. BVerwGE 92, 258 (261), wo daraus die fehlende Klagbarkeit von Verfahrensteiligungsrechten, denen keine materielle Rechtsposition entspricht, hergeleitet wird; vgl. auch BVerwGE 105, 348 (354). Kritik an diesem in Deutschland verbreiteten abwertenden Verständnis z. B. bei *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 586 ff.; *Ladenburger* (Fn. 4), 302 f.

²⁸ Vgl. *Morlok* (Fn. 4), 92, wonach die Verdeutlichung des Bezugs verfahrensrechtlicher Vorschriften zu den materiellrechtlichen Zielen, denen diese zu dienen bestimmt sind, die Dignität des materiellen Rechts auf das Verfahren übertrage; für die Entscheidungsbegründung in rechtsvergleichender Perspektive *J. Saurer* VerwArch 100 (2009), 354 (389). Zum dienenden, zweckhaften Charakter des Verfahrensrechts auch dort, wo es eine schwache materiell-rechtliche Programmierung kompensieren soll, s. *M. Pöcker* Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, 35 ff., insbes. 40 ff.

ein effektives Steuererhebungsverfahren hergestellt und so gleichheitswidrige Vollzugsdefizite abgebaut werden müssen,²⁹ so dient das Verfahren allein der Durchsetzung des zwingenden Steuerrechts, besitzt dafür aber einen erheblichen, durch nichts zu ersetzenden Eigenwert.

Dienende Funktion und (instrumenteller) Eigenwert des Verfahrens sind damit kein Gegensatz, sondern die zwei Seiten einer Medaille.³⁰

3. Gefahr einer dysfunktionalen Instrumentalisierung des Verfahrens

Das Wort Eigenwert ist positiv konnotiert.³¹ Doch kann das Verfahren auch eine negative Eigenständigkeit dadurch gewinnen, dass es dysfunktional instrumentalisiert wird. Viel beschworen wird die Gefahr des Missbrauchs von Verfahrensrechten zur Verzögerung und Blockade politisch kontroverser Großprojekte.³² In jüngster Zeit an Bedeutung gewinnt der Verdacht der Instrumentalisierung von Verfahren zum Ausspähen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Konkurrenten könnten namentlich in Regulierungsverfahren für Netzzugangsentgelte und in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren über ihr Aktenein-

²⁹ BVerfGE 110, 94 (113 ff.) – Spekulationsgewinnbesteuerung; E 84, 239 (278 ff.) – Zinsbesteuerung; dazu J.-P. Schneider GVwR II (Fn. 2), § 28 Rn. 164.

³⁰ Ähnlich M. Schmidt-Preuß NVwZ 2005, 489 (490); C. Quabeck Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, 11 ff. u. 284, der (ebd., 14) davon eine „nur dienende Funktion“ unterscheidet; Schneider GVwR II (Fn. 2), § 28 Rn. 1; ebenso im Erstreferat E. Gurlit Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), unter II. 1. Anders freilich die vorherrschende Begriffsverwendung, die „dienend“ eben doch gleichsetzt mit rein untergeordneter, geringer Bedeutung; so mit Kritik an diesem Zustand z.B. Schmidt-Aßmann GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 4 u. 64 f.; R. Wahl DVBl. 2003, 1285 (1287).

³¹ Dementsprechend ist vom Eigenwert des Verwaltungsverfahrens durchweg nur die Rede, wenn dessen für die Rechtsordnung wichtige legitimatorische (im weitesten Sinne), produktive oder kompensatorische Funktionen betont werden sollen.

³² Besonders drastisch Ronellenfisch in: Blümel/Pitschas (Fn. 9), 303 (311); abgewogener Rossen-Stadtfeld GVwR II (Fn. 2), § 29 Rn. 71. Allerdings wird man dabei über die Grenze zwischen produktiver, der Wissensgenerierung förderlicher Interessenartikulation und dysfunktionaler Verzögerung oft streiten können. Gewiss können Verzögerungen auch einmal zu besserer wissenschaftlicher oder politischer Einsicht führen, doch darf dies nicht als „katechontische Wirkung“ des Verfahrens (B. Schlink Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 [1990], 235 [259]) überhöht werden, Verzögerung an und für sich ist nicht sinnvoll; s. H. Schulze-Fielitz in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 139 (149); Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 2), 1. Kap. Rn. 32.

sichtsrecht Einblick in die betriebliche Kalkulation des Netzbetreibers bzw. siegreichen Bieters erlangen.³³

Bei der Suche nach einem angemessenen Verfahrensdesign muss auch dieses Missbrauchspotential elaborierter Verfahren einbezogen werden. Einer Verzögerungsstrategie in Großverfahren lässt sich mit Präklusionsvorschriften entgegenwirken, ohne den produktiven Eigenwert des Verfahrens zu verkürzen.³⁴ Schwieriger gestaltet sich dies beim Risiko eines Ausspähsens von Geheimnissen. Während bei Gericht das In-Camera-Verfahren einen Ausweg bietet,³⁵ bleibt im Verwaltungsverfahren nur das Schwärzen entsprechender Passagen in den Akten (vgl. § 29 Abs. 2, § 30 VwVfG) und Ersetzung durch eine Zusammenfassung,³⁶ was jedoch die Rechtsverteidigung Drittbetroffener spürbar beeinträchtigen kann.³⁷

³³ Für das Regulierungsrecht *M. Fehling* in: ders./Ruffert (Fn. 18), § 21 Rn. 124; *D. Hausberg* Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und das Akteneinsichtsrecht der Beteiligten in Entgeltgenehmigungsverfahren nach dem Telekommunikationsgesetz und dem Postgesetz, 2004, 73 ff. Für das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren *M. Fehling* in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Innovationsfördernde Regulierung, 2009, 139 (138 ff.). Partiiell verallgemeinerungsfähig *K. Schmidt* Drittschutz, Akteneinsicht und Geheimnisschutz im Kartellverfahren, 1992, 83 ff. – Erfahrungen in den USA wecken zudem die Befürchtung, die neuen allgemeinen Informationszugangsrechte könnten nicht zuletzt von Unternehmen mit dem Ziel genutzt werden, die Konkurrenz auszuspähen; allgemein: *M. Asimow/R.M. Levin* State and Federal Administrative Law, 3. Aufl. 2009, 479: „Many requests appear to involve efforts by one business to obtain information about another business for private gain“; *A. Theuer* NVwZ 1996, 326 (333) berichtet unter Verweis auf *E. Gurlit* in: Winter (Hrsg.) Öffentlichkeit von Umweltinformationen, 1990, 521, dass in den USA ca. 80 % aller Informationsgesuche unmittelbar oder mittelbar von konkurrierenden Unternehmen gestellt werden. In Frankreich seien es hingegen vor allem Private, die Umweltinformationen nach dem französischen Äquivalent zum UIG erfragten, hierzu *A. Turiaux* Umweltinformationsgesetz, 1995, § 8 Rn. 72.

³⁴ Zur entsprechenden Mitwirkungslast als Korrelat des Mitwirkungsrechts *W. Schmitt Glaeser* in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 35 (66 ff.); Überblick mwN bei *Schneider* GVwR II (Fn. 2), § 28 Rn. 80 f.; kritischer *Rossen-Stadtfeld* GVwR II (Fn. 2), § 29 Rn. 21.

³⁵ BVerwGE 118, 352 ff.; BVerfGE 115, 205 ff.; BVerwGE 127, 282 ff.; vgl. auch EuGH, Slg. 2008, I-581 Rn. 55 – Varec SA/Belgien; EuGH, Slg. 2006, I-6675 Rn. 38 ff. – Mobistar/IBPT.

³⁶ Eine entsprechende Regelung findet sich zwar nur in den Informationsfreiheitsgesetzen (z.B. § 1 Abs. 2 IFG; § 3 Abs. 2 UIG; § 5 Abs. 1 VIG), doch sollte dies als Anforderung an die behördliche Ermessensausübung auf § 29 Abs. 2 VwVfG übertragen werden.

³⁷ Etwas anders stellt sich die Lage im Vergaberecht dar: Die Vergabekammer hat nach § 111 Abs. 2 GWB die Einsicht in die Unterlagen zu verweigern, soweit dies zur

III. Traditionelle Prüfsteine für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in rechtsvergleichender Perspektive

Als Prüfsteine für den Eigenwert, den eine Rechtsordnung dem Verwaltungsverfahren im Vergleich zum materiellen Recht beimisst, dienen traditionell die Verfahrensgarantien und besonders die Folgen von Verfahrensfehlern sowie die stärker prozedurale oder ergebnisorientierte Ausrichtung des gerichtlichen Rechtsschutzes. Hier werden dem deutschen VwVfG-Normalverfahren oftmals erhebliche Defizite im Vergleich zu ausländischen Rechtsordnungen und zum Unionsrecht nachgesagt.

Eine genauere Betrachtung vermag dies jedoch für nur wenige Aspekte zu bestätigen. Man darf dabei nicht isoliert auf die Verfahrensfehlerfolgen blicken, sondern muss diese im Kontext der jeweiligen Rechtsordnung betrachten: Je schwächer Verfahrensgarantien ausgeprägt sind, desto geringer ist der Problemdruck in Richtung einer Abmilderung der Fehlerfolgen.³⁸ Je großzügiger Entscheidungsspielräume der Verwaltung anerkannt werden, desto weniger dürfen Verfahrensfehler folgenlos bleiben.

I. Reichweite von Verfahrensgarantien

Klammert man (wie hier insgesamt) die administrative Normsetzung aus und betrachtet nur Einzelfallentscheidungen,³⁹ so erweisen sich die VwVfG-Verfahrensgarantien im Normalverfahren als vergleichsweise weitreichend. Namentlich das Anhörungsrecht ist in Frankreich und sogar in England und den USA im Normalfall des nichtförmlichen Verfahrens⁴⁰ keineswegs weiter als in Deutschland. Auch im Ausland exis-

Geheimniswahrung geboten ist; ob der Kammer dabei ein Abwägungsspielraum zusteht, ist umstritten (dafür die hM, zB *J. Gröning*, NZBau 2000, 366 [368]; aA *M. Dreher* in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.] GWB-Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 111 Rn. 16). Unterlagen, in die die Einsicht verweigert wurde, dürfen von der Vergabekammer bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden (*Dreher* ebd., § 111 Rn. 18), was den Rechtsschutz wahrt, aber die Entscheidungsrichtigkeit gefährdet.

³⁸ Vgl. für Frankreich *Ladenburger* (Fn. 4), 321 f.

³⁹ Zum entsprechenden, hier zugrunde gelegten Begriff des Verwaltungsverfahrens oben Fn. 3.

⁴⁰ Als Gegenbeispiel für sehr weit reichende Anhörungs- und sonstige Verfahrensrechte dienen oft die USA; grundlegend *Scharpf* (Fn. 2), insbes. 17 ff.; zuletzt *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 1), § 14 Rn. 57 iVm § 13 Rn. 27; für die Entscheidungsbeurteilung auch *J. Saurer* VerwArch 100 (2009), 354 (390). Dies liegt jedoch an der Fixierung auf das auch dort seltene justizähnliche förmliche Verfahren (*formal adjudication*, §§ 554, 556, 557 Federal Administrative Procedure Act – APA; dazu im

tieren Lücken für Drittbetroffene und bei der Ablehnung von Leistungsbegehren, ja selbst in bipolaren Eingriffskonstellationen ist nicht durchweg eine Anhörung garantiert.⁴¹ Im Unionsrecht setzt die Anhö-

Einzelnen *Assimov/Levin* [Fn. 33], §§ 4.1.–4.3.; *F. Erath* Förmliche Verwaltungsverfahren und gerichtliche Kontrolle, 1995, 62 ff.; mit besonderem Fokus auf die Unparteilichkeitssicherungen *Fehling* Unparteilichkeit [Fn. 9], 100 ff.). Selbst wenn man etwas häufigere hybride spezialgesetzliche Verfahren (sofern das Fachgesetz nur ein *hearing* vorschreibt, ist damit keine *formal adjudication* vorgeschrieben, dafür muss es vielmehr zusätzlich die Formulierung *on the record* enthalten; dazu *R. Pierce* Administrative Law Treatise, Bd. 1, 2010, § 8.2.) mit berücksichtigt (zur Verfahrensvielfalt und mit Verweis auf weitere empirische Studien *M. Asimow* 56 Admin. L. Rev. [2004], 1003), werden doch die allermeisten (wohl über 90 %) Verwaltungsverfahren für Einzelmaßnahmen als *informal adjudication* abgewickelt; so *R.J. Pierce, Jr./S.A. Shapiro/P.R. Verkuil* Administrative Law and Process, 5. Aufl. 2009, 365, auch zur Diskrepanz zwischen akademischem Fokus und praktischer Relevanz; *G.J. Edles* 55 Admin L. Rev. (2003), 787 (791); vgl. auch *W. Brugger* Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, 240.

⁴¹ In den USA besteht im nichtförmlichen Normalverfahren mangels gesetzlicher Regelung im *Federal Administrative Procedure Act* (APA) ein Anhörungsrecht nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen *due process*-Garantie, welche auf Eingriffe in *life, liberty and property* beschränkt ist. Diese Begriffe werden vom *Supreme Court* zwar seit den 1970er Jahren etwas weiter verstanden, insbesondere ist die klassische Beschränkung auf *rights* im Gegensatz zu *privileges* (iSv staatlich gewährten Rechten wie zB eine Anstellung im öffentlichen Dienst, hierzu *Mashaw/Merrill/Shane* Administrative Law [Fn. 5], 376 ff.) weggefallen; grundlegend *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 262 (1970). Doch die Gerichte legen diese Begriffe immer noch so restriktiv aus, dass nicht einmal bei adressatenbezogenen Eingriffsakten ein lückenloses Anhörungsrecht existiert; der Vorschlag, *liberty* über die persönliche (Bewegungs-)Freiheit hinaus weit zu verstehen als individuelle Freiheit, von einer unzulässigen Verwaltungsentscheidung verschont zu bleiben (hierzu *Pierce/Shapiro/Verkuil* [Fn. 40], 257 ff., *W.W. Van Alstyne* 62 Cornell L. Rev. [1977], 445 [487]), hat sich nicht durchgesetzt; detaillierte Rechtssprechungsanalyse bei *Pierce* (Fn. 40), § 9.3. Inwieweit Drittbetroffene *due process*-Rechte genießen, bleibt unklar; Überblick bei *Mashaw/Merrill/Shane* ebd., 417 ff. Schutzpflichten und daraus folgende Verfahrensrechte werden kaum anerkannt: ein drastisches Beispiel bildet *Town of Little Rock v. Gonzales*, 545 U.S. 748 (2005). Bei der Versagung von Leistungen liegt regelmäßig nur dann ein Eingriff (*deprivation*) in *property rights* vor, wenn zuvor gewährte (Sozial-)Leistungen, auf die – wie nur selten – ein gesetzlicher Anspruch besteht (*entitlement*), nicht verlängert oder widerrufen werden; Überblick bei *Pierce* ebd., 775 ff.; vgl. insbes. – dort freilich im Zusammenhang mit funktionaler Privatisierung – *American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan*, 526 U.S. 40 (1999); zusammenfassend zur regelmäßigen Ablehnung eines Anhörungsrechts für Drittbetroffene und bei Leistungsbegehren *J. L. Mashaw* 76 Geo. Wash. L. Rev (2007), 99 (120).

In England ist die allgemeine Garantie der Verfahrensfairness des Common Law (*duty to act fairly*) Grundlage des Anhörungsrechts, heute auch über justizähnliche Verwaltung hinaus und nicht auf Verwaltungsakte im deutschen Sinne beschränkt; grundlegend *Ridge v. Baldwin* (1964) AC 40. Schon ein Eingriff in schutzwürdige In-

rung ebenfalls grundsätzlich eine drohende Sanktion oder jedenfalls nachteilige Maßnahme voraus (vgl. Art. 41 Abs. 2 lit. c GrCh);⁴² Drittbetroffene sind nur anzuhören, soweit spezialgesetzlich angeordnet.⁴³

Interessen oder aus der bisherigen Verwaltungspraxis gespeiste legitime Erwartungen reicht aus; dazu näher *Craig* (Fn. 4), Rn. 12–013 ff.; von einer Ausdehnung von *rights* auf teilweise auch *privileges* sprechen *H. Woolf/J. Jowell/A. Le Sueur* *De Smith's Judicial Review*, 6. Aufl. 2007, Rn. 6–046. Dadurch ist das rechtliche Gehör tendenziell etwas weiter als nach § 28 VwVfG, doch bleibt ein erheblicher Wertungs- und Abwägungsspielraum im Einzelfall. Drittbetroffene müssen auch hier nur selten angehört werden, vor allem bei der Konkurrenz um knappe Vergünstigungen und Genehmigungen; näher: *Woolf/Jowell/Le Sueur* ebd., Rn. 7–024 ff. In einer Verpflichtungssituation (*mandatory order*) wird eine Anhörung verbreitet dann gefordert, wenn der Antrag aus Erwägungen abgelehnt werden soll, die dem Antragsteller ersichtlich noch nicht bekannt sind; vgl. *W. Wade/C.F. Forsyth* *Administrative Law*, 10. Aufl. 2009, 459 f. Teilweise wird abgestuft zwischen der Entziehung einer Genehmigung (wozu es eines *full hearing* bedarf), der verweigerten Verlängerung einer Genehmigung sowie dem bloßen Antrag auf Genehmigung; dazu mit Plädoyer für eine Betrachtung des Einzelfalls *Craig* ebd., Rn. 12–022; näher *Woolf/Jowell/Le Sueur* ebd., Rn. 7–005 ff.

In Frankreich wurden ein Anhörungs- und damit eng verbunden auch ein Akteneinsichtsrecht zunächst von der Rechtsprechung äußerst restriktiv nur für eng verstandene Maßnahmen mit Sanktionscharakter gewährt; zur Entwicklung *Ladenburger* (Fn. 4), 36 ff. Durch gesetzliche Kataloge sind diese Verteidigungsrechte mittlerweile aber spürbar erweitert worden; näher *ders.* ebd., 44 ff.; zur Erweiterung über den Zentralstaat hinaus s. Art. 24 de la loi n° 2000–321 du 12 avril 2000 i.V.m. Art. 1 und Art. 2 de la loi n° 79–587 du 11 juillet 1979; *T. v. Danwitz* *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, 56 ff. Doch noch immer werden nicht einmal alle adressatenbezogenen Eingriffsmaßnahmen erfasst (vergleichend, *Ladenburger* ebd., 121 f.), erst recht nicht drittbetastende Maßnahmen (*M. Fromont* *Droit administratif des États européens*, 2006, 217; *Ladenburger* ebd., 45 f.) und die Ablehnung von Begünstigungen (*Fromont* *Droit administratif* ebd., 217); so auch *E. Eisenberg* *Die Anhörung des Bürgers im Verwaltungsverfahren und die Begründungspflicht für Verwaltungsakte*, 1999, zusammenfassend 236 f.

⁴² Vgl. EuGH, Slg. 1974, 1063 Rn. 15 – *Transocean Marine Paint*; EuGH, Slg. 1991, I-3187 Rn. 15 – *Al-Jubail Fertilizer*. Dem Charakter als Verteidigungsrecht entsprechend besteht der Anhörungsanspruch zunächst für den (potentiellen) Adressaten eines Beschlusses; s. *J. Schwarze* *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2005, 1276 f.; *P. Craig* *EU Administrative Law*, 2006, 314.

⁴³ Wie verbreitet auf Antrag im Kartell-, Fusionskontroll- und Antidumpingrecht, näher mit Auflistung von Vorschriften *M. Fehling* in: *Terhechte* (Hrsg.) *Europäisches Verwaltungsrecht* (im Erscheinen), § 12 Rn. 34; mit Tendenz zur Verallgemeinerung (als „einfache“ im Gegensatz zur „förmlichen“ Anhörung) *Danwitz* (Fn. 41), 425 f.; demgegenüber im Unionsrecht erhebliche Lücken des Anhörungsrechts für Drittbetroffene konstatierend *G. Britz* *FS Fachbereich Rechtswissenschaft zum 400jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen*, 2007, 115 (122 ff.); daraus schließend, dass „das EG-Recht keineswegs von puristischer Verfahrensfreundlichkeit gekennzeichnet“ sei, *W. Kahl* *VerwArch* 95 (2004), 1 (30 f.). Außerhalb solcher spezieller Verbürgungen besteht keine Pflicht, Dritte anzuhören; etwa EuG, Slg. 1998,

Eine allgemeine Begründungspflicht für Verwaltungsentscheidungen ist sowohl Frankreich als auch England und den USA unbekannt.⁴⁴ Sie findet sich nur in § 39 VwVfG und im Unionsrecht (Art. 296 AEUV, Art. 41 Abs. 2 lit. c GrCh). Somit sind die Verfahrensgarantien, was die Begründung anbelangt, im Ausland sogar schwächer ausgeprägt als in Deutschland. Insoweit ist dann auch der Problemdruck in Richtung einer Abmilderung der Fehlerfolgen geringer.

2. Folgen von Verfahrensfehlern

Heilungs- und Unbeachtlichkeitsregelungen für Verfahrens- und Formfehler sind keine deutsche Eigenheit. In allen hier untersuchten

II-2405 Rn. 59f. – British Airways; K. Pfeffer Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, 142 ff. mwN; zum Beihilfenaufsichtsverfahren H.P. Nehl Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung, 2002, 300 ff.; für das Recht auf gute Verwaltung am Beispiel des mitgliedstaatlichen Vollzugs der KartellVO Britz ebd., 115 (124).

⁴⁴ In Frankreich betrachtete der Staatsrat die knappe gesetzliche Auflistung von begründungspflichtigen Entscheidungen grundsätzlich als abschließend, dazu G. Braibant/B. Stirn Le droit administratif français, 7. Aufl. 2005, 295 f.; R. Chapus Droit administratif général, Bd. 1, 15. Aufl. 2001, Rn. 1323; Ladenburger (Fn. 4), 29 unter Verweis auf C.E. vom 9. 12. 1983, Vladescu, Rec. S. 497. Immerhin sind die meisten Eingriffsakte im zweiseitigen Rechtsverhältnis erfasst, Danwitz (Fn. 41), 55. Nicht einbezogen sind jedoch Drittbelastungen und die Versagung von Leistungen bei den – in Frankreich häufigen – Fällen einer Genehmigung mit Ermessen; s. Art. 1 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979; näher Ladenburger ebd., 29 ff.

Das Common Law und damit England sieht traditionell im Fairnessgebot keine allgemeine formelle Begründungspflicht garantiert. Allerdings bewegt sich die Rechtsprechung, in Anbetracht vieler fachgesetzlicher Regelungen und unter dem Einfluss des Unionsrechts, langsam in Richtung eines allgemeinen Grundsatzes; zum Ganzen Craig (Fn. 4), Rn. 12–034; Woolf/Jowell/Le Sueur (Fn. 41), Rn. 7–091; ähnlich Danwitz (Fn. 41), 38; G. Kleve/B. Schirmer in: Schneider (Hrsg.) Verwaltungsrecht in Europa, Bd. 1, 2007, 35 (109). Im Übrigen kann sich aus Rechtsschutzerwägungen indirekt eine Begründungspflicht ergeben, weil sonst der Rechtsschutz erschwert ist, eine Ermessensausübung tendenziell willkürlich erscheint und die Verwaltung ihrer Beweislast kaum genügen kann, auch legitime Erwartungen können eine Begründungspflicht hervorrufen; dazu Craig (Fn. 4), Rn. 12–033.

Sogar in den USA findet sich eine gesetzliche Begründungspflicht im Verfahren der *informal adjudication* nur in Randbereichen, nämlich bei der Ablehnung eines schriftlichen Antrags einer interessierten Person gemäß § 555(e) APA, nicht aber bei sonstigen belastenden Einzelmaßnahmen (die erweiternde Auslegung in Heckler v. Chaney, 470 U.S. 821, 841 f. [1985] [Marshall, J. concurring] hat sich nicht durchgesetzt); zum Ganzen näher Pierce (Fn. 40), § 8.5, insbes. 719; zur Herleitung eines Begründungserfordernisses zur Effektivierung eines *hearing-Rechts* s. J. L. Mashaw 76 Geo. Wash. L. Rev (2007), 99 (106f.). Zum möglichen Erfordernis einer Begründung zur Rechtfertigung der Ermessensausübung s. unten III. 3. b).

Rechtsordnungen finden sich, mehr oder minder ausgeprägt, funktionale Äquivalente.

a) *Unbeachtlichkeit*

Auch in England und Frankreich und sogar im Unionsrecht zeigt sich die Tendenz, bei rechtlicher Alternativlosigkeit eine Verwaltungsentscheidung nicht allein wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben. Diese Konstellation hat dort aber eine ungleich geringere Bedeutung als bei § 46 VwVfG, weil gebundene Entscheidungen in diesen anderen Rechtsordnungen selten sind.⁴⁵

Selbst bei Ermessensentscheidungen sind keineswegs alle Verfahrensfehler beachtlich.⁴⁶ In den USA gilt die *harmless error doctrine* (§ 706 Federal Administrative Procedure Act – APA: „rule of prejudicial error“).⁴⁷ Danach wird je nach vertretener Auffassung entweder

⁴⁵ Für Frankreich vgl. *G. Lebreton Droit administratif général*, 4. Aufl. 2007, Rn. 54; *Ladenburger* (Fn. 4), 170, vergleichend 307; *J. Pietzcker FS Maurer*, 2001, 695 (699); zu den weiterreichenden Ermessensspielräumen gerade auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen s. unten Fn. 55 sowie III. 3. d) mit Fn. 92; im Übrigen wird ein Aufhebungsinteresse schon dann angenommen, wenn die schwierige Einschätzung eines streitigen Sachverhalts (*appréciation de faits litigieux*) erforderlich ist (*Chapus Droit administratif* [Fn. 44], Rn. 1255; *Ladenburger* ebd., 184 ff.), denn es besteht grundsätzlich, keine Pflicht der Gerichte zur selbstständigen Sachverhaltsaufklärung, vgl. unten Fn. 61.

Für England vgl. *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 424; aus der Rechtsprechung als seltenes Gegenbeispiel *R. v. Ealing Magistrates Court ex P Fanneran* (1996) 8 Admin. LR 351, 356 (Staugham).

Für das Unionsrecht *B. Bredemeier Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2007, 479 f.; vgl. EuGH, Slg. 1983, 2191 Rn. 7 – Jean-Jacques Geist/Kommission; EuGH, Slg. 1987, 2229 Rn. 20 – Theano Souana/Kommission; EuG, Urteil vom 31. 1. 2008, T-95/06 Rn. 126; vgl. EuG, Slg. 1996, II-195 Rn. 37 ff. – Frederick Farrugia/Kommission.

Im Vergleich zusammenfassend zuletzt *U. Stelkens DVBl.* 2010, 1078 (1084 f.).

⁴⁶ Pointiert *R. Wahl DVBl.* 2003, 1285 (1292): „Keine Rechtsordnung der Welt hält alle und jeden Verfahrensfehler für beachtlich“; aufgegriffen von *M. Kment EuR* 2006, 201 (204 ff.).

⁴⁷ Nach *Shinseki v. Sanders*, 129 S. Ct. 1696, 1704 ff. (2009) ergibt sich aus § 706 APA a.E., dass im Verwaltungsrecht die gleichen *harmless error*-Grundsätze Anwendung finden wie im Zivilprozessrecht; hierzu auch *C.R. Luthman* 16 Fed. Cir. B.J. 2006/2007, 509 (515 f.). Folgende Kriterien sind maßgeblich: (1) Die Wahrscheinlichkeit, dass das Resultat ohne den Fehler anders ausgefallen wäre. (2) Die Frage, welcher Spruchkörper (Jury, Untergericht, Verwaltungsbehörde) entscheidungsbefugt war. (3) Die wahrscheinlichen Auswirkungen des Irrtums auf die Wahrnehmung der Entscheidung als fair sowie auf die Integrität und das öffentliche Ansehen des in Rede stehenden (Verwaltungs-)Handelns. Diese Kriterien müssen einzelfallbezogen flexibel gehandhabt werden, doch sind empirisch gestützte Verallgemeinerungen nicht ausgeschlossen. Zusammenfassend *R. Pierce* 62 Admin. L.Rev. (2010), 1 (3 ff.).

darauf abgestellt, ob der Verfahrensfehler den maßgeblichen Sachverhalt als Grundlage der Entscheidung (*record*) oder – vereinzelt – ob er das Ergebnis beeinflussen konnte.⁴⁸ In Frankreich sieht man nach der *théorie des moyens inopérants* bei unbedeutenden Verstößen und unwesentlichen Förmlichkeiten ausnahmsweise von einer Aufhebung der Entscheidung ab.⁴⁹ Vergleichsweise streng scheint zunächst das englische Recht. Kausalität zwischen Verfahrensfehler und Entscheidung wird nur in Ausnahmefällen gefordert; bei Verstößen gegen das Anhörungserfordernis als *principle of natural justice* besteht sogar die Tendenz, die Entscheidung durchweg für nichtig zu erklären.⁵⁰ Doch haben die Gerichte bei der Gewährung von Rechtsschutz, bei der Bestimmung der genauen Reichweite der Verfahrensrechte und bei der Auswahl der Sanktionen jeweils einen gewissen Spielraum, den sie auch dazu nutzen, von einer im Einzelfall unangemessenen Aufhebung der

⁴⁸ *Record-based-standard* mit Beweislast beim Kläger zB in Gerber v. Norton, 294 F.3d 173 (D.C. Cir. 20020); der Behörde wird die Beweislast anscheinend eher in Fällen des *informal rulemaking* aufgebürdet, zB Shell Oil Co. v. EPA, 950 F.2d 741, 752 (D.C. Cir. 1991). Der *outcome-based standard* wurde zugrunde gelegt zB in Kurzon v. United States Postal Service, 539 F.2d 788 (1st Cir. 1976). Eingehend zum Ganzen mit kritischer Analyse der wenig systematischen Rechtsprechung (die sich im Übrigen auf die verschiedensten, förmliche wie nichtförmliche, Verfahrenstypen bezieht, ohne insoweit zu differenzieren) C. Smith 96 Virginia L.Rev. (2010), 1727 (1737 ff.).

⁴⁹ Chapus Droit administratif (Fn. 44), Rn. 1251; Lebreton Droit administratif (Fn. 45), Rn. 53; Ladenburger (Fn. 4), 157 f.; Schmidt-Aßmann GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 19; vgl. auch schon ders./H. Krämer EuZöR, Sonderheft 1993, 99 (116). Erfasst werden entweder Verstöße gegen Vorschriften, die weniger bedeutsam sind und keine Verfahrensgarantien für den Betroffenen darstellen, oder Fälle, bei denen im Einzelfall der Verstoß keine Relevanz für das Ergebnis besitzt und deshalb weniger wichtig erscheint; zu beiden Deutungen Ladenburger ebd., 160 f. Dass die konkrete Ergebnisrelevanz eines Fehlers ausgeschlossen sei, wird kaum einmal bejaht, ders., ebd., 310.

⁵⁰ Besonders strikt Wade/Forsyth (Fn. 41), 422 ff.; nur sehr vorsichtig Ausnahmen anerkennen wollen Woolf/Jowell/Le Sueur (Fn. 41), Rn. 8–047 ff.; Craig (Fn. 4), Rn. 12–024, mit dem Argument, dass Gerichte nicht dazu ausgerüstet seien zu berechnen, ob eine Anhörung einen Unterschied gemacht hätte oder nicht. Zusammenfassend E. Schmidt-Aßmann/H. Krämer EuZöR, Sonderheft 1993, 99 (116 f.); Danwitz (Fn. 41), 38 f. Unklar bleibt, wie weit der Kreis der in der *natural justice* verwurzelten Verfahrenshandlungen über die Anhörung hinaus zu ziehen ist. Bei fehlender Offenlegung der behördlichen Erkenntnisse gegenüber dem Betroffenen spricht zumindest sehr viel für eine bedingungslose Aufhebung der Entscheidung, Woolf/Jowell/Le Sueur ebd., Rn. 7–058 mwN Gleiches gilt für die Mitwirkung eines befangenen Amtsträgers, Wade/Forsyth ebd., 401. Zur schwierigen Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und bloßer Vernichtbarkeit der Entscheidung im Überblick Kleve/Schirmer in: Schneider (Fn. 44), 35 (112 u. 134 f.).

Entscheidung abzusehen.⁵¹ Der EuGH-Rechtsprechung schließlich lässt sich in deutlicher Parallele zum deutschen Gesetzeswortlaut (vor allem⁵² § 46 VwVfG⁵³) die Tendenz entnehmen, dass Verfahrens- und Formfehler der Unionsorgane nur dann wesentlich (Art. 263 Abs. 2 AEUV) sind und zur Aufhebung des Rechtsakts führen, wenn ein Ein-

⁵¹ In diesem Zusammenhang betont von *Woolf/Jowell/Le Sueur* (Fn. 41), Rn. 7–042; *Pietzcker* FS Maurer (Fn. 45), 695 (700). Für etwas weniger gefährlich als die Argumentation, die Einhaltung der Verfahrensanforderungen hätte auch keinen Unterschied gemacht, halten diesen prozessualen Weg *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 425. *Craig* (Fn. 4), Rn. 12–024, unterscheidet drei Fallgruppen: Erstens kann die Wahrscheinlichkeit, dass eine Anhörung gar keinen Unterschied machen wird, in Extremfällen schon dazu führen, dass das Fairnessgebot gar keine Anhörung erfordert (zB *Cinnamon v. British Airport Authority* [1980] 1 W.L.R. 582); zweitens kann die Wahrscheinlichkeit, dass eine Anhörung einen Unterschied gemacht hätte, das gerichtliche Ermessen bei der Aufhebung beeinflussen (zB *Glynn v. Keele University* [1971] 1 W.L.R. 487; R. [on the application of *Ghadami*] v *Harlow DC* [2004] EWHC 1883; zu dieser Fallgruppe auch *Woolf/Jowell/Le Sueur* [Fn. 41], Rn. 8–044); drittens kann in einem weit verstandenen Fairness-Konzept eine Gesamtbetrachtung angestellt werden, ob die Entscheidung trotzdem noch fair zustande gekommen war. Die Notwendigkeit einer wertenden Einzelfallbetrachtung betonen auch *Kleve/Schirmer* in: *Schneider* (Fn. 44), 35 (161).

⁵² Für andere Handlungsformen als den Verwaltungsakt gelten meist ähnliche Grundsätze: Ein Kausalitätserfordernis findet sich oft auch für verwaltungsinterne Akte, insbes. für Gemeinderatsbeschlüsse; teilweise existieren dafür besondere Vorschriften, teilweise wird dies aus dem allgemein Grundsatz der dienenden Rolle des Verfahrens hergeleitet; *M. Sachs* GVwR II (Fn. 2), § 13 Rn. 79f.; *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 121 f. Bei Bauleitplänen sind Fehler bei der Ermittlung oder Bewertung von abwägungserheblichen Belangen nach § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB nur beachtlich, wenn die konkrete Möglichkeit bestand, dass ohne den Fehler anders geplant worden wäre; BVerwGE 131, 100 (Rn. 22). Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags wird, ungeachtet des Anspruchs auf die Einhaltung der Vergabevorschriften (§ 97 Abs. 7 GWB), wegen eines Verfahrensfehlers nach § 107 Abs. 2 GWB nur aufgehoben, wenn – ähnlich wie bei § 46 VwVfG – der Rechtsschutzsuchende ohnehin von vorneherein den Zuschlag nicht hätte erhalten können, etwa mangels Eignung; s. *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 27), 268, zusammenfassend 692f. Beim öffentlich-rechtlichen Vertrag sind Verfahrensfehler nach § 59 Abs. 1 u. Abs. 2 Nr. 2 u. 3 VwVfG in noch weiterem Umfang unbeachtlich; im Überblick *Sachs* ebd., § 31 Rn. 71ff.; näher *E. Gurlit* Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, 421ff., die bei § 59 Abs. 1 VwVfG iVm § 134 BGB primär auf die Grundrechtsrelevanz der Verfahrensanforderungen abstellt.

⁵³ Zur Grundsatzkritik, in § 46 VwVfG werde die dienende Funktion des Verfahrens überbetont, statt vieler *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 4; eingehend *Quabeck* (Fn. 30), 69ff. Die Kritik sollte sich jedoch stärker gegen die teilweise extensive Handhabung der Vorschrift richten; zur Notwendigkeit, die Beweislastverteilung im Gesetzeswortlaut ernst zu nehmen, unten VII. mit Fn. 192.

fluss des Fehlers auf die Sachentscheidung zumindest nicht ausgeschlossen werden kann.⁵⁴

Wenn in einer Gesamtschau Verfahrensfehler im Unionsrecht und in diesen anderen Staaten seltener unbeachtlich sind als in Deutschland, so liegt dies weniger an rechtsdogmatischen Unterschieden im Fehlerfolgenregime als an den dort weit größeren Entscheidungsspielräumen der Verwaltung.⁵⁵ Das Verfahren muss dort in seiner instrumentellen

⁵⁴ So besonders deutlich EuGöD, Urteil vom 11. 9. 2008, Rs. F-51/07, Rn 81 mwN; ebenso auch überwiegend die Deutung im Schrifttum, zB *Schwarze* Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 42), 1374; *S. Magiera* in: Meyer (Hrsg.) Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 41 Rn. 12 vor allem zur Anhörung; *Danwitz* (Fn. 41), 391 f.; vgl. *R. Wahl* DVBl. 2003, 1285 (1292); *Quabeck* (Fn. 30), 140 ff.; zusammenfassend *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 84. Allerdings ist der EuGH mangels eigener Sachverhaltsaufklärung, allein mit den spezifischen Mitteln einer rechtlichen Kontrolle, seltener in der Lage festzustellen, dass sich ein Verfahrensfehler tatsächlich nicht auf die Entscheidung auswirken konnte; dies betonen *C.D. Classen* DV 31 (1998), 306 (327 ff., insbes. 329); *W. Kahl* VerwArch 95 (2004), 1 (22 ff.); *M. Kment* EuR 2006, 201 (207 ff.). Eine unzureichende Akteneinsicht und Anhörung macht die Sachentscheidung nur dann rechtswidrig, wenn gegen das entsprechende Verwertungsverbot verstoßen, die Entscheidung also auf Tatsachen gestützt worden ist, zu denen der Betroffene wegen des Verfahrensverstößes nicht substantiiert Stellung nehmen konnte; vgl. EuGH, Slg. 1970, 661 Rn. 41/42, 56/57 – ACF Chemiefarma; EuGH, Slg. 1983, I-1825 Rn. 16f., 128 – *Musique Diffusion Française*. Bei anderen Verfahrensrechten und namentlich bei der Begründungspflicht steht der Aufhebungsanspruch unter einem gewissen Vorbehalt der zusätzlichen abwägenden Interessen- und Beachtlichkeitsprüfung, deren genaue Reichweite freilich unklar bleibt; vgl. EuG, Slg. 1995, II-665 Rn. 107 f. – *Petros Kotzonis/Wirtschafts- und Sozialausschuss*; EuG, Slg. 1998, II-1989 Rn. 278 f. – *Mo Och Domsjö*. Ein Kausalitätserfordernis dergestalt, dass sich der Begründungsfehler auf den Entscheidungsinhalt ausgewirkt haben müsste, lässt sich im Unionsrecht allerdings nicht durchgängig nachweisen; s. *Bredemeier* (Fn. 45) 2007, 465; ausführliche Analyse bei *E. Bülow* Die Relativierung von Verfahrensfehlern im Europäischen Verwaltungsverfahren und nach §§ 45, 46 VwVfG, 2007, 304 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. EuGH, Slg. 1985, 947 Rn. 22 – *Giovanni De Santis/Rechnungshof der Europäischen Gemeinschaften*; EuGH, Slg. 1990, I-225 Rn. 16 – *Annibale Culin/Kommission*. Insgesamt wäre der Unterschied zur deutschen Rechtslage jedoch gering, wenn man dem Wortlaut des § 46 VwVfG entsprechend die Beweislast dafür, dass sich der Verfahrensfehler nicht auf die Sachentscheidung ausgewirkt hat, der Behörde aufbürden würde; dazu unten VII.

⁵⁵ Je weiter das Ermessen in der Sache ist, umso weniger wird man die konkrete Ergebnisrelevanz von Verfahrensfehlern ausschließen können. Für das Unionsrecht besonders deutlich *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1085); *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 85, vgl. auch *C. Bumke* GVwR II (Fn. 2), § 35 Rn. 202 f. Für Frankreich ebenfalls in diese Richtung *Eisenberg* (Fn. 41), 215 f.; zum dortigen weiteren Ermessen gerade auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen vgl. *E. Riedel* Rechtliche Optimierungsgelbote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999),

Funktion über die richtige Rechtsanwendung hinaus in weit größerem Umfang auch eine sachgerechte Ermessensausübung gewährleisten. Diese zusätzliche Verfahrensfunktion verbietet großzügigere Unbeachtlichkeitsregelungen.

b) Heilungsmöglichkeiten

Heilungsmöglichkeiten bestehen ebenfalls in fast allen betrachteten Rechtsordnungen.⁵⁶ Eine gewisse Ausnahme bildet Frankreich,⁵⁷ doch trägt man dort dem Effizienzbedürfnis schon vorgelagert durch etwas schwächer ausgeprägte Verfahrensgarantien Rechnung.⁵⁸

Im scharfen Gegensatz zu Deutschland (vor allem⁵⁹ § 45 Abs. 2 VwVfG) ist eine Heilung noch während des Gerichtsverfahrens freilich nach Unionsrecht – und grundsätzlich wohl auch in England – ausgeschlossen.⁶⁰ Dies gründet in der berechtigten Sorge vor einer Entwertung der Verfahrensgarantien, hängt aber auch damit zusammen, dass

180 (190); *Ladenburger* (Fn. 4), 174; eine Ermessenreduzierung wird dort kaum angenommen, *des. ebd.*, 177. Für England vgl. *Danwitz* (Fn. 41), 45 ff.; *Riedel ebd.*, 180 (199 ff., vergleichend zusammenfassend 210 f.).

⁵⁶ In den USA werden als *harmless error* auch Konstellationen erfasst, die der Heilung angenähert sind; vgl. *Tourus Records v. DEA*, 259 F.3d 731 (D.C. Cir. 2001); *Pierce* (Fn. 40), § 8.5., insbes. 725; s. ferner unten Fn. 65; auf die Begründung bezogen betont *J. Saurer* *VerwArch* 100 (2009), 354 (379), dass es sich dabei um Ausnahmen handelt. In England wird in weitem Umfang ein *rehearing* bei der Ausgangsbehörde zugelassen; *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 445; zur Nachholbarkeit bei *appeal* in einem *Tribunal*-Verfahren s. unten Fn. 64. Für das Unionsrecht Nw. unten in Fn. 62.

⁵⁷ *J.-M. Auby/R. Drago* *Traité des recours en matière administrative*, 1992, Rn. 264; *G. Isaac* *La procédure administrative non contentieuse*, 1968, Rn. 285; *Ladenburger* (Fn. 4), 13 ff.

⁵⁸ Die richterrechtlichen Spielräume bei der Bestimmung der Reichweite der Verfahrenspflichten werden teilweise dazu genutzt, um abwägend bereits einen Verfahrensfehler zu verneinen; zusammen mit „biegsamen“ und einzelfallbezogenen Regeln verringert dies den Problemdruck, Verfahrensfehler aus Effizienzgründen für unbeachtlich zu erklären; s. mit Beispielen *Ladenburger* (Fn. 4), 150 u. 321 f.

⁵⁹ Im Planungsrecht ist eine Heilung von (verfahrensrechtlichen) Abwägungsmängeln durch ergänzendes Verfahren auch rückwirkend möglich (vgl. § 214 Abs. 4 BauGB; § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG).

⁶⁰ Für die Begründung EuGH, Slg. 2004, I-1073 Rn. 32 – *Mattila*; EuG, Slg. 1996, II-1827 Rn. 45 – *Rendo u.a.*; EuG, Slg. 1995, II-665 Rn. 105 – *Petros Kotzonis/Wirtschafts- und Sozialausschuss*; vgl. EuGH, Slg. 1993, I-6549 Rn. 23 – *Parlament/Cornelis Volger*; *M. Kment* *EuR* 2006, 201 (224 f.); zusammenfassend zum Ganzen *Fehling* in: *Terhechte* (Fn. 43), § 12 Rn. 81. Dies lässt sich wohl auf den indirekten Vollzug des Unionsrechts übertragen; jedenfalls bei Anhörung und Begründung verbietet der Effektivitätsgrundsatz entgegen § 45 Abs. 2 VwVfG eine Heilung nach Klagerhebung; so auch *Danwitz* (Fn. 41), 542; *Bredemeier* (Fn. 45), 564 ff.; *Schoch* *GVwR* III (Fn. 16), § 50 Rn. 310; *W. Kahl* *VerwArch* 95 (2004), 1 (insbes. 20 f.).

die Unionsgerichte und die englischen Gerichte ähnlich einer bloßen Revisionsinstanz regelmäßig keine eigene Aufklärung des Sachverhalts vornehmen.⁶¹

Demgegenüber ist eine Heilung vor Klageerhebung sogar im Unionsrecht grundsätzlich möglich.⁶² Die praktische Bedeutung ist jedoch geringer als in Deutschland, weil im direkten Vollzug ein Vorverfahren, das Anstoß zur „Reparatur“ geben könnte, nur in wenigen Bereichen vorgesehen ist.⁶³ In England besitzt das justizähnliche *Tribunal*-Verfahren in manchen Bereichen die Funktion eines Widerspruchsverfahrens; im Einzelfall wird geprüft, ob eine dortige Nachholung der Verfahrenshandlung noch ihren Zweck erfüllen und das Verfahren dadurch in einer Gesamtwürdigung als fair eingestuft werden kann.⁶⁴ Ähnlich ver-

⁶¹ Diesen Zusammenhang betonen *Bredemeier* (Fn. 45), 475; *Danwitz* (Fn. 41), 394; *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 310.

⁶² Mit ausführlicher Rechtsprechungsanalyse *Bülow* (Fn. 54), 239 ff., zusammenfassend 436 f.; *Bredemeier* (Fn. 45), 457 ff., insbes. 460; *Danwitz* (Fn. 41), 393 f.; zur Nachholbarkeit der Anhörung EuGH, Slg. 1985, 893 Rn. 16 – Mariette Turner/Kommission; für die Begründung zumindest angedeutet in EuG, Slg. 1996, II-1827 Rn. 45 – Rendo u.a.; EuG, Slg. 1995, II-665 Rn. 105 – Petros Kotzonis/Wirtschafts- und Sozialausschuss; deshalb nicht überzeugend die aA bei *M. Lais* ZEus 2002, 447, 469 f.; *C. Calliess* in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.) EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 253 EGV, Rn. 11; *Pfeffer* (Fn. 43), 172; wohl richtig nur auf die Unzulässigkeit der Nachholung nach Klageerhebung bezogen *M. Kment* EuR 2006, 201 (227 ff., vgl. auch 234 f.). – Beim mitgliedstaatlichen Vollzug eines Beihilfen-Rückforderungsbeschlusses der Kommission kann der Effektivitätsgrundsatz sogar die Reparatur von Verfahrens- und Formfehlern des Rückforderungsbescheids gebieten, damit die bereits zurückgezahlte Beihilfe nicht erneut ausbezahlt werden muss; s. EuGH, EuZW 2010, 585 (586 f.) – *Scott SA, Kimberly Clark SAS/Stadt Orléans*.

⁶³ Es bleibt dann nur die wenig genutzte Möglichkeit, dass die Behörde ihren Verfahrensfehler selbst erkennt und aus eigenem Antrieb eine Heilung herbeiführt; s. *Bredemeier* (Fn. 45), 475 f.

⁶⁴ *E. Schmidt-Aßmann/H. Krämer* EuZöR, Sonderheft 1993, 99 (114); näher *Woolf/Jowell/Le Sueur* (Fn. 41), Rn. 8–024 ff. mit folgenden Kriterien: die Schwere des Verfahrensverstößes, die Wahrscheinlichkeit einer Voreingenommenheit bei der Nachholung, die Reichweite der Überprüfungsbefugnisse der höheren Stelle. Mindestvoraussetzung ist, dass das nachfolgende Überprüfungsverfahren eine vollständige Überprüfung der Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ermöglicht; *Kleve/Schirmer* in: *Schneider* (Fn. 44), 35 (162); daran fehlte es wohl in der Leitentscheidung *Calvin v. Carr* (1980) A.C. 574, 593; Überblick zu den Fallgruppen bei *Craig* (Fn. 4), Rn. 12–041. Insgesamt wird dabei stärker als in Deutschland darauf geachtet, ob die Nachholung der Verfahrenshandlung im konkreten Fall noch den ihr zugeordneten Zweck erfüllen kann, insbesondere bewirken kann, dass die Behörde weitgehend vorurteilsfrei noch einmal die getroffene Entscheidung überdenkt. Droht die Nachholung zur bloßen nachträglichen Rechtfertigung der bereits feststehenden Entscheidung zu führen, ist eine Heilung ausgeschlossen; wegen dieser Befürchtung kritisch gegenüber einer Heilungsmöglichkeit im *appeal*-Verfahren *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 446.

fährt man in den USA unter der *harmless-error*-Doktrin und der *due process*-Garantie.⁶⁵

Der Eindruck, das angelsächsische Recht sei bei den Heilungsmöglichkeiten strenger als das deutsche, relativiert sich bei Blick auf die Entscheidungsbegründung. In England und den USA gibt es zwar keine allgemeine formelle Begründungspflicht, ohne Begründung wird eine Ermessensentscheidung aber regelmäßig als willkürlich aufgehoben.⁶⁶ Jedenfalls die US-Gerichte lassen insoweit jedoch eine Nachbesserung sogar noch im Gerichtsverfahren zu, sofern das Gericht die Überzeugung gewinnt, dass es sich um die „wahren“ und nicht bloß zur Verteidigung im Prozess nachträglich konstruierte Erwägungen handelt.⁶⁷ Selbst der deutsche Sündenfall einer Heilungsmöglichkeit bei schon laufendem Gerichtsverfahren ist also nicht ganz ohne ausländische Parallelen.

3. Ausrichtung der Gerichtskontrolle

Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens hängt auch von den prozessualen Rahmenbedingungen ab.

a) Isolierte Geltendmachung von Verfahrensverstößen

In Deutschland schließt § 44a VwGO Rechtsschutz aus, soweit er sich isoliert auf entscheidungsvorbereitende Verfahrenshandlungen⁶⁸ bezieht, mit engen Ausnahmen vor allem für absolute Verfahrensrechte.⁶⁹ Dies ist jedoch im Ausland und in weiten Teilen des Unions-

⁶⁵ Zur Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Gesamtbewertung im Rahmen der *harmless-error-doctrine* s. Shinseki v. Sanders, 129 S. Ct. 1696, 1704 ff. (2009), vgl. bereits oben Fn. 56. Zusätzliche Flexibilität wird bei den (Verfahrens-)Fehlerfolgen dadurch geschaffen, dass die Gerichte bei ihren Anordnungen (*remedies*) einen gewissen Ermessensspielraum besitzen, also aus Effizienzgründen auf eine Unwirksamkeitserklärung der Verwaltungsentscheidung *ex tunc* verzichten und nur die zukünftige Unwirksamkeit (*ex nunc*) oder auch nachträgliche Fehlerheilungsmaßnahmen anordnen können; vgl. *Cal. Forestry Ass'n v. U.S. Forest Serv.*, 102 F.3d 609, 613 (D.C. Cir. 1996); zusammenfassend *R.J. Pierce* 62 Admin. L.Rev. (2010), 1 (11).

⁶⁶ Für die USA sogleich Fn. 67; zusammenfassend *J. Saurer* VerwArch 100 (2009), 354 (378). Für England etwa *Craig* (Fn. 4), Rn. 12–033.

⁶⁷ *Florida Power & Light Co. v. Lorion*, 470 U.S. 729, 744 (1985); dazu *Pierce* (Fn. 40) § 8.5. insbes. 720, vgl. auch 714; zur Abgrenzung auch *Bagdonas v. Department of Treasury*, 93 F.3d 422 (7th Cir. 1996).

⁶⁸ Zum Begriff BVerwGE 134, 368 (Rn. 21).

⁶⁹ Zusammenfassend zur verbreiteten Kritik an § 44a VwGO zuletzt *Quabeck* (Fn. 30), 53 ff.; früher zB *Schmidt-Aßmann* in: Lerche/Schmidt-Aßmann/Schmitt Glaeser (Fn. 34), 3 (33 f.).

rechts kaum anders. So sind im direkten Vollzug grundsätzlich nur abschließende Beschlüsse anfechtbar, nicht aber vorbereitende Zwischenmaßnahmen.⁷⁰

Der instrumentelle Eigenwert des Verwaltungsverfahrens leidet darunter kaum, wenn der Verfahrensfehler nachträglich im Angriff auf die verfahrensabschließende Sachentscheidung uneingeschränkt geltend gemacht werden kann.⁷¹

b) Individualrechtsschutz versus objektivierte Kontrolle

Die Rügefähigkeit von Verfahrensverletzungen steht in engem Zusammenhang mit dem objektiven oder subjektiven Zuschnitt des Rechtsschutzes. Hier ist das deutsche Recht in der Tat besonders restriktiv,⁷² indem es den Gerichtsschutz in der Regel⁷³ auf eng verstandene subjektive Rechte des Klägers beschränkt. Dabei sehen die Gerichte Verfahrenspositionen oftmals nur dann als individualschützend an, wenn der Kläger zugleich in einer materiell-rechtlichen Position betroffen ist.⁷⁴ Demgegenüber verfolgen die hier betrachteten ausländi-

⁷⁰ Vgl. EuGH, Slg. 1981, 2539 Rn. 10 – IBM; zusammenfassend J. Terhechte in: Fehling/Kastner (Hrsg.) Handkommentar Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2010, § 44a VwGO Rn. 9. Anders teilweise beim indirekten Vollzug; hier muss wegen des *effet utile* verhindert werden, dass gemeinschaftsrechtlich vorgegebene (absolute) Verfahrensrechte prozessual entwertet werden; dies gilt vor allem für nicht verfahrensakzesessorische Rechte wie das der Aktenöffentlichkeit; Terhechte in: ebd.; T. Dünchheim Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, 2003, 170. § 44a VwGO ist auch nicht anwendbar, wenn eine deutsche Behörde im gemischten oder gestuften Vollzug (Verfahrensverbund) die nachfolgende Tätigkeit eines Gemeinschaftsorgans präjudiziert; vgl. EuGH, Slg. 1992, I-6313, Rn. 9ff. – Borelli.

⁷¹ Ähnlich Schoch GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 299. Wo sich § 44a VwGO freilich mit §§ 45, 46 VwVfG zu einer „Abschirmungstrias“ verbindet und Rechtsschutz gegen gravierende Verfahrensverletzungen gänzlich zu vereiteln droht (die Kritik mwN zusammenfassend Quabeck [Fn. 30], 61 ff.), müssen gegebenenfalls im Wege rechtsschutzfreundlicher Auslegung – etwa durch Anerkennung absoluter Verfahrensrechte oder Ermöglichung einstweiligen Rechtsschutzes – Ausnahmen von § 44a VwGO zugelassen werden; statt vieler schon Pietzcker Verwaltungsverfahren (Fn. 13), 226f.

⁷² Zum Ganzen eingehend Quabeck (Fn. 30), 53 ff.; R. Wahl/P. Schütz in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Stand: Mai 2010, § 42 Abs. 2 Rn. 72 ff.

⁷³ Zur Ausweitung der Schutznormqualität von Verfahrensrechten und sogar der teilweisen Loslösung vom der Schutznormlehre bei der UVP s. unten IV. 2. mit Fn. 117.

⁷⁴ So vor allem der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts: BVerwGE 61, 256 (275); 75, 285 (291); 85, 360 (75); demgegenüber erkennt der 4. Senat ein subjektiv-öffentliches Recht unabhängig vom materiellen Recht an, aber nur bei restriktiv verstandenen absoluten Verfahrensrechten: BVerwG, NVwZ 1999, 876 (877); BVerwGE 41, 58 (65); 44, 235 (239f.); zusammenfassend T. Groß DV 43 (2010), 349 (359).

schen Rechtsordnungen und teilweise auch das Unionsrecht ein objektives Kontrollmodell. Der Zugang zum Gericht ist bereits bei einem schutzwürdigen Interesse eröffnet, der Umfang der Kontrolle nicht auf Rechte des Klägers beschränkt.⁷⁵ Dies ermöglicht die Sanktionierung von Verstößen grundsätzlich auch gegen Verfahrensvorschriften, die nur mittelbar dem Kläger⁷⁶ zugute kommen.⁷⁷

Diese weiterreichende Verfahrenskontrolle wird jedoch durch Ausnahmen und Einschränkungen relativiert: Bei Fällen mit europarechtlichem Bezug bewegt sich England hin zu einem *rights based approach* (vgl. Sec. 7(7) Human Rights Act).⁷⁸ Die Unionsgerichte sind bei der Klagebefugnis (Art. 263 Abs. 4 AEUV) für Drittklagen kaum großzügiger als das deutsche Recht.⁷⁹ In den USA wird für die Klagebefugnis (*standing*) bei isolierter Rüge von Verfahrensfehlern vermehrt gefordert, dass sich der Fehler möglicherweise auf das Ergebnis ausgewirkt hat (*plausability test*).⁸⁰ Dadurch verringert sich der Unterschied zwischen dem subjektiven und dem objektiven Kontrollmodell erheblich.⁸¹

⁷⁵ Für die USA zum *standing* näher *Pierce* (Fn. 40), § 9.8., insbes. 846 ff. Für England *Kleve/Schirmer* in: *Schneider* (Fn. 44), 35 (147 f.); die Parallele zu Frankreich hervorhebend *Danwitz* (Fn. 41), 44. Für Frankreich *Fromont Droit administratif* (Fn. 41), 164; *Chapus Droit administratif* (Fn. 44), Rn. 999; *T. Würtenberger/S. Neidhard* in: *Schwarze* (Hrsg.) *Bestand und Perspektiven des europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, 255 (273); *Ladenburger* (Fn. 4), 329 ff., insbes. 332; unter Herausarbeitung der neueren individualrechtsschützenden Elemente *Danwitz* ebd., 60 ff. u. zur Klagebefugnis 64 f.

⁷⁶ Der gegebenenfalls sogar eine Public-Interest-Organisation sein kann.

⁷⁷ Von der „Bündelung von Einzelinteressen in aggregierten Interessen“ spricht *Schoch GVwR III* (Fn. 16), § 50 Rn. 155.

⁷⁸ Danach ist nur das „Opfer“ (*victim*) klagebefugt, was Klagen von Interessengruppen ausschließen dürfte; näher *Kleve/Schirmer* in: *Schneider* (Fn. 44), 35 (163 f.).

⁷⁹ Wie hier *M. Schmidt-Preuß NVwZ* 2005, 489 (491). Ausführlicher Überblick bei *O. Dörr/C. Lenz* *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 2006, Rn. 118 ff.; zusammenfassend *Fehling* in: *Terhechte* (Fn. 43), § 12 Rn. 96; aus der Rspr. grundlegend EuGH, Slg. 1963, 211 (238) – *Plaumann*; zur Diskrepanz zwischen dem rechtsschutzfreundlichen Gemeinschaftsverwaltungsrecht und dem restriktiver Individualrechtsschutz anerkennenden Eigenverwaltungsrecht *Danwitz* (Fn. 41), 284 f.

⁸⁰ Bejaht zB bei einer unterlassenen Anhörung (*Lujan v. Defender of Wildlife*, 504 U.S. 555, 572 [1992]), einer unterbliebenen Umweltverträglichkeitsprüfung (*Lujan*, ebd.) oder bei im förmlichen Verfahren unzulässigen *ex parte*-Kontakten (*Elec. Power Supply Ass'n v. FERC*, 391 F.3d 1255, 1262 [D.C. Cir. 2004]). Zum Ganzen eingehend *R. Pierce* 62 Admin. L.Rev. (2010), 1 (8 ff.); zusammenfassend zur prozessualen Relativierung der kommunikativen Verwaltungsverfahrenrechte durch das *standing*-Erfordernis *J. L. Mashaw* 76 Geo. Wash. L. Rev (2007), 99 (120).

⁸¹ Ähnlich, auf das Gemeinschaftsverwaltungsrecht bezogen, im Ergebnis auch *Schoch GVwR III* (Fn. 16), § 50 Rn. 161; etwas überzeichnend *K.-P. Sommermann DÖV* 2002, 133 (142); vorsichtiger gewisse Annäherungstendenzen verzeichnet

c) „Durchentscheiden“ des Gerichts oder „Zurückverweisung“ an die Verwaltung

Den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens zu schmälern scheint ferner die Verpflichtung der deutschen Verwaltungsgerichte, die Sache bei ungenügenden Ermittlungen im Verwaltungsverfahren grundsätzlich (Ausnahme: § 113 Abs. 3 VwGO⁸²) selbst entscheidungsreif zu machen.⁸³ Bei der Verpflichtungsklage ist allein der materiell-rechtliche Anspruch entscheidungserheblich; Verfahrensfehler werden bei Spruchreife vom Gerichtsurteil gleichsam „überholt“.⁸⁴ Dies ist im Ausland und auf europäischer Ebene aus Gründen der Gewaltenteilung anders. Dort heben die Gerichte bei ungenügender Sachverhaltsaufklärung oder sonstigen Verfahrensfehlern die Entscheidung auf und es ist dann Sache der Verwaltung, nach einem neuen Verfahren erneut zu entscheiden.⁸⁵

W. Kahl VerwArch 95 (2004), 1 (29 ff.); vgl. auch *D. Ehlers* VerwArch 84 (1993), 139 (171), der im Rechtsvergleich mit den USA und der europäischen Ebene konstatiert, dass „auch Rechtsordnungen, die auf eine objektive gerichtliche Kontrolle ausgerichtet sind, ohne weitere Zugangssperren nicht auskommen“.

⁸² Zu den hohen Voraussetzungen und der demzufolge geringen praktischen Bedeutung dieser Ausnahme BVerwGE 117, 200 (207); *S. Emmenegger* in: Fehling/Kastner (Fn. 70), § 113 VwGO Rn. 144 ff.; zur mangelnden Analogiefähigkeit bei der Verpflichtungsklage *W.-R. Schenke* VwGO-Kommentar, 16. Aufl. 2009, § 113 Rn. 166.

⁸³ Dazu mit vorsichtiger rechtspolitischer Kritik *H. A. Wolff* in: Sodan/Ziekow (Hrsg.) VwGO Großkommentar, 3. Aufl. 2010, § 113 Rn. 57 u. 60.

⁸⁴ Näher dazu mwN aus der Rspr. *M. Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 72), § 113 Rn. 67 ff.; als „sehr bürgerfreundlich“ eingeschätzt von *Pietzcker* FS Maurer (Fn. 45), 695 (706 f.); kritisch gewürdigt als Beispiel für die Gering-schätzung des Verfahrens von *Quabeck* (Fn. 30), 76 f.

⁸⁵ Frankreich kannte traditionell keine Verpflichtungsklage (vgl. *Fromont* Droit administratif [Fn. 41], 167) und die Verwaltungsgerichte sind grundsätzlich nicht zur selbstständigen Sachverhaltsaufklärung verpflichtet, s. *Braibant/Stirn* Droit administratif (Fn. 44), 586 f.; *Ladenburger* (Fn. 4), 187 f., rechtsvergleichend 342 ff.; zum Ausbau der gerichtlichen Entscheidungskompetenzen in jüngerer Zeit, auch mit einer dem Verpflichtungsurteil angenäherten Verfügungsbefugnis (*pouvoir d'injonction*) *M. Fromont* in: Fehling/Grewlich (Hrsg.) Struktur und Wandel des Verwaltungsrechts, 2011, 111 (119 f.).

In England können die Gerichte im *judicial review* – anders als bislang „tribunals“ in einem teilweise daneben zulässigen *appeal* – mangels eigener Sachverhaltsaufklärung Ermittlungsfehler der Verwaltung regelmäßig nicht selbst korrigieren, sondern nur die verfahrensfehlerhafte Verwaltungsentscheidung für unwirksam erklären (*quashing order*); vgl. *Danwitz* (Fn. 41), 43; *Kleve/Schirmer* in: Schneider (Fn. 44) 35 (129 u. 133 ff.).

Das Unionsrecht kennt in der französischen Gewaltenteilungs-Tradition weder eine Verpflichtungs- noch eine allgemeine Leistungsklage, vielmehr muss die Ablehnung der Begünstigung mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden, *Dörr/Lenz* (Fn. 79), Rn. 89 u. 202; *D. Ehlers* in: ders./Schoch (Hrsg.) Rechtsschutz im Öffentlichen Recht,

Die deutsche Lösung macht insoweit den Verwaltungsprozess gleichsam zum besseren Verwaltungsverfahren.⁸⁶ Die Ermittlungstätigkeit der Verwaltung wird durch die Amtsermittlung des Gerichts nachgebessert. Dies droht die spezifische Problemlösungskapazität gerade des Verfahrens auf Verwaltungsebene zu vernachlässigen. Für komplexe Entscheidungen und Verfahren kennt jedoch auch das deutsche Recht Ausnahmen von der Pflicht zum „Durchentscheiden“.⁸⁷ Bei gebundenen Entscheidungen der alltäglichen Verwaltung erscheint dagegen die Verantwortungsverlagerung auf die Gerichte adäquat, weil ein neues Verwaltungsverfahren hier dem Kläger typischerweise keinen Mehrwert böte.⁸⁸ Um eine flexible Reaktion auf Verfahrensfehler nach den Umständen des Einzelfalls zu ermöglichen, sollte den Verwaltungsgerichten jedoch über § 113 Abs. 3 VwGO hinaus bei Anfechtungs- und bei Verpflichtungsklagen Ermessen eingeräumt werden, ob sie bei behördlichen Aufklärungsmängeln selbst durchentscheiden oder aber die Sache an die Verwaltung – gegebenenfalls sogar an eine örtlich andere Behörde⁸⁹ – zurückverweisen.

2009, § 9 Rn. 1f. Eine eigenständige Aufklärung des Sachverhalts findet im Gerichtsverfahren regelmäßig nicht mehr statt, wie auch *Danwitz* ebd., 298 betont; aus der Rspr. zB EuG, Slg. 1995, II-1775 Rn. 103 – Solvay; vgl. aber zur Befugnis zu eigener Beweiserhebung gemäß Art. 45 ff. der Verfahrensordnung des Gerichtshofs EuGH, Slg. 2004, I-123 Rn. 102f. – Zement II.

⁸⁶ Zustimmend *M. Gerhardt* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 8), 413 (420f.); *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081). Grundlegend *K.A. Bettermann* NJW 1960, 649 ff.; *O. Groschupf* DVBl. 1962, 627 (630 f.); kritischer Überblick über die damalige Diskussion bei *Kaiser* (Fn. 7), 96f.

⁸⁷ Näher *Emmenegger* in: Fehling/Kastner (Fn. 70), § 113 VwGO Rn. 174f.; zusammenfassend BVerwGE 90, 18 (24): „etwa bei Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen der Verwaltung; ferner, wenn eine bestimmte sachliche Prüfung besonderen Behörden übertragen ist oder wenn es zur abschließenden Aufklärung einer mit den erforderlichen Mitteln ausgerüsteten Behörde bedarf“; zum Problem des steckengebliebenen Genehmigungsverfahrens *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 72), § 113 Rn. 69.

⁸⁸ Von „Steine[n] statt Brot“ sprach insoweit *K.A. Bettermann* DVBl. 1963, 824 (826f.).

⁸⁹ Um in besonders problematischen Fällen eine psychologische Vorabfestlegung so weit wie möglich zu vermeiden (zur Unmöglichkeit, die Ergebnisoffenheit vollständig wieder herzustellen, *P. Baumeister* Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, 352; *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 [1080]). Eine gewisse Parallele findet sich im Prüfungsrecht, wo bei Korrekturmängeln ein anderer Prüfer eine Neubewertung der Arbeit vornehmen muss, wenn beim Ausgangsprüfer nun die Besorgnis der Vorabfestlegung (Befangenheit) besteht; s. BVerwG, NVwZ 1993, 686 (688); *W. Zimmerling/R. Brehm* Der Prüfungsprozess, 2004, Rn. 284. Der gleiche Rechtsgedanke findet sich im Revisionsrecht in § 354 Abs. 2 S. 1 StPO (Zurückverweisung an ein anderes Gericht gleicher Ordnung desselben Bundeslands

d) *Ergebniskontrolle versus Verfahrenskontrolle*

Rechtsvergleichend ist viel vom funktionalen Zusammenhang zwischen Verfahrensgarantien auf Verwaltungsebene und gerichtlicher Inhaltskontrolle die Rede.⁹⁰ Begrenzte Ressourcen verbieten es, beides gleichzeitig maximal auszubauen.⁹¹

In der Tat ist in den hier betrachteten ausländischen Rechtsordnungen die materielle Kontrolldichte angesichts größerer Entscheidungsspielräume fast durchweg geringer als in Deutschland.⁹² In der angelsächsischen Tradition bestimmen die Gerichte die Reichweite ihrer Ermessenskontrolle anscheinend ein Stück weit auch danach, wie viel verfahrensrechtliche Sorgfalt eine Behörde regelmäßig übt. An der großzügigeren Anerkennung von Ermessensspielräumen auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen ändert dies jedoch nichts. Gleiches scheint im Unionsrecht der Fall, doch muss berücksichtigt werden, dass es dort meist um komplexe wirtschaftsrechtliche Materien geht, bei denen tendenziell auch im deutschen Recht Spielräume der Verwaltung anerkannt werden.

Der geringeren prozessualen Inhaltskontrolle stehen allerdings nur selten besonders elaborierte Verwaltungsverfahren und deren gerichtliche Überprüfung gegenüber. Vielmehr ist anderswo die Gerichtskontrolle bei der Massenverwaltung insgesamt eher schwächer ausgeprägt

möglich). Im Verwaltungsprozess kann bei Besorgnis der Vorabfestlegung nach § 144 VwGO iVm § 563 Abs. 1 S. 2 ZPO an einen anderen Senat bzw. an eine andere Kammer zurückverwiesen werden, nicht an ein anderes Gericht, dazu *M. Eichberger* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 72), § 144 Rn. 103.

⁹⁰ Grundlegend *Schwarze* Funktionaler Zusammenhang (Fn. 2); für die europäische Ebene *ders.* Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 42), S. LXXXIV f.; außerdem statt vieler *H. Jochum* Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, insbes. 59 ff., 496 ff. In einem weiteren Sinne bezeichnet die Formel vom „funktionalen Zusammenhang“ sämtliche Wechselbeziehungen von Gerichts- und Verwaltungsverfahren und das dabei geltende „institutionelle Rücksichtnahmegebot“; so *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 66 ff.; ebenso *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 353. Im Folgenden geht es dagegen vor allem um die eventuelle „kompensatorische Funktion“ des Verwaltungsverfahrens iSv *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 1), § 10 Rn. 100; aufgegriffen von *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 75.

⁹¹ Besonders hervorgehoben von *R. Wahl* DVBl. 2003, 1285 (1288); aufgegriffen etwa von *E. Schmidt-Aßmann* in: Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 90.

⁹² Zusammenfassend *Riedel*, Rechtliche Optimierungsgebote (Fn. 55), 210 f.; *Danwitz* (Fn. 41), 45 ff.; vgl. auch *S. Oeter* in: Frowein (Hrsg.) Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, 267 (277) und *C. Lerche* ebd., 249.

als in Deutschland.⁹³ Nur relativ, im Verhältnis zur geringeren Inhaltskontrolle, gewinnt so die Verfahrenskontrolle im Ausland an Gewicht,⁹⁴ obwohl die Verfahrensgarantien als solche gar nicht weiter ausgebaut sind als in Deutschland.⁹⁵

Eine (partielle) Kompensation von eingeschränkter Inhaltskontrolle durch weiterreichende Verfahrensanforderungen lässt sich fast nur für komplexere wirtschafts- und umweltrechtliche Gegenstände nachweisen. Dies gilt aber nicht nur in den anderen Rechtsordnungen,⁹⁶ son-

⁹³ In diese Richtung auch, die Verfahrenskontrolle mit einbeziehend, *Danwitz* (Fn. 41), für England 47, für Frankreich 68.

⁹⁴ Vgl. *J. Rivero/J. Waline* Droit administratif, 28. Aufl. 2006, Rn. 634. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn die Gerichte – wie namentlich in Frankreich (*Ladenburger* [Fn. 4], 337 ff.) – mit einer Verfahrenskontrolle beginnen und bei Feststellung eines Fehlers die materiell-rechtlichen Fragen als nicht mehr erheblich offenlassen.

⁹⁵ Nw. dazu, auf Anhörung und Entscheidungsbegründung im Normalverfahren bezogen, oben III. 1. mit Fn. 41 und Fn. 44.

⁹⁶ Für das Unionsrecht zum entsprechenden Kompensationsmodell grundlegend EuGH, Slg. 1991, I-5469 Rn. 14 – TU München; zur Fusionskontrolle EuGH, Slg. 2005, I-987 – Tetra Laval; EuG, Slg. 2002, II-2585 – Airtours; EuG, Slg. 2002, II-4071 – Schneider Electric; zusammenfassend statt vieler *J. Schwarze* Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, Rn. 599; *Danwitz* (Fn. 41), 262 f.; mit Analyse der neueren Rechtsprechung *J. Schwarze* FS Köck, 2009, 321 (327 ff.). Eine ähnliche Kompensationsfunktion der Verfahrenskontrolle lässt sich freilich auch im öffentlichen Dienstrecht ausmachen (dazu schon *Schwarze* Europäisches Verwaltungsrecht [Fn. 42], 308), doch ist auch dies eine Materie, bei der auch in Deutschland weite Spielräume der Verwaltung anerkannt werden.

In Frankreich kommt es besonders bei der *enquête publique*, die Ähnlichkeiten mit einer komplexen Vorhabengenehmigung oder Planfeststellung in Deutschland aufweist, zu einer ausgeprägt „prozeduralen Rationalitätskontrolle der Ermessensentscheidung durch Dokumentenprüfung“; näher *Ladenburger* (Fn. 4), 86 ff., 140 ff., 310 ff.; *Braibant/Stirn* Droit administratif (Fn. 44), 502; s. auch Art. R512–6, Art. R512–14 ff. du code de l'environnement.

Für England ist insoweit eine eindeutige Einschätzung schwierig; die Kompensationsfunktion von Verfahrensrechten dort, wo ein materiell-rechtlicher Schutz weitgehend fehlt, wird zwar allgemein betont (z.B. *Craig* [Fn. 4], Rn. 12–015, unter Verweis auf *Lord Wilberforce* in *Malloch* [1971] 1 W.L.R. 1578, 1598), doch finden sich im mitgeteilten *Case Law* auch hier auffallend viele komplexe wirtschaftsbezogene Konstellationen.

In den USA sind Verfahren der *formal adjudication* vor allem für Behörden der sektorspezifischen Wirtschaftsregulierung (*independent regulatory commissions*; zur historischen Genese *O. Lepsius* Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997; ders. in: Fehling/Ruffert [Fn. 18], § 1) vorgeschrieben, nicht dagegen in der Steuer- oder Sozialverwaltung; hervorgehoben bereits von *Scharpf* (Fn. 2), 14 ff., insbes. 20. Im Übrigen hat dort die Kompensationsfunktion der Verfahrenskontrolle beim (*informal rulemaking* noch größere praktische Bedeutung als bei der *formal adjudication*.

dern zunehmend auch für deutsche Großverfahren, die oftmals ebenso wie im europäischen Ausland unionsrechtlich geprägt sind.⁹⁷

Insgesamt fällt so der Kontrast zwischen dem angeblich geringen Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in der deutschen und dem scheinbar höheren in anderen Rechtsordnungen geringer aus als vielfach behauptet.⁹⁸ Die vorherrschende Fehleinschätzung beruht auf einer Aufmerksamkeitsverschiebung: Es werden nicht die gleichen Rechtsgebiete verglichen, sondern im Ausland nur besonders komplexe Verwaltungsentscheidungen betrachtet. Der Vergleich wird zusätzlich dadurch verzerrt, dass die Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Verfahren unterschiedlich vorgenommen wird. Was in Deutschland jedenfalls bis zum EAG-Bau⁹⁹ als materiell-rechtlicher Abwägungsvorgang eingeordnet wurde,¹⁰⁰ wird in Frankreich (und wohl auch in England) zum inneren Verfahren¹⁰¹ der Verwaltung gerechnet.¹⁰²

⁹⁷ Insbes. im Umweltrecht und im Regulierungsrecht, Nw. oben Fn. 18.

⁹⁸ Vgl. E. Schmidt-Aßmann NVwZ 2007, 40 (41), wonach sich die Unterschiede durch die Einwirkungen des Unionsrechts „etwas abgeschliffen“ hätten, aber Deutschland mit der „nur dienenden Funktion des Verfahrensrechts“ immer noch eine gewisse Sonderrolle (zumindest gegenüber England) einnehme; von „noch erhebliche[m] Nachholbedarf“ des deutschen gegenüber dem englischen und französischen Recht spricht W. Hoffmann-Riem ZRP 2007, 101 (102).

⁹⁹ Im Zusammenhang mit der auf EU-Recht basierenden Umweltprüfung wurden § 2 Abs. 3 BauGB (in den Gesetzesmaterialien als neue „Verfahrensgrundnorm“ bezeichnet) u. § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB in das Gesetz aufgenommen; diese neuen Bestimmungen werden verbreitet dahingehend gedeutet, dass der bislang materiell-rechtlich verstandene Abwägungsvorgang nunmehr dem inneren Verfahren zugeordnet ist; zustimmend M. Wickel/K. Bieback DV 39 (2006), 571 ff.; in diese Richtung auch, wenngleich ohne abschließende Klärung, BVerwGE 131, 100 (Rn. 18 ff.); demgegenüber für eine Beibehaltung der bisherigen Dogmatik plädierend W. Hoppe in: Hoppe/Bönker/Grotefels (Hrsg.) Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 2 ff. Auf die Planfeststellung hat man diese neue Dogmatik bislang nicht übertragen; sie würde dort dazu führen, dass §§ 45, 46 VwVfG auch auf Mängel im Abwägungsvorgang anwendbar wären.

¹⁰⁰ Statt vieler R. Alexy JZ 1986, 701 (706 f.); vgl. aber Hufen Fehler (Fn. 16), Rn. 241, wonach die Abwägungsrechtsprechung „nicht mehr nach Verfahren und Inhalt zu differenzierende Kriterien“ verwende.

¹⁰¹ Grundlegend dazu Hill (Fn. 1), 286 f.; zur Überlappung von innerem Verfahren und materiell-rechtlicher Abwägung ebd., 320 f.

¹⁰² Ladenburger (Fn. 4), insbes. 140.

IV. Alte und neue Facetten eines Eigenwerts von Verfahren im Verwaltungsrecht

Nimmt man abseits des VwVfG-Standardverfahrens bereichsspezifische Entwicklungen unter dem Einfluss des Unionsrechts in den Blick, so lassen sich fünf zentrale alte und neue Facetten eines Eigenwerts des Verfahrens identifizieren.

1. *Rechtsverteidigung*

Gerade im Rechtsvergleich bleibt die Rechtsverteidigung¹⁰³ eine wichtige instrumentelle Funktion des Verwaltungsverfahrens. Dies macht schon der Begriff „Verteidigungsrechte“ deutlich, unter dem im Ausland und auf europäischer Ebene zentrale Verfahrensrechte wie Anhörung und Akteneinsichtsrecht zusammengefasst werden.¹⁰⁴ Bei aller Betonung von Informationsgewinnung und Wissensgenerierung darf die doppelte Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsverfahrens nicht aus dem Blick geraten: Zum einen soll es insbesondere mit der Begründung die Voraussetzungen für eine effektive gerichtliche (Ermessen-)Kontrolle schaffen. Zum anderen besitzt das Verfahren einen eigenständigen Rechtswahrungsauftrag,¹⁰⁵ der aus der Steuerungs Perspektive freilich nicht mit vorverlagertem Rechtsschutz identisch ist.¹⁰⁶

All dies gilt auch für komplexe Verfahren. So wird gerade für europäische Verbundverfahren breit erörtert, auf welcher Ebene welche Verteidigungsrechte zu gewähren sind.¹⁰⁷ Bei Listing-Entscheidungen

¹⁰³ In einem engeren Sinne von „Verfahren der Rechtsverteidigung und Rechtsdurchsetzung“ spricht *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 58, der darunter kontradiktorische Verfahren mit dem Prototyp des Widerspruchsverfahrens versteht.

¹⁰⁴ *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 77.

¹⁰⁵ *F. Schoch* DV 25 (1992), 21 (27f.) und im Anschluss *M. Burgi* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 155 (171) sowie im Erstreferat *Gurlit* *Eigenwert des Verfahrens* (Fn. 30), unter II. 3. b) sprechen von der „Schutzfunktion“ in Abgrenzung zur „Bewirkungsfunktion“ des Verwaltungsverfahrens.

¹⁰⁶ Grundlegend *Wahl* *Verwaltungsverfahren* (Fn. 16), 160ff.

¹⁰⁷ Allgemein tendieren die Unionsgerichte dazu, bei bloß vorbereitenden Maßnahmen nur wenige Verfahrensrechte wie namentlich das Recht auf Hinzuziehung eines Anwalts anzuerkennen, einen Anspruch auf Gehör dagegen zu verneinen, wenn die Einwände noch hinreichend im Hauptverfahren berücksichtigt werden können; vgl. EuGH, Slg. 1980, 2033 Rn. 21 – National Panasonic. Anderes gilt, wenn mit der vorbereitenden Maßnahme irreparable Belastungen verbunden sind; EuGH, Slg. 1989, 2859 Rn. 15 – Hoechst; Überblick bei *F. Wettner* in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Hrsg.) *Der Europäische Verwaltungsverbund: Formen und Verfahren der*

des UN-Sicherheitsrats müssen gravierende Rechtsschutzdefizite¹⁰⁸ im Wege nacharbeitenden Grundrechtsschutzes so weit wie möglich durch Anhörungsrechte und Begründungspflichten auf europäischer Umsetzungsebene kompensiert werden.¹⁰⁹ Elaborierte Vergabeverfahren dienen nicht zuletzt dem Bieterschutz. In Planfeststellungs- und Anlagen-genehmigungsverfahren hat die Beteiligung der Öffentlichkeit für die unmittelbar rechtlich Betroffenen auch Grundrechtsschutz durch Verfahren zu gewährleisten.¹¹⁰

Verwaltungszusammenarbeit in der EU, 2005, 181 (205f.); *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 59; *Craig* EU Administrative Law (Fn. 42), 315f.; zu Schutzlücken in den europäischen Verfahrens(grund)rechten am Beispiel des Verbundverfahrens nach der KartellVO Nr. 1/2003 s. *Britz* FS Fachbereich Rechtswissenschaft (Fn. 43), 115 (117ff.).

¹⁰⁸ Der UN-Sanktionsausschuss entscheidet zwar in einem formalisierten (Verwaltungs-)Verfahren, doch sind eine Anhörung oder irgendwelche andere Verteidigungsrechte für gelistete Personen nicht vorgesehen und bis vor kurzem fehlte auch jegliche Begründungspflicht; dazu *K. Schmalenbach* JZ 2009, 35 (36); *H. Sauer* NJW 2008, 3685; zur neuerdings rudimentär verankerten Begründungspflicht vgl. SR-Resolution 1822 (2008) vom 30. 6. 2008, Ziff. 13 sowie Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work (adopted on 7 November 2002, as amended on 22 July 2010), Nr. 6 lit. k, Nr. 9 lit. a. Kleine Verbesserungen ergeben sich durch die Einspruchsmöglichkeit beim „Focal Point“ im UN-Generalsekretariat (siehe SR-Resolution 1730 [2006] vom 19. 12. 2006) sowie neuerdings bei der „Ombudsperson“ (siehe SR-Resolution 1904 [2009] vom 17. 12. 2009, Ziff. 20f.; dazu *C. Feinäugle* ZRP 2010, 188ff.); vgl. ferner Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, ebd., Nr. 7 (Delisting), doch handelt es sich dabei nicht um unabhängigen Rechtsschutz.

¹⁰⁹ Vgl. EuGH, EuGRZ 2008, 480ff. – Kadi und Al Barakaat/Rat und Kommission; durch EuG, EuGRZ 2011, 48ff. – Kadi/Kommission wurde die nachgebesserte Verordnung erneut aufgehoben, weil die Verteidigungsrechte von Kadi „nur rein formal und dem Anschein nach ‚geachtet‘ worden“ seien. Zu diesem Konzept nacharbeitenden Grundrechtsschutzes durch Verfahren näher *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 130ff., zusammenfassend Rn. 137; angedeutet bei *K. Schmalenbach* JZ 2009, 35 (40); vgl. auch *G. Della Cananea* ELR 32 (2007), 896ff.; weiterreichende Verallgemeinerung bei *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 373, vgl. auch Rn. 20f.; kritisch *J.A. Kämmerer* EuR 2009, 114 (126).

¹¹⁰ Grundlegend BVerfGE 53, 30 (59f. u. 62ff.) – Mülheim-Kärlich; *K. Hesse* EuGRZ 1978, 427 (434ff.); zum aktuellen Diskussionsstand *E. Schmidt-Aßmann* in: Merten/Papier (Fn. 91), § 45; zusammenfassend mwN *Rossen-Stadtfeld* GVwR II (Fn. 2), § 29 Rn. 39 u. 41f.

2. Problemsensibilisierung, plurale Informationsgewinnung und Interessenverarbeitung durch Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung

Über die Rechtsverteidigung individuell Betroffener hinaus soll die Behörden- und vor allem Öffentlichkeitsbeteiligung in Großverfahren für die (Umwelt-)Auswirkungen des Projekts sensibilisieren und eine plurale Informations- und Interessenverarbeitung ermöglichen. In Deutschland betrifft dies vor allem die Bauleitplanung, die Planfeststellung von Infrastrukturprojekten sowie komplexe umweltrechtliche Genehmigungsverfahren. In Frankreich findet sich Vergleichbares bei der *enquête publique*.¹¹¹ Generell wichtiger als eine obligatorische mündliche Erörterung¹¹² ist die Beteiligung der Öffentlichkeit zu einem frühen Zeitpunkt, in dem noch möglichst wenig informelle Vorfestlegungen existieren.¹¹³ Die vorgezogene Bürgerbeteiligung bei der Bauleitplanung (§ 3 BauGB) sollte insoweit auch für die Planfeststellung als Vorbild dienen.¹¹⁴

¹¹¹ Kennzeichnend ist folgende Verfahrensgestaltung: Für ein Vorhaben wird aufgrund eines Organisationsbeschlusses des Präfekten bzw. Bürgermeisters ein unabhängiger Beauftragter bzw. eine unabhängige Kommission (*commissaire enquêteur* bzw. *commission d'enquête*) ernannt, der eine öffentliche Auslegung der Projektunterlagen einschließlich einer Begründung des Vorhabenträgers, warum er sich für die dargelegte Alternative entschieden hat, auslegt und Stellungnahmen aus der Öffentlichkeit entgegennimmt. Anhand dieser Informationen hat der Beauftragte eine begründete zustimmende oder ablehnende (ggf. auch Modifikationen empfehlende) Stellungnahme zu dem Projekt abzugeben. Siehe Art. R512–14 du code de l'environnement; näher *Ladenburger* (Fn. 4), 63 ff. Die zuständige Behörde ist daran nicht gebunden, doch ist gegen eine von der Empfehlung abweichende Zulassung des Projekts vereinfacht vorläufiger Rechtsschutz möglich, teilweise verlagert sich auch die sachliche Zuständigkeit für die Zulassung. Die *enquête publique* dient der Sachaufklärung, der Information der Öffentlichkeit mit Werben um Akzeptanz für das Projekt sowie der Partizipation (wobei die Öffentlichkeit gleichzeitig auch als Kontrollinstanz fungiert); die Wahrung subjektiver Rechte steht dagegen in Frankreich weniger im Vordergrund. Im Leitbegriff der Verwaltungstransparenz wird der *enquête publique* dabei ein beträchtlicher Eigenwert zugeschrieben; s. *ders.*, ebd., 72 ff.

¹¹² Ein mündlicher Erörterungstermin wird nach den Fachgesetzen idF des Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetzes teilweise nur noch optional durchgeführt (zB § 10 Abs. 6 BImSchG; unverändert obligatorisch dagegen nach § 73 Abs. 6 VwVfG); dazu kritisch *A. Guckelberger* DÖV 2006, 97 ff.; *P. Cancik* DÖV 2007, 107 ff. Zur grundsätzlichen Vereinbarkeit mit der Aarhus-Konvention *Schneider* GVwR II (Fn. 2), § 28 Rn. 83.

¹¹³ Allgemein für Partizipation bereits *Schmitt Glaeser* Partizipation (Fn. 7), 179 (239).

¹¹⁴ *M. Wickel* in: *Fehling/Kastner* (Fn. 70), § 73 VwVfG Rn. 106. Die Öffentlichkeitsbeteiligung in der Raumplanung (§ 10 ROG bzw. § 15 Abs. 3 S. 3 ROG) kann diese Funktion einer vorgezogenen Bürgerbeteiligung wohl nur teilweise übernehmen, weil auf dieser weit abstrakteren Ebene zwar gewisse Umweltschutzfragen the-

Das Unionsrecht verleiht der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung besondere Dynamik, auch als Gegengewicht zu einer teilweisen Verfahrensprivatisierung bei Rückzug auf eine nachvollziehende Amtsermittlung.¹¹⁵ Durch die Aarhus-Konvention gewinnt dieses Konzept der Problemsensibilisierung eine neue Qualität. Insbesondere wird der Rechtsschutz ausgeweitet, um Bürger und Verbände zur effektiven Durchsetzung der UVP zu mobilisieren.¹¹⁶ Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz bleibt dabei in seiner nur halbherzigen Loslösung vom Individualrechtsschutz ambivalent, lässt sich jedoch richtlinienkonform auslegen.¹¹⁷ Das französische Recht tut sich hier

matisiert werden (im Zusammenhang mit der strategischen Umweltplanung), aber oftmals noch keine konkrete Betroffenheit von Bürgerinteressen absehbar sein wird und deshalb eine Aktivierung der potentiell betroffenen Öffentlichkeit schwierig ist.

¹¹⁵ Grundlegend *J.-P. Schneider* Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, insbes. 88 ff.; allgemeiner zur nachvollziehenden staatlichen Kontrolle bei Privatverfahren *I. Appel* GVwR II (Fn. 2), § 32 Rn. 50.

¹¹⁶ Zum entsprechenden Konzept des Unionsrechts allgemein grundlegend *J. Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, insbes. 35 ff.; zuletzt *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 154 ff. Zur Unanwendbarkeit von § 46 VwVfG bei unterbliebener UVP bereits vor dem UmwRG OVG Koblenz, DÖV 2005, 436 ff.; in Anknüpfung an EuGH, NVwZ 2004, 593 ff. – Wells (zu Art. 1 Abs. 2 u. Art. 4 Abs. 2 UVP-Richtlinie); vgl. auch BVerwGE 131, 352 (Rn. 24 ff.), wo ausführlich § 45 VwVfG geprüft (und bejaht) wird, ohne § 46 VwVfG zu erwähnen; *Danzwitz* (Fn. 41), 543. Zur UVP-Rechtsprechung als Indiz für eine allgemeine Ausweitung des Drittschutzes bei Verfahrensrechten im Gemeinschaftsverwaltungsrecht *Schoch* ebd., § 50 Rn. 173. Nicht zuletzt eine „Kompensation für die abnehmende Qualität der Aufgabenerfüllung durch die Verwaltung“ und damit wohl auch des Verfahrensverfahrens sieht in der Verbandsklage dagegen *T. Groß* DV 43 (2010), 349 (375 f.).

¹¹⁷ In § 4 Abs. 1 u. 3 UmwRG wird die Durchführung einer UVP bzw. Vorprüfung zum absoluten Verfahrensrecht erhoben, dessen Verletzung ohne Anwendung von § 46 VwVfG von klageberechtigten Vereinigungen (Verbandsklage) und von Individualklägern geltend gemacht werden kann. Freilich existiert ein gewisser Widerspruch zu § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 UmwRG, denn danach sind Vereinigungen nur klagebefugt, wenn die geltend gemachte Vorschrift „Rechte Einzelner begründet“. Diese Einschränkung kann jedoch auf eine gänzlich unterbliebene UVP oder Vorprüfung nicht streng angewendet werden, weil dann § 4 Abs. 1 u. 3 UmwRG entgegen der unionsrechtlichen Vorgaben leer liefe. Die UVP-Vorschriften begründen nämlich gerade keine „Rechte Einzelner“, sofern man – was freilich keineswegs zwingend erscheint – das traditionelle deutsche Verständnis des subjektiv-öffentlichen Rechts zugrunde legt. Diese Fragen bleiben aber umstritten; für die Unanwendbarkeit von § 46 VwVfG *S. Schlacke* ZUR 2009, 80 (82); *M. Kment* NVwZ 2007, 274 ff.; aA demgegenüber *W.F. Spieth/M. Appel* NuR 2009, 312 ff.; zur Ausweitung der Klagebefugnis *S. Schlacke* in: *Schlacke/Schrader/Bunge* (Hrsg.) Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht, 2010, § 3 Rn. 173 ff.; *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 181; aA im Vorfeld *W. Durner* ZUR 2005, 285 (289); *M. Schmidt-Preuß* NVwZ 2005, 489 (495 f.); eine Klärung in der Rspr. steht noch aus; vgl. den Vorlagebeschluss

mangels subjektiver Rechtsschutztradition leichter; das dortige Umweltgesetz ermöglicht ausdrücklich eine einstweilige Verfügung zum Stoppen eines Projekts, das ohne die erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung (*étude d'impact*) zugelassen wurde.¹¹⁸

3. *Chancengleicher Wettbewerb durch strukturierte ökonomisch geprägte (Vergabe-)Verfahren*

Eine weitere Facette kommt bei ökonomisierten Vergabe- und sonstigen Verteilungsentscheidungen für knappe Güter¹¹⁹ zum Ausdruck. Denn diese Zuteilungsentscheidungen beruhen auf dem Prinzip weitge-

des OVG Münster, ZUR 2009, 380 ff., wo auch eine richtlinienkonforme Auslegung oder unmittelbare Anwendung der UVP-Richtlinie erwogen wird; für richtlinienkonforme Auslegung die Generalanwältin *Sharpston*, Schlenanträge Rs (-115/09 vom 16. 12. 2010, R. 84); Verzicht auf Vorlage und stattdessen Zulassung der Revision: VGH Kassel, ZUR 2010, 46 ff., wo die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung und die unmittelbare Anwendbarkeit mangels hinreichender Bestimmtheit der Richtlinienbestimmungen verneint wurden; demgegenüber eine Verletzung in einem subjektiv-öffentlichen Recht fordernd OVG Lüneburg, NuR 2009, 58 (Rn. 26 ff.). Einzelne Verfahrensschritte bei der UVP („wie“ statt „ob“ der Prüfung) stehen zumindest nicht explizit unter dem Schutz des § 4 Abs. 1 UmwRG; eine erweiternde Auslegung (etwa Ausdehnung des absoluten Verfahrensrechts auf alle wesentlichen Schritte der UVP) erscheint nicht ohne weiteres geboten, da § 10a der geänderten UVP-Richtlinie ausdrücklich ein Festhalten am System des bloßen Individualrechtsschutzes zulässt, sofern das Gebot des weiten Gerichtszugangs auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht erfüllt wird; das vollständige Fehlen der Öffentlichkeitsbeteiligung von bloßen Verstößen gegen §§ 5, 6 UVPG abgrenzend VGH Kassel, ZUR 2009, 87 (Rn. 5 ff.); VGH Kassel, ZUR 2010, 46 (Rn. 15 ff.); strenger *Schoch* ebd., § 50 Rn. 316. Der hinreichend weite Gerichtszugang kann bereits im geltenden Individualrechtsschutzsystem durch Anerkennung materiell-akzessorischer Verfahrensrechte auf ordnungsgemäße UVP-Durchführung und durch ein Ernstnehmen der Beweislastverteilung im Wortlaut des § 46 VwVfG erreicht werden. Zum Ganzen *M. Fehling* in: Schneider/Theobald (Hrsg.) Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. (im Erscheinen), § 8 Rn. 224 f.; *Quabeck* (Fn. 30), 269 ff.

¹¹⁸ Art. L122-2 du code de l'environnement zuletzt geändert durch Art. 230 de la loi n° 2010-788 vom 12. 7. 2010. Durch die Änderung wurde die Zahl der UVP-pflichtigen Vorhaben und damit auch der Anwendungsbereich des Art. L122-2 erweitert.

¹¹⁹ Zum Anwendungsbereich im Regulierungsrecht *M. Fehling* in: ders./Ruffert (Fn. 18), § 20 Rn. 25 ff.; zu Versteigerungsverfahren *M. Martini* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008; zur besonderen Transparenz ökonomischer Verteilungsverfahren (insbes. Versteigerungen) und zum Vorrang materieller Auswahlkriterien, wenn über die Effizienz hinaus spezifische Gemeinwohlzwecke verfolgt werden, s. auch *D. Kupfer* Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschafts-verwaltungsrecht, 2005, 537 ff.

hender Verfahrensgerechtigkeit.¹²⁰ An die Stelle inhaltlicher Maßstäbe im sogenannten *beauty contest* tritt die Erwartung ökonomischer Effizienz durch wettbewerbliche Ausschreibungs- und Versteigerungsverfahren.¹²¹ Die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Grundsätze der Transparenz durch Ausschreibung und der Nichtdiskriminierung¹²² sind ebenfalls prozeduraler Natur.¹²³

Wo bei der Auftragsvergabe auch Sekundärzwecke verfolgt werden, gewinnt das Vergabeverfahren über die Effizienzsicherung hinaus eine zusätzliche instrumentelle Funktion. Politische Ziele müssen auf einer passenden Verfahrensebene transparent abgearbeitet werden, um versteckten Diskriminierungen entgegen zu wirken.¹²⁴

¹²⁰ Dies betonen A. Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 277 (295 ff.); H. Kaelble *Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit*, 2008, 225 f.; eingehend mit zahlreichen Referenzgebieten *Wollenschläger* *Verteilungsverfahren* (Fn. 27), 82 ff. u. 592 ff., zum Vergaberecht 244 ff. u. zusammenfassend 687 ff.; ebenso im Erstreferat *Gurlit* *Eigenwert des Verfahrens* (Fn. 30), unter III. 2. c). Zum Anspruch auf Durchführung des gesetzlich geregelten Vergabeverfahrens BGHZ 162, 116 (120 ff.). Etwas weniger verfahrensgeprägt sind Verteilungsentscheidungen anhand materiell-rechtlicher Maßstäbe; s. aber BVerfGE 73, 280 (206): Grundrechtsschutz durch Verfahren zur Sicherung einer sachgerechten Auswahl bei Notarbewerbem; BVerwGE 118, 270 (273 ff.): zwecks Grundrechtsschutzes durch Verfahren Informationsanspruch des potentiellen Bewerbers um eine PBefG-Genehmigung über neu zu vergebende Buslinien; hervorgehoben von M. Schmidt-Preuß NVwZ 2005, 489 (490 f.).

¹²¹ Bei Vergabeverfahren bezeichnet das Zuschlagskriterium des wirtschaftlichsten Angebots nur eine formale Preis-Leistungs-Relation; zur Konkretisierungsbedürftigkeit im Verfahren *Kaelble* (Fn. 120), 169. Noch deutlicher wird die inhaltliche Maßstabsarmut bei Versteigerungsverfahren; zur Notwendigkeit der „verfahrensrechtlichen Strukturierung“ zwecks (auch grundrechtlich gebotener) Disziplinierung der durch Versteigerungsverfahren bewirkten Ökonomisierung bereits *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (62). Zur Fokussierung der Gerichtskontrolle im Vergaberecht auf eine Verfahrenskontrolle *Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 8.

¹²² Dies zwingt zwar nicht zu einem förmlichen Vergabeverfahren, wohl aber zu einem angemessenen Grad an Öffentlichkeit (im Sinne einer nichtförmlichen Bekanntmachung der Vergabeabsicht; vgl. EuGH, Slg. 1999, I-8291 Rn. 31 – Union Scandinavia) und einer transparenten Gestaltung des weiteren Verfahrensablaufs. Diese Vorgaben gelten nicht nur für die wettbewerbliche Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, sondern auch für die Direktvergabe von Dienstleistungskonzessionen ohne (offenen) Wettbewerb; zu den Konsequenzen für den öffentlichen Verkehr M. Fehling in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder (Hrsg.) VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 7 Rn. 37 ff.

¹²³ Vgl. *Quabeck* (Fn. 30), 240 ff.; *Wollenschläger* *Verteilungsverfahren* (Fn. 27), 205.

¹²⁴ Näher *Fehling* in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 33), 119 (143) mwN; M. Fehling in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Handkommentar Vergaberecht*, 2011, § 97 GWB

Beim finanziellen Ausgleich für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verstärkt das Beihilfenrecht im Lichte der Altmarkt-Trans-Entscheidung den Druck in Richtung solcher wettbewerblichen Vergabeverfahren.¹²⁵

4. Lernprozesse in gestuften Verbundverfahren

Wo im europäisierten Verwaltungsrecht komplexen mitgliedstaatlichen Maßnahmen transnationale Wirkung zukommt, gewinnen gestufte Verbundverfahren an Bedeutung. Sie sind gekennzeichnet durch die Beteiligung von Behörden verschiedener Mitgliedstaaten sowie der Kommission oder europäischer Agenturen.¹²⁶ Mit solchen vertikalen und horizontalen Verbünden begegnet man dem „Flexibilitäts-Kohärenz-Dilemma“: Bei Wahrung dezentraler nationaler Vollzugsspielräume muss zugleich eine koordinierte, diskriminierungsfreie und effektive Durchsetzung des Unionsrechts gesichert werden.¹²⁷ Im Regulierungsrecht liegt ein besonderer Eigenwert der europäischen Verfahrensvernetzung zudem in der Sicherung größerer Distanz zu nationalen industriepolitischen Interessen.¹²⁸

Im Vergleich zu mehrphasigen deutschen Verwaltungsverfahren¹²⁹ wächst auf europäischer Ebene die Bedeutung der verschiedenen Verfahrensstufen und ihrer Vernetzung erheblich, sowohl für die Nutzung dezentraler Wissensressourcen und die Legitimation transnationaler Entscheidungswirkungen als auch für die Strukturierung des gesplitt-

Rn. 133 ff., insbes. 136. Zum Vergaberecht als Mittel indirekter Steuerung auch *P. Steinberg* Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe, 2005, 35 ff. u. 50 ff.; stellvertretend für die Kritiker *M. Dreher* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.) *GWB-Kommentar*, 4. Aufl. 2007, § 97 Rn. 174 ff.; zum Diskriminierungsrisiko auch *H. Schulze-Fielitz* GVwR I (Fn. 1), § 12 Rn. 147.

¹²⁵ Denn andernfalls müsste der Verdacht einer Überkompensation anhand eines Unternehmensvergleichs widerlegt werden, was nur sehr schwer zu bewerkstelligen ist, s. *Quabeck* (Fn. 30), 243 f.; *M. Pöcker* EuZW 2007, 167 ff.; *Kaelble* (Fn. 120), 246; für den Verkehrssektor *Fehling* in: ders./Ruffert (Fn. 18), § 10 Rn. 43.

¹²⁶ Zu den verschiedenen Erscheinungsformen grundlegend *G. Sydow* Verwaltungs-kooperation in der Europäischen Union, 2004; *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* (Fn. 107); unter Berücksichtigung neuerer Beispiele, namentlich des komplexen Kontrollsystems für Chemikalien nach der REACH-VO, *T. Siegel* Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009.

¹²⁷ Am Beispiel der Netzwirtschaften grundlegend *G. Britz* EuR 2006, 46 (55 ff.); zuletzt kritisch *K. Gärditz* AöR 135 (2010), 251 (268 f.).

¹²⁸ *Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 62.

¹²⁹ Der Eigenwert von meist rein internen Mitwirkungsakten bleibt hier eher gering; vgl. nur *Maurer* Verwaltungsrecht (Fn. 27), § 9 Rn. 28.

ten Gerichtsschutzes.¹³⁰ Dabei vollzieht sich europäische Verwaltung nicht nur in einem Entscheidungsverbund (etwa für Regulierungsverfügungen in der Telekommunikation¹³¹), sondern auch in einem Informations- und Kontrollverbund.¹³² Ein Beispiel für einen Informationsverbund als Fundament eingriffsintensiver Kontrollstrukturen liefert die Kartellverordnung Nr. 1/2003.¹³³ Hier öffnet sich das Verfahrensrecht für das Zusammenspiel von Außen- und Innenrecht, von rechtsförmlichen und informellen Steuerungsmechanismen, von punktuellen Eingriffsmaßnahmen und kontinuierlichen Aufsichtsverhältnissen. In dieser erweiterten Perspektive rücken der Kommunikationscharakter von Verfahrenshandlungen und ihre Verknüpfung im Prozess der Wissensgenerierung und -implementation in den Vordergrund.¹³⁴

¹³⁰ Für den Regulierungsverbund in der Telekommunikation eingehend *M. Schramm* DÖV 2010, 387 ff.

¹³¹ Dazu grundlegend *H.-H. Trute* FS Selmer, 2004, 565 ff.; *K.-H. Ladeur/C. Möllers* DVBl. 2005, 525 ff.; *J.-P. Schneider* in: Fehling/Ruffert (Fn. 18), § 8 Rn. 107 ff.

¹³² *E. Schmidt-Aßmann* GVwR I (Fn. 1), § 5 Rn. 16.

¹³³ Kurzüberblick bei *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 62; zu den traditionellen Verteidigungsrechten (Anhörung, Akteneinsicht) bei Inspektionen näher, die Unklarheiten im Sekundärrecht kritisierend, *A. David* Inspektionen im europäischen Verwaltungsrecht, 2003, 303 ff.; *dies.* in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Fn. 107), 237 (254 ff.); kritisch zu potentiellen Schutzlücken unter der VO (EG) Nr. 1/2003 wegen unterschiedlichen nationalen Schutzniveaus bei den Verteidigungsrechten *Britz* FS Fachbereich Rechtswissenschaft (Fn. 43), 115 (118 ff.). Die rechtmäßige Informationserhebung unter Wahrung auch etwaiger Verfahrensrechte, aber auch die Zweckbindung der Informationen werden in Art. 12 VO (EG) Nr. 1/2003 durch ein Beweisverwertungsverbot abgesichert. Dieses Modell erscheint tendenziell verallgemeinerungsfähig. Es kristallisiert sich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts heraus, wonach eine Verletzung mitgliedstaatlicher Verteidigungs- oder sonstiger Verfahrensrechte bei der Informationsbeschaffung auf europäischer Ebene zu einem Verwertungsverbot führt; so *F. Wettner* in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Fn. 107), 181 (206 ff.), unter Verweis auf das insoweit freilich wenig klare Urteil EuGH, Slg. 2003, I-3735 Rn. 70 ff. – Joachim Steffensen. – Für einen tendenziell eher begünstigenden, weil im Wesentlichen die Grundfreiheiten prozedural absichernden Verbund kann die Dienstleistungsrichtlinie (insoweit umgesetzt in §§ 8a ff. VwVfG) als Beispiel dienen, dazu *Fehling* ebd., § 12 Rn. 63.

¹³⁴ Zum „Lernziel“ des Vollzugsverbunds *M. Eifert* in: Collin/Spiecker gen. Döhrmann (Hrsg.) Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008, 159 (160 ff.); zum Problem, Informationen im Verwaltungsverbund durch europäische Agenturen in Wissen umzusetzen, *A.-B. Kaiser* in: Schuppert/Voßkuhle (Hrsg.) Governance von und durch Wissen, 2008, 217 (230 ff.).

5. *Verfahren als Lotse durch die Untiefen des materiellen (Genehmigungs-)Rechts (Servicefunktion)*

Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens kann schließlich auch in einem beschleunigenden, serviceorientierten Verfahrensmanagement liegen. Dies zeigen die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung (insoweit insbes. §§ 71a ff. n.F. VwVfG).

In den früheren deutschen Beschleunigungsanstrengungen sahen Kritiker meist eine pauschale Geringschätzung des (Genehmigungs-) Verfahrens als lästige und verzögernde Hürde auf dem Weg zum Investitionsziel.¹³⁵ So berechtigt diese Kritik teilweise auch gewesen ist,¹³⁶ so war sie doch zu einseitig; schließlich gab es auch damals schon Ansätze, die Problemlösungskapazität des Verfahrens ohne Substanzverlust durch Projektmanagement, Vorantragskonferenz und Sternverfahren zu stärken.¹³⁷ Nun soll ein elaboriertes Verfahrensmanagement mit

¹³⁵ Entsprechende Kritik an der Beschleunigungsgesetzgebung zB bei *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 5 u. 585; *W. Erbguth* DÖV 2009, 921 (923 ff. u. 931 f.); vgl. auch *G. Lübbe-Wolff* ZUR 1995, 57 (59); die einzelnen Kritikpunkte auflistend *A. Voßkuhle* DV 34 (2001), 347 (351 ff.).

¹³⁶ Eine gewisse Geringschätzung des Verfahrens verrät die Begründung der BReg zum GenBeschlG, BT-Drs. 13/1445, 6: „[M]it den vorgeschlagenen Beschleunigungsmaßnahmen [sollen] die dienende Funktion der Zulassungsverfahren für die Sachentscheidung wieder stärker in den Vordergrund gerückt und die Verfahrenseffizienz im Rahmen der Verfahrenszwecke stärker zum Ausdruck gebracht werden“. Zu einseitig die Interessen des Investors im Blick, wonach jede Verfahrensbeschleunigung ein wirtschaftlicher Gewinn sei, hatte auch die vorbereitende *Unabhängige Expertenkommission* Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, 1994, Rn. 200 ff.; immerhin wurde aber an anderer Stelle auch die Interessenausgleichsfunktion des Genehmigungsverfahrens als unverändert wichtig betont (ebd., Rn. 919) und die Notwendigkeit einer Risikoverlagerung auf den Investor als Preis für die Beschleunigung angemerkt (ebd., Rn. 133); vgl. *K.-W. Schatz* Jb. für Neue Pol. Ökonomie 15 (1996), 11 (21), wonach es „stets ein volkswirtschaftlicher Gewinn“ sei, „wenn eine Genehmigung *ohne Verlust an Qualität* in kürzerer Zeit erteilt wird“ – Hervorhebung von mir. *E. Gawel* Jb. für Nationalökonomie u. Statistik 216 (1997), 74 (89) kritisiert mit Recht die zu einseitige betriebs- statt gesamtwirtschaftliche Ausrichtung der Kommissionsvorschläge.

¹³⁷ *M. Bullinger* Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, 1991, insbes. 74 ff.; vergleichend mit Frankreich die Beiträge in ders. (Hrsg.) Von der bürokratischen Verwaltung zum Verwaltungsmanagement, 1993; zum theoretischen Hintergrund ders. JZ 1991, 53 ff. Zur Ambivalenz der Beschleunigungsgesetzgebung *Kaiser* (Fn. 7), 212 ff. Die durch das GenBeschlG eingefügten §§ 71a ff. VwVfG aF, wo Vorantragskonferenz und Sternverfahren explizit geregelt waren, wurden im Zuge der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie wieder aufgehoben, weil sie ihre Signal- und Anstoßfunktion erfüllt hätten; s. BT-Drs. 16/10493, 17.

einheitlichem Ansprechpartner¹³⁸ und erleichterter elektronischer Abwicklung¹³⁹ positiv dazu beitragen, die Belastung durch verzweigte materiell-rechtliche Anforderungen für aus- wie inländische Dienstleister weniger spürbar zu machen; das Genehmigungsverfahren gewinnt so den Eigenwert eines Lotsen durch die Untiefen des materiellen Genehmigungsrechts.¹⁴⁰ Diesem Konzept einer Beschleunigung ohne Substanzverlust lässt sich eine große Karriere prognostizieren, bis hin zu umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren.¹⁴¹ Dagegen würde eine Ausweitung der Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG)¹⁴² über den Bereich der Dienstleistungsrichtlinie hinaus den produktiven Eigenwert des Verwaltungsverfahrens wesentlich schmälern.¹⁴³

¹³⁸ Eingehend dazu *J. Ziekow/A. Windoffer* (Hrsg.) Ein einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister, 2007. Zu den verschiedenen Modellen eines einheitlichen Ansprechpartners unter besonderer Berücksichtigung der Kammerlösung *A. Windoffer* *GewArch* 2008, 97 ff.; zu den – lösbaren – Umsetzungsproblemen im Föderalismus *S. Schulz* *DÖV* 2008, 1028 ff.

¹³⁹ Dazu *A. Luch/S. Schulz* in: *Schliesky* (Hrsg.) Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung – Teil II, 2009, 219 ff.; allgemeiner *G. Britz* *GVwR* II (Fn. 2), § 26 Rn. 30 f., 33, 53, 62.

¹⁴⁰ *Fehling* in: *ders./Grewlich* (Fn. 85), 43 (55 f.).

¹⁴¹ *Fehling* in: *ders./Grewlich* (Fn. 85), 43 (55 f.); erste Überlegungen in diese Richtung wegen des Scheiterns des UGB bei *C. Buchmann* *NuR* 2009, 380 (383 f.); kritisch zur bisherigen „Minimallösung der Umsetzung“ *C. Ernst* *DVBf.* 2009, 953 (960 f.).

¹⁴² Dazu *A. Guckelberger* *DÖV* 2010, 109 ff.; *M. Uechtritz* in: *Burgi/Schönenbroicher* (Hrsg.) Die Zukunft des Verwaltungsverfahrensrechts, 2010, 61 ff. Zu den entsprechenden Vorgaben in der Dienstleistungsrichtlinie *D. Bernhardt* *GewArch* 2009, 100 ff.

¹⁴³ Skeptisch einzuschätzen ist die Realisierbarkeit einer Beschleunigung ohne Substanzverlust, soweit nicht nur die Verzahnungen zwischen den Vorgängen – etwa durch das Internet – optimiert werden sollen, sondern ohne höheren Ressourceneinsatz eine Verkürzung der Bearbeitungszeit selbst angestrebt wird. Dahinter steht die Vorstellung, man könne das Verfahren vereinfachen, ohne die Prüfleistungen, die eine Genehmigung für den Verwaltungskunden und gegebenenfalls Drittbetroffene erbringen soll, spürbar zu schmälern. Dies suggeriert eine unrealistische Entkopplung des Verfahrensaufwands vom materiellen Recht, im Widerspruch zu der Erkenntnis von der produktiven Funktion des Verwaltungsverfahrens als Verwirklichungsmodus des (Genehmigungs-)Rechts. Deshalb eignet sich die neue Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG) nur für gebundene Entscheidungen in typischerweise einfach gelagerten Fällen ohne Drittbetroffene, nicht aber für Anlagengenehmigungen im Umweltrecht. Zum Ganzen *Fehling* in: *ders./Grewlich* (Fn. 85), 43 (51 ff.). Zu drohenden verzögernden Strategien des Unterlaufens der Genehmigungsfiktion *S. Eisenmenger* in: *Fehling/Kastner* (Fn. 70), § 42a VwVfG Rn. 10.

V. Folgerungen

1. *Die europäische Steuerung des indirekten Vollzugs als Triebfeder für Prozeduralisierung*

Versucht man aus diesen ganz unterschiedlichen Facetten eines Eigenwertes von Verwaltungsverfahren allgemeine Entwicklungslinien und Strukturen herauszuarbeiten, so drängt sich als erste Schlussfolgerung auf: Die zu beobachtende Aufwertung des Verfahrensgedankens speist sich ganz vorrangig aus den Vorgaben des Unionsrechts für den indirekten Vollzug und die Verbundverwaltung.¹⁴⁴ Es handelt sich also um eine gesamteuropäische Entwicklung, nicht um eine nachholende Modernisierung des deutschen Rechts. Dabei mag die Steuerung des mitgliedstaatlichen Vollzugs primär durch Verfahren auch dem Umstand geschuldet sein, dass man sich auf eine Angleichung des materiellen Rechts viel schwerer einigen kann.¹⁴⁵

Vom EU-Eigenverwaltungsrecht und ausländischen Rechtsordnungen geht dagegen insoweit kein signifikanter indirekter Reformdruck aus. Denn dort finden sich kaum weiterreichende Kommunikationsmuster als im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht.

2. *Bedeutungsgewinn des internen Verfahrens*

Im Bestreben, die Problemlösungskapazität von Verwaltungsverfahren zu verbessern, verlagert sich – zweitens – die Aufmerksamkeit zunehmend auf eine Optimierung intra- und interadministrativer Verfahrenselemente.¹⁴⁶ Dies zeigt sich besonders an Verbundverfahren sowie am Konzept der Dienstleistungsrichtlinie, wo das äußere Verfahren zugunsten der Koordinierung im *Back Office* entlastet wird.¹⁴⁷ Selbst im Vergaberecht bildet das äußere Verfahren nur die Spitze des Eisbergs; ein Schwerpunkt liegt nämlich auf der Verpflichtung der Vergabestelle zur internen Konzeptbildung und Selbstprogrammierung in Leistungs-

¹⁴⁴ Ähnlich *Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 7; teilweise aA *M. Schmidt-Preuß* NVwZ 2005, 489 (493f.), der gerade im direkten Vollzug des Unionsrechts besondere Prozeduralisierungsimpulse sieht und dazu auf Verfahrensbeteiligungen im EU-Kartell-, Beihilfen- und Außenwirtschaftsrecht verweist.

¹⁴⁵ Verfahrenssteuerung wahrt besser die Balance zwischen Rechtsharmonisierung und mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräumen.

¹⁴⁶ Größere Aufmerksamkeit für interne Verfahrenselemente in einem interne und externe Elemente verzahnenden Gesamtverfahren forderte schon *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (40f.).

¹⁴⁷ Zur „erstmaligen Erfassung des Innenbereichs der Verwaltung“ in der Dienstleistungsrichtlinie *M. Burgi* JZ 2010, 105 (111).

beschreibung und Zuschlagskriterien.¹⁴⁸ Die viel diskutierte Aufwertung der Öffentlichkeitsbeteiligung und damit auch des äußeren Verfahrens der UVP stellt sich in der Gesamtbetrachtung eher als sektorspezifische Besonderheit dar.

Dieser Befund bedeutet selbstverständlich nicht, dass Verfahrensgarantien und -kommunikation im Außenverhältnis zum Bürger vernachlässigt werden dürften. Insoweit datieren wichtige Reformschritte schon aus den 1970er Jahren.¹⁴⁹ Im Übrigen bleibt gerade in Mehrebenen-Verfahren durchaus auch die Stärkung der Verteidigungsrechte auf der Tagesordnung.¹⁵⁰

3. *Fehlender Zusammenhang von Eigenwert und Förmlichkeit des Verfahrens*

Als drittes ist festzustellen: Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens hängt nicht vom Grad der gesetzlichen Verfahrensförmlichkeit ab.¹⁵¹ Dies zeigt sich schon am Bedeutungsgewinn des internen Verfahrens. Augenfällig ist die Flexibilität beim Verfahrensmanagement durch einen einheitlichen Ansprechpartner. Selbst bei Verbundverfahren begnügt sich der Gesetzgeber oftmals mit einer eher allgemeinen Anordnung der Mitwirkungsakte sowie erweiterter Amtshilfepflichten¹⁵² und überlässt die konkrete Ausgestaltung den betroffenen Verwaltungen.¹⁵³

Im Vergaberecht, dem gemeinhin eine Überformalisierung nachgesagt wird, bemühen sich der deutsche Gesetzgeber und sogar die Europäische Union¹⁵⁴ um eine gewisse Flexibilisierung und einen erweiter-

¹⁴⁸ Vgl. *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 27), 209 ff., allgemeiner zur Konzeptphase bei Verteilungsverfahren 536 ff.; *Kaelble* (Fn. 120), 231 mit dortiger Fn. 181.

¹⁴⁹ Dies betrifft vor allem die Herausarbeitung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren mit der Forderung einer entsprechenden Auslegung des einfachen Verfahrensrechts; zur Einbettung in den Partizipationsdiskurs *Kaiser* (Fn. 7), 148 ff.

¹⁵⁰ Erinnert sei an das Konzept eines nacharbeitenden Grundrechtsschutzes durch Verfahren auf der zweiten (niedrigeren) Ebene in Konstellationen, wo auf der ersten (höheren) Ebene Rechtswahrungsdefizite bestehen; s. oben IV. 1. mit Fn. 109.

¹⁵¹ Erneut erscheint das Umweltrecht nicht als repräsentativ.

¹⁵² Zu den neuen §§ 8a ff. VwVfG und ihrem Hintergrund in der Dienstleistungsrichtlinie s. neben den einschlägigen Kommentierungen *H. Schmitz* NVwZ 2009, 1121 ff.

¹⁵³ Die Behörden haben dann in Verwaltungsvorschriften o.ä. ein Konzept für die Durchführung solcher Beteiligungsverfahren zu entwickeln, was eine gewisse Selbstbindung zur Folge hat. Zur Notwendigkeit inneradministrativer Konzeptbildung im europäischen Verwaltungsverbund allgemein *Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 84.

¹⁵⁴ Zum Versuch, mit dem neuen – freilich ebenfalls sehr komplizierten – Verfahren des wettbewerblichen Dialogs mehr Flexibilität bei besonders komplexen Vorhaben

ten Anwendungsbereich für weniger förmliche Verfahrensarten.¹⁵⁵ Selbst in England und den USA wird das Anhörungsgebot auf Verwaltungsebene nur noch in Ausnahmefällen im Sinne einer justizähnlichen mündlichen Verhandlung verstanden.¹⁵⁶ Förmliche Verwaltungsverfahren besitzen zwar in allen untersuchten Rechtsordnungen sektorspezifisch eine mehr oder minder große Bedeutung, ein allgemeiner Trend zu förmlichen Verfahren existiert jedoch aus guten Gründen nicht.

4. Wissensdefizite und Interessenkonflikte als zentrale Parameter für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens

Die verschiedenen Facetten eines (instrumentellen) Eigenwerts des Verfahrens führen – viertens – zu den zentralen Parametern der Informations- und vor allem auch Interessenverarbeitung.¹⁵⁷ Beides geht im Lernprozess zur Produktion von Entscheidungswissen regelmäßig Hand in Hand.¹⁵⁸ Wenn gelegentlich einseitig der Informationsaspekt betont wird, so liegt dem ein zu technokratisches Verwaltungsverständnis zugrunde.¹⁵⁹ Einerseits werden Informationen im Verfahren meist

zu schaffen, s. die Begründung des Richtlinienvorschlags KOM(2000) 275 endg. v. 30. 8. 2000, 5 ff.; zusammenfassend *M. Holoubeck* in: Pünder/Prieß (Hrsg.) Vergaberecht im Umbruch, 2005, 7 (16); *H. Pünder/I. Franzius* ZfBR 2006, 20.

¹⁵⁵ Zur Verfahrensvereinfachungsintention der letzten Vergabennovelle *F. Marx* in: Pünder/Prieß (Fn. 154), 23 ff. Die Regierungskoalition im 17. Deutschen Bundestag hat sich erneut die Vereinfachung des Vergaberechtssystems zum Ziel gesetzt, s. Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17.

¹⁵⁶ *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) ist die einzige Entscheidung geblieben, wo tatsächlich eine vorherige mündliche Verhandlung gefordert wurde (so *Pierce* [Fn. 40], 806), weil ein Sozialleistungsempfänger oftmals kaum in der Lage sei, adäquat schriftlich zu kommunizieren. Teilweise wird freilich auf Verlangen eine nachträgliche mündliche Verhandlung gefordert; Kritik daran etwa bei *Pierce* ebd., 800 ff.; *J. L. Mashaw* 59 Cornell L. Rev. (1973–1974), 772 (787). *H.J. Friendly* 123 U. Pa. L. Rev. (1975), 1267 (1284 ff.), dort auch besonders kritisch zum Nutzen eines Kreuzverhörs.

¹⁵⁷ Besonders deutlich *Schuppert* (Fn. 12), 797 ff. Allgemeiner zum Interesse als Grundkategorie des Verwaltungsrechts *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 2), 3. Kap. Rn. 63 ff.; zu interessensichernden und interessenaggregierenden Verfahren *ders.* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 59 f.; in die Deutung des Verwaltungsverfahrens als „Prozess der Wirklichkeitskonstruktion“ eingebettet bei *Hoffmann-Riem* in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Verwaltungsverfahren (Fn. 8), 9 (23 ff.).

¹⁵⁸ Vgl. auch *Quabeck* (Fn. 30), 190 f.; Andeutungen bereits bei *Pietzcker* Verwaltungsverfahren (Fn. 13), 193 (202 u. 204).

¹⁵⁹ Zum Paradigmenwechsel vom Partizipations- zum Informationsdiskurs mit der Gefahr einer zu technokratischen Sicht der Kommunikationsmuster allein aus dem Blickwinkel der Verwaltung und zu den sich dagegen richtenden Stimmen im Schrifttum *Kaiser* (Fn. 7), 257 ff.

interessengeleitet gefiltert und präsentiert, besonders von privaten Beteiligten,¹⁶⁰ womöglich aber auch von organisationspsychologisch festgelegten Fachbehörden.¹⁶¹ Andererseits sind die Interessen und daraus abgeleitete Positionen der Beteiligten nicht vollkommen statisch, sondern lassen sich durch Information und Kommunikation im Verfahren beeinflussen; auf dieser Hoffnung basieren namentlich Mediationsverfahren.¹⁶²

Je stärker die Interessenverarbeitung vom Gesetzgebungsverfahren und dem dort erzeugten materiellen Recht in das Verwaltungsverfahren verlagert ist, umso mehr steigt dessen Eigenwert.¹⁶³ Gerade in komplexen, politisch umstrittenen Abwägungssituationen mit weiten Gestaltungsspielräumen¹⁶⁴ ist oft auch der Sachverstand kontrovers¹⁶⁵ und wird so das Verwaltungsverfahren in besonderem Maße zum „Marktplatz der Interessen“.¹⁶⁶ In Verbundverfahren müssen unterschiedliche Blickwinkel von Behörden verschiedener Staaten und Ebenen verarbei-

¹⁶⁰ Dies betrifft nicht nur Verfahrensbeteiligte iSv § 13 VwVfG, sondern auch eingeschaltete Private in Strukturen regulierter Selbstregulierung; zur dortigen natürlichen Interessenbindung Privater als Unparteilichkeitsproblem oder Motivationspotential und daran anknüpfende Bewältigungsstrategien allgemein *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 353 ff. u. 430 ff., zu den Beispielen der privaten Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten bei der Bauleitplanung und der DEGES in der Verkehrswegeplanung ebd., 379 ff.; zur staatlichen (Unparteilichkeits-)Gewährleistungspflicht auch *Appel* GVwR II (Fn. 2), § 32 Rn. 81 ff.; funktionale Äquivalente zu Befangenheitsregeln bei eingeschalteten Privaten zwecks Distanzsicherung fordert *M. Burgi* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahren (Fn. 8), 155 (184 ff.); den „prozeduralen Charakter des Gewährleistungsverwaltungsrechts“ betont insoweit *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (insbes. 318 ff.).

¹⁶¹ Zum Problem einer durch Organisationsinteressen geleiteten selektiven Problemwahrnehmung *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 269 ff.

¹⁶² Optimistisch *H. Pünder* DV 38 (2005), 1 (6 ff.); zur Unterscheidung von Interessen und daraus abgeleiteten (verhandelbaren) Positionen, s. *ders.* NuR 2005, 71 (77); skeptischer *H. Bossong* DV 34 (2001), 145 (150 ff.); vgl. auch *Appel* GVwR II (Fn. 2), § 32 Rn. 105.

¹⁶³ Ähnlich etwa *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 16 a.E.

¹⁶⁴ Dies betrifft besonders weite Teile des Umweltrechts, des Risikorechts und des Regulierungsrecht, aber auch die Konkurrenz um knappe Güter.

¹⁶⁵ Dazu *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 150 ff., insbes. 155 ff.; zum Unparteilichkeitsproblem bei privaten Sachverständigen und den „prozeduralen Arrangements zur Organisation einer effektiven Sachverständigenbeteiligung“ auch *P. Scholl* Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, 2005, 431 ff., vgl. auch 116 ff. u. 181.

¹⁶⁶ Zur dann notwendigen „Optimierung durch Verwaltungsverfahren“ *T. Würtenberger* Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), 139 (166 ff.); aufgegriffen etwa von *Schuppert* (Fn. 12), 808 ff.

tet werden.¹⁶⁷ Aber selbst in bipolaren Verwaltungsrechtsverhältnissen ohne Ermessensspielräume kann dem Verfahren dort ein hoher Eigenwert zukommen, wo die Sachverhaltsermittlung angesichts massiv divergierender Interessen von Bürger und Behörde große Probleme bereitet, wie etwa beim Asylrecht.¹⁶⁸

Wo umgekehrt typischerweise kein erheblicher Interessenkonflikt besteht und dadurch auch die Informationsbeschaffung und Wissensgenerierung kein besonderes Konfliktpotential aufweist, bleibt der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens gering.¹⁶⁹ Gegebenenfalls kann sich die Verwaltung mit dem minimalen Verfahrensaufwand begnügen, der zur abschließenden Regelung der unproblematischen Normalfälle ausreicht, während atypische Konfliktfälle vor Gericht mit seinem kontradiktorischen Verfahren abschließend geklärt werden.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Zur Notwendigkeit, in Verfahren mit transnationalen Wirkungen „[u]nterschiedliche Einschätzungen über die Richtigkeitserheblichkeit von Verfahrenselementen und -fehlern“ zu berücksichtigen, s. *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (50).

¹⁶⁸ Derzeit drängt die EU-Kommissarin für Inneres auf die Annahme der Änderung der Asylverfahrensrichtlinie 2005/85/EG. Die Kommission stellt in einem Bericht fest, dass die bisherigen Regelungen oft inkorrekt umgesetzt seien und vielfach falsch angewandt würden; in den Verfahren könnten deshalb leicht Verwaltungsfehler auftreten, s. Dokument IP/10/11000 v. 8. 9. 2010. Zur bisherigen Asylverfahrensrichtlinie im Kontext des europäischen Asylrechts s. *C. Costello* in: Hofmann/Türk (Hrsg.) *EU Administrative Governance*, 2006, 287 (313 f.). – Auf ähnlichen Erwägungen beruhte wohl auch das frühere (durch die Änderung der maßgeblichen EU-Richtlinie nun obsolete) „Vier-Augen-Prinzip“ bei der (allerdings im behördlichen Ermessen stehenden) Ausweisung von EU-Ausländern, wobei ein Verstoß zu einem „unheilbaren“ Verfahrensfehler führte, s. BVerwGE 124, 217 (221 f.) – Ein anderes Beispiel für die wegen Interessendivergenzen äußerst schwierige Sachverhaltsaufklärung ist die Besteuerung, s. *A. Musil* DÖV 2006, 505 (505).

¹⁶⁹ In der Funktion der Rechtmäßigkeitssicherung erscheinen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren dann weitgehend austauschbar und es geht in erster Linie darum, den Gesamtaufwand möglichst gering zu halten.

¹⁷⁰ Insoweit überzeugend *Bettermann* *Verwaltungsverfahren* (Fn. 20), 172 f. Durch das Institut der Beiladung erscheint eine solche Funktionenteilung mit dem Gerichtsverfahren gleichsam als besserem Verwaltungsverfahren sogar in einfach gelagerten dreiseitigen Rechtsverhältnissen nicht ausgeschlossen. Dagegen ist es kaum mehr möglich, ein breites Interessenspektrum im Prozess diskursiv nachzuarbeiten (zu diesem Konzept *Gerhardt* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Hrsg.] *Verwaltungsverfahren* [Fn. 8], 413 [420 f.]), vor allem wenn bei komplexen Verwaltungsverfahren eine Vielzahl von Dritten betroffen ist; zweifelnd insoweit auch *Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 429 (452 f.).

VI. Europäische und rechtsvergleichende Impulse für eine ökonomische Perspektive

Verarbeitet man die Impulse aus anderen Rechtsordnungen, so drängt sich die ökonomische Perspektive auf. Sie verspricht einen transparenteren Maßstab oder zumindest eine anschauliche Darstellungsweise für ein angemessenes Verfahrensdesign und damit zusammenhängend für den Stellenwert des Verwaltungsverfahrens im Vergleich zum materiellen Recht.¹⁷¹

1. *Verfahrenseffizienz als Optimierungsproblem*

Einfallstor für eine ökonomische Betrachtung ist die Verfahrenseffizienz (§ 10 VwVfG).¹⁷² Sie ist nicht einseitig auf Verfahrensabbau und -vereinfachung, sondern auf Optimierung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag ausgerichtet.¹⁷³ Ein höherer Verfahrensaufwand kann eine „gute Investition“ sein, wenn dadurch die Fehlerquote so verringert wird, dass der Nutzen besserer Verwaltungsentscheidungen die Verfahrenskosten überwiegt.¹⁷⁴

¹⁷¹ Eine Ökonomisierung von Verwaltungsverfahren ist in Deutschland vor allem im Zusammenhang mit der Beschleunigungsgesetzgebung kritisch diskutiert worden (zusammenfassend mwN *A. Voßkuhle* DV 34 [2001], 347 [351 ff.]). Im vergleichenden Kontext geht es dagegen nicht einseitig um Verfahrensstraffung zwecks Beschleunigung. Betrachtet wird vielmehr ein Konzept, in dem sich die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und damit dessen Eigenwert mehr oder minder flexibel in einer Abwägung von Verfahrenskosten und -nutzen bestimmen.

¹⁷² Gegen ein Verständnis von Verwaltungseffizienz als „rein technisch-ökonomische Rationalität des Verwaltungshandelns im Sinne eines betriebswirtschaftlichen Wirtschaftlichkeitspostulats“ *F. Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (466 f.); gegen eine „Überbetonung der einzelwirtschaftlichen Perspektive“ auch *A. Voßkuhle* DV 34 (2001), 347 (363). Im Folgenden wird jedoch keine betriebswirtschaftliche, sondern eine gesamtwirtschaftliche Perspektive eingenommen.

¹⁷³ Statt vieler *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 2), 6. Kap. Rn. 64; *W. Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 11 (23 u. 29). Auch das Zügigkeitsgebot (§ 10 S. 2 VwVfG) ist als „verfahrensbezogenes Optimierungsgebot“ zu verstehen, s. *J. Ziekow* DVBl. 1998, 1101 (1103).

¹⁷⁴ Dies betont gerade auch die englische Literatur, s. *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 371 f.; für Deutschland etwa *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 1), § 13 Rn. 15; *Quabeck* (Fn. 30), 283; *E. Schmidt-Aßmann* NVwZ 2007, 40 (44). Aus ökonomischer Perspektive *R. Posner* 2 J. Legal Studies (1973), 399 (insbes. 441 ff.); vgl. *ders.*, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2007, 593 f. für Gerichtsverfahren. Vernachlässigt wird dies von *Unabhängige Expertenkommission* Investitionsförderung (Fn. 136), Rn. 137, wonach eine Verfahrensbeschleunigung bei gleichbleibenden materiellen (Umweltschutz-) Standards immer einen Gewinn darstelle.

Ein solcher Kosten-Nutzen-Vergleich leuchtet grundsätzlich ein, stößt aber auf erhebliche Wissenslücken und Messbarkeitsprobleme.¹⁷⁵ Dies umso mehr, als sich etwa ein Gewinn an Rechtsstaatlichkeit, Transparenz und anderen nicht instrumentellen Verfahrensfunktionen¹⁷⁶ schwer quantifizieren und kaum monetarisieren lässt.

Diese Probleme werden an der amerikanischen *due process*-Garantie besonders deutlich. Deren Verfahrensanforderungen¹⁷⁷ müssen unter dem *Matthews*-Test des *Supreme Court*¹⁷⁸ nach einer effizienzorientierten Abwägung im Einzelfall bestimmt werden, die Züge einer ökonomischen Analyse trägt. Maßgeblich sind erstens die Bedeutung der betroffenen privaten Interessen, zweitens das Risiko einer irrtümlichen Entscheidung und der Wert zusätzlicher Verfahrensanstrengungen zur Vermeidung eines solchen Irrtums sowie drittens die Kosten des zusätzlichen Aufwands.¹⁷⁹ Im Schrifttum werden die Schwierigkeiten bei der

¹⁷⁵ A. Voßkuhle DV 34 (2001), 347 (357 f.); ders. in: Burgi/Schönenbroicher (Fn. 142), 13 (27); für die USA Mashaw (Fn. 4), insbes. 113, 115, 127. Diesem Problem versucht G. v. Wangenheim in: Bork/Eger/Schäfer (Hrsg.) Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, 2009, 237 (241 ff.) dadurch zu entkommen, dass er bei der Bewertung der Anreizwirkungen von Verfahrensbeschleunigungsstrategien nur mit Variablen rechnet; dies geschieht jedoch um den Preis extremer Vereinfachung (zB wird nur bipolar zwischen sozialschädlichen und nützlichen Projekten unterschieden). Vgl. ferner, mit ausführlicherer Untermauerung des spieltheoretischen Ansatzes und dessen Anwendung auf Genehmigungsfiktionen und auf Beschleunigungsinstrumente nach Wahl des Investors ders. Games and Public Administration, 2004, zu den Anwendungen 190 ff. K.-W. Schatz Jb. für Neue Pol. Ökonomie 15 (1996), 11 (17 ff.) betont zwar in der Tradition v. Hayeks die Informationsprobleme der Behörden, zieht daraus aber zu einseitig am Investitionsförderungsinteresse orientiert die Konsequenz, der Investor müsse, insoweit ohne Rücksicht auf Drittinteressen, wegen seines Wissensvorsprungs zwischen vielen Verfahrensoptionen wählen können.

¹⁷⁶ Dass der nicht instrumentelle Eigenwert des Verfahrens zur Vermeidung von *moral harm* (*injustice factor*) in einer utilitaristisch geprägten Kosten-Nutzen-Betrachtung zu kurz komme, betont allgemein R. Dworkin A Matter of Principle, 1985, 100 f., allerdings primär auf zivil- und strafrechtliche Gerichtsverfahren bezogen; auf Verwaltungsverfahren übertragen von Craig (Fn. 4), Rn. 12–026, der deshalb für einen stärker *rights-based-approach* plädiert.

¹⁷⁷ Insbesondere bei der Ausgestaltung der Anhörung mit der Frage, ob eine mündliche Verhandlung (*oral hearing*), gar mit der Möglichkeit zum Kreuzverhör (*cross examination*), geboten ist oder ob eine schriftliche Gelegenheit zur Stellungnahme ausreicht.

¹⁷⁸ Grundlegend Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 335 (1976).

¹⁷⁹ Mathematisch ausgedrückt lohnen sich zusätzliche Verfahrensanforderungen, wenn $C \text{ (costs)} \leq P \text{ (increased probability of an accurate finding)} \times V \text{ (value of individual interest at stake)}$; hierzu und zum Folgenden eingehend Pierce (Fn. 40), § 9.5, insbes. 812 ff. Zu Ansätzen einer Übertragung auf England bei der dort anzustellenden Gesamtbetrachtung, ob das Verfahren als fair einzustufen ist, Craig (Fn. 4), Rn. 12–021,

Handhabung dieses Tests klar benannt: Die privaten Interessen lassen sich nicht einfach in Geldwerten vergleichen, weil eine gleiche Summe für einen Mittellosen eine weit größere Bedeutung besitzt als etwa für ein finanzkräftiges Unternehmen. Bei den Kosten zusätzlicher Verfahrensanstrengungen müssen neben den direkten Verfahrenskosten auch die besonders schwer messbaren indirekten Kosten berücksichtigt werden,¹⁸⁰ die etwa durch Verzögerungen oder dadurch entstehen, dass das Geld an anderer Stelle im Staatshaushalt fehlt.¹⁸¹ Angesichts fast unlösbarer Wissensprobleme behilft sich die Rechtsprechung mit mehr oder minder plausiblen Schätzungen und Vereinfachungen; die Ergebnisse sind dadurch kaum vorhersehbar.¹⁸²

Gerichte sind wenig geeignet, eine solche Kosten-Nutzen-Analyse in jedem Einzelfall durchzuführen.¹⁸³ Dem Gesetzgeber dagegen könnte sie bei der Ausarbeitung bereichsspezifischer Verfahrensmodelle durchaus nützlich sein – zwar nicht zur rechnerischen Ermittlung des „richtigen“ Verwaltungsverfahrensrechts, aber als analytisches Raster.¹⁸⁴

2. *Benchmark-Funktion des Rechts auf gute Verwaltung für bereichsspezifisch ausdifferenzierte Verfahren*

Auf Unionsebene lassen sich dem „Recht auf gute Verwaltung“ über die Zusammenfassung von Einzelgewährleistungen¹⁸⁵ hinaus allgemeine Leitbilder und ökonomisch inspirierte Qualitätsstandards für die europäische Verwaltung und besonders das Verwaltungsverfahren entnehmen. Indem klassische Verfahrensgarantien ausdrücklich grundrechtlich normiert und nicht nur wie in Deutschland in materielle

der freilich betont, dass dies nicht als strikte ökonomische Analyse verstanden werden dürfe. Eine elaboriertere ökonomische Kosten-Nutzen-Funktion des Verwaltungsverfahrens findet sich bei *E. Gawel* Jb. für Nationalökonomie u. Statistik 216 (1997), 74 (86 ff.).

¹⁸⁰ Für Deutschland unterscheiden *E. Gawel* in: Koch (Hrsg.) Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts, 1998, 91 (96 f.) u. *A. Voßkuhle* DV 34 (2001), 347 (355) Transaktions- oder (direkte) Verfahrenskosten, Zeit- oder Wartekosten sowie Folgekosten.

¹⁸¹ Dies betonte bereits die abweichende Meinung in *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) (*Burger* und *Black*, dissenting).

¹⁸² *J. L. Mashaw* 49 U.Ch.L.Rev. (1976), 28 (45 f.).

¹⁸³ Dies wird verbreitet schon in den USA (*Pierce* [Fn. 40], 820) und in England so gesehen. Umso mehr gilt dies für unsere *Civil Law*-Rechtskultur.

¹⁸⁴ So für Kosten-Nutzen-Analysen allgemein *M. Fehling* VerwArch 95 (2004), 443 (464 f., 470).

¹⁸⁵ Darauf legt den Schwerpunkt *Pfeffer* (Fn. 43), 251; vgl. *J. Gundel* in: Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 20 Rn. 5.

Grundrechte akzessorisch hineininterpretiert werden, erfährt der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens eine besondere Akzentuierung.¹⁸⁶

Die bewusste Wahl eines flexiblen Rahmens spiegelt die schwierige Balance zwischen unterschiedlich kodifikationsgeeigneten Rechtsordnungen und Verwaltungskulturen wider.¹⁸⁷ Vor diesem Hintergrund sollte man Art. 41 GrCh über einzelne Mindestgarantien hinaus als *benchmark* für gutes Verwalten verstehen, als einen offenen Qualitätsstandard, der in ständiger rechtsvergleichender Suche nach *best-practice*-Lösungen weiter zu entwickeln ist.¹⁸⁸ Das darin liegende Lern- und Innovationspotential dürfte mittelfristig auch das Verwaltungsverfahrensrecht der Mitgliedstaaten¹⁸⁹ und dortige neue Verfahrenstypen befruchten.

VII. Fazit: Prozeduralisierung als zweitbeste Lösung

Verwaltungsverfahren dienen vorrangig der Verwirklichung des materiellen Rechts, besitzen aber gerade auch in dieser instrumentellen Funktion einen Eigenwert. Das deutsche Recht weist hier keinen strukturellen Rückstand auf.¹⁹⁰ Neue Facetten eines gestärkten Eigenwerts

¹⁸⁶ Schmidt-Aßmann in: Merten/Papier (Fn. 91), § 45 Rn. 93; C. Ladenburger in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 107 (116).

¹⁸⁷ Vgl. M. Bullinger FS Brohm, 2002, 25 (32), dort allerdings weniger auf das Verfahren als auf materielle Verwaltungsgrundsätze (insbesondere beim Ermessen) bezogen. Zu den – eher skeptisch zu beurteilenden – Möglichkeiten einer Kodifizierung des EU-Verwaltungsverfahrenrechts über das Recht auf gute Verwaltung hinaus s. zuletzt den Diskussionsbericht von N. Marsch DVBl. 2009, 1430 (1431 f.); optimistischer O. Mir Puigpelat in: Schneider/Velasco Caballero (Hrsg.) Strukturen des europäischen Verwaltungsverbands, Beiheft 8 zu DV, 2009, 177 ff.

¹⁸⁸ Fehling in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 8 f.; zur Benchmark-Funktion vgl. auch S. Neidhardt Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts, 2008, 213 u. 236.

¹⁸⁹ Schon beim indirekten Vollzug nur von einer mittelbaren Fernwirkung ausgehend Magiera in: Meyer (Fn. 54), Art. 41 Rn. 9; B. Grzeszick EuR 2006, 161 (167); wegen Art. 51 GrCh für eine weiterreichende Bindung auch des mitgliedstaatlichen Vollzugs dagegen Danwitz (Fn. 41), 531; D.-U. Galetta EuR 2007, 57 (79 ff.). Längerfristig wird es zudem politisch immer schwerer zu rechtfertigen sein, warum den Bürgern in Verwaltungsverfahren ohne jeden Unionsbezug bestimmte Garantien vorenthalten bleiben sollten, die sie im Verfahrenskontakt mit Unionsstellen und möglicherweise sogar im indirekten Vollzug genießen, so Fehling in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 16.

¹⁹⁰ Dies gilt freilich nur, wenn man wie hier vorgegeben (s. oben Fn. 3) Verfahren exekutiver Normsetzung ausklammert. Bei der Verordnungsgebung sollte das US-amerikanische Verfahren des *informal rulemaking* für eine deutsche Kodifizierung als

des Verfahrens liefert das Gemeinschaftsverwaltungsrecht. Dabei gewinnen vor allem intra- und interadministrative Verfahrensbestandteile an Bedeutung, um die Informations- und Interessenverarbeitungskapazität des Verfahrens im Verwaltungsrecht zu erhöhen.

Rechtsvergleichung und Unionsrecht legen im VwVfG nur kleinere Korrekturen nahe.¹⁹¹ Die Heilungsmöglichkeit noch im Gerichtsverfahren (§ 45 Abs. 2 VwVfG) sollte wieder abgeschafft,¹⁹² der Wortlaut des § 46 VwVfG bei der Beweislastverteilung ernster genommen werden.¹⁹³ Dem Bedürfnis nach Ausdifferenzierung könnte man durch ausgewählte neue Verfahrenstypen¹⁹⁴ Rechnung tragen (etwa Ausschreibungs-

Vorbild dienen; dazu eingehend *H. Pünder* Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1995; zur Rückständigkeit des deutschen Rechts der Verordnungsgebung fast ohne (außenwirksame) Verfahrensregelungen und vor allem ohne Beteiligung der Öffentlichkeit im Vergleich auch *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 329 ff.; *D. Ehlers* Jura 1996, 617 f.; am Beispiel des Medien- und Telekommunikationsrechts *D. Wolfram* Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts, 2005, 195 ff., insbes. 201 f.; Kodifizierungsvorschläge bei *Wolff* FS Scholz (Fn. 4), 977 (988 ff.); kritischer, auf Verzögerungseffekte und Missbrauchsmöglichkeiten der Öffentlichkeitsbeteiligung hinweisend BMU (Hrsg.) Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998, 480.

¹⁹¹ Bei den Verfahrensrechten wäre eine moderate Ausweitung der Anhörung (§ 28 VwVfG) ratsam. Sie sollte ohne Beschränkung auf Verwaltungsakte bei allen – auch informellen – Eingriffsmaßnahmen vorgeschrieben werden. Drittbetroffene wären einzubeziehen, soweit sie später klagebefugt sind. Ähnlich wie teilweise im englischen *Case Law* (in diese Richtung, wenngleich nicht ganz klar *R. v Gaming Board for Great Britain* Ex p. Benaim [1970] 2 Q.B. 417 [430 ff.]; vgl. zur Anhörungspflicht bei der Versagung der Verlängerung einer Genehmigung *R. v Assistant Commissioner of Police of the Metropolis* Ex p. Howell [1986] R.T.R. 52 [60 f.]) sollte eine Anhörung auch bei Ablehnung einer Begünstigung dann erfolgen, wenn die Ablehnung auf Gründe gestützt werden soll, die der Antragsteller noch nicht kannte oder kennen musste; vgl. insoweit auch *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 181.

¹⁹² Ebenso im Erstreferat *Gurlit* Eigenwert des Verfahrens (Fn. 30), unter IV. 2. Nach *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 300 wäre es ausreichend, wenn die Rechtsprechung auf eine „reale Fehlerheilung“ besteht, also darauf, dass die Verfahrenshandlung nur zeitversetzt, aber ohne inhaltliche Abstriche nachgeholt wird; zugleich beklagt er jedoch, dass die Rechtsprechung dieses Gebot ignoriert. Deshalb erscheint doch eine Gesetzeskorrektur geboten. Im Übrigen können die Anforderungen an eine „reale Fehlerheilung“ nicht zu hoch geschraubt werden, weil eine volle Ergebnisoffenheit nachträglich kaum herstellbar ist; insoweit zutreffend *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081).

¹⁹³ Statt vieler *F. Kopp/U. Ramsauer* VwVfG-Kommentar, 11. Aufl. 2010, § 46 Rn. 5 u. 37; *Wolff* FS Scholz (Fn. 4), 977 (982); zur „Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis“ auch *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 303.

¹⁹⁴ Die Ausdifferenzierung von Verwaltungsverfahren gerade im Unionsrecht scheint die Schaffung neuer Verfahrenstypen auf mittlerer Abstraktionsebene nahe zu legen; s. *R. Wahl* in: Blümel (Hrsg.) Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens-

verfahren oder Verfahren für eine integrierte Vorhabengenehmigung¹⁹⁵) oder flexibler durch einzelne Verfahrensbausteine¹⁹⁶ (z. B. Regeln zum Umgang mit Sachverständigengutachten¹⁹⁷). Wichtiger jedoch wäre nach ausländischen Vorbildern eine Flexibilisierung der gerichtlichen Reaktionsmöglichkeiten auf Verfahrensfehler.¹⁹⁸ Bei mangelhafter Sachverhaltsaufklärung sollte über § 113 Abs. 3 VwGO hinaus bei einer Anfechtungs- und bei einer Verpflichtungsklage nach Ermessen eine Zurückverweisung an die Verwaltung ermöglicht werden. Ferner könnte man in Ausnahmefällen, in denen ein neues Verwaltungsverfahren mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wäre, trotz eines beachtlichen

rechts, 1984, 19 (50f., vgl. auch 45f.); *R. Wahl* in: Blümel/Pitschas (Fn. 9), 83 (87ff.). Eine übergreifende Typenbildung auf nationaler Ebene stößt freilich dort an Grenzen, wo bestimmte Verfahrensarten in europäischen Richtlinien sektorspezifisch unterschiedlich ausgestaltet sind. Zur „Ausbildung verschiedener Verfahrenstypen mit einem bestimmten Set von Bauelementen“ auch *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 277 (284ff.), der aber wegen „der speziellen Anwendungsfelder und deren besonderem Anwendungsprofil“ für eine Regelung in den Fachgesetzen statt im VwVfG (mit Ausnahme des Vertragsverfahrensrechts) plädiert.

¹⁹⁵ Das wenig praktikable förmliche Verwaltungsverfahren (§§ 63ff. VwVfG) ließe sich durch Verfahrensvorschriften für eine integrierte Vorhabengenehmigung ersetzen (zur Notwendigkeit und den Schwierigkeiten der Kodifizierung eines förmlichen Genehmigungsverfahrens *R. Wahl* NVwZ 2002, 1192ff.). So könnte nach dem Scheitern des UGB aus den entsprechenden Bestimmungen (insbes. §§ 87ff. UGB I-E) eine neue Verfahrensart gebildet und dem Fachgesetzgeber im VwVfG allgemein zur Verfügung gestellt werden. Ferner wäre an Versteigerungsverfahren, Zertifizierungsverfahren und Beschlusskammerverfahren zu denken. Weitere Möglichkeiten nennt *M. Burgi* JZ 2010, 105 (110). Zu den Überlegungen einer Kodifikation des Verwaltungskooperationsrechts, etwa im Zusammenhang mit dem Typus eines kooperationsrechtlichen Verwaltungsvertrags (wobei sich Verfahrensregelungen und solche materiell-rechtlicher Natur mischen) s. *Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 429 (435ff.).

¹⁹⁶ Bloße Verfahrensbausteine könnten der Fachgesetzgeber oder im Rahmen ihres Verfahrensermessens die Verwaltung flexibel kombinieren. Von „Bauformen“ und „Modulen“ zur Herstellung von „Optionenoffenheit im Verfahrensrecht“ spricht *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (65f.).

¹⁹⁷ Als Vorbild für eine solche Regelungstechnik könnten die Regelungen zur elektronischen Verfahrensabwicklung über einen einheitlichen Ansprechpartner dienen. Weiter wäre etwa an Regeln zum Einsatz eines Projektmanagers oder eines Mediators zu denken; aus dem UGB I-Entwurf könnten neben den Vorschriften für den Umgang mit Sachverständigengutachten (vgl. § 91 UGB I-E) auch die Vorgaben für eine Antragsberatung (vgl. § 87 UGB I-E) in das VwVfG übernommen werden.

¹⁹⁸ Vgl. allgemein *Hill* (Fn. 1), 354f., wonach eine dualistische Fehlerfolgenlösung in polygonalen Interessengeflechten nicht ausreiche und das Problem der Fehlerfolgen „nur durch eine verhältnismäßige Abwägung der beteiligten Interessen gelöst werden“ könne.

Verfahrensfehlers auf die Aufhebung der Entscheidung verzichten und den Kläger mit einer bloßen Feststellung der Rechtswidrigkeit auf Schadensersatz¹⁹⁹ verweisen.²⁰⁰

Dringend abzuraten ist dagegen von einer generellen Absenkung der materiell-rechtlichen Regelungs- und Kontrolldichte bei kompensatorischem Ausbau von Verfahrenssicherungen. Denn klare inhaltliche Vorgaben für Verwaltungsentscheidungen entlasten das innere Verfahren, erhöhen die Rechtssicherheit und kommen dem Bedürfnis der Bürger entgegen, die regelmäßig primär am Ergebnis interessiert sind. In einzelnen Bereichen (vor allem in Teilen des Umwelt-, des Technik- und des Regulierungsrechts) stößt freilich die materiell-rechtliche Programmierung des Verwaltungshandelns an so enge Grenzen, dass die Verwaltung primär prozedural gesteuert werden muss.²⁰¹ Daran zeigt sich, dass theoretisch nur zweitbeste Lösungen (*second-best-options*) bei

¹⁹⁹ Zu denkbaren ersatzfähigen Schäden *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081).

²⁰⁰ Eine solche neue Zwischenkategorie des beachtlichen, aber nicht zur Aufhebung der Entscheidung führenden Verfahrensfehlers würde den Problemdruck in Richtung einer extensiven Auslegung des § 46 VwVfG verringern; die Gerichte könnten dann die im Wortlaut des § 46 VwVfG angelegte Beweislastverteilung wie hier gefordert wieder ernster nehmen. Entgegen dem ersten Anschein würde damit diese Zwischenkategorie des „dulde und liquidiere“ den Kläger nicht schlechter, sondern besser als bisher stellen; statt einer Klagabweisung wegen Unbeachtlichkeit des Fehlers bliebe ihm wenigstens noch der Sekundärrechtsschutz.

²⁰¹ Für das Umweltrecht und das Regulierungsrecht s. oben Fn. 18. Für Verfahren im Risikorecht (das sich mit dem Umwelt- und dem Technikrecht überschneidet) auch *A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 277 (330 ff., zur notwendigen Prozeduralisierung insbes. 331); *A. Scherzberg* *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?*, VVDStRL 63 (2004), 214 (246 f.). Bei wertenden Entscheidungen sachverständig-pluralistisch zusammengesetzter Gremien spielt die Verfahrenssteuerung als Kompensation für den Beurteilungsspielraum eine wichtige Rolle; für den Jugendmedienschutz exemplarisch OVG Lüneburg, ZUM-RD 2010, 47 ff. Zur Qualitätssicherung durch Kollegialverfahrensrecht bei schwacher inhaltlicher Programmierung allgemein *T. Groß* *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, insbes. 280. Bei Prüfungen sind aussagekräftige materielle Maßstäbe für die Leistungsbewertung kaum möglich, so dass die Chancengleichheit durch prozedurale (Unparteilichkeits-)Vorkehrungen gesichert werden muss; s. BVerfGE 84, 34 (46, 51 f.). Qualitätssicherungsverfahren (Akkreditierungen, Zertifizierungen) sind durch die besonders formalisierte Einbeziehung externer Gutachter gekennzeichnet, während die inhaltlichen Begutachtungskriterien ähnlich wie bei Prüfungen notwendig vage bleiben; vgl. *F. Reimer* *Qualitätssicherung – Grundlagen eines Dienstleistungs-verwaltungsrechts*, 2010, insbes. 156 ff. u. 331 ff.; zusammenfassend *Voßkuhle* in: *Burgi/Schönenbroicher* (Fn. 142), 13 (25). – In anderen Bereichen erscheint eine Einigung auf materiell-rechtliche Standards politisch nicht möglich, so dass nur die Flucht ins Verfahren übrig bleibt. Weitere Beispielfelder ließen sich ergänzen.

pragmatischer Betrachtung gelegentlich überlegen sein können.²⁰² Von solchen gewichtigen Ausnahmen abgesehen stellt jedoch die weitreichende materiell-rechtliche Determinierung der Verwaltung eine bewahrenswerte rechtsstaatliche Errungenschaft aus der ersten Phase des deutschen Nachkriegs-Verwaltungsrechts dar.²⁰³ Sie sollte nicht vor- schnell undifferenzierten Prozeduralisierungsstrategien geopfert werden.²⁰⁴

Damit bleiben Modelle primärer Verfahrensgerechtigkeit im deutschen Rechtssystem auf eher wenige, freilich bedeutsame Bereiche beschränkt. Und das ist auch gut so.

²⁰² In Anlehnung an die „General Theory of the Second Best“ aus der Ökonomie. Danach kann, wenn aufgrund bestimmter Restriktionen eine (pareto-)optimale Lösung – hier: materiell-rechtliche Steuerung – nicht zu verwirklichen ist, eine komplett andere Regulierungsstrategie – hier: primär prozedurale Steuerung – gegenüber einer weitestmöglichen Annäherung an das Pareto-Optimum – hier: möglichst hohe materiell-rechtliche Regelungsdichte – vorzuzugswürdig sein; grundlegend *R. Lipsey/K Lancaster* Review of Economic Studies 24 (1956), 11 ff.

²⁰³ Zu dieser ersten Phase eingehend *R. Wahl* Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 411 (412 ff.; zur Notwendigkeit, Übertreibungen der ersten Phase bei der Verrechtlichung zu überwinden, 434); *ders.* Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 20 ff., insbes. 22, 31 ff., insbes. 40 f.

²⁰⁴ Insoweit ähnlich *F. Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (472). – Die (sozialstaatlichen) Vorteile einer materiell-rechtlichen Programmierung mit Konstituierung subjektiver Rechte lassen sich beim Vergleich des deutschen (zur subjektiv-rechtlichen Ausrichtung grundlegend *BVerwGE* 1, 159 ff.) mit dem US-amerikanischen Sozialrecht er-messen: Durch den „Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act“ von 1996 wurden in den USA die bundesrechtlichen Ansprüche auf Sozialleistungen weitgehend abgeschafft und durch feste Geldzuweisungen an die Einzelstaaten (*block grants*) ersetzt, die sie nach Ermessen verwalten, wobei die Begünstigten ausdrücklich keinen Rechtsanspruch (*entitlement*) auf solche Sozialleistungen mehr be-sitzen. Dadurch entfällt zugleich die Einordnung als *property*, so dass den Betroffenen im Verfahren auch die *due process*-Rechte verloren gehen; dazu *Pierce* (Fn. 40), 758 f.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

I. Einführung

(1) Wer den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens betont, will damit das Bewusstsein dafür schärfen, dass das Verfahren einen zentralen Beitrag zur Sachrichtigkeit von Verwaltungsentscheidungen leisten muss. Häufig verbindet sich damit ein Appell zum Umsteuern weg von einer, wie es heißt, zu einseitigen Ergebnisfixierung des deutschen Verwaltungsrechts hin zu einer vermehrten Orientierung auf Verfahrensgerechtigkeit. So berechtigt das erste Anliegen ist, so fragwürdig erscheint das zweite.

II. Ausprägungen und Wirkrichtungen des Eigenwerts von Verwaltungsverfahren

1. Nicht instrumentelle und instrumentelle Verfahrensfunktionen

(2) Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens kann sich aus einer Verbesserung der Sachentscheidung ergeben (instrumentelle Funktion), aber auch ohne Rücksicht auf das Ergebnis aus anderen, entscheidungsexternen (insoweit nicht instrumentellen) Funktionen.

a) Eigenwert des Verfahrens unabhängig vom Ergebnis (nicht instrumentelle Funktion)

(3) Partizipationsrechte sollen die Menschenwürde durch Subjektstellung im Verfahren betonen, die demokratische Legitimation unterstützen, die Akzeptanz der Entscheidung fördern und das Vertrauen in die staatlichen Institutionen stärken.

1. These: Nicht instrumentelle Verfahrensziele (etwa Akzeptanz) sind zwar erstrebenswert, lassen sich aber nur ansatzweise erreichen. Denn für die Betroffenen zählt doch in erster Linie das Ergebnis.

b) *Eigenwert des Verfahrens für rechtmäßiges und sachrichtiges Verwaltungshandeln (instrumentelle Funktion) als Normalfall*

(4) *Vorrangig speist sich der Eigenwert des Verfahrens aus dessen instrumenteller Funktion als Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts. Die produktive Rolle des Verfahrens tritt besonders hervor, wo es Entscheidungsspielräume sachgerecht auszufüllen gilt. Selbst bei gebundenen Entscheidungen muss das Verfahren das notwendige Wissen generieren, mit dessen Hilfe es erst möglich wird, die ex post einzig rechtmäßige Entscheidung aufzufinden.*

2. *Eigenwert als Gegensatz zur dienenden Funktion des Verfahrens?*

(5) *Dienend ist nicht gleichzusetzen mit geringwertig oder gar bedeutungslos; die instrumentelle Ausrichtung von Verfahrensrechten sagt nichts über deren Gewicht. Dienende Funktion und Eigenwert des Verfahrens sind kein Gegensatz, sondern zwei Seiten einer Medaille.*

3. *Gefahr einer dysfunktionalen Instrumentalisierung des Verfahrens*

(6) *Das Verfahren kann eine negative Eigenständigkeit dadurch gewinnen, dass es zur Verzögerung oder zum Auspähen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen instrumentalisiert wird. Einer Verzögerungsstrategie lässt sich in Großverfahren mit Präklusionsvorschriften entgegenwirken. Gegen ein Auspähen von Geheimnissen bleibt im Verwaltungsverfahren nur das Schwärzen entsprechender Passagen in den Akten (ersetzt durch eine Zusammenfassung), was jedoch die Rechtsverteidigung Drittbetroffener spürbar beeinträchtigen kann.*

III. *Traditionelle Prüfsteine für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in rechtsvergleichender Perspektive*

(7) *Je schwächer Verfahrensgarantien ausgeprägt sind, desto weniger dringlich ist eine Abmilderung der Fehlerfolgen. Je großzügiger Entscheidungsspielräume der Verwaltung anerkannt werden, desto weniger dürfen Verfahrensfehler folgenlos bleiben.*

1. Reichweite von Verfahrensgarantien

(8) Das Anhörungsrecht reicht im Ausland (USA, England, Frankreich) im nichtförmlichen Normalverfahren nicht weiter als in § 28 VwVfG; eine allgemeine formelle Begründungspflicht wird sogar tendenziell in geringerem Umfang als in Deutschland anerkannt.

2. Folgen von Verfahrensfehlern

(9) Heilungs- und Unbeachtlichkeitsregelungen sind keine deutsche Eigenheit. Im Unionsrecht und im Ausland finden sich funktionale Äquivalente.

a) Unbeachtlichkeit

(10) Auch in England und Frankreich und sogar im Unionsrecht zeigt sich die Tendenz, bei rechtlicher Alternativlosigkeit die Verwaltungsentscheidung nicht allein wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben. Selbst bei Ermessensentscheidungen sind keineswegs alle Verfahrensfehler beachtlich.

2. These: Dass in einer Gesamtschau Verfahrensfehler anderswo seltener unbeachtlich sind als in Deutschland, liegt weniger an rechtsdogmatischen Unterschieden im Fehlerfolgenregime als an den dort weit größeren Entscheidungsspielräumen der Verwaltung.

b) Heilungsmöglichkeiten

(11) Heilungsmöglichkeiten vor Klagerhebung bestehen in fast allen betrachteten Rechtsordnungen. Die praktische Bedeutung bleibt jedoch dort gering, wo (wie meist im EU-Eigenverwaltungsrecht) kein Vorverfahren vorgesehen ist. Eine Heilung von Verfahrensfehlern noch während des Gerichtsverfahrens ist dagegen ausschließlich in Deutschland zulässig. Wo im Ausland allerdings die Entscheidungsbegründung allein für die Ermessenskontrolle relevant ist, kann die Begründung teilweise sogar noch im Prozess nachgeholt werden.

3. Ausrichtung der Gerichtskontrolle

a) Isolierte Geltendmachung von Verfahrensverstößen

(12) Nicht nur in Deutschland, sondern auch im Ausland und im Unionsrecht ist isolierter Rechtsschutz gegen vorbereitende Verfahrenshandlungen weitgehend ausgeschlossen. Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens leidet darunter kaum, wenn der Verfahrensfehler nachträglich im Angriff auf die abschließende Sachentscheidung geltend gemacht werden kann.

b) *Individualrechtsschutz versus objektivierte Kontrolle*

(13) *Das deutsche Recht beschränkt den Gerichtsschutz meist auf subjektive Rechte. Verfahrenspositionen gelten oft nur dann als individualschützend, wenn der Kläger zugleich in einer materiellen Rechtsposition betroffen ist. Demgegenüber ist im hier betrachteten Ausland und im Unionsrecht die Sanktionierung grundsätzlich auch bei Verstößen gegen solche Verfahrensvorschriften möglich, die nur mittelbar dem Kläger zugute kommen. Dieses weiterreichende objektive Kontrollmodell ist aber durch Ausnahmen und Einschränkungen relativiert.*

c) *„Durchentscheiden“ des Gerichts oder „Zurückverweisung“ an die Verwaltung*

(14) *Den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens zu schmälern scheint die Verpflichtung der Verwaltungsgerichte, die Sache bei Ermittlungsdefiziten im Verwaltungsverfahren grundsätzlich selbst entscheidungsreif zu machen. Dies ist im Ausland und auf europäischer Ebene anders. Für komplexe (förmliche) Verfahren kennt jedoch auch das deutsche Recht Ausnahmen von der Pflicht zum „Durchentscheiden“. Bei gebundenen Entscheidungen der Massenverwaltung erscheint die Verantwortungsverlagerung auf die Gerichte sachgerecht.*

d) *Ergebniskontrolle versus Verfahrenskontrolle*

(15) *Begrenzte Ressourcen und Beschleunigungsinteressen verbieten es, Verfahrensgarantien auf Verwaltungsebene und gerichtliche Inhaltskontrolle gleichzeitig zu maximieren. Insoweit besteht ein funktionaler Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahren und -prozess.*

(16) *Der im Ausland und auf Unionsebene geringeren materiellen Kontrolldichte stehen nur selten besonders elaborierte Verfahren und deren gerichtliche Überprüfung gegenüber. Vielmehr ist dort die Gerichtskontrolle bei der Massenverwaltung insgesamt weniger ausgeprägt als in Deutschland. Eine partielle Kompensation von eingeschränkter Inhaltskontrolle durch weitreichende Verfahrensgarantien lässt sich in allen betrachteten Rechtsordnungen fast nur für komplexere, häufig durch Unionsrecht geprägte wirtschafts- und umweltrechtliche Gegenstände nachweisen.*

3. *These: Der Kontrast zwischen dem angeblich geringen Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und dem scheinbar höheren in anderen Rechtsordnungen ist schwächer als vielfach behauptet. Die vorherrschende Fehleinschätzung beruht darauf, dass nicht die gleichen Rechtsgebiete verglichen, sondern für das Ausland nur besonders komplexe Verwaltungsentscheidungen betrachtet werden.*

IV. Alte und neue Facetten eines Eigenwerts von Verfahren im Verwaltungsrecht

1. Rechtsverteidigung

(17) Im Rechtsvergleich bleibt die Rechtsverteidigung eine wichtige instrumentelle Funktion des Verwaltungsverfahrens. Zum einen soll es mit der Entscheidungsbegründung eine effektive gerichtliche (Ermessens-)Kontrolle ermöglichen. Zum anderen besitzt das Verfahren selbst einen eigenständigen Rechtswahrungsauftrag. Dies gilt auch für europäische Verbundverfahren, internationale mehrstufige (Listing-)Verfahren sowie Vergabeverfahren.

2. Problemsensibilisierung, plurale Informationsgewinnung und Interessenverarbeitung durch Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung

(18) Generell wichtiger als eine obligatorische mündliche Erörterung ist die Beteiligung der Öffentlichkeit zu einem frühen Zeitpunkt, in dem noch möglichst wenig informelle Vorfestlegungen existieren. Die vorgezogene Bürgerbeteiligung bei der Bauleitplanung sollte insoweit auch für die Planfeststellung als Vorbild dienen.

(19) Durch die Aarhus-Konvention gewinnt das Konzept der Problemsensibilisierung durch Öffentlichkeit eine neue Qualität, auch als Gegengewicht zu einer teilweisen Verfahrensprivatisierung bei Rückzug auf eine nachvollziehende Amtsermittlung. Der Rechtsschutz wird ausgeweitet, um Bürger und Verbände zur effektiven Durchsetzung der UVP zu mobilisieren. Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz bleibt dabei in seiner Loslösung vom Individualrechtsschutz ambivalent, lässt sich jedoch richtlinienkonform auslegen.

3. Chancengleicher Wettbewerb durch strukturierte ökonomisch geprägte Vergabeverfahren

(20) Ökonomisierte Vergabe- und Verteilungsentscheidungen für knappe Güter und für Dienste von allgemeinem Interesse beruhen auf dem Prinzip weitgehender Verfahrensgerechtigkeit. An die Stelle inhaltlicher Maßstäbe im „beauty contest“ tritt die Erwartung ökonomischer Effizienz durch wettbewerbliche Ausschreibungs- und Versteigerungsverfahren. Wo bei der Auftragsvergabe auch Sekundärzwecke verfolgt werden, müssen diese auf einer passenden Verfahrensebene transparent und diskriminierungsfrei abgearbeitet werden.

4. Lernprozesse in gestuften Verbundverfahren

(21) Vertikale und horizontale Verbundverfahren reagieren auf das „Flexibilitäts-Kohärenz-Dilemma“: Bei Wahrung dezentraler nationaler Vollzugsspielräume muss zugleich eine koordinierte, diskriminierungsfreie und

effektive Durchsetzung des Unionsrechts gesichert werden. Hier öffnet sich das Verfahrensrecht für das Zusammenspiel von Außen- und Innenrecht, von punktuellen Eingriffsmaßnahmen und kontinuierlichen Aufsichtsverhältnissen. Der Kommunikationscharakter von Verfahrenshandlungen und ihre Verknüpfung im Prozess der Wissensgenerierung und -anwendung rücken in den Vordergrund.

5. *Verfahren als Lotse durch die Untiefen des materiellen (Genehmigungs-)Rechts (Servicefunktion)*

(22) Der Eigenwert des Verfahrens kann auch in einem beschleunigenden, serviceorientierten Verfahrensmanagement liegen. Dies zeigen die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung. Ein einheitlicher Ansprechpartner und elektronische Kommunikation sollen dazu beitragen, die Belastung durch verzweigte materiell-rechtliche Anforderungen für aus- wie inländische Dienstleister weniger spürbar zu machen.

4. These: Dieses Konzept eines Verfahrensmanagements ohne Substanzverlust sollte über die Dienstleistungsrichtlinie hinaus Karriere machen, auch im Umweltrecht. Dagegen würde eine Ausweitung der Genehmigungsfiktion den produktiven Eigenwert des Verwaltungsverfahrens wesentlich schmälern.

V. *Folgerungen*

1. *Die europäische Steuerung des indirekten Vollzugs als Triebfeder für Prozeduralisierung*

(23) Die Aufwertung des Verfahrensgedankens speist sich aus den Vorgaben des Unionsrechts für den indirekten Vollzug und die Verbundverwaltung. Es handelt sich um eine gesamteuropäische Entwicklung, nicht um eine nachholende Modernisierung speziell des deutschen Rechts. Im EU-Eigenverwaltungsrecht und im Ausland finden sich dagegen kaum weiterreichende Kommunikationsmuster als im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht.

2. *Bedeutungsgewinn des internen Verfahrens*

(24) Im Bestreben, die Problemlösungskapazität von Verwaltungsverfahren zu verbessern, verlagert sich die Aufmerksamkeit zunehmend auf eine Optimierung intra- und interadministrativer Verfahrenselemente. Im Außenverhältnis zum Bürger stammen wichtige Reformschritte schon aus den 1970er Jahren, doch bleibt in Mehrebenen-Verfahren auch die Stärkung der Verteidigungsrechte auf der Tagesordnung.

3. *Fehlender Zusammenhang von Eigenwert und Förmlichkeit des Verfahrens*

(25) *Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens hängt nicht vom Grad der gesetzlichen Verfahrensförmlichkeit ab. Nicht selten (etwa für Mitwirkungsakte in Verbundverfahren) bleibt die konkrete Ausgestaltung der behördlichen Konzeptbildung überlassen.*

4. *Wissensdefizite und Interessenkonflikte als zentrale Parameter für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens*

(26) *Informations- und Interessenverarbeitung gehen im Verfahren regelmäßig Hand in Hand. Wenn gelegentlich einseitig der Informationsaspekt betont wird, so liegt dem ein zu technokratisches Verwaltungsverständnis zugrunde. Je stärker die Interessenverarbeitung vom Gesetzgebungsverfahren und dem dort produzierten materiellen Recht in das Verwaltungsverfahren verlagert ist, umso mehr steigt dessen Eigenwert.*

VI. *Rechtsvergleichende und europäische Impulse für eine ökonomische Perspektive*

1. *Verfahrenseffizienz als Optimierungsproblem*

(27) *Verfahrenseffizienz ist nicht einseitig auf Verfahrensvereinfachung, sondern auf Optimierung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag ausgerichtet. Ein ökonomischer Kosten-Nutzen-Vergleich stößt aber auf erhebliche Wissenslücken und Messbarkeitsprobleme. Dies wird an der amerikanischen Praxis zur „due process“-Garantie besonders deutlich. Gerichte sind kaum in der Lage, eine solche Kosten-Nutzen-Analyse in jedem Einzelfall durchzuführen. Dem Gesetzgeber dagegen könnte sie als analytisches Raster bei der Ausarbeitung bereichsspezifischer Verfahrensmodelle durchaus nützlich sein.*

2. *Benchmark-Funktion des Rechts auf gute Verwaltung für bereichsspezifisch ausdifferenzierte Verfahren*

(28) *Dem „Recht auf gute Verwaltung“ lassen sich allgemeine Leitbilder für europäische Verwaltungsverfahren entnehmen. Vor dem Hintergrund unterschiedlicher Kodifikationstraditionen sollte man Art. 41 GrCh über einzelne Mindestgarantien hinaus als einen offenen Qualitätsstandard verstehen, der in rechtsvergleichender Suche nach „best-practice“-Lösungen weiter zu entwickeln ist.*

VII. Fazit: Prozeduralisierung als zweitbeste Lösung

(29) Verwaltungsverfahren dienen vorrangig der Verwirklichung des materiellen Rechts, besitzen aber gerade auch in dieser instrumentellen Funktion Eigenwert. Das deutsche Verfahrensrecht weist gegenüber ausländischen Rechtsordnungen keinen strukturellen Rückstand auf, muss aber ebenso wie diese (mit Ausnahme der USA) neue Impulse des Unionsrechts verarbeiten.

5. These: a) Im Lichte von Rechtsvergleichung und Unionsrecht sollte im VwVfG die Heilungsmöglichkeit noch während des Gerichtsverfahrens wieder abgeschafft, die Beweislastverteilung im Wortlaut des § 46 VwVfG ernster genommen werden.

b) Wichtiger jedoch wäre nach ausländischen Vorbildern eine Flexibilisierung der gerichtlichen Reaktionsmöglichkeiten auf Verfahrensfehler: Über § 113 Abs. 3 VwGO hinaus sollte bei Anfechtungs- wie Verpflichtungsklagen nach Ermessen eine Zurückverweisung an die Verwaltung ermöglicht werden.

6. These: Abzuraten ist von einer generellen Absenkung der materiell-rechtlichen Kontrolldichte bei kompensatorischem Ausbau von Verfahrenssicherungen. Nur in einzelnen Bereichen, wo die materiell-rechtliche Programmierung des Verwaltungshandelns an enge Grenzen stößt, muss auf die „second best option“ zurückgegriffen und die Verwaltung primär prozedural gesteuert werden. Von solchen gewichtigen Ausnahmen abgesehen ist die vorrangig materiell-rechtliche Determinierung der Verwaltung eine bewahrensvalue Errungenschaft aus der ersten Phase des deutschen Nachkriegs-Verwaltungsrechts.

3. Aussprache und Schlussworte

Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

Lepsius: Beide Referenten haben der deutschen Rechtsordnung ja ein halbwegs ordentliches Zeugnis ausgestellt, 2 + könnte man das zusammenfassen. Gleichwohl bitte ich Sie, die prognostisch-kritischen Untertöne nicht zu überhören, die in beiden Referaten doch deutlich angelegt waren. Beide Referenten haben, wenn ich das noch sagen darf, keine schematische Entgegensetzung von Eigenwert und dienender Funktion vorgenommen, und das deutet ja auch darauf hin, dass die traditionelle deutsche Trennung von materiellem und Verfahrensrecht vielleicht im Schwinden begriffen ist und Normen entstehen, die einen materiell-prozeduralen Doppelcharakter haben und eben auch gerichtsförmlich bewältigt werden müssen. Wir haben also eine institutionelle Dimension, die deutlich angesprochen worden ist, und ich denke, beide Referenten haben sich eher für eine Rückführung der gerichtlichen Kontrolldichte, also etwa eine Tendenz einer Beschneidung der Entscheidungskompetenz der 3. Gewalt eingelassen, und wir haben eine rechtsvergleichende Dimension des Themas erlebt, eine normtheoretische und natürlich eine verfassungsrechtliche, etwa dergestalt, ob die Bindung an das Gesetz nicht auch in anderen Formen als einer materiellen Gesetzesbindung, sondern einer Bindung an Verfahrensgesetze erfolgen kann. Also, es sind viele Dimensionen, zu denen die Diskussion hoffentlich noch im einzelnen Stellung nehmen wird.

In der Diskussion wollen wir uns fünf Komplexen zuwenden. Am Anfang stehen Themen grundsätzlicher Bedeutung, danach kommen naturgemäß Einzelfragen und dann gab es einige Wortmeldungen zu den Bereichen Effizienz, Rechtsvergleichung, und wir schließen mit einigen Beiträgen zur Normsetzung. Das erste Wort hat Herr Kollege Ronellenfitsch.

Ronellenfitsch: Herr Vorsitzender, Frau Gurlit, Herr Fehling, ich beglückwünsche Sie zu Ihrer Lozierung und zu Ihrer Strategie der Verknüpfung der Themen; denn die Themen des gestrigen Tages und des heutigen Tages hängen zusammen. Die Gesundheitsanknüpfung ist insoweit gegeben, als es geglückt ist, nicht künstlich das Grundrecht auf Verfahrensgestaltung länger am Leben zu erhalten oder zu reanimieren.

Frau Gurlit verdanke ich die Erkenntnis, die mir eigentlich immer nur im Unbewussten vorhanden war, dass es zwischen Kompetenzfragen und Verfahrensfragen Zusammenhänge gibt, die bislang noch nicht würdig ausgelotet sind. Wir fixieren uns immer auf den Rechtsschutz. Aber das Erfordernis der Rechtmäßigkeit des Verfahrens, des korrekten Verhaltens, dient verschiedenen Zwecken. Wenn der Verwaltungszweck im Vordergrund steht, wenn die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus der Perspektive der Verwaltung gesehen wird, dann bedeutet das, dass man nicht unmittelbar subjektive Rechte schützen muss. Was ich damit sagen will: wir müssen die Rechtmäßigkeit der Verfahrensgestaltung zwar als Einheit sehen, aber die Kompetenzfragen der Kontrolle differenzierend betrachten. Das heißt: die Rechnungshilfe oder auch die Datenschutzbeauftragten und ähnliche Institutionen haben Funktionen zur Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltungsverfahren, die nicht automatisch in einen Rechtsschutz münden müssen. Das bedeutet weiter, hier kommt die Anknüpfung an die informationelle Selbstbestimmung vom gestrigen Tag, dass dieser datenschutzrechtliche Grundrechtsschutz auch Grundrechtsschutz vor Verfahren bedeutet. Das, Herr Fehling, haben Sie mit dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis angedeutet. Dazu möchte ich Ihnen ein Beispiel geben: es werden Ordensverleihungen, Ehrendoktorwürden und dergleichen in die Wege geleitet, um negative Erkenntnisse der zu Ehrenden zu ermitteln. Das Verfahren wird nur dazu durchgeführt, um negative Erkenntnisse zu sammeln, um jemanden niederzumachen. Man will nicht Orden und Verdienstmedaille verleihen, sondern nur rausbekommen, ob der Vorgeschlagene Dreck am Stecken hat. Das Auswahlverfahren dient dazu, Grundrechte gerade zu minimieren. Es gibt also auch einen Grundrechtsschutz vor Verfahren. Letzte Bemerkung: Sie, Herr Fehling, haben etwas despektierlich die Verfahrensbeschleunigungsmaßnahmen der vergangenen Zeiten erwähnt. Sie haben ihnen etwas Altertümliches beigemessen. Ich möchte zu bedenken geben, dass wir hier alle nur deswegen da sind, weil die Infrastrukturmaßnahmen dazu geführt haben, dass nach der Wiedervereinigung Planung und Bau von Verkehrswegen und Infrastrukturmaßnahmen so beschleunigt worden sind, dass Eisenbahnstrecken und Straßen in angemessenen Zeitrahmen fertig gestellt werden konnten. Das möchte ich zur Ehrenrettung der alten Verfahrensbeschleunigung noch angefügt haben. Vielen Dank.

H. Meyer: Herr Ronellenfisch hat mir mit dem Stichwort Kompetenzfragen ein Stichwort gegeben. Ich möchte zurückgehen auf die Entstehungsgeschichte des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Vielen ist nicht bekannt, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz von der hohen Ge-

richtsbarkeit unter Anführung des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts auf das Erbittertste bekämpft worden ist und versucht worden ist, es zu vermeiden. Die Gerichtsbarkeit sah darin einen Verlust von eigenständiger Handlungsmöglichkeit. Als die Niederlage da war, das Gesetz also durchgesetzt worden ist, haben sie das Gesetz unterlaufen. Nachdem sie das Gesetz unterlaufen hatten, das gilt sowohl für § 46 als auch für § 45, haben sie in einem dritten Schritt das Gesetz mit Hilfe der Ministerialbürokratie geändert. Dieses Zusammenspiel zwischen hoher Gerichtsbarkeit und Ministerialbürokratie finden Sie insbesondere im Baurecht. Hier war es der Senat von Herrn Weyreuther, der eine ganz wichtige Bestimmung des Gesetzes gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes ausgelegt hat, bis er dann schließlich im Sinne von Herrn Weyreuther geändert worden ist. Die Durchsetzung des Verfahrensrechts war also außerordentlich schwierig. Obwohl es drei Gesetze waren, die insgesamt zur selben Zeit in Kraft getreten sind, ist es daher nicht zu einem Paradigmenwechsel des Verhaltens der Verwaltung gekommen, was eigentlich die Aufgabe dieser Gesetzgebung gewesen wäre. Was wir jetzt machen, sind alles Reparaturarbeiten.

Gärditz: Ich habe eine Frage an beide Referenten, die betrifft den von Ihnen angeführten Maßstab „Sachrichtigkeit der Verwaltungsentscheidung“. Man liest oft, das Verfahren solle die Sachrichtigkeit von Verwaltungsentscheidungen gewährleisten. Ich habe, ehrlich gesagt, nicht wirklich verstanden, was damit genau gemeint ist. Um die Rechtmäßigkeit geht es offensichtlich nicht. Herr Fehling hat beides auch durchaus kontrastierend dargestellt. Es ist also ein weiterer Maßstab. Geht es um die Tatsachen, also die Feststellung des relevanten Sachverhalts? Auch hier hätte ich Zweifel. Es ist ja gerade der besondere Eigenwert des Verfahrens, dass in einem Verfahren der relevante Sachverhalt erst konstruiert wird. Das ist eine ganz erhebliche Konstruktionsleistung, die auch mit Wertungen verbunden ist. Ändere ich also die verfahrensrechtlichen Arrangements, kommt mitunter ein anderer Sachverhalt heraus, der gleichwohl richtig ist. Also kann sich die Sachrichtigkeit darauf eigentlich auch nicht beziehen. Dann verbleiben eigentlich nur noch rechtsexterne Maßstäbe, die wir an das Verfahren herantragen, etwa die Akzeptanz in der Bevölkerung, die Schnelligkeit oder was auch immer. Da frage ich mich aber, woher diese Maßstäbe gewonnen werden. In welcher Relation stehen sie zum Recht? Denn eigentlich geht es dann um außerjuristische Fragestellungen, die ich aus einer anderen disziplinären Perspektive beantworten muss.

Eine zweite kurze Frage an Herrn Fehling: Sie haben insgesamt einer übermäßigen Prozeduralisierung eine Absage erteilt und betont, dass

das Festhalten an materiellen Rechtsmaßstäben oft seinen Eigenwert hat. Da kann ich nur zustimmen. Sie haben aber auch, und das finde ich ebenfalls richtig, für geeignete Gebiete, in denen man mit einer materiellen Programmierung nicht weiterkommt, gesagt, hier kann eine Prozeduralisierung sinnvoll sein. Eine Brücke von hier zum Verfassungsrecht: Ist es denn möglich, durch prozedurale Normen auch den Vorbehalt des Gesetzes auszufüllen? Kann es also, mit anderen Worten, den parlamentarischen Gesetzgeber bei der materiellen Regelungsaufgabe entlasten, wenn er dazu umso anspruchsvollere Verfahrensnormen zur Verfügung stellt, so dass sich möglicherweise regelungstechnische Probleme in diesem Bereich auch anders lösen lassen? Oder sehen sie das eher skeptisch? Vielen Dank.

Kotzur: Sie haben beide in Ihren hochinteressanten Referaten vor allen Dingen die Funktionen des Verwaltungsverfahrens herausgearbeitet, etwa die Bürgerbeteiligung, die Kontrolle oder die sachgerechte Entscheidungsfindung durch Expertenbeteiligung. Herr Fehling hat überdies die Akzeptanzseite respektive Akzeptanzfunktion des Verwaltungsverfahrens angesprochen. Hier spielt insbesondere bei Großverfahren die Öffentlichkeitsbeteiligung eine ganz wichtige Rolle. Sie soll, und das über den Kreis der konkret Betroffenen hinaus, akzeptanzsichernd wirken. Indes drängt sich bei allem berechtigten Öffentlichkeitsoptimismus aktuell eine kritische Nachfrage auf. „Stuttgart 21“ treibt auch nach Jahren komplexer Verwaltungsverfahren und nach Erschöpfung aller rechtsstaatlich gebotenen gerichtlichen Überprüfungswege die Bürgerinnen und Bürger auf die Straße. Die politische Mitte entdeckt eine neue bürgerliche Protestkultur für sich. Von den einen wird sie emphatisch gefeiert, von den anderen gerade deshalb angelehnt, weil demokratisch legitimierte und in rechtsstaatlichen Verfahren umfassend geprüfte Entscheidungen auch umgesetzt werden müssen, weil der freiheitlich-demokratische Verfassungsstaat handlungs-, gestaltungs- und entscheidungsfähig bleiben muss. Ist „Stuttgart 21“ nun ein Musterbeispiel für fehlende Entscheidungsakzeptanz, wie sie schon in der Vergangenheit bei vielen Großverfahren zu erleben war und gewiss auch künftig immer wieder zum Problem werden könnte? Die befriedende Funktion der Öffentlichkeitsbeteiligung scheint grundlegend in Frage gestellt. Waren wir hier bisher schlicht zu optimistisch oder eskaliert „Stuttgart 21“ gerade deswegen, weil Fehler bei der Öffentlichkeitsbeteiligung gemacht wurden? Ihre kritischen Kommentare dazu würden mich sehr interessieren. Noch einmal: Erleben wir ein neues, selbstbewusstes Aktivbürgertum, das zu Recht auf die Straße zieht, oder aber die bedenkliche Infragestellung jener akzeptanzstiftenden Öffentlich-

keitsfunktion, die auch die Staatsrechtslehrrerntagung – zu Recht – schon häufig gefeiert hat. Ganz herzlichen Dank.

Sydow: Ich habe eine Frage zu den Determinanten der Verfahrensgestaltung. Fau Gurlit, Sie haben uns in Erinnerung gerufen, dass die Grundrechte das Verwaltungsverfahren weit weniger determinieren, als manche das – etwa nach der Mülheim-Kärlich-Entscheidung – einmal angenommen hatten. Auch die in Ihrem Vortrag erörterten europarechtlichen Vorgaben sind eher punktueller Natur, als dass sie flächendeckend die Ausgestaltung eines Verwaltungsverfahrens vorgeben würden. Beide Vorträge haben sich dann mit einer Vielzahl möglicher Verfahrensziele befasst, von Herrn Fehling prägnant nicht-instrumentelle Funktion des Verfahrens genannt. Sie reichen von Akzeptanz über Partizipation und Vertrauen hin zu Effizienz, ein bunter Strauß von möglichen Zielen, die untereinander schnell in einen Zielkonflikt geraten können: Was der eine als dysfunktionale Verfahrensverzögerung versteht, hält der andere noch für nötig, um Partizipation und Akzeptanz zu ermöglichen. Zwischen mehreren möglichen Zielen muss man sich demnach entscheiden, zunächst der einfache Gesetzgeber, aber auch die verfahrensleitende Behörde, soweit ein Verwaltungsverfahrensgesetz mehrere Möglichkeiten zur Verfahrensgestaltung im einzelnen gibt. Meine Frage lautet: Welche Erwägungen sollen diese Entscheidung anleiten? Herr Fehling hat vorgeschlagen, diese Entscheidung wieder einem Verfahren zu überantworten, einer ökonomischen Kosten-Nutzen-Analyse. Sie kann in einem Gesetzgebungsverfahren in der Tat eine hilfreiche Möglichkeit sein. Als aufwendiges Verfahren wird eine solche Kosten-Nutzen-Analyse einer verfahrensleitenden Behörde im Zweifel aber nicht zur Verfügung stehen. Bleibt es dann bei einer bloßen Dezision, welches Verfahrensziel vorrangig anzustreben ist und wie partizipativ, wie zügig, wie transparent das Verfahren demnach konkret gestaltet werden soll? Könnte hier die Rechtswissenschaft Kriterien formulieren, um die unvermeidlich Wahl zwischen konfligierenden Verfahrenszielen anzuleiten?

Waechter: Ich wollte nur ein paar Anmerkungen machen, Herr Fehling, zu dem, was Sie schon mit Ihrer Kritik an absoluten Verfahrensrechten angesprochen haben. Ich glaube, es ist sinnvoll, aus rechtstatsächlicher Sicht zwischen zwei Verfahrenstypen zu unterscheiden. Einerseits die Normalverfahren, in denen keine großen Interessen beteiligt sind und andererseits die komplexen Verfahren. In komplexen Verfahren ist die Behörde nicht wirklich offen für Stellungnahmen der Bürger. Deswegen entfaltet auch die Bürgerbeteiligung nicht ihren vom Gesetz intendier-

ten Sinn. Die Behörde kooperiert mit dem Investor. Der Investor ist von renommierten Anwaltskanzleien begleitet und gemeinsam wird ein Sachverhalt konstruiert. Auf der Betroffenenseite wird natürlich ebenso ein Partikularinteresse verfolgt. Wenn man jetzt absolute Verfahrensrechte einführt, insbesondere solche mit Vetopositionen, dann kalkulieren die Beteiligten damit. So reagieren die Behörden auf die Pflicht zur Umweltprüfung und die mit dem Rechtsbehelfsgesetz eingeführten starken Verfahrensrechte der Bürger damit, dass sie eine Fülle von Umweltinformationen ausbreiten, an deren Lektüre der Bürger ermüdet und sein Interesse eher verliert. Soweit die Bürger anwaltlich gut vertreten sind, reagieren sie wie im Strafrecht: Sie nutzen absolute Verfahrensrechte wie Revisionsgründe, um das Gericht unter Druck zu setzen. Was ist die Konsequenz? Dem Gericht gefällt diese Instrumentalisierung der Verfahrensrechte nicht, und dann passiert das, was wir kennen: Das Bundesverwaltungsgericht erfindet extra legem Unbeachtlichkeitsregeln, so wie es im Planfeststellungsrecht vielfach geschehen ist. Zweite Stufe: Der Gesetzgeber selber macht die zuvor gestärkten Verfahrensrechte wieder unbeachtlich. Das bedeutet im Ergebnis, dass eine Stärkung der Verfahrensrechte langfristig zur Schwächung der Verfahrensrechte führen kann.

Auf der materiell-rechtlichen Ebene gibt es ähnliche Erscheinungen, zumindest wenn man wie bei der Abwägung einen entscheidungsffenen Maßstab hat. Das nennen wir im Baurecht nachhaltige Trauerarbeit: Man muss einen Belang würdigen, dann stilisiert man ihn hoch, und dann sagt man, leider, leider, es geht in diesem Fall nicht anders, der Belang muss zurückgestellt werden. Auch das rechtswidrige Taktieren mit materiell-rechtlichen Vetopositionen kommt vor: Notfalls kauft der Bürger sich einen absolut geschützten Feldhamster und legt ihn ins Projektgebiet.

Was ist meine Konsequenz? Einerseits erweisen sich Verfahrensrechte mit der Stärke von Vetopositionen häufig langfristig nicht als sinnvoll. Die Entscheidung kann besser auf der materiell-rechtlichen Ebene getroffen werden, weil dort die Instrumentalisierungsschance geringer, wenn auch vorhanden, ist. Andererseits stimmt, was Sie gesagt haben: Gerade in komplexen Situationen mit offenem Entscheidungsmaßstab ist Verfahrensrecht wichtig. Ich brauche es zwar zur Informationsgewinnung, aber die gesetzlich vorausgesetzte Funktion der neutralen Sachverhaltskonstruktion erfüllt es in komplexen Verfahren häufig nicht.

Der externe Sachverstand im „Netz“, Frau Gurlit, von dem Sie gesprochen haben, hilft in konkreten Rechtsfällen vor Gericht meines Erachtens nicht weiter. Die Anwendung allgemeinen Wissens auf den konkreten Fall ist nicht ohne Arbeit möglich und fruchtbringend, und die investiert niemand freiwillig, ohne dafür entlohnt zu werden.

Hufen: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich möchte zunächst nachdrücklich beiden Referenten darin zustimmen, dass Sie den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens entsprechend der Thematik hervorgehoben und keine künstlichen Gegensätze zwischen dienender Funktion und Ergebnisrichtigkeit hergestellt haben. In einem Punkt, Frau *Gurlit*, das wird Sie sicherlich nicht überraschen, bin ich freilich nicht Ihrer Meinung, und ich möchte auch Herrn *Ronellenfitsch* nachdrücklich widersprechen, der Sie ja beglückwünscht hat, dass Sie den Gedanken des Grundrechtsschutzes durch Verfahren nicht wiederbelebt haben. Da gibt es nichts wiederzubeleben, der Grundrechtsschutz durch Verfahren ist quer durch alle Grundrechte quicklebendig, und er ist wichtig. Gerade dort, wo der Gesetzgeber nicht tätig geworden ist, oder wo er Spielräume offengelassen hat, kommt er zum Tragen. Von Art. 1 bis 104 GG hat jedes Grundrecht seine verfahrensrechtliche Dimension. Das folgt schon aus Art. 1 Abs. 3 GG und lässt sich auch nicht wegdiskutieren. So ist der Grundrechtsschutz durch Verfahren schon von Anfang ein *cantus firmus* in der ganzen Diskussion um das Verwaltungsverfahren und die Fehler im Verfahren gewesen – dies spätestens seit der Regensburger Tagung der Staatsrechtslehrer Herr Häberle ist schon erwähnt worden mit der Betonung des „status activus processualis“. Wenig später war dann das Mülheim-Kärlich – Urteil des BVerfG nicht zuletzt eine Reaktion auf das Versagen des Gesetzgebers in einer buchstäblich lebenswichtigen Verfahrensgestaltung. Ohne das wäre die ganze Diskussion nicht in Gang gekommen. Und es gibt solche Lücken bis heute im Verwaltungsverfahrensgesetz. Beispiel: Grundrechtsbedingte Beteiligung am Verfahren. Der Beteiligtenbegriff in §§ 11 und 13 VwVfG ist viel zu eng, um die in ihren Grundrechten betroffenen, aber nicht förmlich Beteiligten einzubeziehen. Aber die Ehefrau eines auszuweisenden Ausländers hat selbstverständlich ein Beteiligungsrecht unmittelbar aus Art. 6 GG. Weiteres Beispiel: Das Anhörungsrecht in § 28 VwVfG hat Lücken und Ausnahmen, die grundrechtskonform zu schließen sind, etwa, wenn bei einem begünstigenden Verwaltungsakt eine wesentliche Entscheidungsgrundlage verändert wird. Das zieht das ganze VwVfG hindurch, aber es geht auch um den Grundrechtsschutz in Verfahren, die nicht vom VwVfG erfasst sind und/oder gar nicht gesetzlich geregelt sind, etwa in den meisten Normsetzungsverfahren. Es ist besonders wichtig, dass Sie vor einer Sie unmittelbar betreffenden Rechtsverordnung angehört werden und dass da keine Verfahrensfehler mit Auswirkung für Ihre Grundrechtsposition passieren. Ähnliches gilt bei so genannten Realakten wie Warnmitteilungen und anderen Formen des so genannten schlichten Verwaltungshandelns, das in seiner Auswirkung auf Persönlichkeits-

rechte und Geschäftsgeheimnisse oft alles andere als „schlicht“ ist. Eine falsche Warnmitteilung kann Millionen kosten. Hier ist es schon wichtig, dass der Sachverhalt ordentlich aufgeklärt wird, unmittelbar aus dem Grundrecht, wenn es nicht in einer entsprechenden Verfahrensordnung steht. Drittes Beispiel: Selbst Herr *Ronellenfitsch* hat ja den Schutz der informationellen Selbstbestimmung im Verfahren der Informationsfreiheitsgesetze besonders betont. Das ist das schönste Beispiel für eine grundrechts- und verfahrenskonforme Auslegung gesetzlicher Bestimmungen

Fazit: Der Grundrechtsschutz durch Verfahren gilt und er ist gerade dort durchzusetzen, wo er gesetzlich eben nicht ausgestaltet ist oder als Interpretationsregel im Bereich z.B. im Bereich der §§ 45, 46 VwVfG, aber weit darüber hinaus. Ich weiß, das ist gelegentlich lästig, das erfordert dogmatische Arbeit, das geht auch gegen die Effizienz in manchen Punkten, aber es ist wichtig. Danke schön.

F. Mayer: Ich habe eine Nachfrage zum One-Stop-Government. Die Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union von 2006 sah bekanntlich die Einrichtung eines einheitlichen Ansprechpartners vor. Das ist damals in der Diskussion nicht sonderlich intensiv behandelt worden. Die Diskussion konzentrierte sich, wie Sie sich vielleicht erinnern, im Wesentlichen auf das Herkunftslandprinzip. Es wäre sicherlich auch ein interessantes Thema für das Verwaltungsverfahrensgesetz geworden, wenn dieses Herkunftslandprinzip so umgesetzt worden wäre, wie es vorgesehen war. Das ist indessen gekippt worden. Aber im Pulverrausch dieser Auseinandersetzung um das Herkunftslandprinzips ist der einheitliche Ansprechpartner im Wesentlichen undiskutiert und unerkannt, so möchte ich fast sagen, durchgesehelt. In der Umsetzungsphase stehen die Mitgliedstaaten nun vor ganz erheblichen Herausforderungen, gerade in komplexen, nicht-unitarischen Gebilden wie dem hiesigen Bundesstaat. Frau Gurlit, meine Fragen an Sie: Sie haben gesagt, die Anhörung solle nicht beim einheitlichen Ansprechpartner stattfinden, sondern bei der entscheidenden Behörde. Und da frage ich mich, kann man es dann nicht gleich bleiben lassen mit dem einheitlichen Ansprechpartner? Unterlaufen Sie damit nicht letztlich die Regelungszwecke der Dienstleistungsrichtlinie? Und lassen Sie mich dies zum allgemeineren Ausgangspunkt nehmen für die Nachfrage, ob es Hinweise dafür gibt, dass One-Stop-Government zwar eine nette Idee ist, sich aber in komplexen föderalen Gebilden nicht sonderlich gut realisieren lässt, jedenfalls mit Blick auf das Verwaltungsverfahren.

Engel: Wer ökonomische Analyse des Rechts betreibt, hat gern einen etwas missionarischen Habitus. Dem möchte ich vorbeugend gleich entgegenwirken. Ich möchte Ihnen keineswegs nahelegen, dass unser heutiges Thema ausschließlich oder gar vorrangig unter ökonomischer Perspektive zu betrachten sei. Ich glaube aber, dass der Umstand, dass das gar nicht passiert ist, eine Facette unseres Themas ausblendet, die wichtig ist.

Den Teil, den ich mir etwas konkreter ansehen möchte, ist die Entscheidung der Behörde; Sie können auch sagen, die Entscheidung des einzelnen Beamten. Dürfen wir erwarten, dass der einzelne Beamte oder die einzelne Behörde die verwaltungsrechtlichen Sicherungen, die uns beide Referenten als im Prinzip sehr hilfreich vorgeführt haben, auch wirklich beachten? Wir Juristen gehen meist unausgesprochen von der Voraussetzung aus, dass das Vertreter des Rechts sind und wir uns deswegen über ihre Rechtstreue den Kopf nicht zu zerbrechen brauchen. Das gibt die Wirklichkeit vielleicht nicht ganz korrekt wieder. Auch die Tatsache, dass der Rechtsstaat sich so viel Mühe gibt, deutet darauf hin, dass Behörden versucht sein könnten, es mit der Beachtung der Regeln vielleicht doch nicht ganz so genau zu nehmen.

Wenn man diese Möglichkeit in Betracht zieht, kann man sich fragen, wie die Rechtsordnung dem entgegenwirken könnte. Aus dieser Perspektive ist dann die Tatsache, dass es gerichtliche Kontrollen gibt, ein Gegenanreiz. Der Umstand, dass die Drohung mit dem Gegenanreiz in der Welt ist, müsste aus ökonomischer Perspektive erwarten lassen, dass er gar nicht oft vollzogen werden muss. Es müsste vollkommen ausreichen, wenn die Beamten antizipieren, dass ihre Entscheidung bei Gericht aufgehoben werden wird, falls sie die Regeln brechen. Diese vorbeugende Wirkung der Drohung mit Rechtsschutz setzt allerdings voraus, dass die Gerichte die Maßstäbe, nach denen sie entscheiden werden, sehr genau festlegen. Denn der Anreiz wirkt nur dann, wie er soll, wenn die Verfügungsrechte wohldefiniert sind. Hier macht die ökonomische Analyse auf einen Punkt aufmerksam, den die Rechtswissenschaftler nicht selbst im Auge haben.

Die Aufhebung der Entscheidung durch das Gericht ist in ökonomischer Perspektive eine Sanktion. Die ökonomische Analyse von Sanktionen legt nahe, dass es auf die Verknüpfung von zwei Elementen ankommt, nämlich Schwere der Sanktion einerseits und Wahrscheinlichkeit ihrer Verhängung andererseits. Für die Schwere kommt es darauf an, welche Nutzenfunktion wir den handelnden Beamten unterstellen. Wollen sie einfach nur wenig Arbeit haben? Sind sie besorgt um ihre Karriere? Oder sind sie intrinsisch motiviert, das Verwaltungsziel möglichst effektiv zu erreichen? Das ist ein empirisches Problem. Wir

müssen uns darüber klar werden, was die konkret Handelnden eigentlich wirklich als handlungsleitende Motive begreifen.

Schließlich zur Wahrscheinlichkeit, dass die Sanktion auch wirklich verhängt wird. Aus ökonomischer Perspektive erscheint das, was Sie uns teils an Verfahrensfehlerlehre, teils an Heilungsvorschriften vorgeführt haben, wahrscheinlich wirklich als dysfunktional. Es führt nämlich dazu, dass die Wahrscheinlichkeit, dass die Sanktion verhängt wird, ganz klein wird. Ein rational handelnder Akteur multipliziert Schwere mit Wahrscheinlichkeit. Wenn die Wahrscheinlichkeit in der Nähe von Null ist, dann kann die Sanktion noch so schwer sein: sie beeinflusst ihn nicht. Aus ökonomischer Perspektive wäre es klüger, die Gerichte würden ab und an relativ drastisch zugreifen: hinreichend schwer, und hinreichend oft.

Burgi: Ich möchte zunächst Herrn Fehling für seinen vorurteilsfreien und selbstbewussten Umgang mit der Rechtsvergleichung danken. Gerade im Verwaltungsrecht wird die Rechtsvergleichung doch oftmals eher taktisch eingesetzt, um eine selbst gebildete Kritik an einer Gestaltung des nationalen Rechts gewissermaßen weltbürgerlich einzukleiden, mit einem oft eher wenig unterfütterten Hinweis auf die Rechtslage in anderen Ländern. Ich möchte sodann die Einladung von Frau Gurlit annehmen, die Einladung, nachzudenken über die Frage der Fortschreibung des VwVfG als Kodifikation. Der Zeitpunkt dafür ist günstig. Während wir heute hier versammelt sind, hatten am Wochenanfang die Referenten des VwVfG aus Bund und Ländern eine zweitägige Veranstaltung und haben sich mehrere Stunden mit der Frage befasst, ob und wie das VwVfG fortgeschrieben werden soll und welche Inhalte aufgenommen werden könnten. Ich möchte deswegen zwei Ihrer heute thematisierten Inhalte gerne aufgreifen, um sie ggf. dort einspeisen zu können. Das ist die Funktionszuweisung selbst. Sie haben gesagt, Frau Gurlit, die Funktionszuweisung müsste normativ unterfangen werden und Sie beide haben da mehrere Differenzierungen, instrumentell, nicht-instrumentell usw. vorgenommen. Wo sollte das denn stattfinden? Im VwVfG selbst oder ist das eher Sache des jeweiligen Fachrechts, dem jeweiligen Verfahren eine bestimmte Funktion zuzuschreiben? So ordnet z.B. das UVP-Recht dem Verfahren UVP eine andere Funktion zu als etwa das Prüfungsrecht, mit dem wir ja alle so häufig befasst sind. Wenn das so ist, müsste das VwVfG das aufnehmen, Stichwort Angebotsgesetzgebung, und insbesondere mit den Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften darauf reagieren. Es würde mich interessieren, wo Sie da den richtigen Ort sehen. Ein zweiter potenzieller Kodifikationsgegenstand ist das Thema Verfahrenseffizienz. Herr Fehling

hat das eingeführt. Er hat aber nicht gesagt, wo das normativ, und ob es überhaupt normativ verankert werden soll. Ich habe ihn da als eher kritisch empfunden mit der Bemerkung, dass der Richter das nicht leisten könne. Das bedeutet wohl, dass Sie darin keinen Kontrollmaßstab, wahrscheinlich auch keinen Handlungsmaßstab der Verwaltung sehen wollen. Wenn dem so ist, müssten wir eigentlich schon den jetzigen § 10 Satz 2 VwVfG kritisieren. Der besagt nämlich, dass das Verfahren einfach und zweckmäßig durchzuführen sei und das ist eine Art Verfahrenseffizienz, die dann möglicherweise die Verwaltung und die Gerichte überfordert, worauf diese offenbar mit Nichtbeachtung jener Vorschrift reagieren, die sich übrigens auch in unserem Kreis nach meinem Eindruck keiner allzu großen Bekanntheit erfreut.

Röger: Ich habe eine Nachfrage zu Ihrem Leitsatz Nr. 12, sehr geehrter Herr Fehling. Sie haben dort die These aufgestellt, der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens leide kaum darunter, dass vorbereitende Verfahrenshandlungen nicht isoliert gerichtlich überprüfbar seien; ihre nachträgliche Überprüfung im Rahmen der Sachentscheidung reiche aus.

Diese These scheint mir plausibel zu sein in Bezug auf den Betroffenen selbst, denn für ihn ist im Regelfall die endgültige Sachentscheidung maßgeblich und nicht das akademische „Geplänkel“ um Vorfragen. Ich frage mich aber: Ist die These auch richtig in Bezug auf die Gesamteffizienz des Verwaltungsverfahrens, die Sie ja selbst in Leitsatz 27 ansprechen und zutreffend als Problem der Optimierung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag definieren und bei der neben den Interessen des Betroffenen auch die Effizienzinteressen der Verwaltung selbst zu berücksichtigen sind. Wäre es da nicht sinnvoller, oftmals früher einzuhaken und in Abschwächung der derzeitigen strikten Regelung des § 44a VwGO zumindest die gesetzliche Möglichkeit zu schaffen, fehlerbehaftete Verfahrenshandlungen schon zu den Zeitpunkten gerichtlich überprüfen zu lassen, an denen sie akut sind, bevor sie in ein langwieriges Gesamtverfahren einfließen, dessen behördliche Endentscheidung dann wegen des frühen Verfahrensfehlers gerichtlich entweder gekippt oder durch das Gericht selbst mit entsprechendem Aufwand auf verfahrensmäßig tragfähige Füße gestellt wird?

Lassen Sie mich dies anhand eines Beispiels verdeutlichen: Ich unterrichte meine beamteten Studentinnen und Studenten des gehobenen und höheren Dienstes auch im Öffentlichen Dienstrecht und im Disziplinarrecht. Im Disziplinarverfahrensrecht entspricht es der herrschenden Ansicht, dass eine fehlerhafte, mit § 21 VwVfG unvereinbare Bestellung eines befangenen Ermittlungsführers vom betroffenen Beamten nicht isoliert angefochten werden kann, da es sich um eine behördliche

Verfahrenshandlung handelt, deren mögliche Rechtswidrigkeit nur mit einer Klage gegen die disziplinäre Sachentscheidung insgesamt gerügt werden kann.

Stellt sich dann im gerichtlichen Disziplinarverfahren heraus, dass der Ermittlungsführer sein Amt nicht unparteiisch ausgeübt, sondern einseitig ermittelt hat, so kann das Verwaltungsgericht entweder die fehlerhaften Ermittlungen durch eigene gerichtliche Beweiserhebung korrigieren oder die Behörde nach § 55 BDG zur Mangelbeseitigung auffordern. In beiden Fällen wird die Sachaufklärung – schon aufgrund des Zeitablaufs und der schwindenden Erinnerung eventueller Zeugen – nicht einfacher. Der staatlicherseits durch Exekutive und Judikative zu leistende Gesamtaufwand wird insgesamt größer, als wenn gerichtlicherseits schon zu Anfang korrigierend eingegriffen und der Verfahrensfehler abgestellt worden wäre.

Wenn ich nun sehe, dass Sie, Herr Fehling, in Ihrer 5. These bei Verfahrensfehlern eine über § 113 Abs. 3 VwGO deutlich hinausgehende Möglichkeit der Zurückverweisung vom Gericht an die Verwaltung fordern, so frage ich: Würde es nicht Ihrer berechtigten Forderung nach erhöhter Verfahrenseffizienz besser gerecht werden, wenn man – zumindest auch – eine über den derzeitigen § 44a VwGO hinausgehende Möglichkeit der gerichtlichen Anfechtung von Verfahrenshandlungen vorsähe? Wäre es nicht effizienter, zumindest offensichtliche behördliche Fehler schon zum Zeitpunkt ihres Entstehens gerichtlich korrigieren zu können, als sie durch langwierigste Verfahren „mitzuschleppen“, um dann – wie von Ihnen gefordert – durch Zurückverweisung das Verfahren in weiten Teilen wieder neu aufzurollen?

Kischel: Ernst Rabel hat die Rechtsvergleichung einmal mit einem Weg durch einen Dschungel verglichen, bei dem unter jedem Busch ein Eingeborener mit Pfeilen lauert. Ich glaube, dass Michael Fehling sich sehr gut gegen diese Pfeile gewappnet hat. Er hat uns mit bewundernswerter Klarheit gezeigt, wie scheinbare Unterschiede im Detail sich plötzlich vor dem Hintergrund einer völlig unterschiedlichen Verwaltungskultur relativieren. Ich möchte zwei dieser Unterschiede im Vergleich zu den USA noch einmal besonders aufgreifen und betonen. Erstens wurde die Ermessenskontrolle angesprochen, zum Beispiel im Hinblick auf ihr Ausmaß oder auf die möglicherweise unterschiedliche Anzahl der Ermessensentscheidungen in verschiedenen Staaten. Insofern stellt sich die Frage, was eigentlich in den USA unter discretion (Ermessen) verstanden wird. Discretion wird immer dann ausgeübt, wenn die Verwaltung in irgendeiner Form Recht auf Tatsachen anwendet. Anders gesagt beschreibt discretion den gesamten Gegenstand der Diskussion über

die Kontrolldichte. Diese Diskussion aber betrifft in den USA sowohl Tatsachen als auch Recht als auch die Anwendung von Recht auf Tatsachen. Man merkt schon an dieser einfachen Beschreibung, dass das Ermessen in den USA mit dem Ermessen im deutschen Verständnis kaum etwas zu tun hat. Ein zweites Thema ist die Frage, was eigentlich Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle, was eigentlich Aufgabe eines Verwaltungsgerichts bei der Kontrolle ist. Auch hier wieder ist für die USA die Kontrolldichte der entscheidende Punkt. Sie beschreibt in den USA die Frage, wie sehr das Gericht auf die Entscheidung der Verwaltung Rücksicht nehmen muss, die sog. *deference*. Es geht also im Verwaltungsprozess ausschließlich um die Frage mehr oder minder großer Rücksichtnahme auf den gesamten Entscheidungsprozess der Verwaltung. Eine vollständig neue, überhaupt eine eigene Entscheidung des Gerichts, der sog. *de novo review*, steht ausschließlich hinsichtlich Tatsachen in der Diskussion und gilt hier als ein extrem seltener Sonderfall. Völlig anders ist die Lage im deutschen Recht. Bei uns prüft das Gericht grundsätzlich eigenständig, beispielsweise in der Verpflichtungssituation, ob ein Anspruch besteht, in der Anfechtungssituation ob der Verwaltungsakt rechtmäßig ist. Dieses Denken ist dem amerikanischen Verwaltungsrecht völlig fremd. Darin liegt eines der vielen Probleme, die die Rechtsvergleichung mit den USA auch in Bezug auf Verfahrensfehler enorm erschweren.

Schneider, J.-P.: Vielen Dank erst einmal an beide Referenten, dass Sie manche begrifflichen Missverständnisse in der bisherigen Diskussion insbesondere hinsichtlich der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens zurecht gerückt haben. Ich würde mich im Folgenden am stärksten auf Herrn Fehling beziehen wollen wegen meiner Neigung zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsökonomik, obwohl ich auch bei Frau Gurlit jede Menge Anregungen zur weiteren Diskussion gefunden habe. Zunächst zur in Absatz Nr. 27 angesprochenen Verfahrenseffizienz, worauf sich auch Herr Engel und Herr Burgi mit seinem Hinweis auf § 10 des VwVfG bezogen haben. Allein die Option zu eröffnen, die Verfahrenseffizienz dem Gesetzgeber oder den Gerichten zu überantworten, könnte eine Verengung darstellen. Vermutlich müssen noch stärker die Behörden selber ins Spiel gebracht werden. Dann ergibt sich auch wieder ein Bezug zum Referat von Frau Gurlit. Gerade bei der von ihr erwähnten Regulierungsbehörde haben wir nämlich Verfahren, für die wir vom Gesetzgeber fast gar keine Vorgaben haben und die nicht einmal in klar definierten und transparenten Verfahrensordnungen geregelt sind. Stattdessen hat sich die Regulierungsbehörde Regeln intern selbst gegeben, die aber extern oft schwer nachvollziehbar sind.

Bedenkenswert bleibt somit die Frage nach der verfahrensgestaltenden Entscheidungsmacht, zu deren Bändigung das Verfahrensermessen von umso größerer Bedeutung ist. Damit komme ich zu Absatz Nr. 29 des Referats von Herrn Fehling und einem Punkt, der auch noch an verschiedenen anderen Stellen des Referats auftaucht, und wohl auch bei Frau Gurlit. Ich meine die nicht zuletzt rechtsvergleichend begründete Kritik an den Möglichkeiten nach deutschem Recht im Verwaltungsprozess Fehler noch nachzuarbeiten. Wenn ich das richtig beobachte, gibt es aber durchaus auch Ausland Entwicklungen, die in eine ähnliche Richtung zielen. Denken Sie an England. Das Tribunal-System war bislang von den britischen Kollegen als ein Verwaltungsverfahren verstanden worden. Und deswegen wurde da sehr viel nachgearbeitet. Aber durch die aktuellen Reformen des Tribunal-Systems entwickelt sich dieses zu einem Gerichtsverfahren. Es wird auch zunehmend als solches interpretiert, ohne dass das bisherige Nacharbeiten nach meinem Kenntnisstand in Frage gestellt würde, was allerdings noch im Detail nachzuprüfen ist. Außerdem gibt es Rechtsordnungen, für die exemplarisch auf Schweden verwiesen werden kann, in denen Gerichte sogar fast komplett die verwaltungsbehördlichen Entscheidungen substituieren und damit auch eine entsprechende Nacharbeit leisten können. Hintergrund ist die dort fehlende Differenzierung zwischen verwaltungsgerichtlichen Klage- und einem verwaltungsbehördlichen Widerspruchsverfahren. Als letztes Beispiel möchte ich jüngere Entwicklungen im niederländischen Recht erwähnen. Dort wird gerade unter dem Gesichtspunkt, schnell zu abschließenden Entscheidungen in der Sache zu kommen, die gerichtliche Kompetenz zum positiv gestaltenden Durchentscheiden erweitert. Das führt mich dann letztlich zu Absatz Nr. 28, in dem wir einen ganz bemerkenswerten und wichtigen Aspekt finden. Wir brauchen den Art. 41 der Grundrechte-Charta wirklich nicht nur als kleines Recht von Selbstverständlichkeiten, sondern als Anlass, rechtsvergleichend europäisch viel stärker zusammenzuarbeiten, damit wir – um das Sprachspiel von Uwe Kischel aufzugreifen – möglichst viele Indianer in einen Wigwam bringen oder an einen guten Lagerplatz, damit sie sich austauschen können und wir möglichst wenigen Pfeilen aus dem rechtsvergleichenden Hinterhalt ausgesetzt sind. Dazu gibt es erfreulicherweise eine Reihe Initiativen, und ich kann nur alle in diesem Raum bitten, sich diesen Initiativen etwa für neuartige Restatements bzw. Gemeinsame Referenzrahmen eines europäischen Verwaltungsrechts anzuschließen. Vielen Dank.

Mehde: Ich habe zwei zugespitzte Fragen. Zum einen: Wenn das Verfahren einen eigenen Wert hat, warum wird der so wenig gesehen? Und

die zweite Frage: Kann vielleicht der Gedanke der Standardisierung an die Stelle treten? Ich darf vielleicht die erste Frage etwas erläutern. Wenn man sich die Gesetzgebung in den vergangenen Jahren anschaut, dann sieht man – abgesehen von sehr speziellen Bereichen, die überwiegend auf europäische Gesetzgebung zurückzuführen sind – doch einige Ansatzpunkte, die massiv zu einer Entwertung oder jedenfalls einer kritischen Bewertung des Verfahrens geführt oder eine solche deutlich gemacht haben. Vor einigen Jahren hat eine Landesregierung die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in der Öffentlichkeit mit dem Argument vermittelt, dass die Bürger jetzt direkt klagen könnten. Man müsse also nicht mehr erst ein Vorverfahren durchführen, sondern dürfe sich sofort an das Gericht wenden. Es wurde natürlich verschwiegen, dass man auch sofort klagen muss und sich nicht erst an die Behörde, die möglicherweise nur einen einfachen Berechnungsfehler gemacht hat, wenden kann, ohne die Einhaltung der Klagefrist zu gefährden. In einigen Bundesländern sind die Bezirksregierungen abgeschafft worden. Dadurch ist praktisch automatisch für viele Verfahren der Devolutiveffekt entfallen und damit sind, das legen jedenfalls empirische Untersuchungen nahe, besonders wirksame Überprüfungsmöglichkeiten entfallen. Inzwischen wird in vielen dieser Verfahren einfach von derselben Behörde noch einmal entschieden und empirisch spricht viel dafür, dass das keine gleich wirksame Kontrolle ist. Durch Art. 91d GG ist das Benchmarking jedenfalls als Gedanke in die Verfassung aufgenommen worden: Die Landesbehörden sollen sich vergleichen. Ich möchte nicht sagen, dass es unmöglich ist, aber es ist sehr schwer vorstellbar, dass dort primär auf die Qualität des Verfahrens abgestellt wird. Der Vergleich wird anhand von Kennzahlen erfolgen und diese Kennzahlen werden ganz überwiegend einen Ökonomisierungsdruck zur Folge haben. Man möchte mit diesem Benchmarking ja vor allem sehen, wie teuer bestimmte Verwaltungsverfahren sind. Auch davon wird ganz sicher ein Druck auf die Durchführung von Verfahren ausgehen. Und schließlich die europäische Dienstleistungsrichtlinie, die schon mehrfach angeklungen ist. Sie – jedenfalls der Gedanke des einheitlichen Ansprechpartners – beruht in gewisser Weise auf der Idee, dass mit Verfahren in den Mitgliedstaaten die Dienstleistungsfreiheit wirksam hintertrieben worden ist. Man hat dann bewusst die Mitgliedstaaten an die Kandare genommen, um mit einem einheitlichen Ansprechpartner – im Kontext einer Genehmigungsfiktion wohlgermerkt – einen Verfahrensmanager zu etablieren, der zu vergegenwärtigen hat, dass, wenn er nicht effizient und schnell genug arbeitet, die Genehmigung als erteilt gilt. Auch da erscheint das Verfahren also als etwas, das die Durchsetzung materieller Rechte, in dem Fall einer Grundfreiheit,

lange erschwert hat. Und das bringt mich dann zu der zweiten Frage, nämlich der Standardisierung. Wir haben durch Art. 91c im GG jetzt eine E-Government-Vorschrift, bei der der Gedanke ganz stark zutage tritt, dass der Wildwuchs, der sich in vielen Bereichen der elektronischen Verfahrensabwicklung abgezeichnet hat, beseitigt werden soll, indem einheitliche Standards erarbeitet werden. Und da meine Frage: Könnten solche Standards unter Umständen einen neuen Verfahrensgesichtspunkt mit sich bringen? Könnten diese Standards, die den verschiedenen Gebietskörperschaften vorgeschrieben werden können, auf diese Art und Weise auch dazu dienen, dass man wieder den Gedanken des Verfahrens, vielleicht in einer etwas anders zugespitzten und möglicherweise effizienteren Art zum Tragen bringt und auf diese Weise den Eigenwert ganz neu zu beurteilen hat? Vielen Dank.

Lepsius: Vielen Dank, Herr Mehde. Im Rahmen der pyrotechnischen Diskussionsplanung haben wir den Bereich Normsetzung an das Ende gesetzt und hoffen, dass jetzt Herr Schoch, Herr Möllers und Herr Schmidt-Aßmann ihrer Funktion als letzte Feuerwerkskörper des Vormittags gerecht werden.

Schoch: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Solange Sie uns nicht als „Knallfrösche“ bezeichnen, sind wir einverstanden.

Verehrte Kolleginnen und Kollegen! Wir haben anregende Referate gehört. Gleichwohl, wenn man zum Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht spricht, sollte man die Thematik nicht vorschnell zu stark einengen und damit bestimmte Verwaltungstypen oder gar Verwaltungsbereiche ausblenden. Ich möchte kurz zu drei Punkten sprechen: Erstens zum Verfahren der administrativen Rechtsetzung, zweitens zu Verbundverfahren ganz anderer Qualität am Beispiel staatlichen Informationshandelns und drittens zum funktionalen Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren.

Zum ersten Punkt: Wenn man dem Eigenwert des Verfahrens nachspürt und dabei auch an Vermachtungsphänomene denkt, kann man dies am Beispiel der administrativen Rechtsetzung im kommunalen Bereich sehr gut beobachten. Das Stichwort „Bauleitplanung“ war in den Referaten nur mit einem Wort genannt worden. Aus Zeitgründen ergänze ich nur: Beitragssatzung, Gebührensatzung, Satzung mit Anschluss- und Benutzungszwang nebst Ausnahmen und Befreiungsmöglichkeiten. Wenn Sie bei solchen Satzungen die Befriedungsfunktion verwirklichen wollen, schaffen Sie das nie im gerichtlichen Normenkontrollverfahren. Wenn Sie dafür eintreten, dass nicht nur das Ergebnis zählt, sondern auch die Akzeptanz mit Entscheidungen, die einem

vielleicht nicht „passen“, vorhanden ist, können Sie dies nur im Verwaltungsverfahren erreichen. An diesen Beispielen sieht man, dass Verwaltungsverfahren bestimmte Rationalitäten entwickeln können, die Sie im Gerichtsverfahren so nicht finden. Bei der Bauleitplanung kennen wir ein Verfahren mit ausgedehnter Bürgerbeteiligung; bei den anderen Verfahren der kommunalen Rechtsetzung gibt es das nicht, das Verfahren findet bei der kommunalen Vertretungskörperschaft statt. Aber es kommt vielfach zur Unterrichtung der Öffentlichkeit, es finden informale Verfahren statt, bevor entschieden wird. Ihren Blick möchte ich auf diesen Bereich richten.

Zum zweiten Punkt, dem staatlichen Informationshandeln: Dazu hat das Bundesverfassungsgericht, der Erste Senat, gemeint, insoweit ließe sich vernünftig nichts regeln. Daran können wir ablesen, dass der Erste Senat an einem Informationsdefizit zum Informationsrecht litt, als er jenen Satz in mehrere Entscheidungen geschrieben hat. Im Lebensmittelrecht und im Produktsicherheitsrecht finden wir Regelungsmuster, die wir ansonsten so nicht kennen: Bevor die Verwaltung zur Publikumsinformation schreitet, ist sie nach § 40 LFGB und § 10 GPSG grundsätzlich gehalten, mit den Herstellern bzw. den Vertreibern eines Produkts ein Anhörungsverfahren durchzuführen. Dahinter steckt die Verknüpfung mit dem Übermaßverbot, d.h. die Frage, ob durch Maßnahmen des Unternehmers selbst, z.B. durch den Rückruf eines Produkts, drohender Schaden etwa durch ein nicht ordnungsgemäßes Lebensmittel abgewendet werden kann. Erst am Ende des Verfahrens ist die Behörde nach den positivrechtlichen Regelungen befugt, das Publikum zu warnen. Es ist darauf hingewiesen worden, dass dadurch enorme Schäden entstehen können.

Ganz kurz noch zum dritten Punkt: Das Bundesverfassungsgericht hat Ende der 1980er Jahre im Bereich der Beamtenernennung und -beförderung in Konkurrentensituationen das Verwaltungsverfahren erheblich aufgewertet. Es hat aber den Gerichten zugleich jede Kontrolle nach erfolgter Ernennung aus der Hand geschlagen, und zwar auch, als das Bundesverwaltungsgericht einmal zögerte und meinte, eine Ernennung müsse am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG überprüft werden können. Das Bundesverfassungsgericht hat gesagt, mit der Ernennung eines der Bewerber sei die Sache erledigt. Was macht die Verwaltung mitunter? Das kann man auch in Karlsruhe und andernorts sehen: Sie unterläuft manchmal das Verwaltungsverfahren, indem die Ernennungsurkunde ausgehändigt wird. Die Gerichte haben sich selbst der Kontrollmöglichkeiten begeben. Man sieht, das Verwaltungsverfahren kann noch so sehr aufgewertet, Verfahrensrechte können noch so sehr vorverlagert werden, wenn am Ende keine gerichtliche Kontrolle

steht, ist die Verwaltung in diesem Bereich sich selbst überlassen. Vielen Dank.

Möllers: Herr Fehling hat ja in sehr schöner Weise dargestellt, dass die Selbstbeschreibung des deutschen Verwaltungsrechts als verfahrensvergessen nicht zutrifft. Vielmehr entdecken wir im Rechtsvergleich sehr ähnliche Strukturen der verwaltungsaktbezogenen Verfahrensverrechtlichung im amerikanischen, im englischen und im französischen Recht. Umso bedauerlicher finde ich es, dass nicht auf die zentrale Frage der Normsetzungsverfahren eingegangen wurde. Mir scheint, hier spielen sich die wirklich interessanten Diskussionen im Moment ab. Dazu finden sich wichtige Diskussionen im Europarecht, etwa mit Blick auf die Komitologie-Verfahren, ähnliche Probleme erörtern wir auch im amerikanischen Verwaltungsrecht.

Seitens der amerikanischen Verwaltungsrechtswissenschaft gibt es hier einen fast schon hegemonialen Diskurs, der mit Blick auf das internationale Verwaltungsrecht betrieben wird: Das „Global Administrative Law“ soll nach dem Vorbild des amerikanischen Normsetzungsverfahrens gestaltet werden. In diesem Zusammenhang wird gerade das deutsche Verwaltungsrecht ausdrücklich herausgefordert: Wenn überhaupt etwas über deutsches Verwaltungsrecht auf Englisch geschrieben wird, so ist es so gut wie immer die Feststellung: Die Deutschen kennen keine Normsetzungsverfahren, darin zeigt sich die Obrigkeitsstaatlichkeit ihres Verwaltungsrechts. Diese Herausforderung ist von uns nie angenommen worden.

Weiterhin gibt es eine Fülle aktueller Probleme, etwa in der Finanzmarktregulierung, bei denen die entscheidenden Weichenstellungen im Wege der Rechtssetzung durch die Exekutive oder durch Exekutivverbünde gestellt werden, nicht durch Verwaltungsakt. Und wenn man das alles zusammennimmt, handelt es sich schließlich auch um ein Thema, das geeignet erscheint, das Verwaltungsrecht als Rechtsgebiet auch für Studierende wieder attraktiv zu machen und die ganze Langeweile, die auf dem Baurecht, dem Gaststättenrecht und all diesen Dingen liegt, hinter sich zu lassen, das Verwaltungsrecht mit interessanten, politisch relevanten und auch globalen Problemen zu verknüpfen und damit das Angenehme mit dem Nützlichen zu verbinden. Vielen Dank.

Lepsius: Vielen Dank, Herr Möllers. Der Vorstand nimmt das zur Kenntnis und nimmt etwas Schuld auf sich, dass er vielleicht diesen Aspekt den Referenten ein bisschen ausgedreht hat. Aber Ihre Worte stoßen nicht auf taube Ohren. Herr Schmidt-Aßmann.

Schmidt-Aßmann: Bei früheren Tagungen habe ich mich immer über diejenigen Diskussionsteilnehmer geärgert, die den Referenten alles das vorgehalten haben, was nicht bedacht worden ist, aber selbstverständlich noch hätten bedacht werden müssen. Jetzt mache ich denselben Fehler. Ich muss ihn aber machen, denn es geht um ein mir besonders wichtiges Methodenproblem. Dazu rufe ich wie meine beiden Vorredner das Stichwort *Normsetzungsverfahren* auf. Wenn wir heute – wie das Thema nun einmal formuliert ist – den Eigenwert „des“ Verfahrens im Verwaltungsrecht behandeln, dann kann man verlässliche Aussagen dazu nur treffen, wenn man eine hinreichende Anzahl unterschiedlicher Verfahrenstypen im Blick hat. Anderenfalls kommt es zu unzulässigen Perspektivenverengungen. Das ist die alte Frage, die ähnlich auch auf der Tagung 2007 in Freiburg eine Rolle spielte: Welches Spektrum von Verfahrenstypen haben wir vor Augen, wenn wir Aussagen zu „dem“ Verfahren, d.h. zur Normallage treffen, und damit zugleich andere Erscheinungen oder Ansichten als begründungsbedürftige Ausnahmen abstampeln. Vor diesem Hintergrund erscheint mir insbesondere das Referat von Herrn Fehling zu stark auf das Verwaltungsverfahrensgesetz und die von ihm erfassten Verfahren konzentriert zu sein. Damit aber sind wichtige andere Verfahren ausgeblendet, so etwa die Verfahren realer Leistungserbringung, z.B. der Beratung, für die das Sozialrecht ein Referenzgebiet wäre, vor allem aber eben die (in sich wiederum nochmals unterschiedlichen) Normsetzungsverfahren. In die allgemeinen Aussagen über den Eigenwert des Verfahrens können Normsetzungsverfahren Erkenntnisse einbringen, die wir in anderen Diskussionen immer als Desiderate nennen und folglich jetzt, da es um das Verwaltungsverfahrensgesetz allgemein geht, nicht übersehen dürfen. Ich denke an die ganz anderen Interessenstrukturen und Beteiligungsstrukturen, die Normsetzungsverfahren aufweisen. Ein Beispiel bilden die Rechtsetzungsverfahren des GKV-Rechts, deren Bedeutung in der gestrigen Diskussion deutlich geworden ist. Weitere Beispiele bieten das Umwelt- und das Technikrecht. Diese gerade für die Fragen der demokratischen Legitimation der Verwaltung und für eine ausdifferenzierte Legitimationslehre wichtige, ganz eigenständige organisations- und verfahrensrechtliche Perspektive lässt sich über die Verfahren des Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht erschließen. Auch sie gehört aber zu dem, was über den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens und über seine angemessene Erfassung in der überkommenen Lehre zu sagen ist. In diesem Zusammenhang nehme ich auch die These 6 von Herrn Fehling unter die Lupe, die von einer generellen Absenkung der materiellen Kontrolldichte der Gerichte abrät. Einer generellen Absenkung redet, wenn ich recht sehe, eigentlich niemand das Wort. Aber es geht auch

hier um die Frage, was als Ausnahme definiert wird, und welche Begründungslasten von einer vorfixierten Normallage aus den Ausnahmetatbeständen zugewiesen werden. Auch hier verändert sich das Bild, wenn man die Normsetzung einbezieht, bei der eine nur begrenzte gerichtliche Überprüfung keineswegs die Ausnahme darstellt, sondern im Normsetzungsermessen regelmäßig mitgegeben ist. Dahingestellt lassen will ich, ob es sich bei der derzeitigen Kontrolldichtedogmatik um eine – wie es in der genannten These 6 heißt – bewahrenswerte Errungenschaft handelt. Was von der Dogmatik in diesem Punkte verlangt wird, ergibt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG und gegebenenfalls auch aus dem Unionsrecht. Bei der Einschätzung als bewahrenswert bedacht werden sollte, dass Aussagen zur vollständigen gerichtlichen Kontrolle von unbestimmten Gesetzesbegriffen meistens Verwaltungsentscheidungen betreffen, die nicht gerade durch komplexe Verfahren gekennzeichnet sind. Für solche Entscheidungssituationen ließ sich dann trefflich der Vorstellung von der „einen richtigen Entscheidung“ huldigen. Die jedenfalls ist schon wegen ihres brüchigen methodischen Fundaments keineswegs bewahrenswert.

Lepsius: Vielen Dank, Herr Schmidt-Aßmann. Damit ist die Rednerliste erschöpft. Wir freuen uns auf die Schlussworte unserer Referenten und würden mit Herrn Fehling beginnen.

Fehling: Ich werde versuchen, auf so viel wie möglich einzugehen. Es waren ja viele hochinteressante Bemerkungen dabei. Ich fange einfach hinten an. In der Tat wurde die administrative Normsetzung aus dem Thema ausdrücklich ausgeklammert. Ich gebe Ihnen – Herrn Schoch, Herrn Möllers, Herrn Schmidt-Aßmann – völlig Recht, dass die administrative Normsetzung eine spannende und wichtige Verfahrensart ist, die hier grundsätzlich einbezogen werden müsste. Doch wenn man dies rechtsvergleichend in 45 Minuten noch hätte bewerkstelligen wollen, wäre wahrscheinlich eine Abstraktionshöhe erreicht worden, die das Referat relativ schwer verdaulich gemacht hätte. Von daher war der Vorstand vielleicht doch weise, das Thema so einzuschränken. Bei Einbeziehung der administrativen Normsetzung müsste das Urteil über das deutsche Verwaltungsrecht sehr viel weniger gnädig ausfallen als in meinem Vortrag. Das würde ich schon fast für selbstverständlich halten. Das Verfahren des informal rulemaking in den USA ist viel weiter entwickelt als unsere Verordnungsgebung, für die wir Verfahrensregelungen fast nur in den Geschäftsordnungen finden. Auch Satzungsverfahren sind, vom Bebauungsplan natürlich abgesehen, kaum näher geregelt. Daher sollte keine meiner Aussagen auf die administrative

Normsetzung übertragen werden. Im Übrigen habe ich mich trotz Ausblendung der administrativen Normsetzung keineswegs auf Verwaltungsakte beschränkt, sondern habe bewusst von Einzelfallmaßnahmen oder -entscheidungen gesprochen. Für informationelles Verwaltungshandeln waren meine Ausführungen eigentlich mit gedacht. Im Übrigen habe ich ja auch Vergabeverfahren mehrfach genannt, ebenso die Steuererhebung und die europäischen Verbundverfahren, habe also ein Stück weit durchaus über den VwVfG-Tellerrand hinausgeblickt. Weitere Verfahrenstypen konnte ich im Hinblick auf den rechtsvergleichenen Zuschnitt des Referats nicht mehr in dem Umfang unterbringen, wie es einer umfassenden Vogelperspektive auf das Verwaltungsverfahren entsprochen hätte. Was die gerichtliche Kontrolldichte angeht, gebe ich gerne zu, dass die 6. These vielleicht etwas zu provokant zugespitzt formuliert ist. Ich wollte das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Vollkontrolle und Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Rechtsbegriffen betonen, was ich gerade vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 GG für ein verfassungsrechtlich vorgezeichnetes und auch sinnvolles Verhältnis halte. Und vor allem ging es mir darum, dass der Gesetzgeber sich seiner Normierungslast nicht entledigen darf mit dem Hinweis darauf, dass bei geringerer Kontrolldichte auch das materielle Recht nicht mehr so anspruchsvoll ausgestaltet sein müsse. Wenn man nicht nur auf das VwVfG blickt, sondern etwa auch auf das Sozialrecht, dann zeigen sich gerade im Rechtsvergleich zu den USA die Vorteile einer weitreichenden materiell-rechtlichen Programmierung der Verwaltung. Unser sehr durchnormiertes Sozialrecht schneidet trotz aller gestern diskutierten Irrationalitäten aus meiner Sicht immer noch sehr viel besser ab als das US-amerikanische Recht, was sich, etwas zugespitzt, mit einem Budget für bestimmte Sozialleistungen, Vergaberichtlinien, und im Übrigen einem weiten Ermessen begnügt. Gegen ein solches System ohne gesicherte Rechtspositionen und Ansprüche des Bürgers richtete sich die zugegebenermaßen etwas zu scharf formulierte These am Ende. Der nächste Punkt betrifft den Grundrechtsschutz durch Verfahren. In der Kontroverse zwischen Herrn Hufen und Herrn Ronellenfisch würde ich mich doch mehr auf die Seite von Herrn Hufen schlagen. Dass ich den Grundrechtsschutz durch Verfahren nicht stärker betont habe, bedeutet nicht, dass ich ihn für obsolet halte. Er wurde nur deshalb weniger in den Vordergrund gestellt, weil dieses Thema schon vielfach bearbeitet worden ist. Dass Grundrechte auch die Verfahrensgestaltung beeinflussen, ist unter Art. 1 Abs. 3 GG normativ eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Andererseits sollte man vorsichtig sein, Verpflichtungen zu ganz konkreten Verfahrensgestaltungen direkt aus Grundrechten abzuleiten. Gleichsam dazwischen bewegen sich die An-

forderungen des Grundrechtsschutzes durch Verfahren. Ich mache weiter mit dem Problem der Akzeptanz und damit zusammenhängend auch der Frage, inwieweit überhaupt noch Entscheidungsoffenheit bei komplexen Entscheidungen besteht. Herr Kotzur hat zur Akzeptanz bei Stuttgart 21 gefragt und Herr Waechter hat die Entscheidungsoffenheit der Verwaltung grundsätzlich problematisiert. Ich sehe es im Ansatz durchaus wie Herr Waechter: Bei politisch kontroversen Großprojekten dürfte die Bereitschaft der Verwaltung, nach durchgeführtem Verfahren ein Vorhaben ganz aufzugeben, sehr gering sein. Aber man sollte nicht die Möglichkeiten unterschätzen, auf die Ausgestaltung von Projekten, das „Wie“, im Verwaltungsverfahren, Einfluss zu nehmen. Insoweit bieten sich oft noch viele Gestaltungsmöglichkeiten. Stuttgart 21 ist mit dem versäumten Streben nach Akzeptanz ein Negativbeispiel. Wenn man sich zu spät um die Kommunikation mit der Öffentlichkeit bemüht, wird hinterher der Protest nur umso stärker. Und dann sitzt die Verwaltung, wie jetzt, in der Zwickmühle. Aus politischen Gründen möchte man die eigene Entscheidung nicht mehr in Frage stellen, aber andererseits lässt sich mit dieser Form des Verfahrens Akzeptanz eben nicht erzielen. Ein weiterer Fragenkomplex bezieht sich auf die Verfahrensgestaltung und die dafür geltenden Maßstäbe. Herr Sydow und Herr Burgi hatten sich dazu geäußert. Selbstverständlich gibt es Zielkonflikte. Ich würde dogmatisch allerdings am Verfahrensermessens ansetzen. § 10 VwVfG nennt wichtige Verfahrensziele und -leitlinien, gewährt aber ein breites Verfahrensermessen, wie angesichts der Multifunktionalität von Verfahren im konkreten Fall diese Ziele abgewogen und gewichtet werden. Insoweit sehe ich kein großes Problem darin anzuerkennen, dass die Gestaltungsspielräume hier sehr weit sind; immerhin bleiben auch hier, zumindest theoretisch, als Grenze die klassischen Ermessensfehler. Bezüglich der Kosten-Nutzen-Analysen glaube ich in der Tat, dass am ehesten auf Gesetzgebungsebene hinreichende Kapazitäten vorhanden sind, um entsprechende Daten zu erheben und sich so den notwendigen Entscheidungshintergrund zu erarbeiten. Ich habe aber auch deutlich zu machen versucht, dass man sich vor der Fehlvorstellung hüten muss, man könne die richtige Verfahrensgestaltung mathematisch errechnen. Man kann mit der Kosten-Nutzen-Analyse nur ein analytisches Raster gewinnen und muss letztlich doch politische Prioritäten setzen und abwägen im außerökonomischen Sinne. Damit komme ich insgesamt zu den ökonomischen Fragen, vor allem von Herrn Engel, aber auch von Jens-Peter Schneider und ein Stück weit in diese Richtung auch von Herrn Mehde. Ihre Überlegungen, Herr Engel, spiegeln sich außerökonomisch ein Stück weit bei der Frage der edukatorischen Funktion von Verfahrensrecht und den da-

raus zu ziehenden Konsequenzen bei den Sanktionen für Verfahrensfehler. Das ist auf jeden Fall eine wichtige Perspektive. Ich bin nur nicht ganz sicher, ob uns die ökonomische Reformulierung dieser bekannten Fragen sehr weit bringen wird. Ich denke dabei an einige Arbeiten von Herrn Wangenheim, der gerade auch die Anreizstrukturen mit Blick auf die Beschleunigungsgesetzgebung untersucht hat. Insoweit habe ich den Eindruck, dass aus Gründen der Modellvereinfachung die zugrunde gelegten Gegensätze und Annahmen so unterkomplex sind, dass ein großer Erkenntnismehrwert damit kaum erreicht werden kann. Den Ausführungen von Jens-Peter Schneider zur Rechtsvergleichung kann ich im Übrigen nur zustimmen. Mit Herrn Mehde sehe auch ich Fragen der inneradministrativen Konzeptbildung als ganz wichtiges Thema, bei dem noch Rationalisierungspotential zur besseren Verfahrensgestaltung existiert. So, jetzt wird die Zeit schon langsam knapp. Bei § 44a VwGO muss man in der Tat über Ausnahmen nachdenken, auch jetzt machen wir ja schon gewisse Ausnahmen. Die Kombination von § 44a VwGO mit §§ 45, 46 VwVfG – insoweit ist ja zum Teil in der Literatur von einer Abschirmungstrias die Rede – kann dazu führen, dass auch nachträglich nicht mehr ausreichend Rechtsschutz gegen Verfahrensfehler gewährt und dass dadurch insgesamt doch das Verwaltungsverfahren abgewertet wird. Gegenüber einer flexiblen Handhabung des § 44a VwGO im Einzelfall bin ich ein wenig skeptisch. Soll etwa der Kläger beurteilen, ob er im konkreten Fall ausnahmsweise flexibel einen Verfahrensfehler schon vorher geltend machen kann oder muss? Letztendlich ist es doch wohl Aufgabe des Gesetzgebers, bereichsspezifisch zu regeln, wo es Ausnahmen von § 44a VwGO geben sollte. Die unterlassene UVP wäre ein Kandidat dafür gewesen, wenn man eine andere Regelungstechnik als nun im Umweltrechtsbehelfsgesetz gewählt hätte. Herr Gärditz, Sie haben den Maßstab der Sachrichtigkeit oder sachgerechten Entscheidung problematisiert. Dort spielen die verschiedensten außerrechtlichen Orientierungen mit hinein. Eine klare Trennung zwischen rechtlichen und außerrechtlichen Maßstäben ist dabei jedoch schwierig, denn über das Verfahrensermessen und den Zweckmäßigkeitsmaßstab kommen, notwendig partiell außerrechtliche Orientierungen mit hinein – wenn sie dann überhaupt noch außerrechtlich sind. Sie hatten selbst die Zügigkeit genannt, die ja in § 10 VwVfG sogar ausdrücklich genannt wird; darüber hinaus ist in der Literatur von Implementierbarkeit und verschiedensten anderen partiell außerrechtlichen Orientierungen die Rede. Sachrichtigkeit ist bei Ermessensentscheidungen weitgehend identisch mit zweckmäßiger Ermessensausübung. Dass da viele Aspekte mit einfließen können, wie sie in der Literatur auch häufig genannt werden, scheint mir kein zu großes Problem. Damit komme ich zum

Schluss und muss mich dafür entschuldigen, dass ich bei weitem nicht alle Beiträge habe abarbeiten können. Das eine oder andere mag in der Druckfassung in einer Fußnote noch wiederzufinden sein. Abschließend bleibt mir nur noch der Dank an den Vorstand für die Einladung auch zur Rechtsvergleichung, was mich besonders freudig gestimmt hat.

Gurli: Vielen Dank für die zahlreichen und anregenden Beiträge. Ich möchte zunächst auf die verfassungsrechtlichen Fragen eingehen. Herr Sydow, Sie haben gefragt, ob eine prozedurale gesetzliche Steuerung nicht unter Umständen einen Verzicht auf materielle Vorgaben rechtfertigen kann. In der Tat würde ich das so sehen. Dies ist auch bereits angelegt in der jüngeren Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, etwa in den Urteilen zum Brandenburgischen Hochschulgesetz oder zu den Notarkassen. Nicht denkbar ist ein vollkommener Verzicht auf materielle Steuerung. Aber in dem Maße, in dem es gelingt, Entscheidungsprozesse auch auf gesetzgeberischer Ebene prozedural zu steuern, kann unter Umständen auf materielle Vorgaben verzichtet werden. Dies führt zu der Anschlussfrage nach dem Gesetzesvorbehalt. Insoweit bedarf möglicherweise auch die Wesentlichkeitstheorie einer Ergänzung. Wesentlich können unter Umständen eben gerade prozedurale Vorgaben sein. Zum Grundrechtsschutz durch Verfahren: Herr Hufen, ich hatte befürchtet, dass ich mich zu Ihrer Auffassung auf Kollisionskurs bewege. Wir können unsere Debatte auch gern in Mainz fortführen. Ich meine in der Tat, dass sowohl die materiell-grundrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung als auch diejenigen für die Anwendung des Verfahrensrechts eben nicht so entscheidend sind, dass man darauf große Hoffnungen für Lösungspotentiale setzen sollte. Es gibt zwar durchaus Konstellationen, und auch dafür finden sich ja Belege in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass sich den materiellen Grundrechten konkrete Verfahrensanforderungen entnehmen lassen, so etwa im Prüfungsrecht der Anspruch auf Überdenken der Entscheidung oder auch die Nutzenbachelor-Entscheidung, die organisationsrechtliche Vorgaben aus Art. 5 Abs. 3 GG abgeleitet hat. Das ließe sich fortsetzen, aber ein Heilmittel scheint mir das nicht zu sein. Noch weniger scheinen mir die Grundrechte prägend für die Anwendung des Verfahrensrechts. Dort müsste eben der Nachweis gelingen, dass ein materieller Grundrechtsverstoß schon in der einfachgesetzlichen fehlerhaften Anwendung des Verfahrensrechts liegt. Man wird nur wenige Anwendungskonstellationen finden, in denen nicht erst die Sachentscheidung, sondern schon das fehlerhafte Verfahren den Freiheitsanspruch verletzt.

Zweiter thematischer Block ist das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Herr Engel, Sie hatten insbesondere mit Blick auf die ökonomische Analyse gefragt, ob es so etwas wie eine Präventionswirkung der Kontrollerwartung der Verwaltung gegenüber den Gerichten gibt. Die könnte es geben, aber in ökonomischen Begriffen würde ich sagen: Da setzen §§ 45, 46 VwVfG die falsche Anreizstruktur. Sie ermuntern geradezu zu einer laxen Behandlung des Verfahrensrechts, ich bin auch nicht die Erste, die das sagt. Das Kontrollpotential ist nicht glaubwürdig aufgebaut. Damit bin ich schon beim Vorschlag von Herrn Kollegen Burgi. Könnte man umsteuern, indem man Verfahrensfunktionen über die Richtigkeitsgewähr hinaus – etwa auch die Akzeptanzfunktion – einfachgesetzlich normiert und damit den Gerichten etwas an die Hand gibt? Ich bin eher skeptisch. Zu vielgestaltig sind die Verfahren, als dass man auf allgemeiner verfahrensrechtlicher Ebene ein Set von Verfahrensfunktionen normieren könnte, das steuernde Wirkung für die gerichtliche Kontrolle hat. Man könnte eher an die fachgesetzliche Ebene denken. Aber auch da bräuchte es Vermittlungsschritte, die es bislang überhaupt nicht gibt: Erforderlich ist eine funktionsorientierte Fehlerfolgenlehre, die es von der Funktionssicherung abhängig macht, ob eine Sachentscheidung aufgehoben wird oder nicht. Und ich habe auch hier Bedenken, dass man das fachgesetzlich so steuern könnte. M. E. läuft alles letztlich darauf hinaus, differenziert nach Bereichen und Konstellationen darüber zu befinden, ob der Verwaltung Letztentscheidungsermächtigungen einzuräumen sind mit der Konsequenz, dass sich insoweit die gerichtliche Kontrolle auf das Verfahren verlagert.

Das Widerspruchsverfahren ist angesprochen worden. Es ist mir ein Anliegen, zumindest kurz darauf einzugehen. Herr Mehde, Sie haben richtig darauf hingewiesen, dass die Wirkungsstruktur des Widerspruchsverfahrens schon normativ geschwächt ist. Dies betrifft zum einen die Länder, die die dritte Verwaltungsebene eingespart haben. Hier kommt es dazu, dass die Ausgangsbehörde mit der Widerspruchsbehörde identisch ist, was die Selbstkontrollfunktion schwächt. Und einige Länder, die noch teilweise am Widerspruchsverfahren festhalten, haben genau für diese Konstellation wegen des Leerlaufens der Selbstkontrollfunktion auf das Widerspruchsverfahren verzichtet. Es gibt aber noch weitere normative Schwächungen. Dazu gehört natürlich § 45 Abs. 2 VwVfG. Das behördliche Wissen, auch noch im Zeitpunkt des gerichtlichen Verfahrens Fehler heilen zu können, führt zu einer Schwächung auch des Widerspruchsverfahrens. Hinzu treten landes- und bundesgesetzliche Regelungen auf Grundlage von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO. In den Fällen, in denen die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der

Vorhand ist und zeitlich vor der Widerspruchsbehörde entscheidet, liegt natürlich eine behördliche Orientierung an der gerichtlichen Entscheidung nahe. Mein eher amüsantes Beispiel der Bescheide, die um bürgerfreundliche Hinweise versehen werden, hatte einen realen Kern. Es handelte sich im Grunde nur um eine dramaturgische Zuspitzung. In der Praxis läuft es nämlich so, dass in den Ländern, die das Widerspruchsverfahren abgeschafft haben, überhaupt keine Rechtsbehelfsbelehrung mehr gegeben wird. Man will Zeit gewinnen für den Dialog mit dem Bürger, um ihn von Klagen abzuhalten. Stattdessen entstehen Krypto-Widerspruchsverfahren ohne jede rechtsstaatliche Sicherung. Ich halte das für ausgesprochen bedenklich.

Weiterer Diskussionspunkt: One-Stop-Government. Herr Meyer, ich kann meine Auffassung nur noch einmal bestätigen. Ich halte es auch aus rechtsstaatlichen Gründen für unabdingbar, dass jedenfalls eine mündliche Anhörung durchgeführt wird von der Behörde, die zur Sachentscheidung befugt ist. Man mag das anders sehen bei schriftlichen Verfahren. Dort ist es denkbar, dass das Front Office quasi als Beauftragter des Back Office ein schriftliches Anhörungsverfahren durchführt, und dessen Ergebnis kann sodann ohne Informationsverlust beim sachentscheidungs befugten Back Office landen. Bei mündlichen Anhörungen würde ich das nicht für akzeptabel halten. Das gibt mir aber auch noch einmal die Gelegenheit, über das Organisationsmodell des One-Stop-Government einige Sätze zu sagen. Der Wettbewerbsföderalismus blüht, ich hatte es angedeutet. Einige Länder wollen spezifische Stellen schaffen, die Sachverstand bündeln. Sie werden möglicherweise zu bürokratischen Monstern. Andere Länder, beispielhaft wiederum das Land Niedersachsen, setzen auf die kommunale Ebene und bringen es damit auf die stattliche Anzahl von 56 einheitlichen Ansprechpartnern. Ich bin derzeit geneigt zu sagen, es ist ein besserer Weg, verselbständigte ausgegliederte Stellen zu schaffen, die sich tatsächlich mit ihrer Aufgabe identifizieren, die es als ihre Aufgabe ansehen, Verfahrenspartner und Unterstützer der Antragsteller zu sein. Bei den Kommunen, die dann unter Umständen das Front Office für ihre Aufsichtsbehörde sind, sind möglicherweise die Anreize, eine Partnerrolle des Antragstellers einzunehmen, geringer ausgeprägt. Auch da bedürfte es natürlich einiger Realbereichsanalysen und organisationssoziologischer Annahmen.

Es bleibt noch einzugehen auf die Steuerungswirkung, die dem Aufsichts- und Haftungsrecht zukommt. Es war ganz kurz das Beamtenrecht angesprochen worden, das in erheblichem Maße auf das sekundäre Haftungsrecht angewiesen ist. Der Informationsanspruch des Beamtenbewerbers läuft leer, wenn gleichwohl sofort die Stelle an den

Konkurrenten vergeben wird. Der Grundsatz der Ämterstabilität schließt eine Rückabwicklung aus, der Beamte bleibt verwiesen auf die Geltendmachung eines Haftungsanspruchs. Ganz anders ist die Lage im Vergaberecht, das den Verstoß gegen Informationspflichten auf primärer Ebene sanktioniert. Ich beurteile generell die Steuerungswirkung des Aufsichts- und Haftungsrecht skeptisch. Ich habe mich im Vorfeld durchaus damit beschäftigt, schon um steuerungstheoretischen Vorwürfen blinder Justizzentriertheit zu begegnen. Die Aufsicht würde letztlich zumeist den Stellen anvertraut, die bislang im Widerspruchsverfahren nicht immer die beste Figur gemacht haben. Mir fehlt der Glaube, dass die Aufsichtstätigkeit sich gerade darauf richtet, die Verfahrensrichtigkeit sicherzustellen. Auch das Haftungsrecht würde ich etwas anders einschätzen als Michael Fehling. Es kommt eben einerseits erst auf der sekundären Ebene zum Tragen. Zwar wird man mit einer Feststellungsklage feststellen lassen können, dass das Verwaltungsverfahren rechtswidrig war. Das begründet aber noch keinen Haftungsanspruch. Es bedarf dann immer noch der Darlegung, dass der Verfahrensfehler adäquat kausal für den Schaden war. Dann landen wir aber wieder bei ganz ähnlichen Fragen, mit denen wir schon im Rahmen von § 46 VwVfG geschlagen sind.

Meine letzte Bemerkung betrifft das Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht. Schon für die Zuordnung fehlt manchmal die Gewissheit, die man früher hatte, als Beispiele nannte ich das Abwägungsgebot, die Umweltverträglichkeitsprüfung und administrative Konzepte. Den Konzepten will ich meine letzten Worte widmen. Für ihre Einordnung und damit auch für die Frage ihrer gerichtlichen Kontrolle bedarf es der Differenzierung. M. E. muss man mindestens drei Ebenen unterscheiden. Erstens die Konzeptpflicht: Sie ist normativer Natur, entweder aus der Verfassung abgeleitet oder einfachgesetzlich wie etwa in § 8 GPSG normiert. Auf der zweiten Ebene steht das Konzept selbst, das m. E. Gegenstand und nicht etwa Maßstab gerichtlicher Kontrolle ist. Die letzte Ebene bildet die Konzepttreue, also die Anwendung des Konzepts. Mir ist insbesondere wichtig, dass Konzepte nicht gleich wieder hineingezogen werden in den Bereich administrativer Letztentscheidungsermächtigung. Als Beispiel genannt seien die Konzepte, die die Finanzmarktaufsicht prägen, nämlich die Rundschreibenpraxis der BaFin. Diese Konzepte werden von der Gerichtsbarkeit praktisch nicht überprüft. Obwohl die Rundschreiben teilweise gesetzesüberschreitend sind, werden sie von den Gerichten als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften akzeptiert. Das ist durchaus eine bedenkliche Entwicklung. Wenn solche Konzepte eingesetzt werden in komplexen Verfahren, seien sie ermessensgeprägt, seien es gebundene

Entscheidungen, so ist ein Gebot, dass diese Konzepte gerichtlich überprüft werden.

Damit bin ich am Ende. Allen, denen ich jetzt nicht gerecht geworden bin, kann ich nur sagen: Ich habe einen Vortrag gehalten, mindestens zwei weitere befinden sich in den Fußnoten. Ich danke Ihnen allen für die lebhafteste Diskussion und die zahlreichen Anregungen. Dem Vorstand danke ich dafür, mir dieses wunderbare Querschnittsthema anvertraut zu haben. Ich habe sehr viel gelernt. Einmal vor diesem Auditorium vortragen zu dürfen, ist mir eine große Ehre. Aber ich kann auch sagen, einmal im Leben reicht mir dann auch.

Lepsius: Ihnen, Frau Gurlit und Ihnen, Herr Fehling, herzlichen Dank für wieder zwei vorzügliche und auch sehr ausgewogene Referate. Ihnen, verehrte Kolleginnen und Kollegen, herzlichen Dank für Ihre Diskussionsbeiträge und Ihre Präsenz. Wir vertagen uns jetzt in die Mittagspause bis 14.15 Uhr.

Vierter Beratungsgegenstand:

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

1. Referat von Professor Dr. *Johannes Hellermann*, Bielefeld*

Inhalt

	Seite
I. Einführung	368
1. Der Verbraucher im Regulierungsrecht – eine vernachlässigte Perspektive	368
2. „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutz“	368
3. Anfragen an das Verhältnis von Regulierungs- und Verbraucherschutzrecht	370
II. Begrifflich-konstruktive Grundlagen	371
1. „Staat – Unternehmen – Verbraucher“ im Regulierungs- recht	371
2. Verbraucherschützendes Regulierungsrecht zwischen öffentlichem und Privatrecht	372
III. Sachliche Ausgestaltung von Verbraucherschutz im Regulierungsrecht	375
1. Unions- und verfassungsrechtliche Grundlagen	375
2. Elemente der einfachrechtlichen Ausgestaltung	377
a) Einzelne Verbraucherschutzziele	377
b) Durchsetzung von Verbraucherinteressen	379
IV. Die Besonderheit des Verbraucherschutzes durch Regulierungsrecht	380
1. Der Probeerstein: Verbraucherschutz im Lichte verschiedener Verbraucherleitbilder	380
2. Schutz der Verbraucherinteressen im Regulierungsrecht	382
a) Verbraucherschutz ordnungs- und verbraucher- privatrechtlichen Charakters	382
b) Verbraucherschutz durch Marktregulierung	383
V. Schluss: Das Regulierungsrecht aus der Verbraucher- schutzperspektive	387

* Der vorliegende Text stimmt mit dem in Berlin gehaltenen Referat überein und ist einschließlich der Fußnoten auf dem Stand vom 1. Oktober 2010.

1. Eigenart des Regulierungs(verwaltungs)rechts	388
2. Der Gewährleistungsstaat: schlanker oder patriarchalischer Staat?	389

I. Einführung

1. *Der Verbraucher im Regulierungsrecht – eine vernachlässigte Perspektive*

Es ist schon viel über das Regulierungsrecht geschrieben und gesprochen worden in den zurückliegenden Jahren. Warum – so mag man sich fragen – heute schon wieder?

Ein guter Grund könnte daraus folgen, dass in der bisherigen Diskussion zwei Perspektiven dominiert haben: einerseits die wettbewerbsbezogene Perspektive, die uns zuletzt noch im vergangenen Jahr beschäftigt hat,¹ und andererseits die Perspektive des regulierenden Staates,² dessen Gewährleistungsverantwortung bei der Staatsrechtslehrertagung 2002 im Zentrum des Interesses stand.³ Schon in der damaligen Diskussion ist eine Untersuchung auch aus der Perspektive der Bürger angemahnt worden.⁴ Gleichwohl ist die Betrachtung des Regulierungsrechts aus diesem Blickwinkel bislang von eher nachrangigem Interesse und vielleicht doch ein Desiderat geblieben.

2. „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutz“

Das Vorhaben, nunmehr dem „Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht“ nachzugehen, sieht sich schon im Ansatz mit definitorischen Problemen konfrontiert. Der Begriff des Regulierungsrechts wird bis heute in vielfältiger Bedeutung verwendet,⁵ und auch der Verbrau-

¹ Vgl. *M. Potacs* Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), 254 (insbes. 271 ff.); *J. Kersten* Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, ebd., 288 (insbes. 316 ff.).

² Zur Staatsbezogenheit des (weiten) Regulierungsbegriffs vgl. *M. Eifert* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 19 Rn. 6.

³ *M. Heintzen* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 220; *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, ebd., 267.

⁴ Vgl. die Diskussionsbeiträge in VVDStRL 62 (2003), 339, 362 f. Krit. zur Fixierung auf die objektiv-rechtliche, auf die staatliche Regulierung bezogene Perspektive etwa auch *M. Burgi* DVBl. 2006, 269 (269 f.).

⁵ Zur Weite der rechtswissenschaftlichen Verwendung des Regulierungsbegriffs vgl. beispielhaft *M. Ruffert* AöR 124 (1999), 237 (241 f.); *J. Kühling* Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, 11 ff.; *T. v. Danwitz* DÖV 2004, 977; *Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 4; *H. Wißmann* in: Heun/Honnecker/Morlok/Wieland (Hrsg.) Evangelisches Staatslexikon, 2006, 1977 (1978 ff.); *H. C. Röhl* JZ 2006, 831 (831 f.); *C. Bumke*, Die Verwaltung 41 (2008), 227 (228 f.); *M. Holoubek* Vom Wirtschaftsaufsichtsrecht zum Regulierungsverwaltungsrecht? Verhandlungen des 17. Österreichischen Juristentages

cherbegriff wirft Definitionsfragen auf. Zwar gibt § 13 BGB einen positivrechtlichen Anhalt: „Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“ Diese Legaldefinition hat jedoch ihren spezifischen Zweck in der Bestimmung der Anwendbarkeit des privaten Verbraucher-vertragsrechts.⁶ Schon in einem weiter gespannten privatrechtlichen Kontext, deutlicher noch im Kontext des Regulierungsrechts, wo sich das Verbraucherschutzziel schnell mit überindividuellen, allgemeineren Schutzziele wie der Daseinsvorsorge oder der Bewahrung sozialer Belange⁷ verbindet, verlieren sich die scheinbar scharfen Konturen.

Für die Zwecke der nachfolgenden Überlegungen möchte ich nur solche begrifflichen Einschränkungen vornehmen, die angezeigt sind, um Regulierungsrecht und Verbraucherschutz sinnvoll aufeinander beziehen zu können. Für den Verbraucher ist jedenfalls kennzeichnend, dass er als Privater⁸ Leistungen oder Güter in wirtschaftlichen Austauschbeziehungen, von Unternehmen am Markt erwirbt.⁹ Dem korrespondierend soll es hier auch um *marktbezogenes* Regulierungsrecht gehen. Dieses hat – nach einem weiten Verständnis – seine Aufgabe in der Etablierung und Sicherung eines Wettbewerbsmarkts in Fällen sog. Marktversagens¹⁰ oder auch sonstiger struktureller Funktionsschwächen eines Marktes, die das – einen gegebenen Wettbewerb bloß punk-

Wien 2009, Bd. I/1, 2009, 6 (19 ff.). Die Annahme von *Kersten* Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 316 Fn. 114, der Regulierungsbegriff habe inzwischen eine feste Kontur gewonnen, will zu optimistisch erscheinen; zumindest eine eher steuerungswissenschaftliche und eine auf Marktregulierung bezogene Begriffsverwendung konkurrieren bis heute, und über die Reichweite letzterer besteht auch kein volles Einverständnis.

⁶ *H.-W. Micklitz* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2001, Vor §§ 13, 14 Rn. 6.

⁷ Vgl. *M. Fehling* FS Winter, 2007, 171 (173); *M. Ruffert* in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 11 Rn. 14f., der dem Regulierungsziel der Berücksichtigung sozialer Belange in § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG den Schutz für Kunden und Nutzer entnimmt.

⁸ Zum hiermit angesprochenen rollenspezifischen Verständnis des Verbraucherbegriffs vgl. *F. Schuppert* FS Schmidt, 2006, 561 (567 ff.); *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (236 m.w.N. in Fn. 48); *S. Vogt* FS von Westphalen, 2010, 741 (741 f.).

⁹ Vgl. *R. Stober* FS Lukes, 1989, 591 (592); *D. Frank* in: Graf/Paschke/Stober (Hrsg.) Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung, 2003, 27 (29 f.), legt einen noch weiteren Arbeitsbegriff von Verbraucherschutzrecht zugrunde, der alle Normen umfassen soll, die die Rechtsbeziehungen der Wirtschaftssubjekte untereinander oder gegenüber der öffentlichen Hand im Zusammenhang mit der Nutzung von Gütern, Diensten und Leistungen regeln.

¹⁰ Zu den anerkannten Fallgruppen von Marktversagen vgl. *Kühling* (Fn. 5), 36; *Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 17.

tuell, reaktiv begleitende – allgemeine Wettbewerbsrecht überfordern.¹¹ Dem so gefassten Begriff von Regulierungsrecht unterfallen dann nicht nur ehemals staatlich monopolisierte Wirtschaftssektoren¹² und nicht nur Netzwirtschaften,¹³ sondern auch andere Wirtschaftsbereiche wie etwa der organisierte Finanzmarkt.¹⁴

3. *Anfragen an das Verhältnis von Regulierungs- und Verbraucherschutzrecht*

Solcher auf die Etablierung einzelner Märkte bezogenen ökonomischen Regulierung wird mitunter – im Anschluss an eine angloamerikanische, ökonomisch geprägte Begriffstradition – die sog. soziale Regulierung entgegengesetzt, der dann auch die Verbraucherschutzgesetzgebung zugerechnet wird;¹⁵ diese Entgegensetzung wird auch zum Ausdruck gebracht, wenn insoweit von Regulierungsprivatrecht gesprochen wird.¹⁶ Hinzu kommt, wie sich hierin schon andeutet: Das (Markt-)Regulierungsrecht wird verbreitet als öffentlich-rechtliche Materie,¹⁷ das Verbraucherschutzrecht als privatrechtliche Domäne wahrgenommen.¹⁸ Auf einen flüchtigen Blick scheinen die beiden Rechtsgebiete eher disparat.

¹¹ *Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 9; *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (229 Fn. 9); *W. Höfling* Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? Gutachten F zum 68. Deutschen Juristentag, Bd. I, 2010, 10. Zur Abgrenzung zum Kartellrecht vgl. *F. J. Säcker* AöR 130 (2005), 180 (188 f.).

¹² Für Regulierungsrecht als Privatisierungsfolgenrecht z.B. *M. Ruffert* AöR 124 (1999), 237 (239, 246 ff.); *F. J. Säcker* AöR 130 (2005), 180 (188 mit Fn. 29); *M. Knauff* VerwArch 96 (2007), 382 (383). Krit. zur Verengung hierauf *R. Stober* DÖV 2004, 221 (223); *H. Schulze-Fielitz* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 12 Rn. 19, 53.

¹³ So *J. Masing* Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, Bd. I, 2006, 10, jedenfalls für den Zweck der dortigen Untersuchung; *Kersten* Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 318.

¹⁴ Zur Regulierungsbedürftigkeit des Kapitalmarkts vgl. BVerfGE 124, 235 (245); *Schulze-Fielitz* (Fn. 12), § 12 Rn. 55, der die Finanzmarktaufsicht zwar nicht unter „Regulierungsverwaltung“, wohl aber unter „Marktstrukturverwaltung“ verortet; *Höfling* (Fn. 11), 10 ff.

¹⁵ *Kühling* (Fn. 5), 14.

¹⁶ Vgl. *H.-W. Micklitz* GPR 2009, 254, der von einem europäischen Regulierungsprivatrecht spricht, dem er insbesondere auch das Verbraucherrecht zurechnet (ebd., 257).

¹⁷ *Masing* (Fn. 13), 14; *ders.* Beilage zu NJW Heft 11/2006, 19.

¹⁸ Vgl. etwa *W. Ewer* FS von Westphalen, 2010, 135 (148): „primär im Zivilrecht ‚zuhause‘“; *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 passim, spricht von Verbraucherrecht und meint durchweg Verbraucherprivatrecht.

Das führt im Folgenden zunächst zu der Frage, wie ihre Verknüpfung in einem verbraucherschützenden Regulierungsrecht auf einer begrifflich-konstruktiven Ebene gelingt (II.), dann zu dem Versuch, knapp dessen inhaltliche Ausgestaltung zu skizzieren (III.), und darauf aufbauend zu der Frage, ob und inwieweit diese Ausgestaltung Besonderheiten aufweist (IV.): Kann das Regulierungsrecht den Verbraucherschutz so integrieren, wie das Verbraucherschutzrecht das Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis auch ansonsten austariert, oder impliziert es einen spezifischen Verbraucherschutz?

II. Begrifflich-konstruktive Grundlagen

1. „Staat – Unternehmen – Verbraucher“ im Regulierungsrecht

Die Frage nach dem Schutz des Verbrauchers adressiert die Sicherung menschlicher Interessen in besonderer Weise. Den Verbraucher i.S.v. § 13 BGB kennt zunächst nur das Privatrecht. Dem öffentlichen Recht herkömmlicher Prägung ist der Verbraucher der Sache nach zwar nicht fremd, aber doch in anderer Weise bekannt: zum einen als zu schützender Dritter im Rechtsverhältnis von Behörde und Gewerbetreibendem im Rahmen des Wirtschaftsaufsichtsverwaltungsrechts, d.h. des Ordnungsrechts, zum anderen als Empfänger oder Nutzer öffentlicher Dienstleistungen im Leistungsverwaltungsrecht. In der Rolle des auf einem Markt agierenden und zu schützenden Verbrauchers nimmt ihn erst – in einem weiten Anwendungsfeld – das Regulierungsrecht wahr.

Den Weg dahin hat das Europäische Unionsrecht zunächst dadurch bereitet, dass es Güter und Leistungen weitgehend, mit Ausnahme der – eng begrenzten – sog. nichtmarktbezogenen Tätigkeiten, als *wirtschaftliche* Leistungen qualifiziert, auch soweit sie bislang der staatlichen Daseinsvorsorge oder Leistungsverwaltung zugerechnet worden sind. Nach dem europäischen Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt es sich insoweit um marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.¹⁹ Daseinsvorsorgeleistungen werden konstruktiv aufgespalten in hoheitliche Gemeinwohlvorgaben und privatwirtschaftliche Leistungserbringung. In der Sache können solche Leistungen u.U. auch weiterhin, wie das Beispiel der Wasserversorgung belegt, im – insbe-

¹⁹ Vgl. etwa *Europäische Kommission* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., Tz. 16.

sondere auch staatlichen – Monopol oder auch weiterhin im Modus staatlicher Leistungsverwaltung dargeboten werden. Wenn jedoch für die fraglichen wirtschaftlichen Leistungen ein Wettbewerbsmarkt besteht oder eröffnet werden soll, kann unter den Bedingungen von Marktversagen oder sonstiger Funktionsschwäche des Marktes Regulierungsrecht erforderlich werden. Dieses entfaltet sich dann in dem Dreieck von regulierendem Staat, Güter und Leistungen anbietenden Unternehmen und Verbrauchern.²⁰

2. Verbraucherschützendes Regulierungsrecht zwischen öffentlichem und Privatrecht

In dieser Dreieckskonstellations scheint, wenn das Regulierungsrecht den Verbraucher in seinen regelmäßig privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zum Unternehmer²¹ schützen soll, das Verhältnis von öffentlichem und Privatrecht prekär.

Jedoch ist einerseits Verbraucherschutz nicht allein ein Anliegen des Privatrechts; er erschöpft sich nicht in den Schutzvorschriften des Verbraucherprivatrechts.²² So ist die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter des Verbrauchers,²³ die von Gütern und Dienstleistungen des Unternehmers ausgehen können, herkömmlich Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Ordnungsrechts²⁴ und zugleich ein seit jeher anerkanntes Element von Verbraucherschutz.²⁵ Andererseits und vor allem ist das Regulierungsrecht nicht umfassend öffentlich-rechtlicher Natur.²⁶

²⁰ So auch C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1089).

²¹ Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 131.

²² Zutreffend zum gemischten Charakter des Verbraucherschutzrechts M. Burgi in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 18 Rn. 11. Vgl. auch M. Paschke in: Graf/Paschke/Stober (Hrsg.) Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung, 2003, 39; J.-C. Pielow ebd., 53 ff.; M. Wellenhofer-Klein ebd., 85 ff., die Verbraucherschutz aus privat- und aus öffentlich-rechtlicher Perspektive beleuchten.

²³ Zu dieser Aufgabe des Regulierungsrechts vgl. J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 44; Holoubek (Fn. 5), 35.

²⁴ M. Ruffert AöR 124 (1999), 237 (246 ff.); Kühling (Fn. 5), 1.

²⁵ Vgl. bereits die am Anfang systematischer Verbraucherschutzpolitik stehende sog. Verbraucherbotschaft von Präsident Kennedy aus dem Jahr 1962, die das Recht auf Sicherheit, d.h. den Ausschluss von Gefahren durch den Gebrauch fehlerhafter Produkte als erstes von vier Verbraucherrechten proklamierte (und daneben das Recht auf Information, das Recht auf Wahlfreiheit sowie das Recht auf Gehör, d.h. auf Partizipation nannte); abgedruckt bei: E. v. Hippel Verbraucherschutzrecht, 3. Aufl. 1986, 281 ff. Vgl. weiter Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 28; W. Ewer FS von Westphalen, 2010, 135 (144).

²⁶ Zu dessen gemischten Charakter vgl. Burgi (Fn. 22), § 18 Rn. 11.

Es ist nicht notwendig öffentlich-rechtlich, weil oder soweit es die Gemeinwohlorientierung der Leistungserbringung sichert,²⁷ und auch die Sicherung von Wettbewerb macht es nicht insgesamt zu wettbewerbsbezogenem Verwaltungsrecht.²⁸ Solche pauschalen Zuweisungen, die auf bestimmte Vorverständnisse von der inhaltlichen Funktion des öffentlichen bzw. des Privatrechts rekurrieren, gehen letztlich fehl.²⁹ Das Regulierungsrecht mag überwiegend öffentlich-rechtliche Anteile aufweisen, doch einer einheitlichen Qualifikation entzieht es sich.³⁰ Eine differenzierte Beurteilung erkennt sowohl eindeutig öffentlich-rechtliche Regelungen in Gestalt von regulierungsbehördlichen Regelungsbefugnissen wie auch eindeutig privatrechtliche Regelungen, etwa Leistungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche des Endkunden gegen den Unternehmer.³¹ Manche Verbraucherschutzverpflichtungen von Unternehmen wird man weder als öffentlich- noch als privatrechtlich, sondern als neutral³² und als offen sowohl für öffentlich- wie auch für privatrechtliche Sanktionierung qualifizieren müssen. Das Regulierungsrecht kann auch privatrechtlichen Verbraucherschutz leisten.

Was die Reichweite der Anwendung von einerseits öffentlichem, andererseits Privatrecht angeht, zeitigt die Herausbildung eines Verbraucherschützenden Regulierungsrechts paradoxe Folgen. Sie führt einerseits dazu, dass früher leistungsverwaltungsrechtlich geregelte Nutzerinteressen nunmehr den – partiell privatrechtlichen – Regelungen des Regulierungsrechts unterfallen; eine besondere Pointe ist dabei, dass ggf. auch staatliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen wie die Telekom oder die Stadtwerke als privatwirtschaftliche Anbieter nunmehr diesem Regulierungsrecht unterworfen sind. Andererseits wird das Rechtsverhältnis von privaten Unternehmen und ihren Endkunden, ansonsten Gegenstand eines privaten Verbraucherschutzrechts, durch das Regulierungsrecht partiell öffentlich-rechtlich überla-

²⁷ F. J. Säcker AöR 130 (2005), 180 (183, 220).

²⁸ J. Masing Beilage zu NJW Heft 11/2006, 19. Entgegen F. J. Säcker AöR 130 (2005), 180 (183, 220), der das Regulierungsrecht insoweit als privatrechtlich ansieht, wie es die Wettbewerbsorientierung der Aufgabenerfüllung durch Private schützt, macht dieser Umstand es allerdings auch nicht notwendig zu Privatrecht.

²⁹ So zu Recht Voßkuhle Beteiligung Privater (Fn. 3), 310 Fn. 184.

³⁰ Voßkuhle Beteiligung Privater (Fn. 3), 310; F. J. Säcker AöR 130 (2005), 180 (188); M. Knauff VerwArch 96 (2007), 382 (383). Burgi (Fn. 22), § 18 Rn. 11, sieht öffentliches und Privatrecht sogar etwa anteilsgleich.

³¹ Vgl. auch C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (241 ff.).

³² G. Hermes ZHR 166 (2002), 433 (460), zu Kontrahierungszwängen im EnWG. Zur streitigen Qualifikation von §§ 31, 32 WpHG vgl. etwa C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (242 Fn. 71 m.w.N.).

gert, was – vielleicht nicht ganz treffend – als privatrechtsgestaltende Wirkung des Regulierungsrechts bezeichnet worden ist.³³

Gerade aus der Verbraucherperspektive zeigen sich dabei die Möglichkeiten des mit Recht viel zitierten wechselseitigen Ergänzungs- oder Auffangverhältnisses der beiden Rechtsregime.³⁴ Verbraucherinteressen können zum einen durch öffentlich-rechtliche Instrumente im Verhältnis der Regulierungsbehörde zu den Unternehmen befördert werden, wie mit Blick auf die Entgeltregulierung unmittelbar einleuchtet. Zum anderen stehen den Verbrauchern in ihrem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zu den Unternehmen Instrumente wie Zurückbehaltungsrechte und Aufrechnungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche zur Verfügung. Allerdings können in diesem Zusammenspiel von öffentlichem und Privatrecht auch spezifische Probleme auftreten, insbesondere durch das Nebeneinander verschiedener Rechtswege;³⁵ dass das Energiewirtschaftsgesetz zwar für die Netzzugangsentgelte Regulierungsvorgaben macht, die Endkundenpreise als solche aber unreguliert lässt und der Kontrolle im kartell- und zivilgerichtlichen Verfahren überlässt, begründet etwa Probleme mit Blick auf die Inzidentprüfung der Netzzugangsentgelte in diesen Verfahren bzw. den Ausschluss solcher Inzidentprüfung, die ich hier nur beispielhaft erwähnen kann.³⁶

In dem Dreieck von Staat-Unternehmer-Verbraucher ist also – so ziehe ich ein Zwischenfazit – gerade die Gemengelage von öffentlich- und privatrechtlichen Normen für das Regulierungsrecht kennzeichnend.³⁷ Privatisierung staatlicher Daseinsvorsorge und Publizierung privatwirtschaftlicher Leistungsangebote greifen – formell betrachtet – beim regulierungsrechtlichen Verbraucherschutz ineinander.

³³ R. Stober DÖV 2004, 221; F. J. Säcker AöR 130 (2005), 180 (184 Fn. 13).

³⁴ Grundlegend W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; vgl. etwa im Regulierungskontext H.-H. Trute DVBl. 1996, 950 (958); Voßkuhle Beteiligung Privater (Fn. 3), 310; Burgi (Fn. 22), § 18 Rn. 36; M. Fehling in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 23 Rn. 31.

³⁵ Fehling (Fn. 34), § 23 Rn. 31. Allgemein dazu Burgi (Fn. 22), § 18 Rn. 42.

³⁶ Vgl. hierzu F. J. Säcker/J. Meinzenbach in: Säcker (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2010, § 111 Rn. 31 ff.

³⁷ Vgl. Voßkuhle Beteiligung Privater (Fn. 3), 309 f.; Burgi (Fn. 22), § 18 Rn. 80; Masing (Fn. 13), 14; K. F. Röhl/H. C. Röhl Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, 426; C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (242); Hopt WM 2009, 1873 (1874); H.-W. Micklitz GPR 2009, 254 (257). Allgemein zur wechselseitigen Ergänzung der verschiedenen Rechtsgebiete als einem Trend der modernen Verwaltungsrechtsentwicklung Schulze-Fielitz (Fn. 12), § 12 Rn. 5.

III. Sachliche Ausgestaltung von Verbraucherschutz im Regulierungsrecht

Wie gestaltet das Regulierungsrecht, unter Rückgriff auf öffentlich- und privatrechtliche Instrumente, den Verbraucherschutz nun in der Sache aus?

1. Unions- und verfassungsrechtliche Grundlagen

Verfassungs- und Unionsrecht liefern hierfür verpflichtende Vorgaben von unterschiedlichem Konkretionsgrad.

Verfassungsrechtlich vermögen grundrechtliche Schutzpflichten³⁸ ebenso wie das Sozialstaatsprinzip³⁹ nur sehr begrenzte Direktionskraft zu entfalten. Schon die Bestimmung dessen, was den Bürgern bzw. Verbrauchern danach gemeinwohlgerecht zu gewährleisten ist, ist mit einigen Unsicherheiten belastet. Immerhin wird man sich etwa für die Wasser- und die Stromversorgung, wo sektorspezifische Verfassungsvorgaben fehlen, auf eine grundsätzliche Verfassungsverpflichtung verständigen können.⁴⁰ Auch für den Finanzmarkt wird im Übrigen eine verfassungsrechtliche Gewährleistungspflicht bejaht,⁴¹ die sich freilich nicht auf grundrechtliche Schutzpflichten und Sozialstaat, sondern allenfalls auf die – problematische⁴² – Annahme einer notwendigen Staatsaufgabe berufen kann. Die Aussagekraft der beiden genannten Verfassungsvorgaben leidet aber vor allem darunter, dass sie sich zum Modus der gebotenen Mindestversorgung der Bürger, also zur Entscheidung über staatliche Leistungsverwaltung oder Liberalisierung und ggf. zu einem möglichen Regulierungsregime nicht verhalten. Art. 87e,

³⁸ Hierauf als Grundlage verfassungsrechtlicher Gewährleistungs- und Regulierungspflichten verweisend insbes. *J. A. Kämmerer* Privatisierung, 2001, 449 ff.; *F. Schoch* NVwZ 2008, 242 (244 m.w.N. in Fn. 49). Zurückhaltend insoweit *Voßkuhle* Beteiligung Privater (Fn. 3), 309 f.; *O. Lepsius* in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 4 Rn 100.

³⁹ Vgl. hierzu *Lepsius* (Fn. 38), § 4 Rn. 97. A.A. *Kühling* (Fn. 5), 465 f. („regulierungsindifferent“).

⁴⁰ *J. Masing* Die Verwaltung 36 (2003), 1 (7); *Kersten* Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 320. Zur Wasserversorgung vgl. BVerwGE 106, 64 (77); HessVGH RdE 1993, 143 (144). Vgl. auch *U. Ehricke* IR 2008, 248 (254), dazu, ob deshalb in extremen Ausnahmesituationen die Gemeinde als Trägerin eines kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmens im Sinne einer Einstandspflicht gehalten sein kann, für die Aufrechterhaltung der Grundversorgung mit Strom zu sorgen.

⁴¹ *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (238 f.); *P. Werheit* Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2009, 116 ff.; *Höfling* (Fn. 11), 9.

⁴² Vgl. *Lepsius* (Fn. 38), § 4 Rn. 101 ff.

87f GG schreiben hingegen sektorspezifisch für das Eisenbahnwesen sowie für Post und Telekommunikation die Liberalisierung vor und machen zugleich nähere Regulierungsvorgaben, die gerade darauf abzielen, eine durch die Wettbewerbsöffnung bewirkte Unterversorgung zu verhindern,⁴³ wenn auch nur im Sinne eines gegenüber der Allgemeinheit bestehenden Staatsziels, für dessen Umsetzung immer noch erhebliche Spielräume bestehen.⁴⁴

Bedeutsamer sind die europarechtlichen Vorgaben. Schon das Europäische Primärrecht ist auf bemerkenswerte Art differenzierter. Zum einen verpflichten Art. 169 AEUV sowie Art. 38 EuGrCh, ergänzt durch Art. 114 Abs. 3 AEUV, ausdrücklich zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Zum anderen bekennt die Union sich in Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV sowie Art. 36 EuGrCh dazu, das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sicherzustellen, was die Möglichkeit der regulierenden Korrektur des Wettbewerbs zum Schutz von ansonsten gefährdeten Verbraucherinteressen einschließt.⁴⁵ Die entscheidenden, sehr viel dichteren Vorgaben für das Regulierungsrecht finden sich dann im europäischen Sekundärrecht. Es hat nicht nur maßgebliche Anstöße für die Liberalisierung ehemaliger Monopolbereiche gegeben; es hat zugleich – sektorspezifisch unterschiedlich – umfangreiche Vorgaben zur Sicherstellung von Grundversorgung bzw. Universaldiensten,⁴⁶ aber auch zum Schutz sonstiger Verbraucherinteressen gemacht. Exemplarisch stehen dafür die Vorgaben der Energiebinnenmarktrichtlinien. Schon die sog. Beschleunigungsrichtlinien des Jahres 2003 haben umfangreiche Kundenschutzvorgaben gemacht, die den Kunden von Strom- und Gaslieferanten Anspruch auf eine Grundversorgung sowie auf Verträge mit bestimmten Mindestinhalten zu gerechten Bedingungen, auf transparente Information über Preise und Bedingungen, auf rechtzeitige Unterrichtung über Vertragsänderungen, auf verschiedene Zahlungsmodalitäten usw. verbürgen.⁴⁷ Die Richtlinien des sog. Dritten Energie-

⁴³ Vgl. BVerfGE 108, 370 (393f.).

⁴⁴ Vgl. etwa K. Windthorst in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 87e Rn. 62.

⁴⁵ Vgl. nur EuGH, Slg. 1993, I-2533, Rn. 15 – Corbeau; Slg. 1997, I-5815, insbes. 61, 89 – EdF.

⁴⁶ I. Pernice in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, 2006, 85 (113).

⁴⁷ Vgl. Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG; Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG.

binnenmarktpakets⁴⁸ haben in Art. 3 und Anhang I diese Vorgaben noch erweitert; die Ergänzungen verlangen erstmals besondere Schutzvorschriften für schutzbedürftige Endkunden und zielen im Übrigen vor allem auf eine verbesserte Information über Verbrauchswerte und Kosten sowie auf Erleichterungen des Lieferantenwechsels.⁴⁹

2. Elemente der einfachrechtlichen Ausgestaltung

a) Einzelne Verbraucherschutzziele

Manche der einschlägigen nationalen Regulierungsgesetze nennen in der Folge, z. B. in § 2 Abs. 1 Nr. 1 TKG und § 1 Abs. 2 EnWG, den Verbraucher- oder Kundenschutz ausdrücklich als Gesetzes- oder Regulierungsziel. In der weiteren Umsetzung lassen sich dann einzelne Unterziele des Schutzes von Verbraucherinteressen identifizieren.

Ein erstes regulierungsrechtliches Verbraucherschutzziel ist die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter des Verbrauchers, die von Gütern oder Dienstleistungen ausgehen können.⁵⁰ Diesem Ziel sucht das Regulierungsrecht durch Marktzutrittsschranken,⁵¹ z. B. die verbliebenen präventiven Erlaubnisvorbehalte im Energiewirtschaftsgesetz oder auch im Kapitalmarktrecht,⁵² sowie durch Verhaltensvorschriften wie etwa die Regelungen des Telekommunikationsgesetz über den Datenschutz Rechnung zu tragen.

Das Regulierungsrecht zielt weiter im Verbraucherinteresse darauf sicherzustellen, dass Unternehmen im Wettbewerb die gewollten Leistungen anbieten können.⁵³ Auf dem Finanzmarkt dient diesem Zweck eine Finanzmarktaufsicht, die ein besonders dichtes und ausdifferenziertes, zur Risikoaufsicht⁵⁴ gesteigertes Instrumentarium vorsieht. Sie

⁴⁸ Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG; Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG.

⁴⁹ Vgl. O. Däuper N&R 2009, 214 (221 f.).

⁵⁰ Zur Gefahrenabwehr als einem Hauptziel des Regulierungsrechts vgl. M. Ruffert AöR 124 (1999), 237 (246 ff.); Kühling (Fn. 5), 1; J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 44; Holoubek (Fn. 5), 35.

⁵¹ Zur Gewerbeerlaubnis als Verbraucherschutzinstrument vgl. v. Hippel (Fn. 25), 42 f.

⁵² C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (245).

⁵³ Dies als primäres Ziel betonend H. C. Röhl JZ 2006, 831 (833).

⁵⁴ Höfling (Fn. 11), 32 f. Vgl. auch Holoubek (Fn. 5), 39, der bei der Bankenaufsicht die Grenzen zwischen Gefahrenabwehr einerseits und Funktions-, Anleger- und auch Konsumentenschutz andererseits verschwimmen sieht.

dient damit nicht nur der Solvenz- und Marktaufsicht, sondern auch dem Anleger- oder Kundenschutz;⁵⁵ insbesondere seit das Wertpapierhandelsgesetz in § 31a WpHG ausdrücklich die privaten von den professionellen Kunden unterscheidet und für sie gesteigerte Anforderungen aufstellt, hat dieser Anlegerschutz auch eine spezifische Verbraucherschutznote.⁵⁶ In den liberalisierten Netzwirtschaften, die eben deshalb mitunter als einziges, jedenfalls aber primäres Anwendungsfeld von Regulierung gelten, ist die Aufgabe besonders anspruchsvoll, weil der Betrieb der Netzstrukturen nach wie vor als natürliches Monopol gilt. Hier greifen die bekannten Instrumente der Netzzugangsgewährung, die damit in einem weiteren Sinne als verbraucherschützend anzusehen sind.

Ergänzend zielt das Regulierungsrecht darauf, Interessen der Kunden in ihrer Geschäftsbeziehung zu den Unternehmen zu schützen. Dies geschieht in vielfältiger Weise, durch Vorgaben zu Werbematerial, zu gebotener Information und Beratung, zur Rechnungstransparenz, zu Zahlungsperioden und Zahlungsweisen, durch Regelungen zur Vertragsdauer, Rücktrittsrechte usw. Auf der Grundlage der erwähnten EU-Richtlinien kennt das Energiewirtschaftsgesetz etwa umfangreiche entsprechende Regelungen. Aber auch in anderen Sektoren ist ein deutlicher Ausbau vor allem der den Unternehmen auferlegten Informationspflichten mit dem Ziel der Herstellung von Markttransparenz festzustellen.⁵⁷

Wo wegen fortbestehender natürlicher Monopole das wettbewerbliche Leistungsangebot erst durch Regulierung ermöglicht werden muss, setzt sich dessen Sicherstellung u. U. fort in der Sicherung der Angemessenheit der von den Verbrauchern zu zahlenden Preise.⁵⁸ Dies geschieht teils nur indirekt durch Regulierung der Preise, die die Lieferanten der Verbraucher für die Vorleistungen an die netzbetreibenden Unternehmen zu zahlen haben, teils direkt durch Ermächtigungen zur ex-ante- oder zumindest ex-post-Reglementierung der Endkundenpreise.

⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 14/7033, 31; R. Pitschas/S. Gille VerwArch 94 (2003), 68 (76f.), zur verbraucherschützenden Bedeutung der Einlagensicherungsrichtlinie; Schulze-Fielitz (Fn. 12), § 12 Rn. 55.

⁵⁶ D. Leuring/D. Zetzsche NJW 2009, 2856 (2860): „Einbruch des Verbraucherschutzes in das Kapitalmarktrecht“.

⁵⁷ Vgl. auch zu parallelen Entwicklungen im Versicherungsrecht M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (175).

⁵⁸ J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 45, zur Endkundenpreiskontrolle als besonderer Form des Kundenschutzes im TKG und PostG.

Für den Fall, dass die gewollte Mindestversorgung durch das Leistungsangebot im Wettbewerb nicht zustande kommen sollte, sieht das Regulierungsrecht schließlich teilweise – nicht im Kapitalmarktrecht,⁵⁹ wohl in den Netzwirtschaften – Regelungen zur Sicherung einer Grundversorgung durch Unternehmen vor, namentlich in Gestalt des Universaldienstmodells gemäß §§ 78 ff. TKG sowie der Grundversorgung in der leitungsgebundenen Energieversorgung gemäß § 36 EnWG. Letztere Bestimmung verdeutlicht ihren spezifisch verbraucherschützenden Charakter, indem sie nur Haushaltskunden i.S.v. § 3 Nr. 22 EnWG und damit jedenfalls vornehmlich Private begünstigt.

b) Durchsetzung von Verbraucherinteressen

Den verschiedenen Zielen und Gegenständen regulierungsrechtlichen Verbraucherschutzes korrespondieren – in den einzelnen Gesetzen freilich uneinheitlich – unterschiedliche Regelungen zur Einbringung und Durchsetzung der Verbraucherschutzinteressen. Soweit in einzelnen Kundenbeziehungen Verbraucherschutzregeln wie Rechnungstransparenzvorschriften oder Abrechnungsfristen (§ 41 Abs. 1 und 2 EnWG) missachtet werden, greifen zivilrechtliche Rechtsdurchsetzungsinstrumente.⁶⁰ Diese individuelle Rechtsdurchsetzung macht der Gesetzgeber sich mitunter bewusst zunutze; in § 34a Abs. 2a, 2b WpHG hat er die zunächst aufsichtsrechtliche Verpflichtung zur Herstellung eines Beratungsprotokolls mit einem zivilrechtlichen Herausgabeanspruch des privaten Kunden verbunden, weil die Vielzahl der Fälle die regulierungsbehördlichen enforcement-Kapazitäten überschreiten würde.⁶¹ Ergänzt wird dieser individuelle Rechtsschutz durch verschiedene Regelungen kollektiver Interessenwahrnehmung. Die Beachtung der Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten im Verhältnis zwischen einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen und einem Kunden nach dem 6. Abschnitt des Wertpapierhandelsgesetzes, das in diesem Zusammenhang übrigens als Verbraucherschutzgesetz qualifiziert wird, kann durch Verbraucherverbände nach dem Unterlassungsklagegesetz durchgesetzt werden. Auch § 44 Abs. 2 TKG gibt Verbraucherverbänden einen – in § 32 EnWG allerdings vorenthaltenen⁶² – Unterlassungsanspruch gegen Unternehmen, die gegen re-

⁵⁹ C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (242). Vgl. dazu, dass die Finanzmarktregulierung doch eine Art von staatlicher Reservefunktion beinhalte, Höfling (Fn. 11), 11.

⁶⁰ Vgl. z. B. J. Hellermann in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.) EnWG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rn. 24.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 16/12814, 28; D. Leuring/D. Zetzsche NJW 2009, 2856 (2859).

⁶² Vgl. M. Robert in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 60), § 32 Rn. 17.

gulierungsrechtliche Vorgaben verstoßen. In § 66 Abs. 2 EnWG wird Verbraucherverbänden die Möglichkeit, am Verwaltungsverfahren der Regulierungsbehörde beteiligt zu werden, und über diese Verfahrenseteiligung gemäß § 75 Abs. 2 EnWG auch ein nachfolgendes Klagerecht eröffnet. Und schließlich bleibt als spezifisch regulierungsrechtliches Instrument die Durchsetzung verbraucherschutzrelevanter Regelungen durch regulierungsbehördliche Entscheidungen.

IV. Die Besonderheit des Verbraucherschutzes durch Regulierungsrecht

Verbraucherschutz im Regulierungsrecht ist einerseits – wie dargelegt – durch konkretisierungsbedürftiges vorrangiges Recht geboten, andererseits – was hier nicht detailliert untersucht werden kann – auch diesem gegenüber rechtfertigungsbedürftig. Die Prüfung in beide Richtungen – ebenso wie die rechtspolitische Bewertung – setzt voraus, dass man sich der spezifischen Gründe für Verbraucherschutz in regulierten Wirtschaftssektoren vergewissert.

1. *Der Probestein: Verbraucherschutz im Lichte verschiedener Verbraucherleitbilder*

Im regulierten Wettbewerb erfolgt der Leistungsaustausch auf dem Markt. Dort liegt – darin sind sich Verfassungsrecht⁶³ und Zivilrechtsdogmatik,⁶⁴ mit einer gewissen, gleich anzusprechenden Modifikation auch das Unionsrecht⁶⁵ im Grundsatz einig – der Bezugspunkt allen Verbraucherschutzes in der Sicherung der Privatautonomie bzw. Vertragsfreiheit des privaten Endverbrauchers. Es geht um die Sicherung seiner Selbstbestimmung und Eigenverantwortung im Hinblick auf seine Konsumentscheidungen und die Funktionsfähigkeit des Marktes als Korrelat hierzu.⁶⁶

In der weiteren Frage, worin die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers auf dem Markt begründet ist und welche Verbraucherschutzkonzepte deshalb geboten sind, endet die Übereinstimmung. Der grundsätzliche Dissens ist in der – vor allem das Verbraucherprivatrecht

⁶³ Vgl. BVerfGE 89, 214 (231); R. Stober FS Lukes, 1989, 591 (598f.).

⁶⁴ Vgl. B. Heiderhoff Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, 2004, 295 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu Micklitz (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 70f.; Heiderhoff (Fn. 64), 318 ff.

⁶⁶ C. Ott in: Graf/Paschke/Stober (Hrsg.) Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung, 2003, 5 (13f.).

beherrschenden – Entgegensetzung verschiedener Verbraucherleitbilder hervorgetreten.⁶⁷ Auf der einen Seite steht das Leitbild des der Unternehmenseite gegenüber generell oder jedenfalls situativ unterlegenen und deshalb im Sinne eines sozialen Verbraucherschutzmodells schutzbedürftigen Verbrauchers; diese Vorstellung, die sich auch in der Bürgerschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁸ wiederfindet, hat die Anfänge der bundesrepublikanischen wie auch der europäischen Verbraucherschutzpolitik⁶⁹ beherrscht. Etwa seit Mitte der 1980er Jahre dominiert hingegen zunächst und vor allem im europäischen, dann auch im nationalen Recht das Leitbild des mündigen und umsichtig handelnden Verbrauchers, der im Sinne des sog. Informationsmodells auf Vermittlung hinreichender Markttransparenz angewiesen ist⁷⁰ und durch deren Vermittlung im Übrigen auch zu verstärkter grenzüberschreitender Marktaktivität im Binnenmarkt befähigt werden soll,⁷¹ womit der europäische Verbraucherbegriff einen auf die Realisierung des Binnenmarktes bezogenen funktionellen Akzent erhält.⁷² Vor allem aus diesem Informationsmodell werden dann auch die Grenzen legitimen, sinnvollen Verbraucherschutzes abgeleitet; sie können insbesondere da überschritten sein, wo ein Übermaß an Informationen die Wahrnehmungsfähigkeit der Verbraucher überfordert⁷³ oder wo Verbraucherschutzpflichten – ökonomisch gesprochen – zu adversen Effekten führen, indem letztlich von den Verbrauchern selbst zu tragende Kosten verursacht werden, denen kein entsprechender Nutzen gegenübersteht.⁷⁴

⁶⁷ Vgl. S. *Vogt* FS von Westphalen, 2010, 741 (744f.).

⁶⁸ BVerfGE 89, 214 (232). Vgl. auch BVerfGE 103, 89 (100f.).

⁶⁹ *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 67.

⁷⁰ *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 68, 70; *Ott* (Fn. 66), 12; *M. Fehling* FS Winter, 2007, 171 (174); S. *Vogt* FS von Westphalen, 2010, 741 (751). Zur Bedeutung eines möglichst hohen Maßes an Informationen der Marktteilnehmer über marktrelevante Faktoren für eine an den eigenen Interessen orientierte Entscheidung über die Bedingungen der Marktteilnahme vgl. auch BVerfGE 105, 252 (266f.).

⁷¹ *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 68, 70. Vgl. die Festlegung der verbraucherpolitischen Strategie im Grünbuch KOM (2007) 99 endg.

⁷² Zum sog. funktionellen Verbraucherschutz *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 70f.

⁷³ Zu diesem Gesichtspunkt etwa *D. Zimmer/J. Höft* ZGR 2009, 662 (689).

⁷⁴ *Ott* (Fn. 66), 17.

2. *Schutz der Verbraucherinteressen im Regulierungsrecht*

Wie rechtfertigt sich Verbraucherschutz gerade durch Regulierungsrecht vor diesen Verbraucherleitbildern?

a) *Verbraucherschutz ordnungs- und verbraucherprivatrechtlichen Charakters*

Mit einem Teil seiner Regelungen fügt es sich seinen Zielsetzungen und Instrumenten nach in die aufgezeigten Entwicklungslinien des Verbraucherrechts zwanglos ein.

Das gilt zum einen für die der Sache nach ordnungsrechtlichen⁷⁵ Vorschriften zur Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter des Verbrauchers.⁷⁶ Sie sollen sich auch vor dem Informationsmodell rechtfertigen können, soweit der Verbraucher weder vor noch nach dem Erwerb die Qualität oder Gefahrenträchtigkeit der Dienstleistung bzw. des Guts beurteilen kann.⁷⁷

Zum anderen und vor allem weisen viele der regulierungsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften nicht nur formell, sondern auch der Sache nach einen verbraucherprivatrechtlichen Charakter auf.⁷⁸ Sie treten als regulierungsrechtliche Ergänzungen zu Verbraucherschutzregeln hinzu, die das sonstige einschlägige Verbraucherprivatrecht (z.B. für den Abschluss von Energielieferverträgen im Fernabsatz⁷⁹) aufstellt. Auch der Umstand, dass im Energierecht für grundversorgte Haushaltskunden spezielle verbraucherschützende Regelungen auf der Grundlage von § 39 EnWG in Gestalt der Grundversorgungsverordnungen bestehen und außerhalb der Grundversorgung belieferte Haushaltskunden nach in der Regel weitgehend inhaltsgleichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁸⁰ beliefert werden, bezeugt die sachliche Verwandtschaft. Die im Energiewirtschaftsgesetz zuletzt ausgebauten Informations- und Transparenzpflichten, aber auch die durch Rücktrittsrechte, Zahlungsverordnungen etc. in Vertragsinhalte eingreifenden Vorschriften folgen grundsätzlich verbraucherprivatrechtlicher Logik. Entsprechendes gilt für den Kapitalmarkt, dessen verbraucherschutzgefärbten Regulierungsvorgaben maßgeblich auf den Abbau von Informationsasymmetrien zu

⁷⁵ M. Ruffert AöR 124 (1999), 237 (246ff.); Kühling (Fn. 5), 1.

⁷⁶ Vgl. J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 44.

⁷⁷ Ott (Fn. 66), 17.

⁷⁸ Vgl. zum TKG J.-P. Schneider in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 8 Rn. 69.

⁷⁹ Vgl. z.B. BGH RdE 2009, 222, zum Bestehen eines Widerrufsrechts bei Energieliefervertragsabschlüssen im Fernabsatz.

⁸⁰ Vgl. J. Hellermann in: Britz/Hellermann/Hermes (Fn. 60), § 39 Rn. 16 (m.w.N.).

Lasten der privaten Kunden gerichtet sind.⁸¹ Diese Verbraucherschutzregeln sind in den genannten Regulierungsgesetzen besonders ausdifferenziert, was auf dem Finanzmarkt in der Eigenart des Leistungsgegenstandes, auf dem Energiesektor auch darin begründet ist, dass der Verbraucher für die Stimulierung des Wettbewerbs instrumentalisiert wird; ein jüngstes Beispiel ist die 2008 eingeführte Verpflichtung zum Ausweis der Entgelte für Messstellenbetrieb und Messungen in Letztverbraucherrechnungen gemäß § 40 Abs. 1 EnWG, die das Ziel hat, die insoweit vorgenommene Marktöffnung praktisch wirksam werden zu lassen. Ob dabei in einzelnen Fällen der Verbraucherschutz überzogen wird, ist nicht unumstritten. Dies bleibt aber im vertrauten, vom Informationsmodell dominierten verbraucherprivatrechtlichen Bezugsrahmen zu beantworten.⁸²

b) Verbraucherschutz durch Marktregulierung

Weil bei den soeben angesprochenen kundenschützenden Regelungen, insbesondere den Informationspflichten ein Ausbau beobachtbar ist, Regulierungsansätze wie die Universaldienstverpflichtung nach TKG hingegen praktisch ohne Relevanz geblieben sind und andere wie die Marktzulassungskontrollen, vor allem, soweit sie auf Versorgungssicherheit zielen, eher abgebaut werden (z.B. § 6 TKG, § 4 EnWG), wird mitunter der Wandel von einem sozialstaatlich geprägten Daseinsvorsorgeverständnis hin zu einem modernen, an Konsumentensouveränität orientierten Verbraucherschutz im Regulierungsrecht begrüßt.⁸³ In dessen Anwendungsbereich stößt ein am Informationsmodell orientierter Verbraucherschutz jedoch an Grenzen; einen sachlich zureichenden, umfassenden Verbraucherschutz kann dieses Modell hier nicht begründen.⁸⁴ Es bedarf u. U. eines über den Ausgleich von Informationsasymmetrien und über verbraucherprivatrechtlichen Kundenschutz hinausgehenden, spezifischen Verbraucherschutzes.

Das hat seinen Grund nicht in der Annahme des sozialen Schutzmodells, der Verbraucher befinde sich als Privater in einer *rollenspezifischen* strukturellen Unterlegenheit gegenüber dem Unternehmer und

⁸¹ C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (254f.).

⁸² Krit. z.B. zu § 34 Abs. 2a, 2b WpHG D. Leuring/D. Zetzsche NJW 2009, 2856 (2860f.), unter Hinweis auf höhere Kosten für Verbraucher als Folge höherer Haftungsrisiken der Wertpapierhandelsunternehmen.

⁸³ Vgl. M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (175); ders. in: Leible/Lippert/Walter (Hrsg.) Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, 2007, 115 (129); C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1091).

⁸⁴ Vgl. M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (185); F. Schoch NVwZ 2008, 241 (245).

sei deshalb schutzbedürftig.⁸⁵ Die besondere Schutzbedürftigkeit hat vielmehr ihren Grund in eben den Marktunvollkommenheiten, die die Regulierungsbedürftigkeit der jeweiligen Märkte auslösen. Soweit sie den Wettbewerb stören, tangieren sie damit zugleich auch die Verbraucherinteressen. Ökonomisch betrachtet ist ein funktionierender Wettbewerbsmarkt erste Voraussetzung für den Schutz des Verbrauchers;⁸⁶ für nicht funktionierenden Wettbewerb zahlt er den Preis in Gestalt überhöhter, Monopolrenditen einschließender Preise, die seine Kaufkraft schmälern.⁸⁷ Dem hierin begründeten Verbraucherschutzbedürfnis kann allein durch Behebung von Informationsasymmetrien nicht Rechnung getragen werden, denn der Verbraucher kann auch bei optimaler Markttransparenz diese überhöhten Preise nicht vermeiden, ohne auf das Wirtschaftsgut zu verzichten, was ihm nicht möglich ist oder jedenfalls rechtlich nicht zugemutet werden soll.

Hierin bringt sich zur Geltung, dass Verbraucherschutz nicht als Gegenstand einer sog. sozialen oder nicht-ökonomischen Regulierung⁸⁸ von der marktbezogenen Regulierung abgesondert werden darf. Das gilt schon mit Blick auf die Entstehung von ökonomischer Regulierung: Sie hat zwar einerseits nur da ihre Berechtigung, wo Funktionsschwächen des Marktes bestehen, weshalb es für die Brot- oder Milchversorgung weder früher staatliche Daseinsvorsorge gab⁸⁹ noch heute Regulierungsrecht gibt; andererseits ruft nicht allein das Bestehen von Marktversagen in bestimmten Sektoren Regulierungsrecht hervor, sondern erst die politische Entscheidung, einen funktionstüchtigen Markt um des Angebots bestimmter Güter und Leistungen im Wettbewerb willen herzustellen,⁹⁰ weshalb eine Regulierung für den organisierten, nicht aber gleichermaßen für den grauen Kapitalmarkt oder den vielleicht ähnlich vertrauensabhängigen Kunstmarkt besteht.⁹¹ Auch mit Blick

⁸⁵ Vgl. *Micklitz* (Fn. 6), Vor §§ 13, 14 Rn. 62ff.; *S. Vogt* FS von Westphalen, 2010, 741 (744). Die Einführung einer rollensoziologischen Konzeption in die Diskussion um das Verbraucherrecht wird zurückgeführt auf *N. Reich* ZRP 1974, 187 (190).

⁸⁶ Vgl. *Ott* (Fn. 66), 13f.

⁸⁷ *F. J. Säcker* AöR 130 (2005), 180 (207f.): „Die Last der Monopolpreise trüge ... allein der Verbraucher, der immer weniger Güter und Dienstleistungen kaufen könnte. Damit wäre die Idee der Wettbewerbswirtschaft, die am Ziel der optimalen Versorgung der Verbraucher orientiert ist, auf den Kopf gestellt.“

⁸⁸ Vgl. oben bei und in Fn. 15.

⁸⁹ Vgl. zu diesem altbekannten Beispiel *K. Stern/G. Püttner* Die Gemeindevirtschaft, 1965, S. 56f.; *F. Ossenbühl* DÖV 1971, 513 (515f.).

⁹⁰ Vgl. *H. C. Röhl* JZ 2006, 831 (832); *Lepsius* (Fn. 38), § 19 Rn. 43.

⁹¹ Vgl. *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (239): Der Staat erfüllt seine verfassungsrechtliche Pflicht durch Regulierung des organisierten Kapitalmarkts, darf aber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit den grauen Kapitalmarkt unreguliert las-

auf die Regulierungsziele bilden ökonomische und nicht-ökonomische Regulierung dann keinen Gegensatz; die auf Marktunvollkommenheiten reagierende ökonomische Regulierung⁹² schließt – prinzipiell gleichrangig, nicht etwa als regulierungsfremde und tendenziell störende Zielsetzung – soziale, ökologische und sonstige Gründe mit ein.⁹³ Bezogen auf unsere Fragestellung: Regulierung erfolgt im Interesse des fairen Wettbewerbs und der Verbraucherinteressen zugleich; in diesem Sinne ist wettbewerbsbezogene Regulierung zugleich Verbraucherschutz.⁹⁴

Hinsichtlich der Reichweite dieser verbraucherschützend wirkenden Marktregulierung treten zwischen verschiedenen Regulierungsregimen deutliche Unterschiede hervor. Sie zeigen, wie mit der Weite des zugrunde gelegten Regulierungsbegriffs die Notwendigkeit der Differenzierung innerhalb des Regulierungsrechts wächst. Die Regulierungsbedürftigkeit des Finanzmarkts beruht – darin folge ich dem Bundesverfassungsgericht – im Kern darauf, dass es sich bei ihm um ein vernetztes Marktsystem wechselseitiger Abhängigkeiten handelt, das in besonderem Maß vertrauensabhängig und in der Folge vom Vertrauen der Marktteilnehmer in hinreichende Kontrollmechanismen abhängig ist; hinreichende vertrauensstabilisierende staatliche Kontrollmaßnahmen sind deshalb die entscheidende Voraussetzung für einen funktionsfähigen Markt.⁹⁵ Über die so bewirkte Etablierung eines funktionsfähigen Marktes hinaus erfolgt aber keine Regulierung der Wettbewerbsstrukturen⁹⁶ und bestehen auch keine spezifischen, in Marktstrukturen begründeten Verbraucherschutzgefährdungen,⁹⁷ weshalb die Bundesanstalt für Finanz-

sen. Zum Verbraucher- bzw. Anlegerschutz auf dem grauen Finanzmarkt vgl. zuletzt BT-Drs. 17/284 und 17/2335.

⁹² Kühling (Fn. 5), 14.

⁹³ F. J. Säcker AöR 130 (2005), 180 (220); J. Ruthig/S. Storr Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 513; Lepsius (Fn. 38), § 19 Rn. 44; Schneider (Fn. 78), § 8 Rn. 12; Kersten Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 318. Die Aussage von Masing (Fn. 13), 46: „Im Kern hat Regulierung aber den Wettbewerb zu ermöglichen und schon damit die Gemeinwohlinteressen zu befördern.“ steht der Annahme einer gleichrangigen Regulierung um bestimmter Gemeinwohlzwecke willen wohl nicht entgegen. Tendenziell anders F. Schorkopf JZ 2008, 20 (29): „... nicht die Ergebnisorientierung von Regulierung, sondern der Wettbewerb selbst soll ... die Wohlfahrt der Bürger und Unternehmen steigern.“

⁹⁴ Vgl. OLG Koblenz ZNER 2009, 146 (149): „Förderung des Wettbewerbs im Interesse der Verbraucher“ als Schutzzweck des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 124, 235 (246); C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (228, 232, 256); H. C. Röhl in: Fehling/Ruppert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 18 Rn. 7: Höf-ling (Fn. 11), 9.

⁹⁶ Vgl. C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (228, 232, 242, 249).

⁹⁷ Vgl. C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (236f.).

diensleistungen (BaFin) in Wahrnehmung ihrer Regulierungsaufgabe auch nicht zugleich unmittelbar als Verbraucherschutzbehörde agiert.⁹⁸ In den Netzwirtschaften ist das anders, soweit weiterhin von natürlichen Monopolen auszugehen ist; hier setzen deshalb die spezifischen Regulierungsinstrumente der Zugangsrechtsgewährungen, Entgeltregulierungen und Grundversorgungsansprüche an. Sie erweisen sich als der spezifische harte Kern auch des Verbraucherschutzes durch Regulierungsrecht.⁹⁹

Die gebotene Regulierung ist eine komplexe Gestaltungsaufgabe,¹⁰⁰ die die einzelnen Verbraucher mittelbar erheblich, aber reflexhaft betrifft. Mit Recht wird die Möglichkeit der subjektivrechtlichen Berechtigung der einzelnen Verbraucher, die im Bereich der individuellen Kundenbeziehungen ihr selbstverständliches Anwendungsfeld hat, im Bereich von wettbewerbsbezogenen Regulierungsentscheidungen, namentlich von Entgeltregulierungsentscheidungen, zurückhaltend bewertet.¹⁰¹ Mit Blick auf die Bedeutung von Partizipation für die Regulierung¹⁰² und zugleich auch für den Verbraucherschutz¹⁰³ scheint aber eine Stärkung der Beteiligungs- und Klagerechte von Verbraucherverbänden möglich und angezeigt.¹⁰⁴ Im Übrigen deutet sich an, dass auch

⁹⁸ Vgl. C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1089).

⁹⁹ Schulze-Fielitz (Fn. 12), § 12 Rn. 57, schreibt ihnen zutreffend die Funktion der sozialstaatlichen Mindestversorgung für alle Bürger zu.

¹⁰⁰ Vgl. hierzu etwa H.-H. Trute FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 857 (858); M. Bullinger DVBl. 2003, 1355 (1358); E. Schmidt-Aßmann Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 141.

¹⁰¹ K.-H. Ladeur/C. Möllers DVBl. 2005, 525 (530); M. Knauff VerwArch 96 (2007), 382 (399); großzügiger für das TKG H.-H. Trute FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 857 (871). Vgl. auch Schneider (Fn. 78), § 8 Rn. 123. Zum Vorschlag, unter Übertragung der Rechtsprechung des EuGH (Zweite Kammer), Slg. 2008, I-6221, Rn. 34 ff. – Janecek, die im Fall der Gefahr einer Überschreitung der Grenzwerte oder der Alarmschwellen einen individuellen Anspruch eines unmittelbar betroffenen Einzelnen auf Erstellung eines Aktionsplans zur Luftreinhaltung bejaht hat, einen individuellen Rechtsschutz im Finanzmarktaufsichtsrecht zu begründen, vgl. K. Purnhagen/P. Verbruggen in: Keßler/Micklitz/Reich (Hrsg.) Institutionelle Finanzmarktaufsicht und Verbraucherschutz, 2010, 173 (240); C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1093 f.).

¹⁰² Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 155: Partizipation als Element „guter Regulierung“.

¹⁰³ Vgl. die sog. Verbraucherbotschaft von Präsident Kennedy aus dem Jahr 1962, abgedruckt bei v. Hippel (Fn. 25), 281 ff., die bereits das Recht auf Gehör, d.h. auf Partizipation, als eines der Verbraucherschutzrechte nennt.

¹⁰⁴ In diesem Sinne auch M. Knauff VerwArch 96 (2007), 382 (400); C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1094). Zur Verbandsbeteiligung nach § 66 Abs. 2 EnWG G. Britz in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2009, § 9 Rn. 138. Für die Zulassung von Verbrauchern als Endnutzern im Beschlusskammerverfahren nach § 134 Abs. 2 TKG E. Gurlit in: F. J. Säcker (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2009, § 134 Rn. 41.

das Informationsfreiheitsgesetz einen Beitrag zu einer verstärkten öffentlichen Kontrolle der Aufsichts- und Regulierungsbehörden durch die Bürger wird leisten können.¹⁰⁵

In seinen verbraucherschützenden Wirkungen erweist sich das Regulierungsrecht damit am Ende in der Sache als ein *mixtum compositum* von modernem Verbraucherschutz und sozialstaatlicher Daseinsvorsorge. Für den Anteil der unterschiedlichen Bestandteile ist maßgeblich, inwieweit nach Einschätzung des Gesetzgebers trotz der Abhängigkeit von einem natürlichen Monopol hinreichende Vorbedingungen für funktionierenden Wettbewerb bereits bestehen und deshalb auf den – nur noch vom allgemeinen Wettbewerbsrecht oder privaten Vertragsrecht umhегten – Wettbewerb vertraut werden darf; insoweit kann das Regulierungsrecht mit Blick auf den Verbraucherschutz die spezifisch regulierungsrechtlichen Instrumente zurücknehmen und auf den Ausbau der Sache nach verbraucherprivatrechtlicher Instrumente setzen.¹⁰⁶ Der Verzicht auf die Regulierung der Endkundenentgelte im Energierecht, der die Kontrolle der Strom- und Gaspreise insoweit dem Kartellamt und den Zivilgerichten überantwortet hat, führt das beispielhaft vor. In der – wenn auch u.U. nur latenten – Pflicht zur Sicherstellung der Grundversorgung¹⁰⁷ und aktuell vor allem in der Netzzugangsentgeltregulierung aber bleibt die Verantwortung für die angemessene Versorgung der Verbraucher unter den Bedingungen eines unvollständigen Marktes sichtbar. Insoweit setzt sich in der dem regulierenden Staat zugeschriebenen Ergebnisverantwortung¹⁰⁸ seine Daseinsvorsorgeverantwortung fort.

V. Schluss: Das Regulierungsrecht aus der Verbraucherschutzperspektive

Schließen möchte ich mit einigen wenigen Überlegungen dazu, welchen Ertrag die Betrachtung aus der Verbraucherschutzperspektive für die Diskussion um das Regulierungsrecht und den Gewährleistungsstaat allgemein haben kann.

¹⁰⁵ J. Wieland Die Verwaltung 43 (2010), 83 (92 f.), zur Kapitalmarktaufsicht unter Hinweis auf VG Frankfurt NVwZ 2008, 1384; vgl. in diesem Zusammenhang weiter VGH Kassel NVwZ 2010, 1036; DÖV 2010, 568; DVBl. 2010, 1059. Vgl. auch C. Franzius DVBl. 2010, 1086 (1091); Höfling (Fn. 11), 43.

¹⁰⁶ Vgl. R. Stober DÖV 2004, 221 (224); M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (175).

¹⁰⁷ J. Masing HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 90 Rn. 46, weist zu Recht auf deren output-orientierte Umschreibung hin.

¹⁰⁸ Voßkuhle Beteiligung Privater (Fn. 3), 311; Masing (Fn. 13), 181; Schulze-Fielitz (Fn. 12), § 12 Rn. 166: „Auffangverantwortung“.

1. *Eigenart des Regulierungs(verwaltungs)rechts*

Sie weckt Zweifel, ob es wirklich angemessen und hilfreich ist, die Gewährleistungs- oder Regulierungsverwaltung als eine dritte Säule des Verwaltungsrechts neben der Ordnungs- und der Leistungsverwaltung zu etablieren.¹⁰⁹ Wenn man diese beiden letzteren Kategorien, wie herkömmlich, auf eine Unterscheidung bestimmter Verwaltungsaufgabentypen zurückführt,¹¹⁰ steht die Regulierungsverwaltung richtigerweise nicht daneben; vielmehr liegt Regulierung – die im Übrigen auch noch darüber hinaus reicht – sozusagen quer dazu,¹¹¹ denn es geht ihr um die *Modalitäten* der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben,¹¹² und zwar ordnungs- wie auch leistungsverwaltungsrechtlicher Art.¹¹³ Auch wenn man in der Unterscheidung von Ordnungs-, Leistungs- und Regulierungsverwaltung weniger verschiedene Aufgaben als verschiedene Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung repräsentiert sehen will,¹¹⁴ bleibt die Frage, ob Regulierung als ein solcher Grundmodus von Verwaltung angemessen erfasst ist. Nicht nur, dass die Regulierungsverwaltung zu einem nicht unwesentlichen Teil nach wie vor mit den tradierten ordnungs- und leistungsverwaltungsrechtlichen Instrumenten arbeitet.¹¹⁵ Vor allem könnte die Gefahr einer Engführung bestehen, denn Regulierung ist mehr als ein Modus der Verwaltungsaufga-

¹⁰⁹ Vgl. *Voßkuhle* Beteiligung Privater (Fn. 3), 304 ff.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 12), § 12 Rn. 18, 51 ff.; *C. Bumke* Die Verwaltung 41 (2008), 227 (228 Fn. 7); *W. Kahl* Die Verwaltung 42 (2009), 463 (481 ff.). Als Beleg für den Einzug in die Lehrbuchliteratur vgl. *H. Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 1 Rn. 16b. I. Erg. krit. hierzu *R. Stober* DÖV 2004, 221 (223), der kein geschlossenes Verwaltungsrechtsgebiet erkennt; *Pernice* (Fn. 46), 125; zurückhaltend auch *F. Schoch* NVwZ 2008, 241 (243); *H.-W. Laubinger* VBIBW 2010, 306 (307, 310).

¹¹⁰ Vgl. etwa *Maurer* (Fn. 109), § 1 Rn. 15 ff.

¹¹¹ Vgl. *Eifert* (Fn. 2), § 19 Rn. 12 f., 28 ff., 33 ff., der „Ordnung“ und „Leistung“ als die beiden Anwendungsfelder (auch modernisierter) hoheitlicher Regulierung vorstellt.

¹¹² Dem Postulat eines Regulierungsverwaltungsrechts liegt gerade die – berechtigte – Kritik an der gegenstandsbezogenen Betrachtungsweise zugrunde, dass es ihr an näheren Aussagen über die *Modalitäten* der Aufgabenwahrnehmung mangle; vgl. *Voßkuhle* Beteiligung Privater (Fn. 3), 275. Hinter diese Erkenntnis fiele man zurück, wenn man die Regulierung selbst als weiteres, daneben zu stellendes Sachanliegen der Verwaltung ansehen wollte.

¹¹³ Zur Heterogenität und Problematik der Zuordnung von Regulierung vgl. bereits *M. Ruffert* AöR 124 (1999), 237 (244 f.).

¹¹⁴ *Schulze-Fielitz* (Fn. 12), § 12 Rn. 3, 24 ff.

¹¹⁵ Vgl. *T. v. Danwitz* DÖV 2004, 977 (985); *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, 141, zur fortbestehenden hervorgehobenen Bedeutung des Verwaltungsakt als Handlungsform; *M. Knauff* VerwArch 96 (2007), 382 (384); *F. Schoch* NVwZ 2008, 241 (243); *H.-W. Laubinger* VBIBW 2010, 306 (308).

benwahrnehmung, mehr als Regulierungsverwaltung;¹¹⁶ diese stellt ein wesentliches Element dar, ist aber – wie der Blick auf den Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht gezeigt hat – Teil eines umfassenderen Konzepts, das nicht zuletzt auch originär privatrechtliche Instrumente einsetzt.¹¹⁷ Möglicherweise wird Regulierung angemessener nicht als ein eigenständiges Verwaltungsrechtsgebiet,¹¹⁸ sondern – auf einer anderen, höherstufigen Ebene – als ein Modus staatlicher Aufgabenverfolgung erfasst, der zwischen staatlicher Eigenwahrnehmung und bloß ordnungs- und privatrechtlicher Reglementierung privater Betätigung angesiedelt ist.¹¹⁹ Der so eröffnete Bezugsrahmen umschließt nicht nur das Wechselverhältnis von privat- und öffentlich-rechtlicher Regulierung; auch die Verschränkungen zwischen staatlicher Leistungsverwaltung und Regulierungsverwaltung, wie sie z.B. in der durch Art. 87e Abs. 3 S. 3 GG vorgeschriebenen Verantwortlichkeit für die Schienenwege bei der in staatlichem Mehrheitseigentum verbleibenden Deutsche Bahn gesehen werden können, sind besser zu erfassen. In dieser übergreifenden Perspektive kann im Übrigen auch die Disziplin des öffentlichen Rechts eine umfassende Kompetenz für das Regulierungsrecht, auch für das privatrechtsförmig verbraucherschützende Regulierungsrecht beanspruchen.

2. Der Gewährleistungsstaat: schlanker oder patriarchalischer Staat?

Auch wenn die Entwicklung des Regulierungsrechts in erheblichem Umfang mit einem Rückzug des Staates aus der eigenen Aufgabenerfüllung verbunden gewesen ist, ist dies sicher nicht der Weg zu einem – vor allem in der frühen Privatisierungsphase beschworenen¹²⁰ – schlanken Staat.¹²¹ Eher gibt der Verweis auf den Gewährleistungsstaat und das ihn realisierende Regulierungsrecht die Antwort auf diese verfehlte

¹¹⁶ Deshalb erscheint auch die Gleichsetzung von Regulierungsrecht mit Regulierungsverwaltungs- oder auch Gewährleistungsverwaltungsrecht etwa bei Masing (Fn. 13), 14; Röhl (Fn. 95), § 18 Rn. 35, problematisch.

¹¹⁷ Zum Mix der Rechtsregime und Sanktionen vgl. C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (239, 241 ff.).

¹¹⁸ Vgl. auch R. Stober DÖV 2004, 221 (223).

¹¹⁹ Zu diesen Grundtypen Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 14; zu einer Analyse der Organisation der Regulierungsverwaltung in dieser Weise vgl. G. Britz in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2009, § 21 Rn. 5 ff.

¹²⁰ Vgl. programmatisch etwa die Regierungserklärung der neuen, von CDU/CSU und FDP gebildeten Bundesregierung vom 4. Mai 1983, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 10. Wahlperiode, 57: „weniger Staat“.

¹²¹ F. Schoch NVwZ 2008, 241 (247): kein „Minimalstaat“.

Erwartung.¹²² Auch im Verbraucherinteresse bedarf es auf unvollkommenen Märkten einer intensiv regulierenden Hand des Staates.

Zu Unrecht allerdings wird das Modell des Gewährleistungsstaats umgekehrt unter Verdacht gestellt, der Entwicklung zu einem patriarchalischen Staat Vorschub zu leisten.¹²³ Aus solcher Sorge heraus ist zuletzt eine stärkere Beachtung der Grundrechte der regulierungsunterworfenen Unternehmen angemahnt worden.¹²⁴ Die Verbraucherperspektive erinnert daran, dass auf unvollkommenen, gleichwohl dem Wettbewerb geöffneten Märkten ohne Regulierung weder für konkurrierende Unternehmen noch für Verbraucher ein freiheitlicher Zustand gegeben wäre. Die Regulierung ist kein bevormundender, prinzipiell zu minimierender¹²⁵ Eingriff in die Freiheit der Marktteilnehmer,¹²⁶ sondern dient überhaupt erst der Konstituierung eines funktionsfähigen Wettbewerbsmarktes für Unternehmen und Verbraucher.¹²⁷

Die vorausliegende Entscheidung über das vom Staat zu gewährleistende Güter- und Dienstleistungsangebot, über staatliche Monopolversorgung oder Liberalisierung und Regulierung des privatwirtschaftlichen Leistungsangebots und ggf. über die Ausgestaltung des Regulierungsregimes im Einzelnen unterliegt zwar Vorgaben des Europäischen Unions- und des Verfassungsrechts; diese lassen aber – mitunter unterschätzte – Spielräume für politische Entscheidung und Gestaltung.¹²⁸ Bei der Ausgestaltung des Gewährleistungsstaats ist dann nicht mehr nur der zu schützende Verbraucher, sondern auch wieder der Aktivbürger im Spiel.

¹²² M. Knauff DÖV 2009, 581 (581).

¹²³ F. Schorkopf JZ 2008, 20 (26).

¹²⁴ Vgl. etwa P. M. Huber FS Stober, 2008, 547 (551 ff.); Kersten Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 320; vgl. auch, in der Sache aber abwägend, M. Burgi DVBl. 2006, 269 (270, 272).

¹²⁵ So z.B. U. Ehricke Die Regulierungsbehörde für Strom und Gas, 2004, 37 f.; F. Schorkopf JZ 2008, 20 (29), der deshalb eine ex-post-Regulierung grundsätzlich einer ex-ante-Regulierung vorziehen will; dagegen M. Burgi DVBl. 2006, 269 (272).

¹²⁶ So auch Eifert (Fn. 2), § 19 Rn. 110 Fn. 255; tendenziell anders etwa U. Di Fabio Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 235 (255).

¹²⁷ Vgl. C. Bumke Die Verwaltung 41 (2008), 227 (238); J. Wieland Die Verwaltung 43 (2010), 83 (88). Vgl. auch mit Blick auf Kartell- und Wettbewerbsrecht W. Fikentscher GRUR Int 2009, 635 (635 f.); allgemeiner B. Grzeszick HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 78 Rn. 21.

¹²⁸ Vgl. zuletzt etwa in diesem Sinne Potacs Herstellung von Wettbewerb (Fn. 1), 263, unter ergänzendem Hinweis auf das „Protokoll über die Dienste von allgemeinem Interesse“ zum Lissabon-Vertrag; W. Kahl Die Verwaltung 42 (2009), 463 (471).

Leitsätze des 1. Referenten über:

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

I. Einführung

1. Der Verbraucher im Regulierungsrecht – eine vernachlässigte Perspektive

(1) In der bisherigen Diskussion um das Regulierungsrecht dominieren die wettbewerbsbezogene Perspektive sowie die Perspektive des regulierenden Staates, während die Verbraucherperspektive von nachrangigem Interesse geblieben ist.

2. „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutz“

(2) Als Verbraucher soll hier gelten, wer als Privater Leistungen oder Güter von Unternehmen am Markt erwirbt.

(3) Unter Regulierungsrecht wird hier marktbezogenes Regulierungsrecht verstanden, das seine Aufgabe in der Etablierung und Sicherung eines Wettbewerbsmarkts in Situationen sog. Marktversagens oder auch bei sonstigen strukturellen Funktionsschwächen eines Marktes hat, die das – einen gegebenen Wettbewerb bloß punktuell, reaktiv begleitende – allgemeine Wettbewerbsrecht überfordern.

3. Anfragen an das Verhältnis von Regulierungs- und Verbraucherschutzrecht

(4) Die – auf einen ersten Blick bestehende – Disparität von Regulierungsrecht und Verbraucherschutzrecht wirft die Frage nach ihrer Verknüpfung in einem verbraucherschützenden Regulierungsrecht auf einer begrifflich-konstruktiven Ebene (II.) und vor allem nach dessen Ausgestaltung in der Sache (III.) sowie deren Bewertung im Hinblick auf mögliche Besonderheiten des Verbraucherschutzes im Regulierungsrecht (IV.) auf.

II. Begrifflich-konstruktive Grundlagen

1. „Staat – Unternehmen – Verbraucher“ im Regulierungsrecht

(5) *Das Regulierungsrecht hat den auf einem Markt agierenden Verbraucher zum Schutzobjekt. Den Weg dahin hat das Europäische Unionsrecht dadurch bereitet, dass es – mit Ausnahme der sog. nichtmarktbezogenen Tätigkeiten – Güter und Leistungen, auch soweit sie bislang der staatlichen Daseinsvorsorge zugerechnet worden sind, als wirtschaftliche Leistungen qualifiziert, die ggf. spezifischen hoheitlichen Gemeinwohlverpflichtungen unterworfen sind.*

(6) *Wenn für solche wirtschaftliche Leistungen ein Wettbewerbsmarkt besteht oder eröffnet werden soll, wird unter den Bedingungen von Marktversagen oder sonstiger Funktionsschwäche des Marktes Regulierungsrecht erforderlich, das sich in dem Dreieck von regulierendem Staat, Unternehmen und Verbrauchern entfaltet.*

These 1: *Grundlegend für die Bedeutung, die der auf einem Markt agierende und zu schützende Verbraucher im Regulierungsrecht gewonnen hat, ist der europäische Begriff der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, der auch sog. Daseinsvorsorgeleistungen als – unter hoheitlichen Gemeinwohlvorgaben stehende – wirtschaftliche Leistungen definiert.*

2. Verbraucherschützendes Regulierungsrecht zwischen öffentlichem und Privatrecht

(7) *Das Regulierungsrecht entzieht sich einer einheitlichen Qualifikation, enthält vielmehr sowohl öffentlich-rechtliche wie auch privatrechtliche (darüber hinaus auch neutrale) Regelungen.*

(8) *Das verbraucherschützende Regulierungsrecht nimmt einerseits früher leistungsverwaltungsrechtlich geregelte Nutzerinteressen nunmehr in seine partiell privatrechtlichen Regelungen auf und überlagert andererseits öffentlich-rechtlich das ansonsten (verbraucher-)privatrechtlich geregelte Rechtsverhältnis von privaten Unternehmen und ihren Endkunden.*

(9) *Aus Verbraucherperspektive eröffnen sich sowohl regulierungsbehördliche wie auch privatrechtliche Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung, deren Zusammenspiel allerdings auch spezifische Probleme aufwerfen kann.*

These 2: *Für das (verbraucherschützende) Regulierungsrecht ist kennzeichnend, dass die Dreieckskonstellation von Staat – Unternehmen – Verbraucher ihre Regelung in einer Gemengelage von öffentlich- und privatrechtlichen (sowie neutralen) Normen findet.*

III. Sachliche Ausgestaltung von Verbraucherschutz im Regulierungsrecht

1. Unions-und verfassungsrechtliche Grundlagen

(10) Grundrechtliche Schutzpflichten und das Sozialstaatsprinzip entfalten nur sehr begrenzte Direktionskraft; es fehlt ihnen vor allem an Aussagen zum Modus der gebotenen Mindestversorgung der Bürger. Dies leisten die sektor-spezifischen Regelungen der Art. 87e, 87f GG, die gerade darauf abzielen, eine durch die Wettbewerbsöffnung bewirkte Unterversorgung zu verhindern.

(11) Das Europäische Primärrecht verpflichtet zum einen allgemein zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus (Art. 169, 114 Abs. 3 AEUV, Art. 38 EuGrCH) und enthält zum anderen mit Blick auf die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Rechtsgrundlagen für eine regulierende Korrektur des Wettbewerbs zum Schutz von ansonsten gefährdeten Verbraucherinteressen (Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV, Art. 36 EuGrCh).

(12) Die entscheidenden, dichten Vorgaben für das nationale Regulierungsrecht finden sich im europäischen Sekundärrecht, prototypisch etwa in den Energiebinnenmarkttrichtlinien (Richtlinien des sog. Dritten Energiebinnenmarktpakets aus dem Jahr 2009).

2. Elemente der einfachrechtlichen Ausgestaltung

a) Einzelne Verbraucherschutzziele

(13) Ein erstes regulierungsrechtliches Verbraucherschutzziel ist die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter des Verbrauchers, die von Gütern oder Dienstleistungen ausgehen können.

(14) Ein zentrales, Verbraucherinteressen dienliches Ziel des Regulierungsrechts ist es sicherzustellen, dass Unternehmen im Wettbewerb die gewollten Leistungen anbieten können.

(15) Ergänzend zielt das Regulierungsrecht darauf, Interessen der Kunden im Verhältnis zu den Unternehmen (im Hinblick auf Werbung, Information, Beratung, Rechnungstransparenz, Zahlungsperioden und Zahlungsweisen, Vertragsdauer, Rücktrittsrechte usw.) zu schützen.

(16) Im Bereich der Netzwirtschaften zielt das Regulierungsrecht auf die Sicherung der Angemessenheit der von den Verbrauchern zu zahlenden Preise, bloß indirekt durch Regulierung der Netzzugangsentgelte oder direkt durch Endkundenpreisregulierung.

(17) Für den Fall, dass die gewollte Mindestversorgung durch das Leistungsangebot im Wettbewerb nicht zustande kommen sollte, sieht das Regulierungsrecht schließlich teilweise Regelungen zur Sicherung einer Grundversorgung der Verbraucher durch Unternehmen vor.

b) *Durchsetzung von Verbraucherinteressen*

(18) *Die Durchsetzung der Verbraucherschutzinteressen erfolgt in den einzelnen Kundenbeziehungen durch zivilrechtliche Rechtsdurchsetzungsinstrumente, ergänzend durch verschiedene Regelungen kollektiver Interessenwahrnehmung, insbesondere auch Verbraucherverbandsbeteiligungs- und -klagerechte, sowie schließlich durch regulierungsbehördliche Entscheidungen.*

IV. *Die Besonderheit des Verbraucherschutzes durch Regulierungsrecht*

1. *Der Probiestein: Verbraucherschutz im Lichte verschiedener Verbraucherleitbilder*

(19) *In der Frage, worin die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers auf dem Markt begründet ist und welches Verbraucherschutzkonzept deshalb geboten ist, stehen sich das Leitbild des der Unternehmenseite gegenüber generell oder jedenfalls situativ unterlegenen und deshalb im Sinne eines sozialen Verbraucherschutzmodells schutzbedürftigen Verbrauchers sowie das – heute dominierende – Leitbild des mündigen und umsichtig handelnden Verbrauchers, der im Sinne des sog. Informationsmodells auf Vermittlung hinreichender Markttransparenz angewiesen ist, gegenüber.*

2. *Schutz der Verbraucherinteressen im Regulierungsrecht*

a) *Verbraucherschutz ordnungs- und verbraucherprivatrechtlichen Charakters*

(20) *Mit seinen der Sache nach gefahrenabwehrrechtlichen Regelungen sowie seinen – erheblich ausgebauten – Regelungen verbraucherprivatrechtlichen Charakters fügt sich das Regulierungsrecht in den vom Informationsmodell dominierten verbraucher(privat)rechtlichen Bezugsrahmen ein.*

b) *Verbraucherschutz durch Marktregulierung*

(21) *Im Anwendungsbereich von Regulierungsrecht bedarf es eines über den Ausgleich von Informationsasymmetrien und über verbraucherprivatrechtlichen Kundenschutz hinausgehenden, spezifischen Verbraucherschutzes.*

(22) *Die besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers hat ihren Grund nicht in einer rollenspezifischen strukturellen Unterlegenheit gegenüber dem Unternehmer, sondern in den gegebenen, den Wettbewerb störenden Marktunvollkommenheiten. Der Gefahr, wegen nicht funktionierenden*

Wettbewerbs überhöhte, Monopolrenditen einschließende Preise zahlen zu müssen, kann der Verbraucher auch bei optimaler Markttransparenz nicht entgehen, ohne auf das Wirtschaftsgut zu verzichten, was ihm nicht möglich ist, jedenfalls rechtlich nicht zugemutet wird.

These 3: *Der regulierungsrechtliche Verbraucherschutz folgt – tendenziell zunehmend – den Regelungsmustern des gefahrenabwehrenden und vor allem verbraucherprivatrechtlichen Verbraucherschutzrechts. Jedoch bedarf es im Regulierungsrecht eines über den Ausgleich von Informationsasymmetrien und Kundenschutz hinausgehenden Verbraucherschutzes, wo den Wettbewerb störende Marktunvollkommenheiten die Verbraucherinteressen gefährden.*

(23) *Verbraucherschutz darf nicht als Gegenstand einer sog. sozialen oder nichtökonomischen Regulierung von der marktbezogenen Regulierung abgesondert werden. Mit Blick auf die Entstehung von ökonomischer Regulierung und mit Blick auf die Regulierungsziele bilden ökonomische und nicht-ökonomische Regulierung keinen Gegensatz.*

(24) *Die Regulierung des Finanzmarkts dient im Kern der Etablierung eines funktionsfähigen Marktes durch vertrauensstabilisierende staatliche Kontrollmechanismen, nicht darüber hinaus der regulierenden Korrektur wettbewerblicher Marktstrukturen, die Verbraucherinteressen gefährden könnten. In den Netzwirtschaften hingegen bedarf es, soweit weiterhin von natürlichen Monopolen auszugehen ist, im Interesse der Verbraucher der spezifischen Regulierungsinstrumente der Zugangsrechtsgewährungen, Entgeltregulierungen und Grundversorgungsansprüche.*

These 4: *Wenn ein weiter Begriff von marktbezogener Regulierung zugrunde gelegt wird, bedarf es der Differenzierung: Wo es der Regulierung allein um die Etablierung eines funktionsfähigen Marktes ohne Eingriff in den wettbewerblichen Marktmechanismus geht, entfällt ein spezifischer wettbewerbsregulierender Verbraucherschutz; er ist hingegen insbesondere in den Netzwirtschaften geboten, soweit weiterhin von natürlichen Monopolen auszugehen ist.*

(25) *Die komplexe Gestaltungsaufgabe der gebotenen wettbewerbsbezogenen Regulierung betrifft die einzelnen Verbraucher mittelbar erheblich, aber reflexhaft. Mit Recht wird die Möglichkeit der subjektivrechtlichen Berechtigung der einzelnen Verbraucher im Bereich von wettbewerbsbezogenen Regulierungsentscheidungen zurückhaltend bewertet. Wohl erscheint eine Stärkung der Partizipation über Verbraucherverbände möglich und angezeigt.*

These 5: *Wettbewerbsbezogene Regulierungsentscheidungen betreffen die einzelnen Verbraucher reflexhaft. Die Geltendmachung von Verbraucherinteressen ist insoweit Sache der Partizipation insbesondere über die Verbraucherverbände.*

(26) *Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht ist ein mixtum compositum von modernem Verbraucherschutz und sozialstaatlicher Daseinsvor-*

sorge. In den Netzwirtschaften ist maßgebend, inwieweit nach Einschätzung des Gesetzgebers trotz der Abhängigkeit von einem natürlichen Monopol hinreichende Vorbedingungen für funktionierenden Wettbewerb bereits bestehen. In der verbleibenden Ergebnisverantwortung des regulierenden Staates setzt sich seine Daseinsvorsorgeverantwortung fort.

V. Schluss: Das Regulierungsrecht aus der Verbraucherschutzperspektive

1. Eigenart des Regulierungs(verwaltungs)rechts

(27) Die Überlegungen zum Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht lassen zweifelhaft erscheinen, ob das Regulierungsverwaltungsrecht als Verwaltungsrechtsgebiet und dritte Säule neben der Ordnungs- und der Leistungsverwaltung etabliert werden sollte. Regulierung, die primär an den Modalitäten und Instrumenten der Verfolgung von Gemeinwohl- oder Verwaltungszwecken interessiert ist, liegt insofern quer zu den einzelnen Verwaltungsaufgaben (ordnungs- wie auch leistungsverwaltungsrechtlicher Art) und reicht im Übrigen, durch den Einsatz originär privatrechtlicher Instrumente, auch darüber hinaus.

(28) Möglicherweise wird Regulierung angemessener nicht als ein eigenständiges Verwaltungsrechtsgebiet, sondern – auf einer höherstufigen Ebene – als ein Modus staatlicher Aufgabenverfolgung erfasst, der – mit gleitenden Übergängen – zwischen staatlicher Eigenwahrnehmung und bloß ordnungs- und privatrechtlicher Reglementierung privater Betätigung angesiedelt ist.

These 6: *Es erscheint angemessener, Regulierung nicht als ein eigenständiges Verwaltungsrechtsgebiet neben Ordnungs- und Leistungsverwaltung, sondern übergreifend als einen zwischen staatlicher Eigenwahrnehmung und bloß ordnungs- und privatrechtlicher Reglementierung privater Betätigung angesiedelten Modus staatlicher Aufgabenverfolgung zu erfassen.*

2. Der Gewährleistungsstaat: schlanker oder patriarchalischer Staat?

(29) Die Verbraucherperspektive erinnert daran, dass auf unvollkommenen, gleichwohl dem Wettbewerb geöffneten Märkten ohne Regulierung weder für konkurrierende Unternehmen noch für Verbraucher ein freier Zustand gegeben wäre. Die Regulierung ist kein prinzipiell zu minimierender Eingriff in die Freiheit der Marktteilnehmer, sondern dient überhaupt erst der Konstituierung eines funktionsfähigen Wettbewerbsmarktes für Unternehmen und Verbraucher.

***These 7:** Auf strukturell unvollkommenen, gleichwohl dem Wettbewerb geöffneten Märkten dient Regulierung überhaupt erst der Konstituierung eines funktionsfähigen Wettbewerbsmarktes für konkurrierende Unternehmen und Verbraucher.*

Vierter Beratungsgegenstand:

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

2. Referat von Prof. Dr. Dr. *Wolfgang Durner* LL.M., Bonn*

Inhalt

	Seite
I. Ein konzeptioneller Blick auf das Thema	401
1. Begriffliche Enge und Weite des „Verbraucher-“ und des „Regulierungsrechts“	401
2. Der weite Regulierungsbegriff als Instrument zur Analyse des Verbraucherschutzes	403
II. Das analytische Leitbild der Regulierung am Beispiel der Telekommunikation	405
1. Das Leitbild der starken Behörde als Paradigma moderner Regulierungsverwaltung	405
2. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Regierung .	405
3. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Legislative .	406
4. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Judikative .	408
a) Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Regulierungsverfügung	408
b) Extensive Anwendung der Schlusspunkttheorie . . .	409
c) Verlust von Kontrollbefugnissen durch Europäisierung der Entscheidung	410
d) Substituierung von Rechtsprechung durch streitschlichtende Regulierung	410
5. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Kommission	411
III. Regulierungselemente und Regulierungstrends im Verbraucherschutz	412
1. Die Legitimation starker Regulierung durch die Persistenz natürlicher Monopole	412

* Für inspirierende Gespräche und Hinweise zum Vortragsthema danke ich *Andreas von Arnould, Christian Busse, Klaus Gärditz, Jens Kersten* und *Nela Trillmich*, für wertvolle praktische Ratschläge *Peter Häberle*.

2. Von den Netzwirtschaften zum Standardmodell europäischer Verwaltung?	413
3. Der Siegeszug des Verbraucherschutzes und der Wandel des Verbraucherleitbilds	414
4. Verbraucherschutz durch europäische Regulierungs- behördennetzwerke	416
a) Die Leitvorstellung der Kommission	416
b) Ausbau bestehender Verbraucherschutz Elemente im sektoralen Regulierungsrecht	417
c) Trends zur flächendeckenden regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung	418
5. Öffentliches Recht und Privatrecht im Verbraucher- schutz	419
6. Hintergründe der Ausweitung des Verbraucher- schutzes durch Regulierung	421
IV. Der Schutzauftrag des Rechts	423
1. Konstitutionelle Anforderungen an die Verbraucher- schutzregulierung	423
a) Die exekutivische Machtkonzentration als Herausforderung für das Recht	423
b) Regulierung als Kristallisationspunkt verwaltungsrechtlicher Entwicklungspfade	424
c) Mindeststandards des Grundgesetzes und des Unionsrechts	425
2. Die Grundrechte – Schutz durch oder vor Regulierung? .	426
a) Hoheitlicher Verbraucherschutz als Grundrechtsschutz oder Daseinsvorsorge?	426
b) Die grundrechtlich gebotene Kontrolldichte	429
3. Rechtsstaatliche Anforderungen am Beispiel des Bestimmtheitsgebots	430
a) Verbraucherschutz als Entgrenzung der Befugnisse der Regulierungsverwaltung	431
b) Die fehlende Aussagekraft des „Verbraucherschutzes“ als Regulierungsziel	432
c) Die Reichweite einer möglichen Kompensation durch Verfahrensrecht	434
d) Verbraucherschutz als technische Aufgabenstellung geringer politischer Tragweite?	434
4. Das Demokratieprinzip	436
a) Grundgesetzliches und unionales Demokratieprinzip .	436
b) Verbraucherschutz als Legitimationsgrundlage der Regulierungsverwaltung?	437

c)	Vom Unionsbürger durch Regulierung zum Verbraucher?	440
d)	Verbraucherschutzregulierung als Idealverwaltung der Konsumentendemokratie	441
V.	Verbraucherschutzregulierung als Mikrokosmos des öffentlichen Rechts	443

I. Ein konzeptioneller Blick auf das Thema

1. Begriffliche Enge und Weite des „Verbraucher-“ und des „Regulierungsrechts“

Was ist Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht? Nach traditionellen Begrifflichkeiten bildet das „Verbraucherschutzrecht“ einen engen Sammelbegriff für einige spezifische Schutzgesetze wie das Verbraucherkreditrecht,¹ während sich die Bezeichnung Regulierungsrecht derzeit vor allem auf die Netzregulierung bezieht. Wo liegen die Schnittbereiche? Daneben finden sich Definitionen wie die semantisch geleitete Einsicht bei von Danwitz, „to regulate“ bedeute schlicht „regeln“,² oder der Befund von Canaris, der 1999 feststellte, Jedermann sei meist „Verbraucher“ und das gesamte Zivilrecht daher – mit Ausnahme der berufsbezogenen Vorschriften – bei Lichte besehen Verbraucherschutzrecht.³ Mit einem solchen Begriffsverständnis würden sich – unter Ausklammerung des Beamten- und des Berufsrechts – erhebliche Teile des öffentlichen Rechts zur Deutung als „Verbraucherschutzregulierung“ anbieten. Welchen Erkenntniswert verspricht die Vermessung eines derart weit definierten Rechtsgebiets?

Diese Ausgangsfragen sind Folge der Unschärfe der Begriffe „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutzrecht“: In dem Kompetenztitel des Art. 169 AEUV ist der „Verbraucherschutz“ letztlich kaum mehr als ein konturschwacher Oberbegriff für Normen, die unmittelbar oder mittelbar dem Schutz der Verbraucher dienen.⁴ In Deutschland wurde ein ähnlich weites Verbraucherverständnis in § 13 BGB übernommen. Hoheitlich durchgesetzt werden hier herkömmlicherweise lediglich einige Ausschnitte des technischen Verbraucherschutzes – namentlich die Vorgaben zur Geräte- und Lebensmittelsicherheit durch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit –, während

¹ So etwa das Begriffsverständnis bei R. Martis/A. Meinhof/Verbraucherschutzrecht, 2. Aufl. 2005; zu diesem engen Verbraucherbegriff und seinem „transitorischen Charakter“ M. Schmoekel in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB II, 2007, vor §§ 312 ff. Rn. 12.

² T. von Danwitz DÖV 2004, 977 (984).

³ C.-W. Canaris AcP 200 (2000), 273 (359 ff.); nochmals weiter P. Bozhilova/S. Tonikidis HFR 2010, 177 ff.

⁴ Art. 169 AEUV erstreckt sich auf sämtliche Maßnahmen, die „die Wahl- und Entscheidungsfreiheit der Verbraucher stärken und sie vor wirtschaftlichen Nachteilen ... schützen sollen“. Näher J. C. Wichard in Callies/Ruffert (Hrsg.) Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 153 Rn. 4 und 9; zum weiten Verbraucherbegriff des Art. 169 weiter G. Straetmans Europ. Business Law Rev. 2009, 423 (431 ff.).

der wirtschaftliche Verbraucherschutz ganz überwiegend der zivilrechtlichen Rahmensetzung überlassen bleibt.⁵

Von vornherein umstritten sind Inhalt und Reichweite des „Regulierungsrechts“:⁶ Schillernd ist weniger der enge Regulierungsbegriff der durch die Bundesnetzagentur regulierten Sektoren⁷ als vielmehr die darüber hinausgehende „Regulierung im weiteren Sinne“, die das überwiegende Schrifttum – mit unterschiedlichen Akzenten – ebenfalls dem neuen Gebiet des „Regulierungsrechts“ zuschlägt.⁸ Trotz des gelegentlichen Anspruchs, einen „neuen Rechtsbegriff“ entwickelt zu haben,⁹ bestätigt jedoch bereits eine kursorische Durchsicht, dass der weite Regulierungsbegriff bislang an Konturlosigkeit und fehlendem Konsens leidet: Im Schrifttum finden sich einerseits enge Definitionen, die das Recht der Regulierung im weiteren Sinne als spezifisches „Privatisierungsfolgenrecht“,¹⁰ als Recht der „Gewährleistungsverwaltung“¹¹ oder als System der Herstellung von Wettbewerb auf netzgebundenen Märkten deuten.¹² Diesem aufgabenbasierten Verständnis stehen sozialwissenschaftlich inspirierte weite Definitionen wie jene des „Ansteuerns

⁵ Näher E. von Hippel Verbraucherschutz, 3. Aufl. 1986, 62 ff.; zusammenfassend R. Münker in Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (Hrsg.) Bamberger Verbraucherrechtstage 2009, 48 ff.; für den Bereich des Gesundheitsschutzes verdeutlicht die Behördenstrukturen exemplarisch B. Schmidt am Busch Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem, 2007, 167 ff.

⁶ Näher zum Begriff M. Ruffert in M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2010, § 7 Rn. 1 ff.; historische Ursprünge erläutert M. Schmoeckel Forum Historiae Iuris 2009; illustrativ auch die für das französische Recht diagnostizierten Definitionsprobleme bei M.-A. Frison-Roche Recueil Dalloz 2004, 126 ff.

⁷ Dies sind derzeit Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. Für eine begriffliche Beschränkung auf diese Bereiche U. Stelkens in J. H. Seok/J. Ziekow (Hrsg.) Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 2008, 77 (82); vgl. weiter J. Masing DJT 66 (2006), D 5 (D 16 f. und D 20 ff.).

⁸ So etwa R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, 1990, 40 f.; M. Schmidt-Preuß FS Schmidt, 2006, 547 (548 f.); R. Stober FS Scholz, 2007, 943 (945); kritisch auf Grundlage eines von vornherein weiten Begriffs O. Lepsius in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 19 Rn. 27 f.

⁹ So etwa M. Bullinger DVBl. 2003, 1355 (1356); für eine analytisch geschärfte rechtliche Bedeutung wohl auch M. Eifert in W. Hoffman-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 2006, § 19 Rn. 8; vgl. weiter M. Fehling FS Winter, 2007, 171 (172) („ein anspruchsvoller Regulierungsbegriff, der sich von dem allgemeinen Begriffsverständnis in den Sozialwissenschaften ... abhebt“).

¹⁰ M. Ruffert AöR 124 (1999), 237 (239); Stober (Fn. 8), 946; ähnlich M. Knauff VerwArch 98 (2007), 382 (383).

¹¹ In diesem Sinne etwa M. Bullinger DVBl. 2003, 1355 (1357); W. Kahl Die Staatsaufsicht, 2000, 308; F. Schoch NVwZ 2008, 241 (243 und 245 f.).

¹² Schmidt-Preuß (Fn. 8), 549.

von Gemeinwohlzielen durch staatliche Regelungen“¹³ sowie vermittelnde Stimmen gegenüber, die Regulierung auf Ausschnitte des Wirtschaftsrechts begrenzen.¹⁴ Wie konturschwach diese Kategorien bleiben, belegt nichts deutlicher als die überwältigende Fülle der Anwendungsfelder, die der weite Regulierungsbegriff inzwischen reklamiert: So werden mittlerweile die Medien, der Verkehr, das Hochschulrecht, Teile der Abfall- und Wasserwirtschaft und das Weinrecht – je nach Begriffsverständnis ganz oder jedenfalls in Teilbereichen – als Regulierungssektoren angesehen.¹⁵ Die strukturellen Unterschiede zwischen diesen Regulierungsfeldern legen indes nahe, dass das Schrifttum noch weit von der Herausbildung eines echten Rechtsinstituts der „Regulierung“ entfernt ist.

2. Der weite Regulierungsbegriff als Instrument zur Analyse des Verbraucherschutzes

Stattdessen erfüllt der weite Regulierungsbegriff derzeit eine ganz andere, der Schaffung eines Rechtsbegriffs gleichsam vorgelagerte Funktion: Ein über die Aufgaben der Bundesnetzagentur hinausgehender Regulierungsbegriff kann als analytische Folie Aussagen über regelungstechnische Konvergenzen und spezifische Regulierungselemente

¹³ So in Kontrastierung zum engen Regulierungsbegriff ebenfalls *Schmidt-Preuß* (Fn. 8), 549; vgl. weiter *Eifert* (Fn. 9), § 19 Rn. 5: „... gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse“, mit klarer Herleitung dieser Definition aus den Sozialwissenschaften; *K. Einig* in C. Neu (Hrsg.) *Daseinsvorsorge*, 2009, 39 ff. (die „behördliche Gestaltung und Überwachung eines für die Adressaten verbindlichen Regelsystems“); nochmals weiter *J. Freigang* *Verträge als Instrumente der Privatisierung, Liberalisierung und Regulierung*, 2009, 279.

¹⁴ So etwa *C. Berringer* *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, 2005, 94 ff.; *Fehling* (Fn. 9), 172, der Regulierung als „Wirtschafts- und Wettbewerbsaufsicht mit zusätzlichem, über die ordnungsrechtliche Gefahrenabwehr hinausreichendem Gestaltungsauftrag“ definiert; ähnlich *Frison-Roche* (Fn. 6), 128 f.

¹⁵ Vgl. etwa *M. Fehling* in ders./Ruffert (Fn. 6), § 10 (Verkehr) mit der Bilanz des Vorliegens „scheinbar regulierungsferner Strukturen“ und der Forderung nach einer übergreifenden Verkehrsregulierung in Rn. 115 f.; *W. Kahl* Ebd. § 13 (Abfall); ders. Ebd. § 14 (Wasser), beides mit der Begrenzung auf die Ermittlung einzelner Regulierungselemente; *A. Hense* Ebd. § 16 (Gesundheitswesen) mit vermittelndem Befund in Rn. 207; *M. Fehling* Ebd. § 17 (Hochschule) mit dem Befund in Rn. 99, auch das Hochschulrecht nähere sich dem Regulierungsrecht an; zum Weinrecht etwa *T. Gerhard* NVwZ 2010, 94 (95). Weitere Beispiele bei *J. Kühling* *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, 2004, 384 ff., der u.a. auf S. 393 auch die Filmförderanstalt als „Förderregulierungsbehörde der Filmwirtschaft“ deutet. Vgl. weiter die Deutung des Raumordnungsrechts als Regulierung durch *K. Einig* *Informationen zur Raumentwicklung* 1/2008, 17 (22 ff.).

einzelner Rechtsgebiete liefern.¹⁶ In diesem heuristischen Sinn befördert der weite Regulierungsbegriff in zahlreichen aktuellen Beiträgen aufschlussreiche Erkenntnisse¹⁷ und soll auch im Folgenden dazu dienen, das Verbraucherschutzrecht auf seinen Regulierungsgehalt hin zu untersuchen.

Versteht man den weiten Regulierungsbegriff als Analyseinstrument, so wird jedoch die Definition von vornherein durch das jeweilige Erkenntnisinteresse mitbestimmt.¹⁸ Dieses kann sich einerseits – wie im Erstbericht – auf die Regulierungsaufgabe beziehen. Eine andere Fragestellung richtet sich auf die institutionelle Dimension und damit auf die Frage, wieweit Regulierung als spezifischer Verwaltungstyp für Verbraucherschutzziele Anwendung findet oder finden könnte. Das entsprechende Erkenntnisinteresse des Zweitreferenten speist sich aus politikwissenschaftlichen Befunden, die im Zusammenhang mit der als „Regulierung“ bezeichneten Verwaltungsform Gewichts- und Machtverschiebungen innerhalb des politischen Systems beschreiben. Dabei werden idealtypisch eine reduzierte Gesetzesbindung, eine fachliche Autonomisierung, die prozedurale Eigenlegitimität und die Unabhängigkeit als prägende Merkmale der vordringenden Regulierungsverwaltung angesehen; als wichtiges Beispiel einer solchen Behörde gilt neben der Bundesnetzagentur auch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit.¹⁹ Solche Beobachtungen verdeutlichen, dass „Verbraucherschutz durch Regulierung“ schon heute ein empirisches Phänomen darstellt. Um die damit verbunden Gewichtsverschiebungen zu analysieren, soll unter II. ein institutioneller Regulierungsbegriff entwickelt und damit anschließend unter III. das Verbraucherrecht auf sei-

¹⁶ So *H. C. Röhl* JZ 2006, 831 (833), und dem folgend *W. Kahl* in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 14 Rn. 25; vgl. auch die entsprechenden Überlegungen zum Begriff der „Daseinsvorsorge“ bei *F. Ossenbühl* DÖV 1971, 513 (516).

¹⁷ So etwa bei *Fehling* (Fn. 9), 178f., der „regulierungstypische“ Elemente und „Parallelen zur Regulierungsaufsicht“ identifiziert. Weitere Beispiele finden sich bereits oben in Fn. 15.

¹⁸ Vgl. bereits *F. Rittner/M. Dreher* Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 29 Rn. 19.

¹⁹ Vgl. zu den Aussagen im Text besonders *M. Döhler* PVS-Sonderheft 37/2006, 208ff.; ferner *R. Czada/S. Lütz/S. Mette* Regulative Politik, 2003, 244ff.; *B. Eberlein/E. Grande* in *M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch* (Hrsg.) Europäische Integration, 2. Aufl. 2003, 417 (421f.); zu weiteren Beispielen im Bereich des Verbraucherschutzes *F. Janning* PVS-Sonderheft 34/2003, 151 (167f.). Wegweisend für das politikwissenschaftliche Regulierungsschrifttum waren Studien von *G. Majone*, namentlich: *Regulating Europe*, 1996; zur politikwissenschaftlichen Kritik an diesem Ansatz *E. Grande/U. Hartenberger* PVS-Sonderheft 40/2007, 209ff.; *S. Hix* in *F. Decker/M. Höreth* (Hrsg.) Die Verfassung Europas, 2009, 99 (102ff.).

nen Regulierungsgehalt untersucht werden, ehe unter IV. eine rechtliche Bewertung erfolgt.

II. Das analytische Leitbild der Regulierung am Beispiel der Telekommunikation

1. Das Leitbild der starken Behörde als Paradigma moderner Regulierungsverwaltung

Folgt man den skizzierten politikwissenschaftlichen Befunden, so ist paradigmatisch für die empirisch ermittelten Kräfteverschiebungen das Leitbild der „starken Regulierungsbehörde“,²⁰ das sich in den Netzwirtschaften herausgebildet hat und sich durch breite Eingriffsbefugnisse, die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle, eine beschränkte exekutive Rückkopplung sowie einen stetig zunehmenden Kommissions Einfluss auszeichnet. Diese Merkmale werden besonders deutlich, wenn man sich das Verhältnis der Regulierungsbehörde zu den drei Staatsgewalten vor Augen führt. Die für die analytische Vergleichsfolie prägenden Merkmale sollen hier, da der Erstbericht vor allem das Energierecht behandelt, zunächst unabhängig vom Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht als zweitem Referenzgebiet der Netzwirtschaften entwickelt werden.

2. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Regierung

Kennzeichnend für das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Regierung ist im Zusammenhang des Telekommunikationsrechts die seit Jahren anhaltende Diskussion um die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur.²¹ Das geltende Telekommunikationsgesetz geht in § 117 von einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Weisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie aus.²² Dem entspricht der verfassungsrechtliche Befund *Kerstens*, der noch auf der letzten Staatsrechtslehrertagung feststellen konnte, grundgesetzlich unterliege die Bundes-

²⁰ Vgl. zu diesem Bild auch *K. F. Gärditz* AöR 135 (2010), 251 (252f.).

²¹ Vgl. nur die Forderungen bei *M. Fehling* Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 122f.; *I. Henseler-Unger* DJT 66 (2006), O 9 (O 30f.); *K. Oertel* Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66ff. TKG, 2000, 432ff.; *J.-P. Schneider* ZHR 164 (2000), 513 (535ff.).

²² So etwa *M. Geppert* in ders./H.-J. Piepenbrock/R. Schütz/F. Schuster (Hrsg.) Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 116 Rn. 12ff. und § 117 Rn. 1ff.; *C. Schmidt* NVwZ 2006, 907 (908); vgl. aber auch *Masing* (Fn. 7), D 26f.

netzagentur zwingend dem ministeriellen Einzelweisungsrecht.²³ Praktisch wird von diesem Instrument entgegen mancher Missbrauchsszenarien²⁴ kaum Gebrauch gemacht, es funktioniert weniger als Steuerungsinstrument denn als demokratische „Autoritätsreserve“.²⁵ Gleichwohl sieht das Unionsrecht mittlerweile die Abschaffung aller Weisungsbefugnisse vor, sodass künftig auch diese eher symbolische Rückbindung zum Parlament entfällt.²⁶

3. *Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Legislative*

Die organisatorische Loslösung vom Parlament wird dadurch verstärkt, dass sich gleichzeitig auch die sachliche Legitimation im Verhältnis zum Gesetzgeber relativiert. Obwohl sich gerade im Verbraucherschutz die Regulierungsaufgaben vielfach auf die Durchsetzung bestehender konkreter Ansprüche beschränken, gilt es als prägendes Kennzeichen moderner Regulierungsverwaltung, dass jedenfalls einige zentrale Befugnisse generalklauselartig weit und final strukturiert sind.²⁷ Auf ihrer Grundlage soll an Stelle herkömmlicher parlamentarischer Steuerung eine vor allem verfahrensrechtlich gelenkte²⁸ zielgeleitete normative Eigensteuerung treten,²⁹ in der die Regulierungsbehörde kein Normprogramm vollziehe, sondern selbstverantwortlich gesetzliche Gestaltungsaufträge konkretisiere.³⁰ In diesem Sinne versteht

²³ J. Kersten Die Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2009), 288 (328 ff.); ähnlich T. Mayen DÖV 2004, 45 und 50f.

²⁴ Vgl. etwa Kühling (Fn. 15), 383.

²⁵ Döhler (Fn. 19), 218; W. Eschweiler K. & R 2001, 238 (241); vergleichende empirische Befunde bei M. Thatcher Journ. of Europ. Public Policy 2002, 954 (958 ff.).

²⁶ Die 2009 im Zuge des 3. Rechtsrahmens novellierte Richtlinie 2002/21/EG fordert nunmehr in Art. 3 Abs. 3a, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen der Regulierungsaufgaben keinerlei Weisungen entgegennimmt. Zu den parallelen Entwicklungen im Energierecht kritisch Gärditz (Fn. 20), 275 ff., und positiver C. F. Germelmann/J. Gundel EuZW 2009, 763 (768).

²⁷ Vgl. etwa H. Wissmann Generalklauseln, 2008, 279 ff.; B. Wollenschläger Wissensgenerierung durch Verfahren, 2009, 123 ff.; näher zur im Detail uneinheitlichen Regulationsstruktur in den einzelnen Sektoren und Ermächtigungen Masing (Fn. 7), D 104 ff.; J.-P. Schneider in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 22 Rn. 22 ff.; ähnlich J. Ruthig in H.-W. Arndt/Th. Fetzer/J. Scherer (Hrsg.) TKG, Kommentar, 2008, § 2 Rn. 3.

²⁸ Zu den entsprechenden Vorgaben des TKG J.-P. Schneider in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 8 Rn. 87 ff.; allgemeiner zu den Verfahrensstrukturen der Regulierung M. Fehling Ebd. § 20 Rn. 138 ff.; Masing (Fn. 7), D 141 ff.

²⁹ H.-H. Trute FS Brohm, 2002, 169 (172 f.); kritisch von Danwitz (Fn. 2), 981.

³⁰ So allgemein E. Schmidt-Aßmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, 3. Kapitel Rn. 141; M. Eifert ZHR 174 (2010), 449 (461 ff.); C. Franzius DVBl. 2009, 409 (412); Masing (Fn. 7), D 152 ff.; J. Oster Normative Er-

auch das Bundesverwaltungsgericht die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen als Gestaltungsaufgabe, die durch weite Prognosespielräume geprägt sei und im Ergebnis – so der ungeschminkte Befund – „weitgehend frei ist von festen normativen Vorgaben“.³¹

Orientierung soll für den auf diese Befugnisse gestützten regulatorischen Entscheidungsprozess vor allem der weite Katalog allgemein gehaltener Regulierungsziele in § 2 Abs. 2 TKG liefern,³² der prominent in Nr. 1 die Wahrung der Verbraucherinteressen der Telekommunikationsnutzer aufführt.³³ Aus der Tradition des deutschen Verwaltungsrechts scheint es nahe zu liegen, solche durch die Union vorgegebenen Handlungsaufträge im Rahmen der nationalen Umsetzung durch konkretisierte, auf Vorhersehbarkeit und gerichtliche Überprüfbarkeit abzielende Eingriffsermächtigungen gesetzgeberisch zu steuern und demokratisch zu legitimieren.³⁴ Konsequenz wurde in den letzten Jahren weithin gefordert, diesen Ansatz auch auf das Regulierungsrecht zu übertragen.³⁵ Diesem Weg hat jedoch mittlerweile der Europäische Gerichtshof klare Grenzen gesetzt: In seiner Entscheidung zur Regulierungsfreistellung für neue Märkte vom Dezember 2009 wies er die Argumentation zurück, der Bundestag habe durch die angegriffenen §§ 3 Nr. 12b und 9a TKG das Ermessen der Bundesnetzagentur gesetzgeberisch vorstrukturiert. Die Richtlinie habe die Beurteilung der Regulierungsbedürftigkeit auf die Regulierungsbehörden und nicht den nationalen Gesetzgeber übertragen. Dieser greife daher unzulässig „in

mächtigungen im Regulierungsrecht, 2009, 131 ff.; speziell für das TK-Recht *G. Britz* EuR 2006, 46 (56); zu Recht differenzierend *I. Pernice* DJT 66 (2006), O 85 (O 123 f.).

³¹ BVerwGE 130, 39 (49).

³² Dieser verpflichtet die Behörde u. a. auf die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen.

³³ Näher etwa *Ruthig* (Fn. 27), § 2 Rn. 6; *J. Säcker* in ders. (Hrsg.) *Berliner Kommentar zum TKG*, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 2 ff.; vgl. zur Bedeutung dieses Ziels auch BVerwGE 131, 41 (75 f.).

³⁴ Vgl. dazu die Forderungen bei *R. Breuer* DV 36 (2003), 271 (275 ff. und 283 f.) sowie zuletzt BVerfG E 125, 260 (325) mit der Vorstellung, rechtsstaatlich problematische Unionsvorgaben könnten durch reichliche Beigabe „hinreichend anspruchsvoller und normklarer Regelungen“ verfassungskonform ausgestaltet werden. Hintergrund dieses Spannungsverhältnisses ist die Tatsache, dass die Verwaltung in den meisten Mitgliedstaaten der Union generell über größere Entscheidungsspielräume verfügt, vgl. *M. Fehling* in diesem Band S. 304.

³⁵ In diesem Sinne etwa *Berringer* (Fn. 14), 221 ff.; *von Danwitz* (Fn. 2), 979 ff.; ähnlich das Plädoyer bei *Fehling* (Fn. 9), 188 für die „rechtsstaatliche Einhegung notwendig weit gefasster Aufsichtsermächtigungen“; *Röhl* (Fn. 16), 836; kritisch jedoch bereits *H. H. Trute* FS Selmer, 2004, 565 (579 f.).

die weiten Befugnisse ein“, die der Behörde „durch den gemeinsamen Rechtsrahmen gewährt wurden“.³⁶ Diese weit über den Einzelfall hinausweise Argumentation ermöglicht eine gewisse sekundärrechtliche Abschirmung der Regulierungsverwaltung vor dem Gesetzgeber, also letztlich eine tendenzielle Entparlamentarisierung.³⁷ Obwohl dem deutschen Verfassungsrecht die Idee eines „exekutivischen Kernbereichs“ schon bislang zumindest theoretisch bekannt war,³⁸ geht die neue Weichenstellung über diese ältere Vorstellung weit hinaus und nähert die reale Telekommunikationsregulierung dem Modell einer im Kern exekutivischen Verwirklichung unionaler Zielsetzungen³⁹ an.

4. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Judikative

a) Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Regulierungsverfügung

Vielfach wird die Tragweite der Abkoppelung der Regulierungsbehörde von den Einflüssen des Parlaments mit dem beruhigenden Hinweis auf die gerichtliche Kontrolle relativiert.⁴⁰ Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Judikative ist freilich eng mit den ihr gesetzten Vorgaben verknüpft, da gerade diese Vorgaben Reichweite und Intensität der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle bestimmen.⁴¹ Die Aussagen des Bundesverwaltungsgerichts zum Fehlen normativer Vorgaben für das Regulierungsergebnis im Telekommunikationsrecht⁴² lassen dem-

³⁶ EuGH, EuZW 2010, 109 (112) Rn. 74 und 78 mit krit. Anm. K. F. Gärditz JZ 2010, 198 ff.; aus Behördensicht zustimmend I. Henseler-Unger WiVerw 2010, 111 (113 f.); ähnlich wie der Gerichtshof zuvor bereits Franzius (Fn. 30), 410 f. mwN; Trute (Fn. 29), 177 f.; anders namentlich M. Herdegen MMR 2006, 580 ff.; J. Lüdemann in ders. (Hrsg.) Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, 2008, 69 (76 ff.).

³⁷ Gärditz (Fn. 36), 199; W. Möschel MMR 2010, 450 („Der nationale Gesetzgeber ist von Brüssel faktisch ausgeschaltet“); ähnlich Trute (Fn. 35), 578 und Eifert (Fn. 30), 456 f.; allgemeiner zum Phänomen der Entparlamentarisierung im Zuge der europäischen Integration M. Bach Die Bürokratisierung Europas, 1999, 46 ff. Der Referentenentwurf zur Umsetzung des 3. Rechtsrahmens vom 15. 9. 2010 bestätigt diese Entwicklungstendenz.

³⁸ Vgl. etwa BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15 f.); P. Kirchhof in Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Art. 83 (2009) Rn. 37 ff.; ablehnend hierzu etwa P. M. Huber Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung, 1988, 240 ff.; M. Schröder in HStR III, 3. Aufl. 2005, § 64 Rn. 11 f.

³⁹ Bullinger (Fn. 11), 1358 spricht von einer „verdeckten Generalvollmacht zur Sicherung der Gesetzesziele“.

⁴⁰ So etwa Döhler (Fn. 19), 224; ähnlich Schmidt-Preuß (Fn. 8), 547.

⁴¹ So deutlich BVerwGE 131, 41 (47); Berringer (Fn. 14), 219 ff.

⁴² Vgl. oben Fn. 31.

gemäß auch eine gewisse Ratlosigkeit angesichts von Handlungsprogrammen erkennen, die mangels subsumtionsfähiger Tatbestände kaum Ansatzpunkte für eine substanzhafte Ergebniskontrolle bieten. Über die Maßstäbe der gerichtlichen Kontrolle ist daher mittlerweile heftiger Streit entbrannt. Überwiegend fordert das Schrifttum dabei eine Zurücknahme der Überprüfung,⁴³ die unter der phänomenologischen Bezeichnung „Regulierungsermessen“ kumulativ die Anerkennung weiter Prognosespielräume im Hinblick auf Fakten, Beurteilungsspielräume im Hinblick auf die wirtschaftlich geprägten spärlichen Tatbestandsmerkmale und weites Ermessen auf der Rechtsfolgenseite beinhalten soll.⁴⁴ Auch das Bundesverwaltungsgericht deutet die Regulierungsverfügung als „Ausdruck einer gesetzlich ausgeformten Gestaltungsfreiheit“ und Ergebnis einer „komplexen Abwägung“, bei der der Behörde ähnlich wie bei einer Planung „ein umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum“ zustehe.⁴⁵

b) *Extensive Anwendung der Schlusspunkttheorie*

Diese Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle wird durch die gesetzgeberische Ausgestaltung der Regulierungsverfügung als integrierend-gestufte Verwaltungsakt verstärkt: Das Telekommunikationsgesetz stellt in § 13 Abs. 3 als angreifbaren Rechtsakt nur die eigentliche Regulierungsverfügung und damit den Schlusspunkt eines mehrfach gestuften Verwaltungsvorgangs in den Raum, das die Vorstufen der Marktdefinition und der Marktanalyse umfasst.⁴⁶ Diese Zwischen-

⁴³ So etwa J. Masing in Lüdemann (Fn. 36), 155 (170f.) („Vertretbarkeitskontrolle“); Schmidt-Aßmann (Fn. 30), 3. Kapitel Rn. 141 und 4. Kapitel Rn. 81 ff. (Überprüfung nach einem „Diskursmodell“).

⁴⁴ C. Franzius Gewährleistung im Recht, 2009, 422 ff.; Masing (Fn. 7), D 152 ff.; Oster (Fn. 30), 158 ff.; nach verschiedenen Rechtsgrundlagen differenzierend K. Bosch Die Kontrollrechte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, 2010, 123 ff.; M. Burgi DVBl. 2006, 269 (274); T. Mayen DJT 66 (2006), O 41 (O 62 ff.); ders. in K.-D. Scheurle/T. Mayen (Hrsg.) TKG, Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 137 Rn. 37 ff.; gar für einen „Verzicht auf eine Inhaltskontrolle“ plädiert Franzius (Fn. 30), 413 f.; kritisch dazu jedoch Oster (Fn. 30), 301. Die Gegenposition findet sich bei K. F. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1010), der eine „verstärkte rechtsstaatliche Disziplinierung“ einfordert.

⁴⁵ BVerwGE 130, 39 (47f.) mit krit. Anm. T. Attendorn DVBl. 2008, 1408 ff.; BVerwGE 131, 41 ff.; BVerwG, CR 2010, 440 (441f.) mit Rezeption der Bezeichnung „Regulierungsermessen“, vgl. oben Fn. 44.

⁴⁶ Dazu T. Siegel Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, 196, der diese Technik in einen weiteren Kontext der „Entstufung“ des Verwaltungshandelns stellt; U. Stelkens in P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs (Hrsg.) VwVfG, Kommentar, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 296f.; K.-H. Ladeur/C. Möllers DVBl. 2005, 525 (529f.).

schritte können nur inzident mit der Regulierungsverfügung überprüft werden, was die gerichtliche Kontrolle faktisch weiter reduziert.⁴⁷

c) *Verlust von Kontrollbefugnissen durch Europäisierung der Entscheidung*

Ein weiterer Bedeutungsverlust der nationalen Gerichtskontrolle ergibt sich aus der Einbindung der Bundesnetzagentur in den sog. europäischen Regulierungsverbund, in dem die Regulierungsverfügungen zunehmend durch verwaltungsinterne Vorgaben der Kommission geprägt und damit in gewisser Weise durch sie „mitverantwortet“ werden.⁴⁸ Da mitgliedstaatliche Gerichte jedoch nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs Rechtsakte der Union nicht verwerfen dürfen,⁴⁹ sieht sich das Bundesverwaltungsgericht verpflichtet, seine Kontrolle zurückzunehmen, soweit die Regulierungsentscheidung durch die Kommission mitgeprägt ist – diese Teile des Verwaltungsakts bleiben offenbar im Ergebnis kontrollfrei.⁵⁰ Zusammen mit den im Kartellrecht entwickelten allgemeinen Möglichkeiten der Kommission, nationale Gerichte faktisch an die Aussagen ihrer Entscheidungen zu binden,⁵¹ wird die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle der Regulierungsentscheidung somit nochmals eingegrenzt.

d) *Substituierung von Rechtsprechung durch streitschlichtende Regulierung*

Der Terrainverlust der nationalen Rechtsprechung wird schließlich dadurch vervollständigt, dass die Regulierungsbehörden selbst Funktionen wahrnehmen, die faktisch zu einer teilweisen Substituierung von

⁴⁷ Dazu *W. Erbguth* NVwZ 2005, 241 ff.

⁴⁸ Näher *M. Ruffert* DÖV 2007, 761 (766) sowie sogleich im Text S. 411 f.

⁴⁹ So EuGH, Slg. 1987, 4199 ff. – Foto-Frost; näher *H. D. Jarass/S. Beljin* NVwZ 2004, 1 ff.

⁵⁰ BVerwGE 131, 41 (45 f.); ähnlich bereits *Trute* (Fn. 35), 582 ff.; *Franzius* (Fn. 30), 410; *Pernice* (Fn. 30), O 133 f.; vgl. zur Frage der Überprüfbarkeit der unional geprägten Teile *M. Schramm* DÖV 2010, 387 (392 ff.), die Überlegungen u.a. zur Schaffung eines „europäischen Verwaltungsgerichts“ bei *I. Pernice* VVDStRL 66 (2007), 186 (187 f.) sowie allgemeiner *J. Hofmann* in E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hrsg.) Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, 353 (365 ff.).

⁵¹ Leitentscheidung ist insoweit EuGH, Slg. 2000, I-11369 ff. – Masterfoods, wonach nationale Gerichte Widersprüche zu bestehenden oder auch nur künftigen Kommissionsentscheidungen vermeiden müssen. Der Verf. hat dies als primärrechtswidrig angesehen, vgl. *W. Durner* EuR 2004, 547 (562 ff.); dem folgend *Kersten* (Fn. 23), 306 f. mwN; ablehnend jedoch etwa *A. P. Komninos* CMLRev. 2007, 1387 (1393); *M. Schröder* Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, 2010, 162 ff.

Rechtsprechung führen. Bereits die Justizförmigkeit der Entscheidung in einem gerichtsähnlichen Verfahren durch unabhängige „Beschlusskammern“⁵² dient zweifellos der Qualitätssicherung der Entscheidung selbst, lässt jedoch zugleich den subkutanen Anspruch sichtbar werden, dass eine derart verantwortete Entscheidung einer Überwachung durch die Justiz nur noch in engen Grenzen bedürfe.⁵³ Zudem soll es gerade die justizähnliche Entscheidungsfindung der Bundesnetzagentur ermöglichen, ihre Aufgabe der Streitschlichtung gem. § 51 TKG zu erfüllen,⁵⁴ die als bürgernahe und von gerichtlichen Formalitäten bereinigte staatliche Konfliktbewältigung eine Alternative zur Rechtsprechung bieten soll.⁵⁵

5. Das Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Kommission

Eine deutliche Kräfteverschiebung findet schließlich auch im Verhältnis der Regulierungsbehörde zur Kommission statt: Deren Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten wachsen gleichsam komplementär in dem Maße an, in dem die politischen Einflüsse der mitgliedstaatlichen Regierungen, die Steuerung durch den Gesetzgeber und die gerichtliche Kontrolle zurückgedrängt werden. Als Weiterentwicklung des zuvor etwa im Kartellrecht entwickelten Modells gilt das Regulierungsrecht als Flaggschiff des kohärenzsichernden Europäischen Verwaltungsverbunds.⁵⁶ Es zielt in seiner Entwicklungstendenz darauf ab, nicht mehr den nationalen Umsetzungsakt, sondern die europäische Richtlinie selbst zum Vollzugsmaßstab zu machen, damit die Rolle der parlamen-

⁵² Vgl. dazu *Ruffert* (Fn. 10), 279; *Trute* (Fn. 29), 183.

⁵³ Nach *Kühling* (Fn. 15), 382f., dient dieses Verfahren im Ergebnis dazu, die Unabhängigkeit der Behörde und die Eigenrationalität ihrer Entscheidung zu stärken; nach *Eifert* (Fn. 30), 468ff. verschaffen Stellung und Verfahren der Behörde ihr einen Wissensvorsprung, der weit über das hinausgeht, was Gerichte leisten könnten; vgl. dazu – mit zutreffenden Einwänden – *Mayen* (Fn. 23), 53f.; *ders.* in K.-D. Scheurle/T. Mayen (Fn. 44), § 132 Rn. 4ff.

⁵⁴ Näher – auch zu den unionalen Grundlagen – *K. Graulich* in Arndt/Fetzer/Scherer (Fn. 27), § 51 Rn. 1; *C. Stotz* Zwischen Verbraucherschutz und Wettbewerb – Die Universalienstrichlinie 2002/22/EG, 2006, 254f.

⁵⁵ Nach *Bullinger* (Fn. 11), 1359 dient die Streitschlichtung dazu, „Unternehmen und Bürgern die Möglichkeit zu geben, Streitfälle unparteiisch bereinigt zu sehen, ohne die Formalitäten und den Zeitaufwand verwaltungsgerichtlicher Verfahren“ und dadurch zugleich ihre „Folgebereitschaft“ zu wecken.

⁵⁶ Dazu *Britz* (Fn. 30), 53ff.; *T. von Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 609ff.; *H. C. Röhl* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 9), 2. Bd., 2008, § 30 Rn. 59ff.; allgemeiner *E. Pache/T. Groß* Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 106ff. und 152ff.

tarischen Umsetzung zu marginalisieren und stattdessen Richtlinienkonkretisierung und -vollzug in die Foren der Regulierungsnetzwerke zu verlagern.⁵⁷

Dabei nimmt die Kommission in Form allgemeiner Empfehlungen, durch Einvernehmenserfordernisse oder auch direkte Interventionen wachsenden Einfluss auf die mitgliedstaatliche Verwaltungsentscheidung. Gerade die ihrer äußeren Form nach unverbindlichen Empfehlungen, die im Falle der Marktdefinition nach § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG durch die Bundesnetzagentur „weitestgehend berücksichtigt“ werden müssen, gewinnen zunehmend den Charakter faktisch verbindlicher Richtlinienkonkretisierungen,⁵⁸ während einzelne Aufforderungen ihrer Wirkung nach Weisungscharakter annehmen.⁵⁹ Letztlich zielen diese Entwicklungen in ihrer Summe darauf ab, „Distanz gegenüber den Einflussnahmen der nationalen Politik und damit Raum für die Verfolgung eines europäisch definierten Gemeinwohls zu schaffen.“⁶⁰ Der Regulierungsverbund nähert sich qualitativ einer Auftragsverwaltung, die Stellung des nationalen Regulierers der einer nachgelagerten EU-Behörde an.⁶¹ Inhaltliche Steuerung und demokratische Legitimation soll diesem Verbund vor allem die Kommission vermitteln.⁶²

III. Regulierungselemente und Regulierungstrends im Verbraucherschutz

1. *Die Legitimation starker Regulierung durch die Persistenz natürlicher Monopole*

Betrachtet man das Gesamtbild der skizzierten Faktoren, so lässt sich – unabhängig von der Frage ihrer normativen Bewertung – zu-

⁵⁷ Vgl. dazu die Analysen bei *Trute* (Fn. 35), 569.

⁵⁸ Näher *Kühling* (Fn. 15), 415 ff.

⁵⁹ Vgl. etwa „Telekommunikation: Europäische Kommission fordert deutschen Regulierer auf, für bessere Wettbewerbsbedingungen im Endkunden-Zugangsmarkt zu sorgen“, Pressemitteilung IP/09/1946 v. 17. 12. 2009.

⁶⁰ *Trute* (Fn. 35), 571 ff., 574.

⁶¹ Ähnlich *Kühling* (Fn. 15), 420, der die Stellung der Kommission als die einer faktischen „(Ober-)Regulierungsbehörde“ beschreibt; vgl. weiter *Trute* (Fn. 35), 572 ff.

⁶² Dies überrascht insoweit, als die Kommission selbst gleichfalls von einem politikfernen, regulierungsähnlichen Selbstverständnis getragen wird, vgl. *S. Bredt* Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, 2006, 379 ff.; *Kühling* (Fn. 15), 412 ff. Diese Selbstbeschreibung übernimmt etwa *W. Frenz* Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2010, § 2 Rn. 1924 (die Kommission sei „unabhängig und entpolitisiert ... wie nationale Regierungsbehörden“); kritisch aber unter Hinweis auf faktische parteipolitische Einflüsse *Hix* (Fn. 19), 120 f.

nächst festhalten, dass der Idealtyp der Regulierungsverwaltung auf eine in dieser Form bislang kaum gekannte Bündelung normativ schwach kontrollierter behördlicher Machbefugnisse hinausläuft.⁶³ Den konzentrierten exekutivischen Befugnissen steht freilich derzeit eine spezielle Aufgabenstellung gegenüber, die die Verwaltung vor in vieler Hinsicht atypische Probleme stellt. Angesichts der für die bisherigen Regulierungssektoren prägenden natürlichen Monopole der Anbieter⁶⁴ – so wird argumentiert – könne eine Regulierung, die auf eine solche behördliche „Machtfülle“ verzichte, den Anbietern „nur hoffnungslos hinterherlaufen“.⁶⁵ Tatsächlich erscheinen die Regulierungsmaßnahmen in den Netzwirtschaften als grundsätzlich sachgerechte und daher verfassungsrechtlich zulässige Strategie zur Überwindung der Persistenz natürlicher Monopole.⁶⁶ Im Telekommunikationsbereich hat der entschlossene Einsatz solcher Regulierung für den europäischen Verbraucher erhebliche Vorteile in Form von Leistungssteigerungen und Preissenkungen bewirkt.⁶⁷

2. *Von den Netzwirtschaften zum Standardmodell europäischer Verwaltung?*

Gerade die Diskussion um den eingangs erwähnten „weiten Regulierungsbegriff“ verdeutlicht jedoch, dass der Regulierungsverbund wohl keineswegs ein auf natürliche Monopole beschränktes, auf mittlere Sicht in das Kartellrecht rückführbares Übergangsphänomen bleiben wird,⁶⁸

⁶³ F. Schorkopf JZ 2008, 20 (26 ff.) warnt daher vor einer Rückentwicklung zur früheren „guten Policy“. Dieses Bild wird von Franzius (Fn. 44), 362 f. („Regulierungspessimismus“) oder M. Ruffert in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 7 Rn. 60 zurückgewiesen, findet sich jedoch positiv gewendet bei Bullinger (Fn. 11), 1359.

⁶⁴ Näher zu diesen etwa F. J. Säcker AöR 130 (2005), 180 (200).

⁶⁵ So etwa Masing in Lüdemann (Fn. 36), 155 (170) mwN; ders. (Fn. 7), D 73 f.; zusätzlich verwiesen wird regelmäßig auf die „Dynamik und Vielgestaltigkeit der Märkte“, so z. B. Henseler-Unger (Fn. 21), O 36 ff.

⁶⁶ Vgl. etwa – aus verschiedenen Perspektiven – Fehling (Fn. 9), 186; Trute (Fn. 29), 171 f. Dies gilt umso mehr, als das Netzeigentum der Monopolisten einer gesteigerten Sozialpflichtigkeit unterliegt, so BVerwGE 114, 160 (192 f.); Säcker (Fn. 64), 185 und 190; H.-H. Trute FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 857 (864); kritisch jedoch Masing (Fn. 7), D 157 mwN. Auch in den Netzwirtschaften lässt die exekutive Aufrüstung allerdings bisweilen Augenmaß vermissen, vgl. W. Durner in Maunz/Dürig (Fn. 38), Art. 10 (2010) Rn. 40 mwN.

⁶⁷ Dazu bilanzierend die Ländervergleiche in A. Picot (Hrsg.) Die Effektivität der Telekommunikationsregulierung in Europa, 2008.

⁶⁸ So zuletzt etwa noch Schorkopf (Fn. 63), 29; Zweifel jedoch bereits bei Ruffert (Fn. 10), 279; als rein politisch bewertet die Frage O. Lepsius in Fehling/Ruffert (Fn. 6), § 19 Rn. 6.

sondern in manchen Sektoren eine Dauerstrategie bleiben könnte.⁶⁹ Zugleich werden in einigen Feldern des Verwaltungsrechts Teilelemente des Regulierungsmodells rezipiert oder lassen sich Annäherungstendenzen an das Leitbild der starken Regulierungsbehörde nachweisen.⁷⁰ Insbesondere bildet das Modell einer durch nur lose parlamentarische Rückbindung geprägten Verwaltung die institutionelle Blaupause zahlreicher Gesetzesvorschläge der Kommission, namentlich bei der Gründung neuer europäischer Agenturen.⁷¹ Das Element der Ausgliederung aus dem parlamentarisch kontrollierten Verwaltungsraum hat sogar Eingang in den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union gefunden, der in Art. 298 AEUV feststellt, Stellen der Union könnten sich zur Ausübung ihrer Aufgaben „auf eine offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung“ stützen.⁷² Zu diesen Aufgaben zählt auch der Verbraucherschutz.

3. *Der Siegeszug des Verbraucherschutzes und der Wandel des Verbraucherleitbilds*

Ähnlich wie das Regulierungsrecht gilt auch der Verbraucherschutz als „ein im Aufbruch begriffenes Rechtsgebiet“,⁷³ wobei die maßgeblichen Aufbruchsimpulse erneut von der Europäischen Union ausgehen. Nach bescheidenen Anfängen im Zusammenhang der Binnenmarktharmonisierung⁷⁴ hat der Verbraucherschutz in zahlreichen Einzelberei-

⁶⁹ So bereits *Säcker* (Fn. 64), 188 und 200.

⁷⁰ Dies verdeutlicht die wachsende Zahl der durch den weiten Regulierungsbegriff reklamierten Anwendungsbereiche, vgl. oben in und bei Fn. 15f. Nach *Franzius* (Fn. 30), 415f., ist das Regulierungsrecht daher gerade kein temporäres „Sonderkartellrecht“, sondern vielmehr „Ausdruck modernen Verwaltungsrechts“.

⁷¹ Vgl. *Europäisches Regieren. Ein Weißbuch*, KOM(2001) 428 endg. v. 25. 7. 2001, 30f.; zur steigenden Zahl und Bedeutung der Agenturen von *Danwitz* (Fn. 56), 319 ff.

⁷² Zur Auslegung dieser „beunruhigenden“ Bestimmung *K.-F. Gärditz* DÖV 2010, 453 (461). Mit ihr positiviert das Unionsrecht den bei *M. Ruffert* in H. H. Trute/T. Groß/H.-C. Röhl/C. Möllers (Hrsg.) *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 431 ff. beschriebenen europaweiten Trend. Freilich steht dies unter dem Vorbehalt des Demokratieprinzips im vorrangigen EU-Vertrag, dazu nachfolgend S. 436f.

⁷³ *R. Stober* in C. Graf/M. Paschke/R. Stober (Hrsg.) *Staatlicher Verbraucherschutz und private Unternehmerverantwortung*, 2003, 1 (4).

⁷⁴ Näher die geschichtlichen Überblicke bei *N. Reich* *Europäisches Verbraucherrecht*, 3. Aufl. 1996, 30 ff.; *G. Paisant* in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, 2002, 181 ff.; *Schmoeckel* (Fn. 1), vor §§ 312 ff. Rn. 28 ff.; *S. Weatherill* *EU Consumer Law and Policy*, 2. Aufl. 2005, 3 ff. Eine Verankerung expliziter Unionszuständigkeiten erfolgte erst schrittweise, dazu *H. Rösler* *EuR* 2008, 800 ff. Nach dem heute geltenden Art. 169 AEUV leistet die Union einen Beitrag u. a. zu den Gebieten des Schutzes der

chen rasant an Bedeutung gewonnen⁷⁵ und ist vor allem für das Privatrecht zum Motor der europäischen Zivilrechtsvereinheitlichung geworden.⁷⁶ Instrumentell ist für die neuere Verbraucherpolitik der Union namentlich der Einsatz von Verbandsklagen prägend, die Defizite der individuellen Verbraucherrechtsdurchsetzung ausgleichen sollen.⁷⁷ Inhaltlich ist die auffälligste Entwicklung der letzten Jahre ein Wandel des Verbraucherleitbilds, der sich als Transformation von einem liberalen Bild des selbstbestimmten Verbrauchers zu einer eher paternalistischen Verbraucherpolitik beschreiben lässt.⁷⁸ Dem als „liberalstaatlich“ charakterisierten ursprünglichen Ansatz entsprach jenes Verständnis des Verbraucherschutzes, das der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten entfaltete und das in erster Linie auf Aufklärung und Information setzte.⁷⁹ Auf seiner Grundlage wurde der Verbraucherschutz der Mitgliedstaaten einer rigiden Erforderlichkeitskontrolle unterworfen und meist auf Informations- und Etikettierungspflichten reduziert,⁸⁰ die den Bedürfnissen eines kritischen mündigen Verbrauchers entsprachen.⁸¹ Die neuere, nunmehr durch die Union

Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher. Diese Kompetenz wird weit ausgelegt (vgl. bereits oben Fn. 4), ihre Bedeutung bleibt jedoch nach Einschätzung von *B. Heiderhoff* Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbraucherschutzrechts, 2004, 29 und *H. Rösler* Ebd. 812 hinter jener der Binnenmarktkompetenz zurück.

⁷⁵ Vgl. im Überblick *I. Härtel* in *W. Heun/V. Lipp* (Hrsg.) Europäisierung des Rechts, 2008, 213 ff. sowie exemplarisch für das Recht der Versicherungswirtschaft *U. D. Lemor* FS Winter, 2007, 93 ff.

⁷⁶ Näher *Heiderhoff* (Fn. 74), 18 ff.; *H. Rösler* VuR 2003, 12 ff.; *Weatherill* (Fn. 74), 149 ff.; *ders.* European Rev. of Contract Law 2 (2006), 136 ff.; zu den dahinterstehenden Befürchtungen, die Kommission steuere unter dem Kompetenztitel des Verbraucherschutzes auf eine vollständige Vereinheitlichung des Vertragsrechts hin *N. Reich* ZEuP 2010, 7 ff.; *R. Schulze* NJW 1997, 2742 f.; *G. Wagner* ZEuP 2007, 180 (182 ff.); aus Sicht der Kommission entsprechende Motive bestreitend *H. Schulte-Nölke* NJW 2009, 2161 ff.

⁷⁷ Näher *S. Schlacke* Überindividueller Rechtsschutz, 2008, 336 ff.; *E. Schmidt* NJW 2002, 25 ff. Weiterentwicklungspläne finden sich in dem Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher v. 27. 11. 2008, KOM(2008) 794 endg.

⁷⁸ In einen weiteren Kontext stellt diese Entwicklung *Schmoeckel* (Fn. 1), vor §§ 312 ff. Rn. 38 ff. *Janning* (Fn. 19), 153 f. verwendet das Begriffspaar „liberal“ und „marktkritisch“.

⁷⁹ Näher *Reich* (Fn. 74), 63 f.; *J. Stuyck* CMLRev. 2000, 367 (384 f. und 389 ff.); *Weatherill* (Fn. 74), 58.

⁸⁰ Vgl. etwa EuGH, Slg. 1988, 4233 ff. – italienisches Reinheitsgebot für Teigwaren; eingehend zu dem gerichtlichen Leitbild des informierten Verbrauchers *Strætjans* (Fn. 4), 428 ff.; *K. Seibt* GRUR 2002, 465 ff.

⁸¹ So ging nach EuGH, Slg. 2004, I-7007 ff. Rn. 44 – Douwe Egberts, das belgische Verbot, auf Lebensmitteln mit Angaben über das „Schlankerwerden“ oder „ärztliche

entwickelte Verbraucherschutzgesetzgebung hingegen enthält neben Transparenzpflichten auch Werbeverbote und orientiert sich insgesamt an einem ungleich fürsorgebedürftigeren Verbrauchertypus.⁸² Diese paternalistische Akzentverschiebung lässt bisweilen konzeptionelle Konsistenz vermissen⁸³ und ist rechtspolitisch auf harte Kritik gestoßen,⁸⁴ hält sich jedoch bislang im Rahmen der primärrechtlichen Spielräume.⁸⁵

4. Verbraucherschutz durch europäische Regulierungsbehördennetzwerke

a) Die Leitvorstellung der Kommission

Den ursprünglichen Fokus der wirtschaftlichen Verbraucherschutzpolitik der Union bildete das durch die Mitgliedstaaten geregelte Vertragsrecht, das durch verbraucherfreundliche Vorgaben teilharmonisiert und durch behördliche Befugnisse lediglich punktuell flankiert wurde. Dementsprechend beschränkten sich noch vor wenigen Jahren die Regelungen zum Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht

Empfehlungen“ zu werben, „über das hinaus, was zur Erreichung des Zieles, die Verbraucher vor Täuschungen zu schützen, erforderlich ist“. *Straetmans* (Fn. 4), 430 kommt daher zu dem Befund, „that solely the ‚informed consumer‘ is protected.“

⁸² Die Mitteilung der Kommission v. 20. 11. 2007, „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“, KOM(2007) 724 endg., fordert etwa, im Zuge der nunmehr durch die Union vorangetriebenen Harmonisierung müssten künftig „Marktöffnung und Verbraucherpolitik ... Hand in Hand“ gehen. Zu den im Lebensmittelbereich explizit formulierten Elementen der „Verbrauchererziehung“ *A. Haratsch ZEuS* 2004, 559 (577) mwN; zu dem Gesamtphänomen und seiner Deutung als Abfolge „negativer“ und „positiver Integration“ *M. Höreth Die Europäische Union im Legitimations-trilemma*, 1999, 234ff.

⁸³ So sieht die aktuelle Agrarmarktverordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rats v. 22. 10. 2007 in Art. 104 in freundlichem Nebeneinander jeweils steuerfinanzierte Maßnahmen sowohl zur Förderung des europäischen Tabakanbaus als auch zum Schutz der Verbraucher vor jeder Art von Tabakkonsum vor.

⁸⁴ Zuletzt kritisierten *R. Herzog/F. Boltkestein/L. Gerken FAZ* v. 15. 1. 2010, 14, die Union wandle ihren Verbraucherschutz von einem Konzept des „mündigen Verbrauchers“ zu einer „Bevormundung durch Bürokraten“ im Rahmen einer „an Planwirtschaften erinnernden Politik“; ähnlich *Haratsch* (Fn. 82) und *W. Kahl FS Schmidt*, 2006, 75 (86). Implizite Kritik in diesem Sinne enthält möglicherweise auch das Urteil zur Tabakwerbeverbotsrichtlinie EuGH, Slg. 2000, I-8419ff.

⁸⁵ Nationales und europäisches Verfassungsrecht schützen den freien Wettbewerb nicht einschränkungslos, sondern stellen den Markt unter den Vorbehalt des demokratisch zu bestimmenden, rechtsstaatlich zu rechtfertigenden Gemeinwohls. Zwar wird grundrechtlich ein Kern des Leitbilds des selbstbestimmten Verbrauchers vorgegeben, in diesem Rahmen besteht jedoch Spielraum zur Verfolgung unterschiedlicher Verbraucherschutzkonzeptionen. Näher dazu *U. Di Fabio ZWeR* 2007, 266 (269f.); *O. Lepsius in Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 4 Rn. 13 ff.

weitgehend auf vertragsrechtliche Vorschriften.⁸⁶ Freilich wurde die deutsche Regulierungsbehörde bereits seit 2003 ermächtigt, hoheitlich gegen bestimmte Formen des Missbrauchs im Telekommunikationsbereich vorzugehen.⁸⁷

In Übereinstimmung mit Vorschlägen im Schrifttum, das Verbraucherschutz- und das Wettbewerbsrecht einheitlich durch eine Regulierungsbehörde durchzusetzen,⁸⁸ definiert die Kommission „Verbraucherschutz“ nunmehr als „Regulierung der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher“.⁸⁹ Sie plädiert für einen Verbraucherschutz, der nicht nur durch Verbraucher selbst, sondern – jedenfalls subsidiär – auch exekutivisch gestaltet und vollzogen wird.⁹⁰ Die im Zuge dieses Konzepts bereits geschaffenen Verbraucherschutzverwaltungen sind nach Vorstellung der Kommission auszubauen und etwa um die Befugnis zu erweitern, behördlich die Entschädigung für Regelverstöße anzuordnen und ungerechtfertigte Gewinne abzuschöpfen.⁹¹ Diese Forderungen führen einerseits zu einem schrittweisen Ausbau bestehender Verbraucherschutz Elemente im engeren sektoralen Regulierungsrecht, andererseits zum Aufgreifen einzelner Regulierungselemente im allgemeinen Verbraucherschutz.

*b) Ausbau bestehender Verbraucherschutz Elemente
im sektoralen Regulierungsrecht*

Die Stärkung des Verbraucherschutzes gilt als zentrale Entwicklungstendenz des sektoralen Regulierungsrechts.⁹² Bereits im geltenden Telekommunikationsrecht bildet der Verbraucherschutz nicht nur ein Regulierungsziel, sondern nach manchen Lesarten den „wesentlichen

⁸⁶ Nach der Rechtslage im Jahr 2002 waren Gegenstand behördlicher Regulierung allein die Entgeltregulierung und der Datenschutz. Näher dazu C. Heßler Der Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht, 2002 mit dem Befund auf S. 260, dass dieses Gesamtsystem durchaus bereits als umfassend angesehen wurde.

⁸⁷ Zu diesem nicht europäisch veranlassten Prozess *Stelkens* (Fn. 7), 89 ff.

⁸⁸ So K. J. Cseres *Competition Law and Consumer Protection*, 2005, 411 ff. mwN; ältere Forderungen nach einer deutschen Verbraucherschutzbehörde bei von Hippel (Fn. 5), 265 f. mwN; ders. in J. Lackmann (Hrsg.) *Verbraucherpolitik und Verbraucherbildung*, 2002, 81 (91 ff.). Durchweg orientieren sich diese Vorschläge an dem US-amerikanischen Vorbild der Federal Trade Commission.

⁸⁹ Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union v. 2. 10. 2001, KOM(2001) 531, 3.

⁹⁰ Grünbuch zum Verbraucherschutz (Fn. 89), 17 und 20; ähnlich Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren (Fn. 77), 12; vgl. dazu weiter Rösler (Fn. 74), 808.

⁹¹ Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren (Fn. 77), 13 f.

⁹² *Stober* (Fn. 8), 972.

Hauptzweck der Regulierung.⁹³ Parallel zu den im Erstbericht beschriebenen Entwicklungen im Energierecht⁹⁴ erweitern die jüngsten Vorgaben der Union auch hier die zumeist nur mittelbar wirkenden Verbraucherschutz Elemente durch Kundenschutzrechte, Transparenzverpflichtungen der Anbieter oder die Befugnis der Behörde, Mindestanforderungen an die Dienstleistungsqualität festzulegen.⁹⁵ Dieser Ausbauprozess ist noch nicht abgeschlossen.⁹⁶

c) *Trends zur flächendeckenden regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung*

Letztlich drängen die ambitionierten Vorstellungen der Kommission jedoch über den engen Anwendungsbereich der Netzwirtschaften hinaus. Für einen prominenten Teilbereich des Verbraucherschutzes, die Lebensmittelsicherheit, wurde 2002 die Aufgabe der Risikoanalyse aus der politisch kontrollierten Verwaltung ausgliedert und einer neu geschaffenen unabhängigen Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit übertragen.⁹⁷ Die weitergehende Vision einer flächendeckenden regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung fand ihren vorläufigen Höhepunkt in der Verordnung 2006/2004/EG über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, die ein Behördennetzwerk zur Durchsetzung sämtlicher europäischer Verbraucherschutzrichtlinien geschaffen hat.⁹⁸ Bei Vorliegen eines Binnenmarktbezugs kann somit nunmehr grundsätzlich der gesamte wirtschaftliche Verbraucherschutz hoheitlich durchgesetzt werden. Das zur Durchführung erlassene deutsche Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz 2006 trägt äußerlich

⁹³ So *Heßler* (Fn. 86), 1. Nach Art. 8 Abs. 5 Buchst. c) der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG sollen die nationalen Regulierungsbehörden den Wettbewerb „zum Nutzen der Verbraucher schützen“.

⁹⁴ Vgl. *J. Hellermann* in diesem Band S. 375 ff.

⁹⁵ So die Neufassung des Art. 22 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG; vgl. zum 3. Ordnungsrahmen *R. Klotz/A. Brandenburg* MMR 2010, 147 (150f.) und zu den Verbraucherschutz Elementen *C. Franzius* DVBl. 2010, 1086 (1088 ff.).

⁹⁶ Vgl. etwa die neuen Vorschläge bei *M. Kurth* FS Kühne, 2009, 191 (202f.).

⁹⁷ Vgl. das Weißbuch zur Lebensmittelsicherheit KOM(99) 719 endg. v. 12. 1. 2000, 18 ff. mit der Erläuterung, die aus den Analysen folgenden Gestaltungs- und Eingriffsbefugnisse könnten aus Gründen der demokratischen Verantwortung nicht auf eine unabhängige Behörde übertragen werden; *R. Streinz* in ders. (Hrsg.) *Lebensmittelrechts-Handbuch*, 30. Aufl. 2010, III Rn. 132/135 (2005), der die Behörde entgegen ihrer Bezeichnung als „Regulierungsagentur“ charakterisiert.

⁹⁸ Näher *G. Betlem* Europ. Business Law Rev. 2007, 683 ff.; *J. Glöckner* in H. Harte-Bavendamm/F. Henning-Bodewig (Hrsg.) *UWG, Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Internationales und Europäisches Lauterkeitsrecht Rn. 406 ff.

Merkmale eines Sonderordnungsrechts.⁹⁹ Eine Unabhängigkeit der nationalen Verbraucherbehörden fordert die Verordnung in Art. 4 Abs. 4 allerdings nicht zwingend. Als reiner Durchsetzungsmechanismus vermittelt das Gesetz dem Bundesamt für Verbraucherschutz bislang zudem keine regulierungstypischen Gestaltungsbefugnisse wie jene der Federal Trade Commission in den USA, die im Zuge einer interessengeleiteten Verbraucherschutzregulierung eigenständig Tabakwerbeverbote verhängt oder Anbieter zur Einräumung von Widerrufsrechten verpflichtet hat.¹⁰⁰ Praktisch haben diese Bestimmungen in Deutschland auf Grund einer bewusst restriktiven Umsetzung bislang kaum Bedeutung erlangt.¹⁰¹ Freilich drängt die Kommission massiv auf ein kraftvolleres exekutivisches Handeln,¹⁰² und es bedürfte nur weniger Anpassungen, um das bestehende Netz europäischer Verbraucherschutzbehörden von einem Durchsetzungsmechanismus in einen voll ausgebildeten Regulierungsverbund umzuwandeln.

5. Öffentliches Recht und Privatrecht im Verbraucherschutz

Schon die Bereitstellung ordnungsrechtlicher Mittel zur Durchsetzung wirtschaftlicher Verbraucherinteressen stellt für Deutschland eine symbolkräftige Akzentverschiebung dar. Freilich bewegt sich der Verbraucherschutz als Querschnittsmaterie von vornherein in einem Spannungsfeld von privatem und öffentlichem Recht.¹⁰³ Dass auch an-

⁹⁹ Hervorzuheben ist die polizeirechtlich formulierte Befugnisnorm des § 5 Abs. 1 Satz 1, nach der die zuständige Behörde in Fällen mit Binnenmarktbezug die notwendigen Maßnahmen zur Abwehr der Verstöße gegen Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen trifft. Allerdings werden diese dem ersten Eindruck nach breiten Befugnisse durch die Aufgabenstellung des Gesetzes und der EU-Verordnung in § 1 VSchDG beschränkt, vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 58/09 v. 23. 1. 2009, 9. Zudem soll die Behörde nach § 7 Abs. 1 VSchDG zunächst auf ein Vorgehen Dritter nach dem Unterlassungsklagengesetz hinwirken.

¹⁰⁰ Vgl. *American Bar Association – Section of Antitrust Law* (Hrsg.) *Consumer Protection Law Developments*, 2009, 343 ff. (Garantien) und 361 f. (Tabakwerbungsverbote); *dies.* (Hrsg.) *Consumer Protection Handbook*, 2004, 28 ff., auch zur Vagheit der generalklauselartigen Eingriffsermächtigungen; *von Hippel* (Fn. 5), 106 ff.; zu den historischen Besonderheiten, die die Entstehung dieses Modells im Zuge des New Deal gegen erhebliche Widerstände ermöglichten, sowie zu dem wichtigen verfassungsrechtlichen Kontext des amerikanischen Präsidialsystems und des Common Law umfassend *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 1 Rn. 48 ff.

¹⁰¹ *C. Alexander* WRP 2009, 683 (685); *Münker* (Fn. 5), 46 ff. (2008 bundesweit lediglich sieben Verfahren).

¹⁰² Vgl. das erfolglose Klagebegehren in EuGH, Slg. 2005, I-957 ff. und dazu *Münker* (Fn. 5), 52.

¹⁰³ Vgl. besonders *Säcker* (Fn. 64), 180 ff.; *Schmoeckel* (Fn. 1), vor §§ 312 ff. Rn. 52 ff.

dere Gesetzgebungsphilosophien denkbar sind, belegen neben dem Beispiel der USA auch einige europäische Rechtsordnungen, in denen sich gleichermaßen öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Ausgestaltungen des Verbraucherschutzes sowie Mischformen finden.¹⁰⁴

Im Zuge der mittlerweile erreichten Entwicklung verschwimmen die Grenzen von öffentlichem und privatem Recht vor allem dort, wo der Staat privatrechtliche Pflichten hoheitlich durchsetzt.¹⁰⁵ Vor diesem Hintergrund bildet der Verbraucherschutz ein Musterbeispiel für die Einsicht, dass öffentliches Recht und Privatrecht wechselseitige Auffangordnungen darstellen¹⁰⁶ und dass manche der jeweils verfügbaren Instrumente funktional austauschbar sind. So lassen sich etwa Endkundenpreise nicht nur durch eine Preisregulierung im engeren Sinne, sondern auch durch Instrumente wie die Kartellaufsicht,¹⁰⁷ das öffentliche Preisrecht¹⁰⁸ oder auch die Preiskontrolle nach § 315 BGB¹⁰⁹ beeinflussen, deren jeweiliges Erfolgspotential in erster Linie eine Frage der Feinsteuerung ist.¹¹⁰ Daher richtet sich die konkrete gesetzgeberische Vorgehensweise vor allem an Wirksamkeits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten aus:¹¹¹ Öffentlich-rechtlicher Verbraucherschutz muss keineswegs in Paternalismus umschlagen und wird sich vor allem dort

¹⁰⁴ Näher dazu die vergleichende Darstellung bei *H. Schulte-Nölke/C. Twigg-Flesner/M. Ebers* (Hrsg.) *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 252 ff.; zu den USA vgl. die Nachweise oben in Fn. 100.

¹⁰⁵ *Franzius* (Fn. 44), 592 f. Diese Entwicklung führt zu schwierigen Abgrenzungsfragen, etwa jener nach einer Sperrwirkung der Behördenentscheidung für die Überprüfung durch die Zivilgerichte, vgl. dazu *Säcker* (Fn. 64), 184. Zu den teils inkonsistenten Systementscheidungen des Gesetzgebers *Knauff* (Fn. 10), 392 ff.

¹⁰⁶ *R. Stober* *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2008, 211; grundlegend zu diesem wechselseitigen Zusammenwirken die Beiträge in *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, sowie *G. Wagner* *AcP* 206 (2006), 352 ff.

¹⁰⁷ Vgl. zu den jüngsten Erfolgen im Bereich der Wasserversorgung BGH, LKV 2010, 174 ff.

¹⁰⁸ Aufträge der öffentlichen Hand unterliegen dort, wo kein Marktpreis erzielt werden kann, der Verordnung PR 30/53. Mittelbar werden damit auch Gebühren und Entgelte der Auftraggeber gegenüber Dritten beeinflusst, vgl. VG Düsseldorf *Urt. v.* 12. 12. 2007 – 5 K 1151/06 –, Rn. 39 ff.

¹⁰⁹ Eine solche praktiziert der Bundesgerichtshof namentlich im Energiebereich, vgl. etwa zuletzt BGH, BB 2010, 1365 ff. und kritisch zu diesem Ansatz *M. Martini* *DVBt.* 2008, 21 (23 und 27 ff.).

¹¹⁰ Vgl. zu den im Hinblick auf Endkundenpreise auftretenden Abstimmungsschwierigkeiten zwischen den verschiedenen Instrumenten *J. Hellermann* in diesem Band S. 372 ff.

¹¹¹ Dazu *M. Burgi* in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 9), § 18 Rn. 57 ff.

anbieten, wo ein Verhalten – wie im Lebensmittelrecht – eine Gefahr oder ein nicht hinnehmbares Risiko begründet, wo Informationsasymmetrien nicht anders zu unterbinden sind oder wo die Durchsetzung isolierter Verbraucherinteressen durch die Streubreite des Handelns erschwert wird. Gleichwohl werden Rechtsordnungen, die einem liberalen Verbraucherleitbild folgen, den Schutz der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen vor allem zivilrechtlich verwirklichen, während der starke Einsatz behördlichen Verbraucherschutzes ein tendenziell paternalistisches Verbraucherverständnis indiziert.¹¹²

6. *Hintergründe der Ausweitung des Verbraucherschutzes durch Regulierung*

Die empirische Bestandsaufnahme zeigt, dass durch Unionsrecht nicht nur der Verbraucherschutz im sektoralen Regulierungsrecht ausgebaut, sondern parallel auch Elemente einer flächendeckenden regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung vorangetrieben werden. Wie erklärt sich diese europaweite Ausweitung des behördlichen Verbraucherschutzes? Das Schrifttum bietet eine ganze Reihe von Erklärungsansätzen: Hervorzuheben ist dabei die Entstehung neuer Problemlagen, die den Schutz des Verbrauchers immer mehr in das Zentrum des öffentlichen Interesses und letztlich auch des öffentlichen Rechts rücken,¹¹³ sowie die verspätete Herausbildung einer sozialstaatlichen Dimension der Union,¹¹⁴ die zu einer Ergänzung des Binnenmarktkonzepts um Verbraucherschutzzelemente führte.¹¹⁵ Auch die Ursachen für die Ausweitung des Modells der Regulierungsverwaltung sind vielfältig: Der anhaltende Rückzug des Staates aus vormaligen Staatsaufgaben steigert die Bedeutung des privatisierungstypischen Regulierungsrechts.¹¹⁶ Hinzu treten weitere potentielle Anwendungsbereiche überall dort, wo durch sektorale Fehlentwicklungen Marktversagen

¹¹² Vgl. *Rittner/Dreher* (Fn. 18), § 4 Rn. 23; *Schmoeckel* (Fn. 1), vor §§ 312 ff. Rn. 53 f.

¹¹³ So besonders *D. Frank* in *Graf/Paschke/Stober* (Fn. 73), 27 (28) mit der These, der Verbraucherschutz werde nun jene Rolle übernehmen, die im 20. Jahrhundert der Umweltschutz gespielt habe. Tatsächlich ging 2003 die erstmalige Schaffung verbraucherschutzbezogener Eingriffsbefugnisse der Regulierungsbehörde in Deutschland gerade auf neuartige Missbrauchsphänomene zurück, vgl. dazu *Stelkens* (Fn. 7), 89 ff.

¹¹⁴ Zusammenfassend *W. Kahl* DV 2010, 463 (471 f.) mwN; *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 4 Rn. 39 ff.

¹¹⁵ So *F. Denkinger* *Der Verbraucherbegriff*, 2007, 247 ff.; *Kahl* (Fn. 84), 84 ff.; *Rösler* (Fn. 74), 820 f.; vgl. auch bereits oben in Fn. 74.

¹¹⁶ Vgl. zum Charakter des Regulierungs- als Privatisierungsfolgenrecht bereits oben in und bei Fn. 10.

entsteht und damit spezifischer Regulierungsbedarf begründet werden kann.¹¹⁷ Die Globalisierung schließlich erstreckt sich auch auf die rechtlich zu bewältigenden Problemlagen und drängt den Gesetzgeber zu dem Modell des international vernetzten Verwaltungsverbunds.¹¹⁸

Ergänzungsbedürftig erscheinen diese im juristischen Schrifttum vorgelegten Analysen im Hinblick auf die politikwissenschaftlich als regulierungstypisch ermittelten institutionellen Gewichtsverschiebungen und die dahinter stehenden Machtfragen. Aus dieser Perspektive ist das Phänomen der Verbraucherschutzregulierung einer flankierenden soziologischen Deutung durch die Bürokratieforschung zugänglich:¹¹⁹ Insoweit steht der Siegeszug des Regulierungsverbunds im Kontext der allgemeinen „Terraingewinne“ der europäischen Exekutive zu Lasten der nationalen Parlamente, Regierungen und Gerichte¹²⁰ und insbesondere des unionalen Bestrebens, den Einfluss auf die Verwaltungen der Mitgliedstaaten zu stärken.¹²¹ Dabei steht der Regulierungsverbund für ein Wunschmodell der europäisierten Exekutive, mit dem sich neue Tätigkeitsfelder und breite Gestaltungsspielräume erschließen und gleichzeitig parlamentarische, gesetzliche und gerichtliche Reglementierungen minimieren lassen.¹²² Die bislang erkämpften Regulierungs-

¹¹⁷ Zu den aktuellen Forderungen im Bankensektor *W. Heun* JZ 2010, 53 ff.; *W. Höfling* NJW-Beil. 2010, 98 ff.

¹¹⁸ Grundlegend hierzu *A. M. Slaughter* A New World Order, 2004 (dort auf 36 ff. besonders zu Regulierungsnetzwerken); aus rechtlicher Sicht *A. von Aaken* in *C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter* (Hrsg.) Internationales Verwaltungsrecht, 2007, 219 ff. (zur Finanzmarktaufsicht); allgemeiner *C. Möllers* ZaöRV 65 (2005), 351 (354 ff.); zur Bedeutung für den Verbraucherschutz *T. J. Muris* Europ. Foreign Affairs Rev. 2002, 242 (246 ff.).

¹¹⁹ Grundlegend zur EU-Bürokratieforschung *Bach* (Fn. 37); *ders.* Europa ohne Gesellschaft, 2008, 93 ff.; *E. Page* People who run Europe, 1997; speziell zum Regulierungsverbund *P. Slominski* Die Implementation des EG-Telekommunikation aus rechts- und politikwissenschaftlicher Sicht, 2002, 29 ff. Ausgangspunkt der Bürokratieforschung ist die Beobachtung, dass staatliche Bürokratien generell Tendenzen zur Konzentration „von Entscheidungs- und Durchsetzungsmacht zur Erzeugung von verbindlichen Maßnahmen im Interesse der Gemeinschaft“ entwickeln, näher *D. Grunow* in *V. Kaina/A. Römmele* (Hrsg.) Politische Soziologie, 2009, 353 ff.

¹²⁰ Dazu *H. Dreier* DÖV 2002, 537 (545 f.).

¹²¹ Weitsichtig dazu bereits *A. Hatje* Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998.

¹²² Klar wurde dies bei der Errichtung des europäischen Kartellverbunds analysiert: So stellte etwa *F. Rittner* EuZW 2000, 129 fest, die Kommission habe sich mit der Kartellrechtsreform „wohl einen Traum erfüllt“; ähnlich *W. Möschel* CMLRev. 37 (2000), 495 (497) und *J. Mestmäcker* EuZW 1999, 524 (528). Vgl. auch die allgemeineren Beobachtungen bei *F. Decker/J. Sonnicksen* in *Decker/Höreth* (Fn. 19), 128 (138 ff. und 160).

strukturen wird die Union nach Auslaufen der Privatisierungsprozesse schwerlich aufgeben, sondern tendenziell weiter ausbauen.¹²³ Als Legitimation bieten sich einerseits aktuelle Problemlagen – wie die gegenwärtige Finanz- und Wirtschaftskrise¹²⁴ – und andererseits Daueraufgaben wie der Verbraucherschutz an, der aus Unionssicht einen situationsgerecht anpassungsfähigen Argumentationstopos zur Stärkung der jeweiligen Position darstellt.¹²⁵ Das relative Gewicht dieser kaum jemals offengelegten machtpolitischen Motive wird im jeweiligen Zusammenhang durchaus unterschiedlich ausfallen – ihre Existenz jedoch ist bisweilen mit den Händen zu greifen. Machtfragen verlangen freilich notwendigerweise nach verfassungsrechtlichen Antworten.

IV. Der Schutzauftrag des Rechts

1. Konstitutionelle Anforderungen an die Verbraucherschutzregulierung

a) Die exekutivische Machtkonzentration als Herausforderung für das Recht

Verfassungsrechtlich stellt sich, wenn das Leitbild der starken Regulierungsverwaltung über den engen Bereich der Netzwirtschaften hinaus in breite Aufgabengebiete wie den Verbraucherschutz übertragen werden soll, zunächst in gesteigerter Form die Frage nach den konstitutionellen Grenzen und Sicherungsmechanismen gegenüber einer derartigen exekutivischen Machtkonzentration. Zwar ist die Regulierungsverwaltung insoweit keine völlig neue Erscheinung, da viele ihrer Einzelmerkmale an bestehende ältere Verwaltungstraditionen anknüpfen können.¹²⁶ Dass die jetzige Entwicklung gleichwohl eine neue Qua-

¹²³ So bereits *J. Haucap/J. Kühling* in Picot (Fn. 67), 55 (59 und 71f.). In diesem Kontext stand etwa die durch Verbraucherbelange begründete Forderung der Kommission nach einer EU-Regulierungsagentur – dazu *C. Koenig/S. Loetz* MMR 2008, 367 ff. –, die 2009 zur Verordnung 2009/1211/EG zur Errichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen führte, vgl. *Möschel* (Fn. 37), 451.

¹²⁴ Zum Ausbau der europäischen Regulierung und des Verbraucherschutzes im Zeichen der Finanzkrise *R. Inderst* EBOR 2009, 455 ff.

¹²⁵ So *M. Tamm* EuZW 2007, 756 (757 und 759). Aus dieser möglichen Instrumentalisierung erklären sich die Befürchtungen mancher Mitgliedstaaten, durch die Harmonisierungen der Union letztlich zur Senkung ihres Schutzniveaus gezwungen zu werden; vgl. zuletzt etwa *K. Lilleholt* Eur. Rev. of Private Law 2009, 335 ff.

¹²⁶ So aus Sicht der Politikwissenschaft *Döhler* (Fn. 19), 223 ff. mit dem Hinweis, dass die verschiedenen Formen der Regulierungsverwaltung sich meist evolutionär und unter Fortentwicklung älterer Ansätze herausbilden.

lität aufweist, liegt an dem kumulativen Zusammenwirken der einzelnen Faktoren: So wurde bislang eine Rücknahme der Regelungs- und Kontrolldichte regelmäßig durch verstärkte Anforderungen an die personelle Legitimation ausgeglichen,¹²⁷ während weisungsfreie Räume in sachlich begründeten Ausnahmefällen durch eine gesteigerte Gesetzesbindung kompensiert werden können.¹²⁸ Bei der Regulierungsbehörde hingegen gerät die Balance der Rückbindungselemente insgesamt aus dem Gleichgewicht.¹²⁹ Diese Machtkonzentration begründet unweigerlich Missbrauchspotentiale. Augenfällig wurde dies 2008 im Rahmen des europäischen Kartellverbands, als sich der Energieversorger E.ON im Gegenzug für die Einstellung eines Kartellverfahrens der Kommission bereiterklärte, sein Höchstspannungsnetz zu verkaufen.¹³⁰ Dieser gesetzlich nicht vorgesehene Vorgang verdeutlicht – unabhängig von seiner wirtschaftspolitischen Bewertung –, dass die Machtfülle der europäischen Verwaltungsverbände ein Droh- und Verhandlungspotential birgt, mit dem sich die Exekutive leicht auch von den Bindungen der Zielvorgaben freischwimmen könnte.

b) Regulierung als Kristallisationspunkt verwaltungsrechtlicher Entwicklungspfade

Andererseits ist unverkennbar, dass das Modell der Regulierungsverwaltung auch Antworten auf eine ganze Reihe lange diskutierter verwaltungsrechtlicher Fragenkomplexe bietet: Es hinterfragt gleichsam als Kontrastmodell verschiedene nationale Sonderwege, deren Korrekturedbedürftigkeit schon vielfach diagnostiziert wurde. Ein solcher Son-

¹²⁷ Aus diesem Grunde liegt etwa im Planungsrecht die in ihren Gestaltungs- und Festsetzungsmöglichkeiten weite Bauleitplanung in den Händen des unmittelbar demokratisch legitimierten Gemeinderats, während den lediglich mittelbar legitimierten staatlichen Behörden nur kompetenziell enger begrenzte fachplanerische Aufgabenstellungen zugewiesen sind. Näher *W. Hoppe* Grundfragen des Planungsrechts, 1998, 246ff.

¹²⁸ Näher BVerfGE 93, 37 (66ff.); *Mayen* (Fn. 23), 48.

¹²⁹ Daher kann die Einschätzung bei *Ruffert* (Fn. 10), 280, die überkommenen Strukturen des Verwaltungsrechts bewährten sich auch vor den Anforderungen regulierender Verwaltung, heute nicht mehr vorbehaltlos übernommen werden. Vgl. demgegenüber *R. Dehousse* in *C. Joerges/R. Dehousse* (Hrsg.) *Good Governance in Europe's Integrated Market*, 2002, 207 (227f.) mit dem Befund, dass die im Zuge der Europäischen Integration erfolgten institutionellen Verschiebungen bestehende Grenzziehungen verwischt haben, ohne dass neue Maßstäbe erkennbar wären, um der immer stärkeren Macht der Exekutive greifbare Grenzen zu setzen. Ähnliche Einschätzungen finden sich bei *P. M. Huber* FS Stober, 2008, 547 (549ff.).

¹³⁰ Näher *R. Müller-Terpitz/M. Weigl* EuR 2009, 348 (351f.) mwN. Eine ähnliche rechtsstaatlich fragwürdige Praxis soll freilich auch im Rahmen der Fusionskontrolle des Bundeskartellamts nicht unüblich sein.

derweg ist namentlich die einzigartig hohe Kontrolldichte deutscher Verwaltungsgerichte im Hinblick auf die materiell-rechtliche Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung.¹³¹ Eng damit verknüpft ist die außerhalb des deutschen Rechtskreises unbekannte Unterscheidung von Ermessen und Beurteilungsspielraum.¹³² Auch die Fiktion der einzig-richtigen gebundenen Entscheidung gilt seit langem als fragwürdige Ausgangsprämisse.¹³³ Richtigerweise bedürfte es gerade in den Bereichen, in denen die Verwaltung faktisch über erhebliche Spielräume verfügt, einer Stärkung des flankierenden Verfahrensrechts.¹³⁴ Zugleich steht die Regulierungsverwaltung in engem Zusammenhang mit empirischen Befunden wie den – ihrem Umfang nach umstritten – Vollzugsdefiziten des herkömmlichen Verwaltungsrechts¹³⁵ oder der informalen Herausbildung unterschiedlichster exekutivischer Standards in transnationalen Behördennetzwerken,¹³⁶ die manche Grundprämissen des deutschen Verwaltungsrechts in durchaus heilsamer Weise in Frage stellen.

c) *Mindeststandards des Grundgesetzes und des Unionsrechts*

Gleichwohl stößt in einem Regelsystem wie der Jurisprudenz die Öffnung für die politische Wirklichkeit¹³⁷ an normative Grenzen: Auch ein

¹³¹ Näher die Darstellungen bei J. A. Frowein (Hrsg.) Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1992; E. Schmidt-Aßmann/J. Schwarze (Hrsg.) Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992; A. Epiney/K. Sollberger Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht, 2002. Seit langem wird – etwa durch H. Sendler NJW 1994, 1518 ff. oder E. Pache Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, 149 ff. und 449 f. – eine Kontrollrücknahme gefordert. Vgl. auch die Thesen in BVerwGE 72, 300 (316 f.) und dazu – diese offen lassend – zuletzt BVerfG, NVwZ 2010, 114 (120).

¹³² Näher P.-M. Huber Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, 132 ff.

¹³³ Umfassend dazu W. Hoffmann-Riem in A. Scherzberg (Hrsg.) Kluges Entscheidungen, 2006, 3 ff. Wie sehr diese Fiktion die Realität der Freiräume der Verwaltung verfehlt, hat der Verf. am Beispiel der bergrechtlichen Betriebsplanung zu verdeutlichen versucht, vgl. W. Durner Konflikte räumlicher Planungen, 2005, 352 ff.

¹³⁴ Dazu M. Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 46), § 45 Rn. 10 ff. mwN zur Diskussion sowie in diesem Band Gurlit, S. 238 f.

¹³⁵ Dazu bilanzierend etwa A. Voßkuhle in Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 9), § 1 Rn. 30; zur Bedeutung für den Regulierungsansatz Eifert (Fn. 9), § 19 Rn. 25 f.; zur Kritik O. Lepsius Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 11 f. mwN.

¹³⁶ Vgl. Döhler (Fn. 19), 220, sowie bereits die Nachweise oben in Fn. 118.

¹³⁷ P. Kielmanssegg in Decker/Höreth (Fn. 19), 219 (231) spricht von einem „europäischen Verfassungspragmatismus“ gegenüber dem Demokratieprinzip; vgl. zu dem Problemkreis C. Hillgruber und U. Volkmann Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67 (2007), 7 ff. und 57 ff.

realistisch interpretiertes Verfassungsrecht dient nicht der Beschreibung realer Verwaltungsabläufe.¹³⁸ In dem reform- und damit meist auch regulierungsfreudigen Schrifttum besteht bisweilen Bereitschaft, sich selbst von zentralen konstitutionellen Ausgangsparametern zu lösen oder diese in wirklichkeitsgerechter Manier umzuinterpretieren.¹³⁹ Auch soweit die Entwicklungen der Regulierungsverwaltung durch Unionsrecht vorgegeben sind, beanspruchen jedoch die Inhalte der Staatsstrukturprinzipien sowohl in ihrer primärrechtlichen Ausprägung als auch im Rahmen der Integrationsgrenzen des Art. 23 Abs. 1 GG Beachtung.¹⁴⁰ Als Schlüsselemente des gemeinsamen rechtsstaatlich-demokratischen Kerns des Grundgesetzes und des Unionsvertrags sollen hier die Grundrechte, das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip in ihrer Bedeutung für das Regulierungsrecht diskutiert werden.

2. Die Grundrechte – Schutz durch oder vor Regulierung?

a) Hoheitlicher Verbraucherschutz als Grundrechtsschutz oder Daseinsvorsorge?

Richtet sich der Schutzauftrag der Grundrechte im Verbraucherschutz – wie der Vortragstitel nahelegt – auf den „Schutz der Verbraucher durch Regulierung“ oder auf Schutz „vor Regulierung“ oder auf beides? Das Schrifttum charakterisiert die regulatorische Ermöglichung von Wettbewerb insoweit meist als eine vor allem durch grundrechtliche Schutzpflichten geprägte¹⁴¹ „multipolare Grundrechtssituation“,¹⁴² in der das Recht der Regulierungsverwaltung „eigenständig zwischen den überkommenen Formen von Eingriffs-, Leistungs- oder Planungsver-

¹³⁸ Zusammenfassend zu diesem Spannungsverhältnis *J. Habermas* Faktizität und Geltung 1992, 45 ff.

¹³⁹ Repräsentativ etwa die Aussagen bei *Trute* (Fn. 35), 579 f., wonach es für die „Verrechtlichung der Exekutive ... gute historische Gründe gegeben haben mag“, die *Trute* jedoch als tendenziell überholt ansieht. Ähnlich *Franzius* (Fn. 30), 413 mit der Feststellung, die Regulierungsverwaltung entspreche „allgemeinen Entwicklungen des Verwaltungsrechts, das sich vom Konstitutionalisierungsleitbild der Bonner Republik emanzipiert.“

¹⁴⁰ So von *Danwitz* (Fn. 2), 985; vgl. zu ähnlichen Forderungen in England und Frankreich im Zusammenhang mit der Verselbständigung von Behörden die Nachweise bei *Ruffert* (Fn. 72), 452 ff.

¹⁴¹ So etwa *Oster* (Fn. 30), 124 ff. mwN.

¹⁴² *Burgi* (Fn. 44), 272 f. mwN; *Franzius* (Fn. 44), 659 ff.; *ders.* (Fn. 30), 413 f.; *Knauff* (Fn. 10), 385; ähnlich auch *Stober* (Fn. 8), 972 f.; vorsichtiger *Schmidt-Preuß* (Fn. 8), 552, der von einer „multipolaren Spannungslage“ spricht; kritisch *Masing* (Fn. 7), D 147 ff.

waltung“ stehe.¹⁴³ Die naheliegende Konsequenz des so diagnostizierten Zusammentreffens grundrechtlicher Schutz- und Abwehransprüche ist eine Relativierung der Grundrechte als begrenzender Handlungsmaßstab, da Rechtsprechung und Lehre bei der Bewältigung mehrpoliger Verhältnisse gesteigerte Gestaltungsspielräume anerkennen.¹⁴⁴

Trotz der Suggestionskraft des Kompositums „Verbraucherschutz“ sollten diese Maßstäbe nicht unbesehen übernommen werden. Sie wirken in Teilen wie ein Nachkriegsschauplatz längst abgeschlossener Debatten, in denen sich der liberale Abwehrcharakter der Grundrechte in institutioneller Multipolarität aufzulösen schien.¹⁴⁵ Bereits im Verhältnis zwischen Reguliertem und Wettbewerber ist zweifelhaft, ob hinter der Anerkennung eines subjektiven Rechts des Mitbewerbers¹⁴⁶ eine grundrechtliche Mehrpoligkeit steht. Da weder das nationale noch das europäische Recht ein Leistungsgrundrecht auf aktive Ermöglichung von Wettbewerb kennt,¹⁴⁷ ist die einfachgesetzliche Einräumung von Ansprüchen Dritter auf Regulierung¹⁴⁸ zunächst allein an den Grundrechten des Monopolisten zu messen.

Auch im Verbraucherschutz ist ein grundrechtliches Dreipersonenverhältnis zwischen Reguliertem, Behörde und Verbraucher nicht ohne weiteres zu bejahen.¹⁴⁹ Denn nicht jedes Verbraucherinteresse begründet automatisch grundrechtliche Schutzansprüche,¹⁵⁰ und auch der Ge-

¹⁴³ *Wissmann* (Fn. 27), 277; *Franzius* (Fn. 44), 20.

¹⁴⁴ Vgl. mit unterschiedlichen Akzenten *C. Calliess* in *D. Merten/H.-J. Papier* (Hrsg.) *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 18 ff. und 29 ff.; *H.-J. Papier* Ebd. § 55; *H. Bethge* Ebd. Bd. III, 2009, § 72; zur Rechtsprechung eingehend *R. Poscher* *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, 153 ff. mwN.

¹⁴⁵ Dazu *A. von Arnould* *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, 1999, 27 ff.; *W. Cremer* *Freiheitsgrundrechte*, 2003, 180 ff.; *Poscher* (Fn. 144), 48 ff.

¹⁴⁶ Vgl. dazu nur *Röhl* (Fn. 16), 838.

¹⁴⁷ *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 4 Rn. 48 mwN; *M. Ludwigs* NVwZ 2008, 954 (958); auch *U. Di Fabio* in *Maunz/Dürig* (Fn. 38), Art. 2 Abs. 1 (2001) Rn. 125 bejaht lediglich eine Schutzpflicht zur *Sicherung* bestehenden Wettbewerbs; vgl. zu der Frage auch *Fehling* (Fn. 9), 187.

¹⁴⁸ Vgl. dazu zuletzt die Überlegungen bei *Franzius* (Fn. 95), 1094.

¹⁴⁹ AA besonders *Reich* (Fn. 74), 88, 124, 452 ff. und öfter; dem folgend *Janning* (Fn. 19), 159 und 165 mwN; vgl. weiter *Pernice* (Fn. 30), O 137 f.

¹⁵⁰ Die Schutzpflicht greift erst ein, wenn ein grundrechtlich geschütztes Interesse in einer Intensität beeinträchtigt wird, die verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar ist. Dies ist vor allem bei Beeinträchtigungen des Rechts auf Leben und Gesundheit zu bejahen (vgl. *J. Dietlein* *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1992, 72), im wirtschaftlichen Bereich hingegen nur ausnahmsweise, vor allem bei massiv gestörter Vertragsparität oder dem Einsatz unzulässigen Drucks (so etwa *C. W. Canaris* *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, 43 ff., 56 ff., 72 ff.; *C. Hillgruber* AcP 191 (1991), 69 (75 ff.); *J. Isensee* FS Großfeld, 1999, 485 (500 ff.)).

setzgeber zielt mit der Verleihung subjektiver Verbraucherrechte regelmäßig nicht auf den Schutz des einzelnen Verbrauchers, sondern auf übergreifende soziale Belange.¹⁵¹ Man wird daher differenzieren müssen: Ein Beispiel für die eher seltene grundrechtliche Mehrpoligkeit bildet das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG, der den Staat auch zum Schutz gegenüber den Telekommunikationsdienstleistern verpflichtet.¹⁵² Wenn also das Telekommunikationsgesetz in § 2 Abs. 2 Nr. 1 die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses zum Regulierungsziel erklärt und hierfür in §§ 88 ff. konkrete Vorgaben aufstellt, erfüllt es eine Schutzpflicht, die den Grundrechten des Regulierten bereits verfassungsrechtlich gegenübersteht.¹⁵³ Bei Entscheidungen wie der Endkundenpreisregulierung nach § 39 TKG hingegen handelt es sich um gemeinwohlorientierte Sozialpolitik, die als Eingriffsverwaltung ihre Schranke in den Grundrechten der Regulierten findet.¹⁵⁴ Wollte man dies anders sehen, so hätte sich bereits die historisch maßgebliche Grundkonstellation der Enteignung für den Straßen- oder Eisenbahnbau¹⁵⁵ multipolar auflösen lassen, weil den Grundrechten der Enteigneten die Verbraucherinteressen der Nutzer des zu errichtenden Verkehrswegs entgegenstanden.¹⁵⁶

¹⁵¹ Besonders deutlich *Schmidt* (Fn. 77), 30, der als Quintessenz die Einsicht betont, dass „die Verbraucherinteressen, nicht den jeweiligen Klägern ‚gehören‘, sondern ihnen der fragliche Sozialschutz nur zu dessen effektiver Gewährleistung anvertraut worden ist.“ Dies entspricht der Beobachtung bei *Breuer* (Fn. 34), 287 zur Wandlung des Bürgers vom selbstbestimmten Rechtsträger zu einem „kollektiv inspirierten und agierenden Rechtsverfolger“; vgl. dazu weiter *J. Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.

¹⁵² BVerfGE 106, 28 (39); *P. Badura* in Bonner Kommentar zum GG, Art. 10 (2008) Rn. 36, 38 ff. und 50; *M. Möstl* Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit 1999, 193 ff.; Kritik jedoch bei *M. Pagenkopf* in M. Sachs (Hrsg.) GG, 5. Aufl. 2009, Art. 10 Rn. 21 f.; vgl. dazu auch in diesem Band *M. Nettesheim*, S. 38 f., und *O. Diggelmann*, S. 75 ff.

¹⁵³ Näher *Durner* (Fn. 66), Art. 10 Rn. 112 ff. und 117 ff.

¹⁵⁴ In diesem Sinne etwa *Berringer* (Fn. 14), 163 ff.; *Huber* (Fn. 129), 550 f.

¹⁵⁵ Vgl. dazu *T. Württenberger* in Merten/Papier (Fn. 144), Bd. I, 2004, § 2 Rn. 36 f.; *H.-J. Papier* in Maunz/Dürig (Fn. 38), Art. 14 (2010) Rn. 21, 523 und 581.

¹⁵⁶ Ähnlich wie bei der Errichtung von Verkehrswegen muss der Private auch in der Welt der Regulierungsverwaltung nicht durchgängig als Verbraucher auf der Gewinnerseite stehen. Illustrativ hierfür sind die bei *Kurth* (Fn. 96), 203 f. wiedergegebenen Vorschläge von Kommission und Bundesnetzagentur, der Regulierung zur Beschleunigung der bislang „langwierigen und komplizierten Genehmigungsverfahren“ auch beim Aufbau der Energienetze ein Betätigungsfeld zu erschließen.

b) *Die grundrechtlich gebotene Kontrolldichte*

Ist die Regulierungsverfügung somit regelmäßig als Eingriffsverwaltung an den Grundrechten zu messen, so stellt sich die Frage nach dem grundrechtlich gebotenen Kontrollmaßstab. Eine intensive gerichtliche Kontrolle ist dabei vor allem dort gefordert, wo die Regulierung erhebliche Freiheitsverkürzungen bewirkt,¹⁵⁷ selbst wenn die einschlägigen Wirtschaftsgrundrechte eher weite Grenzen setzen mögen.¹⁵⁸ Demgegenüber deuten die durch das Unionsrecht vorgezeichnete finale Tatbestandsstruktur einiger Eingriffsnormen und die Verwendung schwieriger unbestimmter Rechtsbegriffe auf kontrollfreie Gestaltungsspielräume.¹⁵⁹ Das Bundesverwaltungsgericht verfolgt bislang eine zurückhaltende Linie und sieht die gerichtliche Kontrolle im Wesentlichen „auf die Überprüfung beschränkt, ob die Bundesnetzagentur die Interessen der Beteiligten ermittelt, alle erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen, die für die Abwägung wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt und keine sachfremden Erwägungen angestellt hat“.¹⁶⁰ Im Ergebnis sind diese Aussagen vor allem auf Kritik gestoßen:¹⁶¹ Die Rechtsprechung ebne die Besonderheiten der Sektoren und der konkreten Rechtsnormen ein¹⁶² und nehme sachfremde Anleihen im Planungsrecht vor.¹⁶³

Tatsächlich muss die Kontrolle jeder konkreten Regulierungshandlung ihren Ausgangspunkt von der jeweils einschlägigen Ermächtigungsgrundlage nehmen. Für die Sachgerechtigkeit einer zusätzlichen¹⁶⁴ Überprüfung am Maßstab des Abwägungsgebots spricht jedoch nicht

¹⁵⁷ So *Schmidt-Preuß* (Fn. 8), 556; vgl. auch bereits *Ruffert* (Fn. 10), 251.

¹⁵⁸ Dazu – den Grundrechtsschutz wohl allzu stark relativierend – *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 4 Rn. 45 ff.; *Eifert* (Fn. 30), 453.

¹⁵⁹ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 27 ff.

¹⁶⁰ BVerwGE 130, 39 (50); ähnlich Beschl. v. 28. 1. 2010 – 6 B 50.09 –; zust. *T. Mayen* NVwZ 2008, 835 ff.; *J.-P. Schneider* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 22 Rn. 25 f.

¹⁶¹ Vgl. jedoch bereits das Plädoyer für die Orientierung am Planungsrecht bei *La-deur/Möllers* (Fn. 46), 532 f.

¹⁶² *M. Burgi* NJW 2006, 2439 (2444); *M. Ludwigs* JZ 2009, 290 (294 f.).

¹⁶³ *Kersten* (Fn. 23), 323 f.; ähnlich *Franzius* (Fn. 30), 413, der sich freilich auf 414 selbst für eine „Abwägungskontrolle“ ausspricht. Im Ergebnis wird dabei meist eine unangemessene Bescheidung der exekutivischen Spielräume kritisiert, teils jedoch – namentlich durch *Gärditz* (Fn. 44) und *T. Attendorn* MMR 2009, 238 ff. – die Heranziehung des Abwägungsgebots als zu grobmaschig angesehen; differenzierend *Eifert* (Fn. 30), 460 f.

¹⁶⁴ Das Abwägungsgebot ist nach heutigem Verständnis durchweg eine den konkreten Tatbestand ergänzende Anforderung, vgl. *Durner* (Fn. 133), 306 ff.; ähnlich insoweit auch *Kersten* (Fn. 23), 326, der Regulierungsermächtigungen als „final überformte Konditionalprogramme“ charakterisiert.

nur die teilweise wörtliche Anlehnung des Regulierungs- an das Planungsrecht.¹⁶⁵ Die Abwägungsfehlerlehre als „Konfliktschlichtungsformel“¹⁶⁶ bildet keine planungsrechtliche Besonderheit, sondern den verfassungsrechtlich gebotenen Kontrollmaßstab für komplexe Verwaltungsentscheidungen, für die der Ausgleich der betroffenen Belange gesetzgeberisch nicht vollständig konditionalisiert ist.¹⁶⁷ Sie entspricht in ihren Grundelementen der Ermessensfehlerlehre¹⁶⁸ und wird der Struktur der Regulierungsentscheidung als gestaltender Abwägungsentscheidung¹⁶⁹ in besonderer Weise gerecht. Hindernisse für eine effektive, der jeweiligen Grundrechtsbetroffenheit und dem Gewicht der Verbraucherbelange Rechnung tragende Gerichtskontrolle dürften sich weniger aus Leistungsgrenzen des Abwägungsgebots als vielmehr aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergeben. Möglicherweise wird nämlich der Gerichtshof dort, wo er eine gesetzgeberische Domestizierung der Regulierungsbehörde explizit verbietet,¹⁷⁰ auch einer gerichtlichen Kontrolle deutliche Grenzen setzen.¹⁷¹

3. Rechtsstaatliche Anforderungen am Beispiel des Bestimmtheitsgebots

Das skizzierte Modell der Regulierungsverwaltung und dessen Ausweitung im Bereich des Verbraucherschutzes können rechtsstaatlich aus unterschiedlichen Perspektiven hinterfragt werden.¹⁷² Exemplarisch

¹⁶⁵ Namentlich § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG zeichnet sich durch deutliche Parallelen zu § 1 Abs. 6 BauGB aus. Vgl. dazu sowie zu strukturellen Unterschieden *Wissmann* (Fn. 27), 270 ff.; *Wollenschläger* (Fn. 27), 126 ff.

¹⁶⁶ So die weithin rezipierte Begrifflichkeit bei *M. Schmidt-Preuß* Kollidierende Privatinteressen, 2. Aufl. 2005, 247 f. mit Ausführungen zur Bedeutung dieser Figur im Regulierungsrecht auf 757 ff.

¹⁶⁷ BVerfGE 80, 137 (163) spricht von Konstellationen in denen sich eine „sachgerechte Bewältigung dieser Konflikte einer detaillierten Regelung durch das Gesetz“ entzieht; näher dazu *Durner* (Fn. 133), 319 ff. mwN.

¹⁶⁸ So mit unterschiedlichen Akzenten *R. Rubel* Planungsermessen, 1982, 60 ff.; *C. Weitzel* Justitiabilität des Rechtssetzungsermessens, 1998, 99 ff.; ähnlich *Ludwigs* (Fn. 162), 292 ff.; *Bosch* (Fn. 44), 22 ff.

¹⁶⁹ Näher *Trute* (Fn. 29), 174 ff., der für eine „nachvollziehende Abwägung“ plädiert; *ders.* (Fn. 35), 585.

¹⁷⁰ Vgl. dazu oben in und bei Fn. 36.

¹⁷¹ Anders jedoch – unter Berufung auf ältere Aussagen des EuGH – *Bosch* (Fn. 44), 116 ff.

¹⁷² Erwähnt sei die Erosion des Grundsatzes der Gewaltenteilung, die sich – wie u. a. an dem deskriptiv entwickelten Bild der Regulierungsbehörde als einer „dritten Macht“ zwischen Parlament und Exekutive bei *Döhler* (Fn. 19), 224 oder durch den Befund bei *Bullinger* (Fn. 11), 1361 deutlich wird, die Behörde vereine „quasi-gesetzgeberische und quasi-richterliche Funktionen“ – grundsätzlich in Frage gestellt sieht.

soll an dieser Stelle lediglich ein – auf deutscher wie europäischer Ebene anerkanntes – Unterelement des Rechtsstaats untersucht werden, nämlich das auf Machtbegrenzung und Vorhersehbarkeit abzielende rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.¹⁷³

a) *Verbraucherschutz als Entgrenzung der Befugnisse der Regulierungsverwaltung*

Unter Bestimmtheitsgesichtspunkten wurde der jüngste Ausbau der Verbraucherschutzzelemente als Entgrenzung der Handlungsmaßstäbe der Regulierungsverwaltung kritisiert.¹⁷⁴ Tatsächlich führt die Einfügung zusätzlicher verbraucherschutzbezogener Vorgaben nicht nur zu einer Stärkung dieser Belange, sondern zugleich zu einer weiteren Ausweitung der durch die Regulierungsentscheidung zu bewältigenden Zielkonflikte. Diese Entwicklung verschärft freilich nur ein im bestehenden Recht angelegtes Grundproblem: In allen Regulierungssektoren geht es nicht isoliert um Wettbewerb, sondern zugleich um „markt-externe Ziele“.¹⁷⁵ Diese Multifunktionalität des Regulierungsauftrags ruft von vornherein Zielkonflikte hervor, deren Bewältigung den gestalterischen Charakter der Aufgabe mitprägt.¹⁷⁶

Problematisch an dieser Verankerung konfligierender Ziele ist nicht, dass Belange wie der Verbraucherschutz aus materiellen – etwa wirtschaftsverfassungsrechtlichen – Gründen keinen Platz in der Regulierungsentscheidung finden¹⁷⁷ oder die Ergänzung des sektoralen Regulierungsregimes um solche Elemente nicht sinnvoll sein könnten. Die Folge einer nicht durch konkrete Tatbestandsmerkmale ausgestalteten Einbeziehung von Verbraucherschutzbelangen ist jedoch, dass die ursprüngliche Eigenrationalität des auf die Herstellung von Wettbewerb zielenden Entscheidungsprogramms¹⁷⁸ ihre steuernde Kontur verliert.¹⁷⁹

¹⁷³ Umfassend dazu *A. von Arnould* Rechtssicherheit, 2006, 242 ff.

¹⁷⁴ Vgl. *U. Ehrlicke* RdE 2008, 159 ff.; *Gärditz* (Fn. 20), 287, beide zum Energiesektor.

¹⁷⁵ Näher *Schoch* (Fn. 11), 245; *Ruffert* (Fn. 10), 247 ff.; *Säcker* (Fn. 64), 188. Einen Versorgungsauftrag gegenüber den Verbrauchern erfüllt namentlich die Universaldienstverpflichtung, vgl. dazu *Stotz* (Fn. 54), 7 ff.

¹⁷⁶ *Döhler* (Fn. 19), 214 f.; *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 19 Rn. 53 ff.

¹⁷⁷ Vgl. bereits oben in Fn. 85.

¹⁷⁸ Nach *Masing* (Fn. 7), D 46 werden die Entscheidungen der Regulierungsbehörde durch ihre Ausrichtung an dem Ziel des Wettbewerbs „relativ entpolitisiert“; gerade dieses Moment einer entpolitisierten Fachgestaltung legitimiere die Herauslösung der Behörde aus der politisch verantwortlichen Ministerialverwaltung.

¹⁷⁹ Man mag die Problematik mit der einer amtsärztlichen Untersuchung vergleichen, in der dem unabhängigen Mediziner zusätzlich aufgetragen wird, in seinen Befund auch soziale Gesichtspunkte einfließen zu lassen.

Die Ausweitung des Entscheidungsprogramms um solche ganz anderen Rationalitäten folgenden Aspekte erweitert die politischen Freiräume des Entscheidungsträgers und reduziert sowohl die Vorhersehbarkeit der Behördenentscheidung als auch ihre inhaltliche Justitiabilität. Auch die hier befürwortete Kontrolle am Maßstab der Abwägungsfehlerlehre kann umso weniger an Vertretbarkeitskontrolle gewährleisten, je mehr die Zahl der abwägungsrelevanten Faktoren wächst.¹⁸⁰

b) *Die fehlende Aussagekraft des „Verbraucherschutzes“ als Regulierungsziel*

Der Maßstabsverlust des Handelns einer Behörde, die sich am dem Regulierungsziel „Verbraucherschutz“ ausrichten soll, hat jedoch eine grundsätzlichere Dimension als die der Zielkonflikte. Die klare Festlegung der Regulierungsziele ist ein rechtsstaatliches Mindestanfordernis der Rechtssicherheit.¹⁸¹ Anders als der inhaltlich einigermaßen klar bestimmbare Richtpunkt der Herstellung von Wettbewerb¹⁸² hat ein Regulierungsziel wie die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG geforderte „Wahrung der Verbraucherinteressen“ jedoch von vornherein kaum Aussagekraft. Denn welche Verbraucherpolitik soll eine auf dieses Ziel verpflichtete Regulierungsbehörde angesichts der Heterogenität der Verbraucherinteressen verfolgen – die preisorientierte britische Verbraucherpolitik der Ära *Thatcher* oder die des skandinavischen Wohlfahrtsstaats der 80er Jahre? Die Frage nach dem rechten Maß an Paternalismus, wie vieler „Tropfen sozialen Öls“ also der Markt letztlich bedarf,¹⁸³ ist auch in den europäischen Diskursen hochumstritten.¹⁸⁴ Letztlich vermittelt der Begriff „Verbraucherschutz“ lediglich den subjektiven Eindruck eines objektiv bestimmbaren Inhalts,¹⁸⁵ während tatsächlich bereits bei

¹⁸⁰ Diese Sorge liegt auch jener Kritik mit zu Grunde, die im Kartellrecht am „more economic approach“ der Kommission geäußert wird. Wirtschaftliche Verhaltensweisen künftig nicht mehr nach ihrer Wettbewerbsbeeinträchtigung, sondern nach Wohlfahrtsaspekten zu bewerten wäre nicht nur eine – am Maßstab des Primärrechts zu messende – Umdeutung des Kartellrechts, sondern würde zugleich die Spielräume der Kommission massiv ausweiten, vgl. *M. Hellwig* FS Mestmäcker 2006, 231 (260 ff.); *A. Künzler* Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008, 295 ff.; *M. Ruffert* AöR 134 (2009) 197 (208 ff.); *D. Zimmer* WuW 2007, 1198 (1203 f.).

¹⁸¹ *Stober* (Fn. 8), 964.

¹⁸² Vgl. zu dessen Bestimmbarkeit die differenzierenden Befunde bei *C. Koenig* DVBl. 2009, 1082 ff.

¹⁸³ Zu diesem berühmten, auf das BGB gemünzten Bild Otto von Gierkes *T. Repgen* Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001, 3 ff.

¹⁸⁴ Näher *Stuyck* (Fn. 79), 369 ff. mwN.

¹⁸⁵ *Hellwig* (Fn. 180), 265; anders *U. Schliesky* Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, 622.

der Konkretisierung des Regulierungsziels selbst originär politische Zielkonflikte zu lösen sind. Wollte man also nach amerikanischem Vorbild eine Regulierungsbehörde mit dem Ziel des „Verbraucherschutzes“ generalklauselartig zu gestaltenden Markteingriffen ermächtigen, so käme die Delegation der hierdurch erforderlichen Konfliktlösung einer Blankettermächtigung nahe, nach subjektiven Gemeinwohlvorstellungen Grundrechtseingriffe vorzunehmen.

Konkrete Handlungsmaßstäbe ergeben sich insbesondere gerade nicht – wie dies bei dem Ziel der Herstellung von Wettbewerb angenommen wird – aus ökonomischen Maßstäben. Nach den Parametern der ökonomischen Analyse wird die Herstellung von Wettbewerb und symmetrischen Informationsbeziehungen und damit eines Rahmens für die Selbstbestimmung des Verbrauchers dessen Belangen hinreichend gerecht.¹⁸⁶ Alle weitergehenden Eingriffe gelten demgegenüber als preistreibend – und in der Tat haben die Verbraucher die Wohltaten des jüngeren europäischen Verbraucherschutzrechts offenbar durchgängig durch Preiserhöhungen erkaufte.¹⁸⁷ Gerade Vertreter der ökonomischen Analyse haben daher die neuere Verbraucherpolitik der Union als Gefährdung der Gesamtwohlfahrt kritisiert.¹⁸⁸ Diese Befunde stehen einer paternalistischen Verbraucherpolitik zwar nicht entgegen: Selbstverständlich kann der Gesetzgeber auch ineffiziente Strukturentscheidungen treffen, die durch eine ökonomisch orientierte Auslegung nicht relativiert werden dürfen.¹⁸⁹ Solche paternalistische Verbraucherpolitik bedarf aber in ihren Grundentscheidungen demokratischer Legitimation und in ihren Eingriffsermächtigungen rechtsstaatlicher Einhegung.

¹⁸⁶ Grundlegend *J. Drexel* Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, besonders 89 ff.; vgl. weiter *Cseres* (Fn. 88), 176 ff.; *Denkinger* (Fn. 115), 59 ff.; *C. Ott* in *Graf/Paschke/Stober* (Fn. 73), 5 ff.; *H.-B. Schäfer/C. Ott* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2004, 8 und 341 ff.; vgl. aber auch die Befunde bei *R. Kirstein/A. Kirstein* in *R. Ohr* (Hrsg.) Europäische Union ohne Grenzen?, 2007, 157 (168 ff.), mit Hinweis auf bislang nicht hinreichend modellierte Rationalitätsdefizite der Verbraucher.

¹⁸⁷ *M. Wellenhofer-Klein* in *Graf/Paschke/Stober* (Fn. 73), 85 (106). Dieser Befund gilt allerdings nicht für die oben auf S. 420 diskutierten Formen der Preisregulierung der Endkundenpreise.

¹⁸⁸ *J. Drexel* FS *Medicus*, 2009, 67 (81 ff.) sowie die Stimmen in Fn. 84; differenzierend *Cseres* (Fn. 88), 335 ff.

¹⁸⁹ Deutlich etwa *H. Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, 414 ff. und 486 f.

c) *Die Reichweite einer möglichen Kompensation durch Verfahrensrecht*

Diese rechtliche Einhegung der eigentlichen Gestaltungsbefugnisse erfolgt im geltenden Regulierungsrecht in erster Linie noch über Vorgaben zum Verwaltungsverfahren der Regulierungsbehörden.¹⁹⁰ Mit der Betonung dieser Verfahrensvorschriften – die in ihrer Tiefe etwa der des förmlichen Verwaltungsverfahrens entsprechen dürften – verbindet sich im Schrifttum vielfach die Überzeugung, eine bloße Verfahrenskontrolle sowie prozedurale Selbstbindungen der Regulierungsbehörde führten im Ergebnis zu rechtsstaatlich gleichwertigen Ergebnissen wie konditionale Tatbestände;¹⁹¹ letztlich können jedoch materiell-rechtliche Vorgaben durch Verfahrensrecht zwar flankiert, nicht jedoch substituiert werden.¹⁹² Ähnlich problematisch ist die verwandte Vorstellung einer eigenständigen verfahrensrechtlichen Legitimation der Regulierungsentscheidung durch Partizipationselemente,¹⁹³ die Gefahr läuft, Verbraucherscheidungen großzügig in plebiszitäre Akklamationsakte umzudeuten. Beide Ansätze weisen auf die im Rahmen dieser Tagung diskutierte Frage nach der Rolle des Verfahrensrechts und sollen hier nicht vertieft werden.

d) *Verbraucherschutz als technische Aufgabenstellung geringer politischer Tragweite?*

Damit stellt sich die Frage nach der Sachgerechtigkeit einer normativ nur zielförmig reglementierten und zugleich institutionell unabhängigen Regulierungsverwaltung für den Verbraucherschutz. Bislang wurde dieses Modell vor allem in Bereichen praktiziert, in denen Entscheidungen in besonderem Maße wissenschaftlich-technische Expertise voraussetzen oder sich die Problemlagen rasch ändern.¹⁹⁴ Die Unabhängigkeit des Regulierers soll dann die im Kern objektiven Notwendigkeiten verpflichtete Regulierungsentscheidung soweit als möglich dem Einfluss

¹⁹⁰ Vgl. dazu bereits oben in Fn. 28.

¹⁹¹ *Franzius* (Fn. 30), 413 f. mit der These, das Umweltrecht habe gezeigt, dass der „Verzicht auf eine Inhaltskontrolle verfahrensrechtlich aufgefangen werden kann“. Nach *Oster* (Fn. 30), 315 wird die reduzierte materielle Kontrolldichte durch das Verfahrensrecht „kompensiert“.

¹⁹² Vgl. dazu die Ausführungen bei *E. Gurlit* in diesem Band S. 272 f., und *M. Fehling* in diesem Band S. 283 f. und 328 f.

¹⁹³ *Trute* (Fn. 29), 180; ähnlich *G. Sydow* Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, 252 ff.; vgl. zu dieser Vorstellung und entsprechender Kritik eingehend *B. Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, 252 ff. mwN; zur verbleibenden Tragfähigkeit dieses Ansatzes *E. Schmidt-Aßmann* in HStR V, 3. Aufl. 2007, § 109 Rn. 36f.

¹⁹⁴ *Döhler* (Fn. 19), 213.

der Politik entziehen und auf „politisch unverschmutzte technische Expertise“ stützen,¹⁹⁵ die gerade in spezialisiertem Sachverstand ihre Berechtigung finden soll.¹⁹⁶

Diese Vorstellung ist in mancher Hinsicht wohl unverzichtbar, gerade aber in der deutschen Verfassungstradition keineswegs unbelastet. Sie erinnert an die Lehren des preußischen Staatsdenkers *Friedrich Julius Stahl*, der einer korrumpierenden Parlamentsherrschaft die angeblich freiheitssichernde Herrschaft „der unparteiischen Macht des Fürsten“ gegenüberstellte.¹⁹⁷ Dass es eine technokratisch-unpolitische Herrschaft durch einen „pouvoir neutre“ geben könne, war freilich stets eine bloße konservative Ideologie, die im Rückblick durch *Gustav Radbruch* als „Lebenslüge des Obrigkeitsstaats“ charakterisiert wurde.¹⁹⁸ Im Grunde erstaunt, wie unbefangen das Bild der „neutralen Herrschaft“ – zwar unter veränderten politischen Vorzeichen, strukturell jedoch kaum verändert – heute zur Rechtfertigung von Ethikkommissionen, Hochschulräten und eben auch Regulierungsbehörden herangezogen wird. Soweit das Schrifttum diesen Gedanken juristisch rezipiert, wird der Anwendungsbereich entsprechender Modelle vor allem für solche Sachbereiche bejaht, in denen überwiegend nach objektivierbaren Kriterien entschieden werde.¹⁹⁹ Bei aller Unschärfe dieses Maßstabs²⁰⁰ wird man in einigen Bereichen des Verbraucherschutzes – etwa bei der Gerätesicherheit – einen in diesem Sinne überwiegend technischen Charakter bejahen können.²⁰¹ Auch das Bundesverfassungsgericht hält weisungsfreie Räume vor allem in Bereichen für zulässig, die unpolitisch oder jedenfalls von geringer politischer Tragweite sind.²⁰²

¹⁹⁵ Döhler (Fn. 19), 218 (dort das Zitat im Text); Kühling (Fn. 15), 380; Ruffert (Fn. 10), 277 f.

¹⁹⁶ Vgl. dazu die Darstellung des US-amerikanischen Leitbildes bei Fehling (Fn. 21), 157 ff.

¹⁹⁷ F. J. Stahl Das monarchische Princip. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung, 1845, 37; zu den gegenläufigen rechtsstaatlichen Forderungen Stahls etwa T. Jähnichen FS Brakelmann, 1996, 87 ff.

¹⁹⁸ G. Radbruch in G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.) Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Erster Band, 1930, 285 (289); vgl. weiter Fehling (Fn. 21), 243 ff.

¹⁹⁹ So etwa Groß (Fn. 56), 174.

²⁰⁰ Vgl. dazu die Kritik bei K. Waechter Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem, 1994, 21 ff.

²⁰¹ Weitergehend Masing (Fn. 7), D 76 ff., der Regulierung generell als „relativ entpolitisierte Aufgabenwahrnehmung“ deutet.

²⁰² BVerfGE 9, 268 (282); 83, 130 (150 f.); dazu T. Puhl in HStR III, 3. Aufl. 2005, § 48 Rn. 44; Mayen (Fn. 23), 47 f., jeweils mwN.

Wieweit ist jedoch der Verbraucherschutz ein derart unpolitisches Terrain? Bereits im technischen Verbraucherschutz, dem man am ehesten einen politikfernen Charakter bescheinigen mag, deutet vieles darauf hin, dass die – ohnehin empirisch nicht belegbare²⁰³ – Erwartung weitgehender Politikferne der unabhängigen Regulierungsagenturen in der Realität erhebliche Abstriche erfährt und dass auch hier – wenngleich rechtlich unkanalisiert – Lobbyarbeit zur Tagesordnung gehört.²⁰⁴ Der wirtschaftliche Verbraucherschutz, die Frage nach dem „richtigen“ Schutz des Verbrauchers hingegen ist bereits im Ausgangspunkt eine originär politische Frage.²⁰⁵ Zu Recht gilt seine Wahrnehmung durch unabhängige Regulierungsagenturen als Paradebeispiel für die systemwidrige Ausdehnung „eigentlich unpolitisch gedachter“ Herrschaft.²⁰⁶ Gerade diese Aufgabenstellung bedarf somit nach rechtsstaatlichen Kriterien vor allem im Hinblick auf die Notwendigkeit und das Ausmaß von Grundrechtseingriffen²⁰⁷ präziser gesetzlicher Vorgaben.

4. Das Demokratieprinzip

Die wohl grundlegendsten Fragen wirft die Ausweitung des Regulierungsmodells auf das Gebiet des Verbraucherschutzes unter demokratischen Gesichtspunkten auf.²⁰⁸

a) Grundgesetzliches und unionales Demokratieprinzip

Die deutsche Verfassungskonzeption der Demokratie wurde lange Zeit von der oft kritisierten, in der Wirklichkeit immer stärkeren Ausnahmen unterworfenen Vorstellung einer durch ununterbrochene Legi-

²⁰³ Vgl. dazu den treffenden Befund bei *Waechter* (Fn. 200), 304.

²⁰⁴ Illustrativ ist der Bericht: EU erlaubt Anbau der BASF-Kartoffel, FAZ v. 3. 3. 2010, 9, nach dem ein Zulassungsverfahren der Lebensmittelsicherheitsagentur durch Druck von Mitgliedstaaten, Umwelt- und Verbraucherschutzverbänden über 13 Jahre verzögert wurde. Weitere empirische Befunde bei *Thatcher* (Fn. 25), 962 ff.

²⁰⁵ Grundsätzlicher *Hix* (Fn. 19), 103 f. und 109 ff., wonach nahezu alle Regulierungen der Union „handfeste Umverteilungswirkungen“ zeigen; eher unentschieden *O. Lepsius* in *Fehling/Ruffert* (Fn. 6), § 19 Rn. 69 ff.

²⁰⁶ *Bredt* (Fn. 62), 382. Hier bestätigt sich die These von *M. Kaufmann* Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997, 319 ff., dass die vorgebliche politische Neutralität technokratischer Entscheidungen meist implizite Wertungen unterschlägt und die Ausübung unreglementierter politischer Herrschaft verschleiern; ähnlich *C. Möllers* Demokratie. Zumutungen und Versprechen, 2008, 112.

²⁰⁷ Näher zu diesem Gesichtspunkt BVerfGE 108, 282 (312).

²⁰⁸ Vgl. nur *Ruffert* (Fn. 48), 767 f.

timationsketten vermittelten parlamentarischen Rückbindung des Verwaltungsträgers geprägt.²⁰⁹ Bis vor kurzem entsprach es, zumal unter dem Eindruck des Maastricht-Urteils²¹⁰ herrschender Rechtsauffassung, dieser Maßstab bilde auch im Rahmen des indirekten Vollzugs des Unionsrechts eine integrationsfeste Vorgabe des Grundgesetzes.²¹¹ Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof in einem Urteil vom 9. März 2010 die staatliche Aufsicht über die Datenschutzbehörden für rechtswidrig erklärt und der deutschen Vorstellung einer ununterbrochenen Legitimationskette eine ebenso apodiktische wie eindeutige Absage erteilt. Dabei wird in einem *obiter dictum* gerade die Regulierung vorbehaltlos als Beispiel jener Aufgaben hervorgehoben, die – offenbar auch nach dem unionalen Demokratiekonzept – „der politischen Einflussnahme entzogen sein müssen“.²¹²

b) Verbraucherschutz als Legitimationsgrundlage der Regulierungsverwaltung?

Der mit dieser Weichenstellung verbundene Verlust an parlamentarischer Legitimation – so wird jedoch im Schrifttum argumentiert – kann durch andere Formen demokratischer Legitimation wieder ausgeglichen werden, und zwar im Falle der Regulierungsverwaltung insbesondere durch den hierdurch bewirkten Verbraucherschutz.²¹³ Dabei geht es freilich nicht um parlamentarische Legitimation, sondern um ein erweitertes politikwissenschaftliches Legitimitätskonzept, das die Kategorien der Input- und Outputlegitimation unterscheidet und politische Systeme auch insoweit als legitim ansieht, als ihre Leistungen gesell-

²⁰⁹ Dafür etwa BVerfGE 47, 253 (275); E. W. Böckenförde in HStR III, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 16ff.; bilanzierend C. D. Classen Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, 2009, 4ff. und 9ff.

²¹⁰ BVerfGE 89, 155 ff.

²¹¹ So etwa noch K. Faßbender RDV 2009, 96 ff.; Mayen (Fn. 24), 50 f. Freilich sind die Integrationsgrenzen des Art. 23 Abs. 1 GG den Besonderheiten der Union entsprechend zu modifizieren, vgl. BVerfGE 123, 266 (347); B. Grzeszick DV-Beiheft 10/2010, 95 ff.; R. Streinz in Sachs (Fn. 152), Art. 23 Rn. 20 ff. mwN.

²¹² EuGH, EuZW 2010, 296 (298) Rn. 41 ff. mit der These, eine hinreichende demokratische Legitimation unabhängiger Behörden könne durch die Bestellung des Leitungspersonals und über Rechenschaftsberichte sichergestellt werden. Kritisch dazu die Besprechung durch H. P. Bull EuZW 2010, 488 ff., differenzierend E. Schmidt-Aßmann DV-Beiheft 10/2010, 263 (282).

²¹³ So erhält nach Franzius (Fn. 44), 440 Regulierung ihre „... Rechtfertigung aus dem Ziel, über die Organisation des Marktes [...] die Verbraucherinteressen zu befriedigen“; weiter Pernice (Fn. 30), O 136, zum „Legitimationspotential“ des output-orientierten Verbraucherschutzes.

schaftliche Bedürfnisse effektiv befriedigen.²¹⁴ *Fritz Scharpf* hat auf dieser Grundlage gefolgert, die Union beziehe ihre demokratische Legitimität nicht aus dem Modell einer „Herrschaft durch das Volk“, sondern als „Herrschaft für das Volk“.²¹⁵ Folgerichtig erklärt ein Teil der politikwissenschaftlichen Demokratietheorie die Herrschaft unabhängiger Behörden in solchen Politikfeldern für legitim, in denen sie Interessen durchsetze, die ansonsten im parlamentarischen Willensbildungsprozess marginalisiert würden; als solches Politikfeld gilt gerade der Verbraucherschutz.²¹⁶ Auch in der Rechtswissenschaft wird der Gedanke der Output-Legitimation weithin aufgegriffen²¹⁷ und das formale Legitimitätskonzept des Bundesverfassungsgerichts für ergänzungsbedürftig erklärt.²¹⁸ Namentlich Regulierungsentscheidungen wird so eine vom Parlament unabhängige demokratische Output-Legitimation zugesprochen.²¹⁹

Diese Aussagen sind ein Beispiel für jene innovativen Argumentationsstränge, die durch die in den letzten Jahrzehnten vielfach gefor-

²¹⁴ *F. W. Scharpf* Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, 21 ff. mwN; zuletzt *ders.* Leviathan 2009, 244 (260 ff.); vgl. weiter *D. Braun/H. Schmitt* in *Kaina/Römmele* (Fn. 119), 53 ff., besonders 63.

²¹⁵ *F. W. Scharpf* Regieren in Europa, 1999, 16 ff.; relativierend dazu *Höreth* (Fn. 82), 85 ff.; vgl. auch *C. Möllers* Gewaltengliederung, 2005, 37 in Fn. 42.

²¹⁶ Näher *Bredt* (Fn. 62), 45, 406 und 440 ff., der als paradigmatisches Beispiel den Lebensmittelmarkt behandelt, in dem sich in einem politisch kanalisiertem Willensbildungsprozess die konzentrierten Interessen der Produzenten gegenüber den unorganisierten Interessen der Konsumenten unweigerlich durchsetzten. Daher sei zu Recht ein unabhängiger Verbraucherschutz unter dem Dach der zuständigen Generaldirektion geschaffen und der Einfluss des Parlaments zurückgenommen worden; vgl. weiter *C. Theilmann* Risikoregulierung. Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit der EU, 2005, 3 f.; *Thatcher* (Fn. 25), 956 ff. mwN; politikwissenschaftliche Kritik bei *Eberlein/Grande* (Fn. 19), 442 f.; *C. Joerges* in *ders./R. Dehousse* (Fn. 129), 3 (26 f.).

²¹⁷ Vgl. *W. Hoffmann-Riem* in *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.) Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 355 (375 f. und 393 f.); weiter *A. von Bogdandy* in *ders./J. Bast* (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 13 (38 f.); *Groß* (Fn. 56), 172 ff.; *Pache* (Fn. 56), 139 ff. sowie die Diskussionsbeiträge in *VVDStRL* 66 (2007), 185 ff.; *A. Peters* Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 521 ff., 577 ff. und 649 f., nach der ein Gemeinwesen bereits als demokratisch gelten kann, „wenn es Leistungen im Sinne der Bürger erbringt“ und die Amtsträger „öffentlicher Kontrolle unterliegen“; *Schliesky* (Fn. 185), 601 ff. und 656 ff.; differenzierend *H.-H. Trute* in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 9), § 6 Rn. 53 f.

²¹⁸ So etwa die Vorschläge bei *Schliesky* (Fn. 185), 667.

²¹⁹ So in begrüßenswertem Bewusstsein um die politische Dimension *Trute* (Fn. 29), 184 f. und 187, nach dem die Regulierungsbehörde durch Unabhängigkeit „dem üblichen politischen Zyklus entzogen“ sich „eine eigenständige Legitimation schaffen“ soll, um so „eine eigene Regulierungspolitik zu entwickeln und durchzusetzen“.

derte Öffnung der Jurisprudenz für sozialwissenschaftliche Nachbardisziplinen Eingang in den juristischen Diskurs finden.²²⁰ Nimmt man die aktuellen Ergebnisse dieser Diskurse jedoch ernst und versucht, konkrete Kriterien für die juristische Rezeption sozialwissenschaftlicher Modelle zu entwickeln,²²¹ so bildet indes die Output-Legitimation ein Lehrbeispiel dafür, dass die Öffnung für sozialwissenschaftliche Legitimationskonzepte an harte normative Grenzen stößt, weil die Eigenrationalität der einschlägigen Rechtsnormen eine Anknüpfung verhindert.²²² Bereits die Umschreibung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG beruht auf einer Demokratievorstellung, die ausschließlich auf Inputfaktoren abstellt und das Ergebnis des demokratischen Diskurses durch andere Verfassungsrechtssätze beeinflusst.²²³ Aber auch der neue Unionsvertrag entfaltet in Art. 10ff. ein anspruchsvolles Demokratiekonzept, das sich mit der dualen Legitimation durch das Europäische Parlament und die nationalen Volksvertretungen sowie ergänzenden Elementen demokratischer Partizipation²²⁴ zu einer klassischen Input-Dimension bekennt. Dass die Union nach anderen Bestimmungen verpflichtet ist, ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherzustellen,²²⁵ ist wiederum keine Frage der demokratischen Legitimation.

²²⁰ Dazu etwa C. Möllers in Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 9), § 3 Rn. 42 ff.

²²¹ Dazu konkret J. Lüdemann in S. Boysen u.a. (Hrsg.) Netzwerke. 47. Assistententagung Öffentliches Recht, 2007, 266 (282), und allgemein ders. in C. Engel u.a. (Hrsg.) Recht und Verhalten, 2007, 7 ff.

²²² Näher A. von Arnould in A. Funke/J. Lüdemann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, 65 (89f.). Gewichtige normative Einwände gegen das Modell der Output-Legitimation mit anderen Begrifflichkeiten und besonderer Betonung der nationalstaatlichen Legitimation bereits bei Kaufmann (Fn. 206), 287 ff.; ähnlich Möllers (Fn. 215), 37f.; skeptisch auch F. Reimer EuR 2003, 992 (999f.).

²²³ Verwiesen sei etwa auf die Grundrechte, auf das Sozialstaatsprinzip oder im Regulierungsbereich auf die Gewährleistungsaufträge in Art. 87e Abs. 4 oder Art. 87f Abs. 1 GG. Vgl. dazu auch Classen (Fn. 209), 39 f.

²²⁴ Vgl. dazu M. Ruffert EuR 2009 Beiheft, 10031 (10034f.). Dieses Konzept bildet einen wichtigen Wegstein einer Entwicklung, die durch die Aufwertung der Wirtschaftsgemeinschaft zur politischen Union und des Marktbürgers zum Unionsbürger geprägt war, vgl. – teilweise relativierend – C. Schönberger Unionsbürger, 2005.

²²⁵ Vgl. insoweit Art. 38 der Grundrechte-Charta, bei dem es sich um eine bloße Zielbestimmung handelt (E. Riedel in J. Meyer (Hrsg.) Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Art. 38 Rn. 5) sowie Art. 114 Abs. 3 AEUV, der die Kommission im Zuge der Rechtsangleichung und damit außerhalb der eigentlichen Verbraucherschutzpolitik auf ein hohes Verbraucherschutzniveau verpflichtet.

Die fehlende Anschlussfähigkeit der Output-Legitimation für das Verfassungsstrukturprinzip der Demokratie wird noch deutlicher, wenn man sich die Ursprünge dieses auch in den Sozialwissenschaften umstrittenen²²⁶ Modells verdeutlicht: In seiner politologischen Spielart handelt es sich um eine im Kern empirische Legitimationsvorstellung, die auf *Max Webers* Begriff der „Legitimität“ zurückweist.²²⁷ *Weber* analysierte mit diesem wegweisenden Modell jene Motive, die dazu führen, dass Befehle – auch die eines „charismatischen Führers“ – bei den Adressaten auf Zustimmung und Gehorsam stoßen.²²⁸ Eine zweite Grundlage sind Staatstheorien der Neuen Politischen Ökonomie, in denen die Exekutive ihre Legitimation in erklärter Abkehr vom verfassungsrechtlichen Demokratiebegriff durch Wohlfahrtseffekte für den Verbraucher bezieht.²²⁹ Der empirisch-ökonomische Legitimationsbegriff der sozialwissenschaftlichen Regulierungstheorie entspricht mithin bereits im Ausgangspunkt nicht der Idee der Selbstbestimmung, die dem juristischen Demokratieprinzip zu Grunde liegt.²³⁰

c) *Vom Unionsbürger durch Regulierung zum Verbraucher?*

Auch wenn das Konzept der Output-Legitimation somit normativ nichts zur Lösung der demokratischen Legitimationsprobleme der Re-

²²⁶ Vgl. nur *Bach* (Fn. 119), 89 („rationalisierende Beschönigung“ realer Demokratieverluste).

²²⁷ Zu diesen Ursprüngen des Output-Konzepts *D. Braun/H. Schmitt* in *Kaina/Römmele* (Fn. 119), 53 (54f.).

²²⁸ *M. Weber* Die drei Typen der legitimen Herrschaft (1922) in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7. Aufl. 1988, 475 ff. und ähnlich auch in *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1980, Teil 1, Kapitel 1, § 7.

²²⁹ Hervorzuheben ist dabei *Buchanans* Modell des ökonomischen Konstitutionalismus, vgl. *J. Buchanan* in *J. Eatwell u.a. (Hrsg.) The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, Vol. I, 1987, 565 ff. mit der für die Frage der Rezeptionsfähigkeit weichenstellenden Aussage *Buchanans*, er richte sich an den Verfassungsgeber und habe „... nothing to offer by way of policy advice to political agents who act within defined rules.“; vgl. dazu *T. Petersen* Individuelle Freiheit und allgemeiner Wille. *Buchanans* politische Ökonomie, 1996, 118 ff.; zum Zusammenhang für die behauptete Legitimität unabhängiger Institutionen *Bredt* (Fn. 62), 205 ff.; zur aus diesen Parametern entwickelten Idee der „Konsumentensouveränität“ *V. J. Vanberg* PVS-Sonderheft 34/2003, 48 ff.

²³⁰ Zur Selbstbestimmung als „Verfassungssensenz“ *H. Dreier* RW 2010, 11 (16f.); zum Unionsrecht *W. Kluth* Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 1995, 30 ff. und 67 ff.; *A. Hatje* und *M. Kotzur* Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2009), 135 (139f.) und 173 (200); zu Recht weist jedoch *Trute* (Fn. 217), § 6 Rn. 53 darauf hin, dass punktuelle Output-Elemente systemfremd auch die Rechtsprechung des BVerfG prägen, vgl. etwa BVerfGE 107, 59 (92f.) und dazu kritisch *Classen* (Fn. 209), 8f.

gulierungsverwaltung beiträgt, vermittelt es als empirische Kategorie gleichwohl aufschlussreiche Einsichten. Denn tatsächlich bemüht sich der europäische Regulierungsverbund zunehmend, den Verbrauchern die Erfolge seiner Tätigkeit zu verdeutlichen, um hieraus faktische Legitimität aufzubauen. In der Telekommunikationsregulierung macht dies ein zyklisch wiederkehrender Vorgang besonders deutlich: Alle ein bis zwei Jahre, jeweils zu Beginn der Sommerferien pflegt die Kommission in werbekräftigten Formulierungen zu verkünden, sie habe durch beherzte Regulierungsmaßnahmen erneut die Mobilfunk-Gebühren der europäischen Verbraucher für Telefonate aus dem Urlaub kräftig gesenkt.²³¹ Durch solche Öffentlichkeitsarbeit versucht die Kommission handgreiflich Output-Legitimation zu erzeugen – und zwar in den Kategorien *Max Webers* Legitimation durch „bürokratische Herrschaft“. Erinnert aber das Bild des telefonierenden Markturlaubers, an dessen Gefolgschaft solche Erfolgsmeldungen appellieren, nicht ein wenig an das jenes römischen Staatsbürgers, über den *Juvenal* in seinen Satiren spottet, er habe zur Zeit der Republik noch selbst politische Macht ausgeübt und Senatoren gewählt, sei jedoch mittlerweile zufrieden, sich durch Brot und Zirkusspiele bei der Stange halten zu lassen?²³²

d) *Verbraucherschutzregulierung als Idealverwaltung der Konsumentendemokratie*

Dieser Gedanke lässt sich auch positiver formulieren, und vielleicht weist *Juvenal* sogar den Weg zur postmodernen Form der Demokratie: Immer mehr häufen sich nämlich die Diagnosen, die den politisch-aktiven Input-Bürger zu den aussterbenden Arten erklären, dessen einstige Habitate nunmehr durch passive Verbraucher bevölkert würden.²³³ *Ulrich Haltern* hat vor dem Hintergrund solcher Befunde bereits

²³¹ Repräsentativ etwa die vorerst jüngste Erfolgsmitteilung: „Ende der ‚Roaming-Abzocke‘: Dank der EU-Vorschriften sinken ab heute die Preise für SMS, Handy-anrufe und Web-Surfen im EU-Ausland“, Pressemitteilung IP/09/1064 v. 1. 7. 2009.

²³² *D. I. Juvenal* Satiren 10, 81, und dazu *J. S. Thompson* Demonstrative Legitimation der Kaiserherrschaft im Epochenvergleich, 1993, 2 ff. Vergleiche des europäischen Integrationsprozesses mit *Juvenals* Analyse zieht bereits *J. Weiler* The Constitution of Europe, 1999, 335.

²³³ Vgl. etwa. *J. Tomlinson* in D. Held/A. McGrew (Hrsg.) The Global Transformations Reader, 2. Aufl. 2003, 269. *U. Volkmann* FAZ v. 26. 2. 2010, 9 fasst diese Analysen in dem Befund zusammen, der Bürger nähme mittlerweile eine Konsumentenhaltung ein und wolle von der Politik bedient werden, die damit zu „einer Veranstaltung der Schnäppchenjäger“ transformiere; letztlich erscheine dann vielen die Verständigung auf einen weniger anspruchsvollen Demokratiebegriff als einzige Perspektive der Demokratie.

eine staatsrechtliche Theorie des europäischen Konsumbürgers entwickelt, die der Union in einer post-politischen Ordnung bis zu einer gewissen Integrationstiefe politische Legitimität vermitteln soll.²³⁴ In dieser Republik der Konsumenten würde sich die ergebnisorientierte Verbraucherpolitik einer durchsetzungsfähigen Regulierungsbehörde geradezu als neues exekutives Leitbild empfehlen.

Das Bundesverfassungsgericht würde diesem Vorschlag wohl mit dem Lissabon-Urteil entgegenhalten, dass der Systemwechsel zum neuen Legitimationssubjekt des passiven Unionsverbrauchers zunächst des Zusammentritts einer verfassungsgebenden Konsumentenversammlung bedürfte.²³⁵ Aber möchten wirklich alle Europäer nur noch gut regiert werden, und ist der gefährdete Bürger tatsächlich bereits im behaupteten Maße ausgestorben? Könnte sein Verstummen nicht gerade mit der Fülle fürsorglicher Staatsbetreuung und der parallelen Verlagerung politischer Entscheidungsprozesse aus den Parlamenten in kommissionsgesteuerte Verwaltungsverfahren zu tun haben?²³⁶ Nach Befragungen wurde der Verfassungsvertrag in Frankreich und den Niederlanden namentlich deshalb abgelehnt, weil die Abstimmenden die Leistungen der Union zwar anerkannten, zugleich jedoch ihren Unmut über deren aktionistisches Ausgreifen in alle Lebensbereiche und die korrespondierende Aushöhlung der nationalen Willensbildungsprozesse bekunden wollten.²³⁷ Offenbar ist nicht jeder Unionsbürger gewillt, sich für die schleichende Ausdünnung seiner politischen Mitwirkungsrechte grenzenlos als Verbraucher kompensieren zu lassen. Daher sollte auch nicht als integrationsfeindliche Philippika abgetan werden, wenn ein großer Europäer wie Hans Magnus *Enzensberger* sein Unbehagen über diese Entwicklung vor kurzem auf die Formel brachte, die Union habe sich einen „paradiesischen Zustand ... für eine schlag-

²³⁴ U. Haltern *Europarecht und das Politische*, 2005, 502 ff.; ders. *Europarecht*, 2005, 550 ff. und 653 ff.; zum weiteren Kontext einer politischen Aufwertung der Konsumidee N. Bolz *Das konsumistische Manifest*, 2002.

²³⁵ Vgl. BVerfGE 123, 266 (347 f., 404 und öfter), aber auch die Ausführungen auf S. 369 ff. zur ergänzenden Legitimation durch partizipatorische Elemente innerhalb eines „verflochtenen demokratischen Systems“.

²³⁶ Vgl. dazu die Studie von A. Somek *Individualism. An Essay on the Authority of the European Union*, 2008, nach dem sich die Politik der EU zunehmend an den Typus eines apolitischen Individualisten richtet, der es vorzieht, die Lösung sozialer Konflikte an Spezialistengremien zu delegieren.

²³⁷ Näher die Analysen durch K. Faßbender *FAZ* v. 15. 6. 2007, 8. Die Frage nach den Gründen des Scheiterns des Referendums in Frankreich vertieft V. A. Schmidt *Democracy in Europe*, 2006, 179 ff.

kräftige Exekutive“ geschaffen und schicke sich an, mit dieser ihre Bürger zu umsorgen, zu betreuen und umzuerziehen.²³⁸

Angesichts dieser unüberhörbaren Herztöne empfiehlt sich für das Recht, den sozialwissenschaftlich verkündeten Tod des *homo politicus* nicht vorschnell zum Anlass für einen Systemwechsel zur Verbraucherdemokratie zu nehmen. Solange das Hinwegscheiden des europäischen Bürgers nicht durch gerichtsfesten Leichenschein belegt werden kann, bleiben die vorgezeichneten parlamentarischen Legitimationsstrukturen verbindlich. Bezugsgröße verfassungsrechtlicher Demokratie ist damit allein das selbstbestimmte Individuum,²³⁹ nicht der – wie perfekt auch immer modellierte – *homo oeconomicus*. Oder anders gewendet: Eine nicht nach Maßgabe der Art. 10 ff. EUV hinreichend auf den staatsbürgerlichen Willensbildungsprozess rückführbare Regulierungspolitik wird nicht demokratischer, weil sie den Interessen repräsentativer Bevölkerungsgruppen entspricht und den Verbraucher zufriedenstellt. An der Rückkopplung zum Bürger – und nicht an den Wohltaten für den Verbraucher – misst sich die Legitimität jeder Regulierungsverwaltung. Von daher verbietet es sich in einer anspruchsvollen Demokratie, die Lösung gesellschaftspolitischer Grundsatzkonflikte durch Blankett Ermächtigungen für eine parlamentarisch nicht näher ausgestaltete „Verbraucherpolitik“ auf weisungsfreie Exekutiven zu verlagern.

V. Verbraucherschutzregulierung als Mikrokosmos des öffentlichen Rechts

Am Ende dieser Überlegungen, die ihren Ausgangspunkt von der begrifflichen Unschärfe der Regulierungsverwaltung nahmen, steht ein eher skeptischer Befund: Verbraucherschutz in den Formen des öffentlichen Rechts ist zwar verfassungsrechtlich zulässig und erscheint gegenüber manchen Problemlagen ebenso sachgerecht wie die grundsätzlich begrüßenswerte und alternativlose Europäisierung der entsprechenden Verwaltungsstrukturen. Die exekutivische Machtkonzentration des Regulierungsmodells der Netzwirtschaften, das sich von herkömmlicher Eingriffsverwaltung durch politische Verselbständigung, weite Gestaltungsspielräume und gerichtliche Terrainverluste abhebt, erscheint

²³⁸ H. M. Enzensberger FAZ v. 3. 2. 2010, 27 („Sie will nur unser Bestes. Wie ein gütiger Vormund ist sie besorgt um unsere Gesundheit, unsere Umgangsformen und unsere Moral. Auf keinen Fall rechnet sie damit, dass wir selber wissen, was gut für uns ist; dazu sind wir in ihren Augen viel zu hilflos und zu unmündig.“).

²³⁹ Vgl. bereits die Nachweise oben in Fn. 230.

jedoch außerhalb der Netzwirtschaften gegenüber den Anforderungen dieser Aufgabe unverhältnismäßig. Stattdessen bedarf eine europäisierte Verbraucherschutzverwaltung gesetzgeberischer Ausgestaltung, substanzhafter gerichtlicher Kontrolle und demokratischer Legitimation.

Dass solche Skepsis auf angreifbaren Prämissen beruht, macht deutlich, wie sehr sich in dem Entwurf einer in den Dienst des Verbraucherschutzes gestellten starken Regulierungsverwaltung gleichsam brennpunktartig zahlreiche Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts bündeln. Die Idee der Verbraucherregulierung führt zu Fragen nach dem Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht, von Grundrechten und Schutzpflichten auf nationaler und europäischer Ebene, der Frage nach dem Leitbild der Demokratie im Kontext der europäischen Integration sowie nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der Wirtschaftslenkung. Nicht zuletzt wirft die Verbraucherregulierung auch grundlegende Methodenfragen auf und wird aus Sicht der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft vor allem Steuerungsdefizite des überkommenen Verwaltungsmodells verdeutlichen, während Kritiker dieses Ansatzes die mit den regulatorischen Effizienzgewinnen verbundenen Kollateralschäden beklagen werden. Mag sich daher das Thema „Verbraucherschutz durch Regulierungsrecht“ einer präzisen Definition entziehen, so stehen doch die aufgeworfenen Fragen stets als Teil fürs Ganze des öffentlichen Rechts.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

I. Empirische und analytische Befunde

(1) Die Begriffe „Regulierungsrecht“ und „Verbraucherschutzrecht“ weisen erhebliche Unschärfen auf: Während „Verbraucherschutz“ meist kaum mehr ist als ein konturschwacher Oberbegriff für Normen mit unmittelbarem oder mittelbarem Verbraucherbezug, finden sich sehr unterschiedliche Regulierungsbegriffe. Umstritten ist vor allem die „Regulierung im weiteren Sinne“, die bislang zwar nicht den Rang eines Rechtsinstituts beanspruchen kann, jedoch als Analyseinstrument Aussagen über spezifische Regulierungselemente einzelner Rechtsgebiete ermöglicht.

(2) Sozialwissenschaftlich werden im Zusammenhang mit der „Regulierungsverwaltung“ auch im Verbraucherschutz erhebliche politische Gewichtsverschiebungen diagnostiziert. Zur Analyse dieser Phänomene bietet sich ein institutioneller Regulierungsbegriff an, der sich am Leitbild der „starken Regulierungsbehörde“ orientiert. Kennzeichnend hierfür sind eine beschränkte Rückkopplung zur Regierung, breite, normativ eher schwach strukturierte Eingriffsbefugnisse, die deutliche Rücknahme der gerichtlichen Kontrollichte sowie ein stetig zunehmender Einfluss der EU-Kommission.

(3) Diese Form der Regulierungsverwaltung führt zu einer außergewöhnlichen exekutivischen Machtkonzentration. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich freilich bislang auf spezielle Aufgaben, bei denen Regulierung als grundsätzlich sachgerechte und verfassungsrechtlich zulässige Strategie zur Überwindung der Persistenz natürlicher Monopole angesehen werden kann. Die Befunde zum Vordringen der „Regulierung im weiteren Sinne“ verdeutlichen jedoch, dass dieses Regelungsmodell kein Übergangsphänomen bleiben dürfte, sondern dass jedenfalls Teilelemente in immer mehr Aufgabenbereichen rezipiert werden; zu diesen Bereichen zählt auch der Verbraucherschutz.

(4) Der Verbraucherschutz hat im vergangenen Jahrzehnt durch Impulse der Union in vielen Einzelbereichen erheblich an Bedeutung gewonnen. Dabei lässt sich in der neueren Unionsgesetzgebung ein Wandel vom Leitbild des selbstbestimmten Verbrauchers zu einer eher paternalistischen Verbraucherpolitik nachweisen. Nach den Vorstellungen der Kommission

ist moderner Verbraucherschutz nicht nur durch die Konsumenten selbst, sondern auch exekutivisch durch Regulierungsagenturen durchzusetzen.

(5) Die entsprechende Stärkung des Verbraucherschutzes ist eine zentrale Entwicklungstendenz des sektoralen Regulierungsrechts. Zugleich sind Ansätze zur Schaffung einer unionsweiten regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung erkennbar. Vor allem das neue Behördennetzwerk zum Schutz der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen trägt deutliche Züge einer Vorstufe eines voll ausgebildeten Regulierungsverbunds.

(6) Mit dem zunehmenden Einsatz ordnungsrechtlicher Mittel zur Durchsetzung wirtschaftlicher Verbraucherinteressen verschwimmen die Grenzen von öffentlichem und privatem Recht. Manche der jeweils verfügbaren Instrumente sind funktional austauschbar. Tendenziell werden allerdings liberale Rechtsordnungen den Schutz wirtschaftlicher Verbraucherinteressen in erster Linie zivilrechtlich verwirklichen.

(7) Das Vordringen von Elementen einer regulierungsähnlichen Verbraucherschutzverwaltung beruht auf einer Reihe von Faktoren wie der Entstehung neuer Gefährdungslagen, der Herausbildung einer europäischen Sozialstaatlichkeit und der Globalisierung. Nach den Befunden der Bürokratieforschung erklärt es sich jedoch auch durch das Bestreben der europäischen Exekutive, sich neue Tätigkeitsfelder und breite Gestaltungsspielräume zu erschließen und gleichzeitig parlamentarische, gesetzliche und gerichtliche Reglementierungen zu minimieren.

II. Verfassungsrechtliche Thesen

(8) Soll das Modell der starken Regulierungsverwaltung in Bereiche wie den Verbraucherschutz übertragen werden, so stellt sich verstärkt die Frage nach den konstitutionellen Grenzen und Sicherungsmechanismen. Obwohl der moderne Regulierungsverbund mit Recht manche Prämissen des deutschen Verwaltungsrechts auf den Prüfstand stellt, beanspruchen die rechtsstaatlich-demokratischen Strukturprinzipien des Grundgesetzes und des Unionsvertrags uneingeschränkte Beachtung.

(9) Nicht jedes Verbraucherinteresse begründet grundrechtliche Schutzansprüche. Im Regelfall ist regulierungsrechtlicher Verbraucherschutz gemeinwohlorientierte Eingriffsverwaltung, die ihre Schranken auch dann in den Grundrechten der Regulierten findet, wenn der einfache Gesetzgeber den Verbrauchern subjektive Rechte einräumt.

(10) Die Intensität der durch die Regulierung bewirkten Freiheitsverkürzungen erfordert trotz der durch das Unionsrecht vorgezeichneten finalen Tatbestandsstruktur einiger Eingriffsnormen eine substanzhafte gerichtliche Ergebniskontrolle. Der Struktur der Regulierungsentscheidung wird

dabei eine über die Anforderungen der konkreten Ermächtigung hinausgehende Überprüfung am Maßstab des Abwägungsgebots gerecht.

(11) Bereits im sektoralen Regulierungsrecht führt die Stärkung der Verbraucherschutz Elemente zu einer Entgrenzung der Handlungsmaßstäbe der Regulierungsverwaltung. Von vornherein hat jedoch das Regulierungsziel „Wahrung der Verbraucherinteressen“ kaum einen objektiv bestimmbareren Inhalt. Die Ermächtigung einer Regulierungsbehörde zu gestaltenden Markteingriffen mit dem unbestimmten Ziel des „Verbraucherschutzes“ käme daher einer rechtsstaatlich unzulässigen Blankettermächtigung nahe, nach subjektiven Gemeinwohlvorstellungen Grundrechtseingriffe vorzunehmen.

(12) Die vordringende Vorstellung einer „Entpolitisierung“ hoheitlicher Entscheidungen durch Schaffung einer institutionell unabhängigen „neutralen“ Expertenverwaltung ist in der deutschen Verwaltungstradition erheblich vorbelastet und erscheint im Bereich des Verbraucherschutzes allenfalls für Entscheidungen vornehmlich technischen Charakters tragfähig. Der wirtschaftliche Verbraucherschutz hingegen ist bereits im Ausgangspunkt eine originär politische und damit legitimationsbedürftige Frage.

(13) Die ebenfalls vordringende These, bereits die effektive Befriedigung von Verbraucherbedürfnissen legitimiere die Entscheidungen unabhängiger Regulierungsbehörden, setzt an die Stelle parlamentarischer Legitimation ein sozialwissenschaftliches Konzept der Output-Legitimation, das mit dem juristischen Demokratieprinzip unvereinbar ist. Nach den unionsrechtlich wie grundgesetzlich maßgeblichen Legitimationsstrukturen misst sich die demokratische Legitimität jeder Regulierungsverwaltung allein an der Rückkopplung zum Bürger und nicht an den Wohltaten für den Verbraucher.

(14) Verbraucherschutz in den Formen des öffentlichen Rechts und gegebenenfalls durch europäische Behörden ist für manche Problemlagen sachgerecht. Die exekutivische Machtkonzentration des Regulierungsmodells der Netzwirtschaften, das sich von herkömmlicher Eingriffsverwaltung durch politische Verselbstständigung, weite Gestaltungsspielräume und gerichtliche Terrainverluste abhebt, erscheint jedoch gegenüber den Anforderungen dieser Aufgabe unverhältnismäßig.

3. Aussprache und Schlussworte

Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht

Höfling: Liebe Kolleginnen und Kollegen, nun wollen wir in die Schlussrunde eintreten. Was die Strukturierung der Diskussion angeht, ist heute zur grundsätzlichen Schwierigkeit erschwerend hinzugekommen, dass es eine gewisse Schieflage am Ende dadurch gegeben hat, dass sich jetzt zahlreiche Kollegen gemeldet haben zu Fragen der demokratischen Legitimation von Regulierungsbehörden. Das lag nicht unbedingt im absoluten Fokus des Vorstandes, aber das können wir natürlich jetzt nicht zensieren. Das wird also ein großer Brocken sein. Wir beginnen mit drei Bemerkungen, die eher die grundsätzliche Fragestellung noch einmal aufgreifen, und da darf ich zunächst Frau Albers, dann Herrn Faßbender und dann Herrn Schoch bitten.

Albers: Ich habe eine Frage an Herrn Durner. Ihre Skepsis gegenüber der Verknüpfung von Regulierungsrecht und Verbraucherschutz mag in mancher Hinsicht gut begründet sein. Was mir in Teilen nicht deutlich geworden ist, ist Ihre Alternative. Wäre es die Herausnahme der Verbraucherinteressen aus dem Regulierungsrecht? Das scheint mir angesichts des Regulierungsgegenstandes und angesichts der Verflochtenheit von zentralen Regulierungszielen und Verbraucherschutz kaum eine gute Alternative zu sein. Wäre es eine stärkere Differenzierung des Regulierungsrechts? Diskussionen um eine immer detailliertere Ausgestaltung von Gesetzen kenne ich insbesondere aus dem Datenschutz in Form zahlreicher Klagen über Unübersichtlichkeit und Komplexität. Auch das Regulierungsrecht ist schon jetzt sehr komplex und differenziert. Wäre es eine ganz neuartige Gestalt des Regulierungsrechts? Alternativvorschläge zu den gegenwärtigen Ausgestaltungsformen müsste man etwas verdeutlichen. Dies habe ich bei Ihnen ein bisschen vermisst und bitte um einen Nachtrag. Vielen Dank.

Faßbender: Zunächst entspricht es wohl der Tradition unserer Vereinigung, dass sich die ersten Diskussionsteilnehmer bei den Referenten für ihre Referate bedanken. Das möchte ich sehr gerne tun. Ich fand beide Referate fachlich hervorragend und in der Sache sehr anregend. Vor allem Letzteres wird ja auch durch die Anzahl der Wortmeldungen be-

stätigt. Ich habe zwei Punkte. Zunächst möchte ich Zustimmung äußern zu These 4 von Wolfgang Durner, die sich zur Entwicklung des europäischen Verbraucherschutzrechts verhält. Der zweite Punkt betrifft das Thema Zivilrecht und Öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen, zu dem ich einige ergänzende Hinweise geben möchte.

Zunächst zur Entwicklung des europäischen Verbraucherschutzrechts. Herr Hellermann, Sie haben in der Überschrift zu Ihrer These 29 gefragt, in welche Richtung sollte die Entwicklung im Regulierungsrecht denn gehen: in Richtung schlanker oder paternalistischer Staat? Wolfgang Durner hat sich dazu in These 4 auf den Standpunkt gestellt, dass sich die Dinge in der neueren Unionsgesetzgebung tatsächlich in eine eher paternalistische Richtung entwickeln, und ich möchte das unterstreichen. Ich habe mich in meiner Habilitationsschrift mit dem Werberecht beschäftigt. Werberecht ist vor allen Dingen Lauterkeitsrecht, und da ist es genauso gelaufen. Deshalb mahne ich zur Vorsicht, wenn mit der Chiffre des mündigen und verständigen Verbrauchers operiert wird. Dieser wird gerne auch heute noch wie eine Monstranz vor sich hergetragen. Dieses Verbraucherleitbild hat in der Tat zunächst einmal dazu geführt, dass der EuGH sub specie der Grundfreiheiten insbesondere das deutsche Werberecht aufgebrochen hat, das natürlich zu dieser Zeit seinerseits eher paternalistisch war. Hierdurch wurde im nationalen Lauterkeitsrecht eine mächtige Liberalisierungswelle angestoßen.

Doch interessant ist, wie die Dinge sich weiterentwickelt haben. Gekommen ist im Jahre 2005 die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, die jetzt irreführende und aggressive Geschäftspraktiken detailliert regelt sowie eine sog. schwarze Liste von Verhaltensregeln enthält, die mehr als zwei Dutzend sachlich umschriebene Verhaltensweisen nennt, die nach der Richtlinie in jedem Fall verboten sind, egal wie sich das auf den konkreten Wettbewerb auswirkt. Letzter „Höhepunkt“ der Verbraucherschutzgesetzgebung der EU: Die Verordnung von 2006 über gesundheitsbezogene Angaben zu Lebensmitteln, die generell verbietet, dass zu alkoholischen Getränken irgendwelche positive gesundheitsbezogene Angaben gemacht werden. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht zuletzt, in Gestalt einer Vorlage an den EuGH, zu der bangen Frage bewegt, ob es tatsächlich künftig deutschen Winzern verboten sein soll, einen Riesling als „bekömmlich“ zu bewerben. Das alles spricht in der Tat dafür, dass die Dinge sich auf europäischer Ebene eher in Richtung Paternalismus bewegen.

Nun zum zweiten Punkt. Wie schaut es denn konkret aus mit der Rede vom Öffentlichen Recht und vom Zivilrecht als wechselseitigen Auffangordnungen, wenn die von Ihnen, Herr Hellermann, in These 18 angesprochenen Möglichkeiten, die Verbraucherschutzregeln über das

Lauterkeitsrecht und über das Unterlassungsklagengesetz vor den Zivilgerichten durchzusetzen, auch von denen genutzt werden, die spezielle Aufsichtsbefugnisse haben? Dazu gibt es eine ganz interessante Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2004, in der das einmal kritisch unter die Lupe genommen wurde. Äußerer Anlass war, dass eine Steuerberaterkammer vor den Wettbewerbsgerichten einen Verstoß gegen die berufsbezogenen standesrechtlichen Regelungen gerügt hatte. Hier hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht kritisch gefragt, warum die Kammer den Zivilrechtsweg beschritten hat statt mit den Mitteln des Aufsichtsrechts vorzugehen. Hierauf haben die Kammern, die sich im Verfahren geäußert haben, ganz nonchalant geantwortet, das sei schneller und effizienter, weil die Betroffenen ansonsten ja vorher noch angehört werden müssten. Also erhebe man lieber Klage bei den Zivilgerichten. Das sind Entwicklungen, die mir auch und gerade vor dem Hintergrund der zuvor genannten These von Wolfgang Durner etwas Sorge bereiten.

Schoch: Verehrte Kolleginnen und Kollegen, gestatten Sie vorab drei Hinweise. Erstens: Der „Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht“ ist deutlich mehr als das hier präsentierte Recht der Netzwirtschaften und der Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur). Zweitens: Wer den Realbereich weitgehend ausblendet, kann in der Tat zu Grundannahmen gelangen, die am Ende ein „bürokratisches Monster“ hervorbringen; ich selbst kann das beim besten Willen nicht erkennen. Drittens: Das Thema ist – das sage ich aus unmittelbarer praktischer Anschauung auf Grund meiner Richtertätigkeit – zu ernst für das Agieren mit „rhetorischen Zauberkunststücken“.

Zur Sache: Wenn Sie sich einmal etwas genauer ansehen könnten, über welche – wegen der verspäteten Informationsfreiheitsgesetzgebung früher nicht zugängliche – Informationen die Behörden allein im Lebensmittelsektor verfügen, würden Sie mitunter die Hände über dem Kopf zusammenschlagen. Wie reagiert denn nun die Rechtsordnung in diesem Bereich auf der Grundlage des breiten Begriffs von „Regulierungsrecht“, dem ich zustimme, in Bezug auf Staat, Unternehmen und Verbraucher? Der Normgeber reagiert mit einem Mix von Instrumenten. In dem erwähnten riesigen Bereich hat er z.B. das Lebensmittelkennzeichnungsrecht erlassen; da sehe ich kein „bürokratisches Monster“, wir haben eher zu schlecht ausgestattete Vollzugsbehörden, um die Einhaltung der Vorschriften ordnungsgemäß kontrollieren zu können. Im Verbraucherinformationsrecht haben wir nicht nur das Recht auf individuellen Zugang zu Informationen, was erwähnt worden ist, sondern es gibt nach § 5 Abs. 1 S. 2 VIG die Befugnis, dass die Behörden von

sich aus die Öffentlichkeit informieren. Hinzu tritt über das Europarecht die „Mobilisierung“ des Verbrauchers in ganz vielen Bereichen; der Verbraucher fungiert als Nachfrager von Information und als Verbreiter von Information. Ein Stück Verbraucherschutz wird also an die Zivilgesellschaft zurückgegeben. Man muss doch auch fragen, wovor der Verbraucher zu schützen ist. Falschetikettierungen spielen beispielsweise eine große Rolle, aber auch z.B. Aussagen zu Lebensmittelinhaltsstoffen. In diesem großen Bereich unseres Verbraucherschutzes kann nicht einmal von einer Regulierungsbehörde und schon gar nicht von einem „Regulierungsmonster“ die Rede sein.

Ein zweiter Diskussionspunkt: Ist es denn wirklich so schlimm, dass wir im Verbraucherschutzrecht nicht immer exakt zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht trennen können? In der Verschränkung und der Kombination von Regelungen aus dem Öffentlichen Recht und dem Zivilrecht sehe ich eine intelligente Regelungsstrategie. Die „Mobilisierung“ der Zivilgesellschaft funktioniert eben nicht allein über das Öffentliche Recht und hoheitliches Denken, sondern nur mit dem Einsatz auch des Zivilrechts. Ich möchte dafür werben, dass wir beim Verbraucherschutz die Teilrechtsordnungen zusammen sehen. Wenn genauer definiert worden wäre, wofür der Verbraucherschutz steht, könnte die Einbeziehung des Zivilrechts als Zugewinn betrachtet werden. Mit Blick auf die instrumentelle Funktion des Zivilrechts sollte sich die Staatsrechtslehre in dieser Hinsicht öffnen.

Ein letzter Punkt: Wir haben gewiss viele Defizite bei der Rechtstatsachenforschung. Aber im Bereich des Verbraucherschutzes haben wir breit angelegte Untersuchungen, die z.B. vorhandene Informationsasymmetrien nachweisen. An diesem Punkt sehen Sie, dass dem Steuerungsfaktor „Information“ eine zentrale Rolle zukommt. Regulierungsrecht darf in verfassungsrechtlicher Perspektive nicht auf das Hoheitliche, auf die Eingriffsverwaltung reduziert werden, wie das hier etwas zu sehr geschehen ist. Man muss auch das Europarecht stark in den Vordergrund rücken, und man muss die Schutzpflichtdimension beachten. Bei diesem breiteren Ansatz erhalten wir ausgewogenere Analysen und Ergebnisse als bei einem von vornherein etwas verengten Blickwinkel. Vielen Dank!

Wißmann: Wären die beiden Vorträge in anderer Reihenfolge vorgetragen worden, würde der stark betonte Gestus der Gegensätzlichkeit viel stärker zurücktreten. Dann hätte Herr Durner zunächst einmal eine Dekonstruktion des Regulierungsrechts vorgelegt und dabei auf allgemeine Gefahrenlagen hingewiesen, die wir hier wie auch anderswo zu bewältigen haben. Herr Hellermann hätte dann in einem zweiten

Schritt auf dieser Grundlage eine Rekonstruktion zur Fortschreibung des Regulierungsrechts unternommen.

In der Tat – in diesem Ausgangspunkt sollte man Herrn Durner zustimmen – liegen gewisse etatistische Gefahren in der Engführung von Bürgerstatus und Verbraucher. Droht nun aber der starke europäische Verbraucherschutzstaat, den Herr Durner befürchtet? Ich glaube, es sind hier doch in zu starker Weise formelle Aspekte mit materiellen Aspekten vermischt worden: Es ist einerseits sicher vollkommen richtig, dass wir von Verfassungen wegen darauf bestehen müssen, dass Entscheidungswege transparent gestaltet werden und mit erkennbarer Verantwortung verbunden werden. Nur kann man daraus nicht die materielle Verengung ableiten, dass damit zugleich die Verwaltungsorganisation der frühen Bundesrepublik verfassungskräftig festgeschrieben ist. Das Grundgesetz schreibt Standards vor, aber keine Typen. Und insofern ist zunächst einmal das Bemühen um einen neuen intelligenten Steuerungs- und Organisationsmix jenseits der Festschreibung von Öffentlichem Recht und Zivilrecht in der Tat ein legitimes, auch verfassungsrechtlich legitimes Anliegen.

An Herrn Hellermann hätte ich eine konkrete Frage. Ihr Ansatz, den Bürger stark zu machen als Verbraucher im Regulierungsrecht, führt zu folgender Überlegung: Was ist denn auf der Gegenseite des Bürger-Verbrauchers mit den privaten Unternehmen anzustellen, die bestimmte Infrastrukturaufgaben erbringen? Wir haben uns ja im Grunde darauf geeinigt, dass sie nicht direkt grundrechtsgebunden sind, weil sie strukturell auf die Seite der Freiheit gehören. Das führt aber zu Einschränkungen für den Verbraucher ebenso wie zu Asymmetrien im Marktgeschehen: Denn es gibt Unternehmen, die sind nach wie vor durch die öffentliche Hand bestimmt und also grundrechtsgebunden, und andere Unternehmen, die in gleicher Weise am Markt agieren und als Private behandelt werden. Haben Sie da ein Modell anzubieten, wie man gleichwohl die besondere Stellung dieser privaten Unternehmen gegenüber dem Verbraucher berücksichtigen kann? Das könnte sicher nur durch Gesetz geschehen. Würden Sie in der Sache ein Äquivalent zur direkten Grundrechtsbindung für richtig halten, oder gibt es Alternativen? Vielen Dank.

Ohler: Ich bin Herrn Durner besonders dankbar, dass er den Aspekt der Verwaltungsorganisation anhand dieses Themas so deutlich herausgearbeitet hat, denn ich teile in diesem Punkt die sehr große Skepsis, die im Vortrag zum Ausdruck kam. Aus europarechtlicher Sicht scheint mir das Problem darin zu liegen, dass die Verträge im Grunde keinerlei Vorgaben treffen, wie die Verwaltungsorganisation auf europäischer

Ebene und im Bezug auf die Mitgliedstaaten ausgestaltet zu sein hat. Wir haben neuerdings, d.h. seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, Art. 298 AEUV, der bezeichnenderweise nur sagt, dass die Organe der Union sich auf eine unabhängige europäische Verwaltung stützen. Diese geringe Vorkonturierung auf Seiten des Primärrechts wird uns mit Sicherheit die nächsten Jahre noch beschäftigen, insbesondere in Gestalt der sekundärrechtlichen Regeln zu den Agenturen. Wir werden vor allem lernen müssen, Art. 298 AEUV gegenüber dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie nach Art. 10 Abs. 1 EUV auszubalancieren. Zugriffe auf die Verwaltungsorganisation in Deutschland müssen wir dagegen – europarechtsfreundlich – am Demokratieprinzip des Grundgesetzes messen, da diese Behörden auch in der europäischen Verbundstruktur nicht aus ihrem innerstaatlichen Legitimationszusammenhang gerissen werden. Mir scheint es auf beiden Ebenen vor allem um die Frage zu gehen, worin von Einzelfall zu Einzelfall der verfassungsrechtliche Rechtfertigungsgrund für die Unabhängigkeit der Behörden liegt. Sollte das Modell der unabhängigen Behörde dagegen künftig nicht Einzelfall bleiben, sondern zum Normalfall werden, werden wir uns sicherlich aber auch fragen müssen, wie es um die Integrationsschranken des Art. 23 Abs. 1 GG, ggf. auch in Hinblick auf Art. 79 Abs. 3 GG, bestellt ist. Aus heutiger Sicht bleibt aber die vorrangige Aufgabe, die Rechtfertigungsgründe für unabhängige Behörden sorgsamer abzuklopfen.

Bausback: Ich möchte anknüpfen, Herr Durner, an Ihre Kritik der Modelle einer Outputlegitimation und Ihnen dazu herzlich gratulieren, Sie darin bestärken und unterstützen. Ich habe eine kurze Anmerkung und eine kurze Frage zu diesem Bereich. Zunächst die Anmerkung: Wenn man den Datenschutz zwischen Privaten als Aspekt des Verbraucherschutzes sieht, dann ist die Entscheidung des EuGH aus jüngerer Zeit, die eine Loslösung des Datenschutzes in diesem Bereich aus der demokratischen Verantwortung, d.h. der Ministerverantwortung, fordert, eigentlich ein beredtes Beispiel für Ihre Thesen. Ihre Einschätzung hierzu würde mich interessieren. Meine Frage ist: Bei Ihnen – ich glaube auch bei dem anderen Vortrag – ist als ein Beispiel des Verbraucherschutzes auch die Finanzmarktregulierung genannt worden. Zeigt nicht gerade dieser Bereich, dass man eigentlich über die europäische Ebene hinaus auch noch auf den Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts rekurren müsste? Vielen Dank.

Holznapel: Herr Durner, wie hätten Sie denn ohne eine unabhängige Bundesnetzagentur die Liberalisierung auf den TK-Märkten bewerk-

stelligen wollen? In den letzten 20 Jahren haben die Verbraucher, wir alle, erhebliche Vorteile durch die Liberalisierung gehabt, zu nennen sind nur das Internet oder die massiven Kostensenkungen im Festnetz und Mobilfunk. Wenn wir keine autonome Behörde gehabt hätten, dann hätte die Telekom über das Kanzleramt eine so weitreichende Wettbewerbsöffnung verhindert. In der Diskussion zum neuen TKG-Entwurf wurde z.B. erneut versucht, die explizit im TKG verankerten Beurteilungsspielräume zu beseitigen. Diesmal ohne Erfolg. Ich sehe da keinen Ausweg aus diesem Dilemma. Sollen solche Öffnungsprozesse vorangetrieben werden, muss man weitgehend weisungsfreie Institutionen hinnehmen; sonst greift der Ex-Monopolist über die Politik durch. Sind von den Liberalisierungsprozessen mehrere bedeutsame Wirtschaftssektoren betroffen, entsteht natürlich die Gefahr, dass sich Staatlichkeit ausdifferenziert und die demokratische Legitimation stark ausdünn. Im Moment gibt es offenbar solche Tendenzen auf der europäischen Ebene. Dort werden in den Bereichen Energie und Finanzaufsicht Agenturen gegründet, die eine erhebliche Unabhängigkeit aufweisen werden. Bei der GEREK im Telekommunikationssektor handelt es sich dagegen mehr um eine Arbeitsgemeinschaft der nationalen Regulierungsbehörden. Nicht alles, was sich die Kommission aber vorstellt, ist auch schon Realität. Hier gibt es Gegenkräfte. Zunächst fordert der EuGH in seiner Meroni-Rechtsprechung mit dem Problembewusstsein für demokratische Legitimation eine strenge Gesetzesbindung. Zwar betrachtet er eine Übertragung von Befugnissen auf ausgelagerte Einrichtungen nicht mehr als grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings wird streng darauf geachtet, dass das übertragende Organ seiner Kontroll- und Überwachungsfunktion in ausreichendem Maße nachkommen muss. Es darf die grundsätzliche Entscheidungshoheit nicht aus der Hand geben. Dann gibt es auch politische Widerstände. Das Parlament blockiert z.B. im Moment die Finanzmittel für den Ausbau des Telekommunikations- und Energieregulierers. Letztlich müssen auch die Lösungswege auf politischer Ebene entwickelt werden. Im Telekommunikationssektor entweicht z.B. mittlerweile der Problemdruck, weil immer mehr Märkte aus der Regulierung entlassen und dem Kartellrecht überantwortet werden. Der unabhängige Entscheider verliert so an Macht. Insbesondere in Anfangsphasen der Regulierung gibt aber es keine Alternative: der Regulierer muss unabhängig sein.

Die zweite Frage ist schnell gestellt. Ich kenne keine Regulierungsentscheidung, die den Kern von Marktregulierung betrifft, in der das Ziel des Verbraucherschutzes eine zentrale Rolle spielt. Der „more economic approach“ ist ein Phänomen des europäischen Kartellrechts. Die Telekommunikationsregulierung hat er nicht durchdrungen. Kosten-

kontrollen nach dem Prinzip der effizienten Leistungserbringung sind viel zu komplex, um mit Abwägungsprozessen überladen zu werden. Kundenschutz ist ein Gebiet von sehr spezialisierten – vielleicht 20 – Rechtsnormen, die ein Eigenleben führen. Die Beschlusskammern haben hiermit regelmäßig wenig zu tun. Von daher meine Frage: Nennen Sie mir doch bitte Regulierungsentscheidungen, wo das Verbraucherschutzziel eine zentrale Rolle spielt. Danke.

Groß: Der Vortrag von Herrn Durner erinnert mich an ein Kinderbuch. Eines der beliebtesten Utensilien in Kinderbüchern sind Drachen, schreckliche Drachen, die die Menschen überfallen, Feuer spucken, Prinzessinnen rauben. Und dann kommt irgendwann ein mutiger Ritter, der den Drachen aufspürt, besiegt und dann je nach Alternative zähmt oder einsperrt oder sogar umbringt. Wenn die Kinder größer werden, bringt man ihnen bei, dass es diesen Drachen in Wirklichkeit gar nicht gibt, was aber die Beliebtheit in den Kinderbüchern bisher über Jahrzehnte hinweg nicht geschmälert hat. Und so ähnlich kommt es mir hier vor. Dieses Bild der Regulierungsbehörde, der Bundesnetzagentur insbesondere und anderer vergleichbarer Behörden, das Sie gezeichnet haben, scheint mir mit der Wirklichkeit nicht wirklich übereinzustimmen.

Ich will nur einen Punkt herausgreifen, das Bestimmtheitsgebot. Ich würde die These aufstellen, wenn es um die Regulierung von Marktprozessen geht, dann ist das Bestimmtheitsgebot von vornherein mit großer Vorsicht zu genießen. Klassisches Beispiel: Der Grundstücksmarkt. Eine zentrale Regulierung des Grundstücksmarkts ist die staatliche Planung. Die materielle Bestimmtheit unserer Planungsnormen ist, wenn man es nüchtern betrachtet, gleich null. Alles Wesentliche wird über Verfahrens- und Organisationsvorschriften geregelt und bestimmte Rationalitätsanforderungen an Begründungen, die wir dann als Abwägungsgebot bezeichnen. Aber dass da materielle Kriterien, die bestimmte Belange gewichten, einzelne Entscheidungen determinieren, wird doch niemand behaupten.

Oder anderes Beispiel: Was war denn eigentlich vor der Regulierungsbehörde? Vor der Regulierungsbehörde hatten wir staatliche Verwaltungen für das Post-, für das Bahnwesen und auch noch für andere Bereiche. Wie war denn deren materielle Determinierung? Wie war denn die materielle Determinierung im Postgesetz, im Fernmeldegesetz, im Bahngesetz? Die war auch praktisch nicht existent. Wie die Infrastruktur ausgebaut wurde, welche technischen Innovationen eingeführt wurden, das waren weitgehend Entscheidungen dieser semi-unabhängigen Bürokratien, die es damals gewesen sind. Ich würde

auch hier sagen, man soll sich vom Bestimmtheitsgebot gar nicht so viel erwarten.

Schönberger: Herr Durner, Ihr Referat hat uns alle, glaube ich, sehr gut unterhalten. Ich bin aber nicht sicher, ob es auch im gleichen Maße überzeugend war.

Mein erster Gesichtspunkt ist die Frage, auf welcher Ebene das Referat eigentlich argumentiert. Hier bestehen drei Möglichkeiten: Wollen Sie sagen, dass das europäische Demokratieprinzip im Sinne des Vertragsrechts autonome bzw. relativ autonome Regulierungsbehörden rechtsdogmatisch ausschließt oder doch in Frage stellt? Oder wollen Sie sagen, dass wir diese Behördenstruktur jedenfalls vom deutschen Verfassungsrecht und deutschen Europaverfassungsrecht her für problematisch halten müssen, gewissermaßen im Duktus des Lissabon-Urteils? Oder aber, und diese dritte Argumentationsebene scheint mir eigentlich die des Referats zu sein, es geht gar nicht um das positive Recht, sondern um ein verfassungstheoretisches Modell der demokratischen Legitimation von Regulierungsbehörden. Auch diese dritte Möglichkeit ist natürlich völlig legitim, aber wir sollten doch jeweils genau unterscheiden, ob es um eine Analyse des positiven Rechts gehen soll oder um ein verfassungstheoretisches Modell. Es ist wenig wahrscheinlich, dass diese drei Argumentationsebenen mit der nationalen deutschen Demokratiedogmatik zusammenfallen, wie das Referat es nahelegt.

Nun, und das ist mein zweiter Gesichtspunkt, näher zum theoretischen und dogmatischen Angebot: Wenn wir über das europäische Demokratieprinzip sowohl theoretisch wie dogmatisch nachdenken, so können wir jedenfalls nicht einfach ausblenden, dass sich das Institutionendesign auf der europäischen Ebene von demjenigen innerhalb der Bundesrepublik erheblich unterscheidet. Schon von hierher verbietet es sich, das Karlsruher Legitimationskettenmodell schlicht auf die europäische Ebene zu spiegeln, obwohl es den Hintergrund der spezifisch deutschen Institutionen – parlamentarisches Regierungssystem, Verantwortlichkeit der Regierung und der Minister, ministerielle Weisungshierarchie – voraussetzt. Das halte ich angesichts der anderen institutionellen Situation in der Europäischen Union – vor allem der eigenwilligen Stellung der Kommission, aber auch der Bedeutung des Ministerrats – für verfehlt. Wenn man also ein Angebot macht, wie man sich die Anforderungen des Demokratieprinzips auf dieser Ebene vorstellt, dann muss dabei über die europäischen Institutionen gesprochen werden. Wenn wir das nicht tun, dann können wir auch die Regulierungsbehörden nicht angemessen einordnen. Es gibt offenbar unter-

schiedliche Möglichkeiten, Regulierungsbehörden im Rahmen demokratischer Institutionen zu verstehen. Dieser Behördentypus ist ja auch zuerst in den Vereinigten Staaten entwickelt worden, die nicht für ihren Mangel an demokratischer Tradition bekannt sind. Schon diese rechtsvergleichende Perspektive zeigt, dass es nicht nur eine einzige demokratietheoretische Perspektive auf diese Behörden gibt. Wir dürfen jedenfalls nicht ein bestimmtes Modell demokratischer Legitimation, wie es in der Bundesrepublik – und auch dort vergleichsweise spät – entwickelt worden ist, vorschnell für allgemeingültig erklären und auf das europäische Vertragsrecht projizieren.

Nun noch ein letzter Punkt. Das Referat hat die Regulierungsbehörden mit deutschen Schreckgespenstern verglichen: dem Obrigkeitsstaat des 19. Jahrhunderts und seinen „Lebenslügen“, Friedrich Julius Stahl, auf die wir uns jedenfalls aus der Perspektive der deutschen Staatsrechtswissenschaft nach 1945 nicht mehr so gerne positiv zurückbeziehen. Ich habe nun keine große Vorliebe für den deutschen Obrigkeitsstaat. Aber es drängt sich doch die Frage auf: Ist das ein sachgerechter Vergleich? Die Ministerialverwaltung des 19. Jahrhunderts mit einem verantwortlichen Minister, der auch noch einen – legitimerweise – politisch agierenden Monarchen im Hintergrund hatte, war doch auf jeden Fall politisch. Sie war schon institutionell nicht etwa technokratisch-autonom, auch wenn ihr Selbstbild häufig anders war. Es gab damals ein deutliches politisches Element, es war nur eben nicht parlamentarisch-demokratischer Natur wie im parlamentarischen Regierungssystem. Insofern finde ich den Vergleich nicht sehr hilfreich. Man muss sich schon auf die Eigenheit der Regulierungsbehörden als besonderer Verwaltungsstruktur genauer einlassen, die mit der monarchischen Ministerialverwaltung nicht viel zu tun hat. Vielen Dank.

Uerpmann-Witzack: Herr Holznagel hat gerade schon gezeigt, dass es gute Gründe geben kann, eine Regulierungsbehörde, etwa im Bereich der Telekommunikation, weisungsfrei auszugestalten. Mir scheint aber, dass es darüber hinaus noch weitere Probleme gibt, auf eine demokratische Kontrolle durch nationale Parlamente zu setzen, die über die nationale Regierung vermittelt wird. Herr Durner, Sie haben den europäischen Regulierungsverbund mit einer Art Auftragsverwaltung verglichen. Bei solch einem System scheint es mir grundsätzlich problematisch, eine effektive Kontrolle auf der niedrigeren Ebene auszuüben. Das spräche aus meiner Sicht dafür, die demokratische Kontrolle durch das Europäische Parlament zu stärken und damit die Legitimation auf der europäischen Ebene zu betonen. Danke.

Gersdorf: Herr Durner, Sie haben verdienstvollerweise sehr deutlich gemacht, was das Unionsrecht von uns im Bereich der Regulierung verlangt, konkret: im Bereich des Verbraucherschutzrechtes. Zum einen muss – nicht darf – das Wesentliche vom Wesentlichen die Exekutive regeln, also nicht die Legislative, und zum anderen muss die Exekutive zusätzlich noch weisungsfrei sein. Verfassungsrechtlich bedeutet dies, dass wir nicht nur das Problem des ministerialfreien Raumes zu bewältigen und zu lösen haben, sondern darüber hinaus das Problem des „gesetzesfreien“ Raums, weil das Unionsrecht vorschreibt, dass im Interesse eines breiten Regulierungsermessens der Regulierungsbehörde das Steuerungspotenzial des Gesetzes erheblich zu begrenzen ist. Eine legislatorische Vorstrukturierung oder gar Feinsteuerung ist ausgeschlossen. Nicht der Gesetzgeber, sondern die unabhängige Regulierungsbehörde bildet das „Machtzentrum“ im Regulierungssystem. Das ist ein grundsätzliches verfassungsrechtliches Problem im Blick auf das Prinzip demokratischer Legitimation. Gleichwohl lassen sich solche Einbrüche in das Prinzip demokratischer Legitimation prinzipiell rechtfertigen. Lieber Herr Durner, ich stimme mit Ihnen überein, dass wir hierfür einen Titel mit Verfassungsrang benötigen. Aspekte der „Sachgerechtigkeit“, „Zweckmäßigkeit“ u.ä. reichen nicht aus. Was sind nun die Gründe, warum aus Sicht des Unionsrechts die Regulierungsbehörde unabhängig sein soll? Das Unionsrecht zielt auf die Vermeidung eines fundamentalen Zielkonflikts. Einerseits muss durch Regulierung Wettbewerb gefördert werden. Andererseits aber hat der Staat, der am Incumbent, also an dem ehemaligen Monopolisten beteiligt ist, auch noch fiskalische Interessen. Zur Vermeidung dieses Zielkonflikts verlangen die Kommission und das Unionsrecht die Unabhängigkeit und damit Weisungsfreiheit der Regulierungsbehörde. Diese auf EU-Ebene angestellten Überlegungen haben auch im Verfassungsrecht Bedeutung. Es gibt gute Gründe anzunehmen, dass der Staat von Verfassungs wegen die Aufgabe hat, für einen funktionsfähigen Wettbewerb in den liberalisierten Märkten Sorge zu tragen; ich kann das hier nur als These in die Diskussion einbringen. Diese Aufgabe könnte von einer weisungsgebundenen Regulierungsbehörde effektiv nicht wahrgenommen werden, weil dann der Zielkonflikt mit fiskalischen Interessen des Staates nicht ausgeschlossen werden könnte. Es gibt sehr wohl einen Grund mit Verfassungsrang, nämlich die Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs in den liberalisierten Märkten, der eine Abweichung vom Prinzip demokratischer Legitimation rechtfertigt. Gleichwohl haben Sie im Ergebnis Recht, lieber Herr Durner. Der zu vermeidende Zielkonflikt zwischen wettbewerblichen und fiskalischen Interessen besteht nicht im gesamten Regulierungs-

recht, sondern nur im Rahmen der asymmetrischen Regulierung wie der Marktregulierung, nicht aber bei der symmetrischen Regulierung wie dem Verbraucherschutzrecht. Zielkonflikte entstehen nur, wenn sich die Regulierung spezifisch an das Unternehmen wendet, an dem die Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist. Dies ist nur im Bereich der asymmetrischen Regulierung der Fall, die an die marktbeherrschende Stellung des Incumbent anknüpft. In den Bereichen der symmetrischen Regulierung – wie dem Verbraucherschutz – gibt es diesen Zielkonflikt nicht, weil insoweit nicht nur die Deutsche Telekom, sondern auch alle anderen Unternehmen reguliert werden. Einen Grund mit Verfassungsrang, der auch in diesem Regulierungsfeld die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde rechtfertigen könnte, sehe ich nicht. Der Unabhängigkeitsstatus der Regulierungsbehörde bedarf daher von Verfassungs wegen einer differenzierenden Beurteilung. Nur Gründe mit Verfassungsrang rechtfertigen ein Abrücken von den Vorgaben des Prinzips demokratischer Legitimation. Auch Unionsrecht führt zu keiner anderen Bewertung. Dem Vorrangprinzip sind durch Art. 23 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG Schranken gesetzt. Ich wünschte mir entsprechende Klarstellungen, auch durch das Bundesverfassungsgericht. Ganz herzlichen Dank.

Classen: Ich kann unmittelbar daran anknüpfen. Herr Durner, ich hatte den Eindruck, dass Sie aus den beiden Entscheidungen des EuGH vom Dezember zu den Neuen Märkten im Telekommunikationsrecht und vom März zum Datenschutz andeutungsweise eine Gesamtanalogie gezogen haben im Sinne einer generellen Forderung des Gerichtshofes nach Unabhängigkeit der Verwaltung. Dem möchte ich entgegenhalten, dass der EuGH ganz konkret im Blick auf bestimmte Richtlinien argumentiert hat, also nicht mit Blick auf ein bestimmtes Bild von Verwaltung. Im Vordergrund stehen daher bereichsspezifische Besonderheiten. Dabei muss man natürlich prüfen, ob die jeweiligen Annahmen tatsächlich überzeugen, und bei neu zu erlassenden Richtlinien muss man diskutieren und ggf. streiten. Zum Telekommunikationsbereich haben Herr Groß und Herrn Holznagel schon fast alles gesagt; ich möchte nur noch ergänzen, dass der EuGH ja dezidiert darauf hinweist, dass eben die konkrete Richtlinie die Forderung nach einer Einzelfallentscheidung enthält und der Gesetzgeber daher nicht einfach pauschal bestimmte Bereiche vollständig der Regulierung entziehen kann. Was das Datenschutzurteil anbetrifft, war ich insofern überrascht von Ihrer Darstellung, weil ich das Urteil anders verstanden habe. Mit Blick auf die Frage nach der Vereinbarkeit der Unabhängigkeit eines Datenschutzbeauftragten mit dem Demokratieprinzip betont der EuGH ganz klar, dass

es eine parlamentarische Rückbindung geben muss. Nur kann diese im einzelnen in durchaus unterschiedlichen Formen hergestellt werden; die in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft verbreitete Vorstellung, dass diese Rückkoppelung nur über die parlamentarisch kontrollierte Ministerialbürokratie hergestellt werden kann, ist einfach falsch. Das zeigt schon die Organisation der Datenschutzbehörden in einigen Bundesländern. Alternativ ist hier hinzuweisen auf unmittelbar dem Parlament zugewiesene Einflussmöglichkeiten, etwa bei der Personalbestellung, auf Rechenschafts- und Berichtspflichten und Ähnliches.

Dies zeigt: schon die deutsche Verfassungswirklichkeit ist durchaus offener, als viele Kollegen denken. Das ist zu berücksichtigen, bevor man anfängt, Art. 23 GG und die Verfassungsidentität zu mobilisieren, wie das hier in der Diskussion und auch sonst manche getan haben. Auch im Übrigen gibt es ja in Deutschland eine Vielzahl von Verwaltungsstrukturen jenseits der Ministerialverwaltung. Gestern haben wir über den Bereich des Gesundheitswesens diskutiert, in dem Gelder im Umfang des Bundeshaushalts mittels Organisationsstrukturen verwaltet werden, die sich nicht so ohne weiteres mit den Maßstäben, die Herr Böckenförde einmal entwickelt hat, vereinbaren lassen. Ein weiteres Beispiel im nationalen Bereich bilden die Widerspruchsausschüsse, die in einigen Bundesländern bestehen. Man muss also sicherlich rechtspolitisch intensiv diskutieren, was wo wie am besten rückgebunden werden sollte. Wie aber im Einzelnen diese Rückbindung erfolgt, welche Intensität in einem Bereich notwendig oder gar schädlich ist, ist Gegenstand einer politischen Entscheidung auf europäischer Ebene, ohne dass das alles gleich ein Problem der verfassungsrechtlichen Integrationschranken darstellt. Vielen Dank.

Höfling: Vielen Dank, Herr Classen. Den Schlusspunkt setzt jetzt Herr Häberle, bitte.

Häberle: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, ein Schlusswort freilich ohne Ausrufezeichen. Verehrte Kolleginnen und Kollegen. Erlauben Sie eine verfassungsvergleichende Vorbemerkung und eine Erinnerung an das Rahmenthema unserer heutigen Tagung. – Der Verbraucherschutz wurde pionierhaft mit wichtigen Stichworten besonders früh in der Verfassung Portugals von 1976 zum Thema gemacht (Art. 60); ich nenne die Prinzipien Qualitätsschutz, Informationsrechte, Schadensersatzansprüche, Verbandsklage der Verbrauchervereinigungen. Diesmal war es also nicht die „Werkstatt Schweiz“ mit ihrem experimentellen Föderalismus, die die Entwicklung des Typus Verfassungsstaat bereichsspezifisch auf Begriffe bzw. Textstufen gebracht hat. – Nun zum Gesamt-

thema: dem Schutzauftrag des „Rechts“. Hierauf müssen wir noch einmal grundsätzlich eingehen, denn der hochmögliche Vorstand hat in seiner Weisheit ja gerade dieses Rahmenthema für alle Referate gewählt und damit eine Tradition aufgegriffen, die sich wohl seit St. Gallen bei unseren Tagungen eingebürgert hat (seit Band 62). Wir müssen sauber definieren, was wir unter „Recht“ verstehen. Punktuell hat die Tagung Einiges ergeben: Herr *Kloepfer* bezog sich auch auf das Arbeitsrecht, wir nennen auch das Privatrecht. Herr *Grewlich* nannte das Völkerrecht und den Sicherheitsrat. Wir können insgesamt sagen: Der Begriff „Recht“ bezieht sich zum einen auf das staatliche Recht (z.B. auf die Gesamtheit des Strafrechts), zum anderen aber auch auf das überstaatliche, internationale Recht. So sind etwa die regionalen und universalen Menschenrechtspakte einzubeziehen, weil gerade sie heute den Schutzauftrag des Rechts erfüllen. Wir müssen indes noch tiefer fragen, und das Hintergründige erforschen. Wie begründen wir den Schutzauftrag des Rechts? Was steht letztlich *hinter* dem Schutzauftrag des Rechts, den Herr *Durner* in seiner fabelhaften Skizze zum Verbraucherschutz unter Ziff. IV zur Sprache brachte und bei dem auch das Rechtsschutzinteresse bzw. die Prozessordnungen relevant werden. Es geht um den letzten Legitimationsgrund des Schutzauftrags des Rechts. Ihn finden wir – in Verbindung mit den gelegentlich erwähnten Entwicklungen in der Judikatur der Verfassungsgerichte und der jüngsten Textstufen von Verfassungen – in den klassischen Gesellschaftsvertrags- und Gerechtigkeitslehren von *Locke* über *Kant* bis *Rawls*. Sie ringen um den Schutz des Bürgers. Letztlich verortet sich alles in der Menschenwürde als kulturenthropologische Prämisse allen Rechts. – Eine letzte Bemerkung: Ich komme gerne in diesen Kreis, solange ich dies noch kann. Als Vertreter der älteren Generation – nur der verehrte Herr *Zacher* ist geringfügig älter – freue ich mich, dass unsere wissenschaftliche Disziplin, die Staatsrechtslehre, bei der mittleren und jüngeren Generation in so guten Händen ist, wie heute in Berlin alle Referate gezeigt haben.

Höfling: Ganz herzlichen Dank, Herr Häberle. Jetzt kommen wir zu den Schlussworten in umgekehrter Reihenfolge. Herr Durner, bitte.

Durner: Liebe Kolleginnen und Kollegen, die regulierte Selbstregulierung des Vorstands hat nicht verhindert, dass ich deutlich mehr an Wortmeldungen abbekommen habe als ich zu verarbeiten in der Lage bin. Daher bitte ich um Nachsicht, wenn ich nicht auf jeden Punkt werde eingehen können. Ich versuche, mich ein Stückweit an der Struktur meines eigenen Vortrags zu orientieren, und dann sehen wir, wie weit wir kommen.

Vielleicht darf ich allerdings die Wortmeldung von Herrn Holznagel vorwegnehmen, die – so glaube ich – auf einem Missverständnis beruht: Die prinzipielle Sinnhaftigkeit der Regulierung in den Sektoren wollte ich nicht in Frage stellen. Ich hoffte deutlich zu machen, dass ich für diese Aufgaben – nach dem Motto: auf einen groben Klotz gehört ein grober Keil – die Regulierung für eine im Großen und Ganzen angemessene Strategie halte. Auf eine Fehlentwicklung möchte ich dennoch hinweisen: Der dritte Rechtsrahmen für den Energiebereich sieht eine laufende behördliche Überwachung der Kommunikation der Betreiber vor. Das sind für mich Mittel, die man bislang eher gegenüber der organisierten Kriminalität zum Einsatz bringt. Ob hier wirklich das rechte Verhältnis zwischen Ziel und Mittel immer gewahrt ist, wage ich zu bezweifeln.

Eine ganze Reihe von Wortmeldungen, beginnend mit Herrn Schoch und am schönsten formuliert von Herrn Groß, hat kritisiert, dass mein Vortrag die tatsächliche Entwicklung überzeichne. Dem will ich im Prinzip konzedieren, dass mit dem Schutz der Verbraucher durch starke Regulierungsbehörden ein Phänomen behandelt wurde, das in der Realität bislang nur in Teilelementen verwirklicht ist. Dennoch kann man kaum bestreiten, dass die Ausweitung dieses Modells mit einer erstaunlichen Dynamik erfolgt: Wer hätte sich denn vor einigen Jahren vorstellen können, dass wirklich jedes subjektive europäische Verbraucherschutzrecht durch eine Behörde durchgesetzt werden kann? Wer hätte sich vorstellen können, dass durch neue Gesetzesprojekte die Zahl der unabhängigen Agenturen bald auf 40 ansteigen könnte? Von daher bilden die vorhandenen Elemente eine Momentaufnahme, aber ganz gewiss keinen Endpunkt einer Entwicklung, die eben von gewaltiger Dynamik geprägt ist.

Sowohl bei Herrn Schoch als auch bei Frau Albers klang die Frage nach der Alternative an, und im Ergebnis, Herr Schoch, fühle ich mich Ihnen eigentlich ganz nah: Ein intelligentes Kombinationsmodell von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Elementen halte auch ich für sinnvoll. Ich glaube allerdings, dass Elemente wie Werbeverbote, Schadensersatzansprüche oder Rückgaberechte im Prinzip durch den Gesetzgeber festgesetzt werden sollten und es dafür keiner behördlichen Ermächtigung auf der Grundlage einer Generalklausel bedarf. Dass dieses Modell – das vielleicht im Schwerpunkt auch zivilrechtlich bleiben sollte – dann auf der Grundlage klarer konditionaler Eingriffsgrundlagen und namentlich dort, wo Informationsasymmetrien bestehen, durch Behördenbefugnisse flankiert werden kann, da stimme ich Ihnen zu.

Bei weitem die meisten Wortmeldungen betrafen das Demokratieprinzip, daher will ich an der Stelle auch den Schwerpunkt meiner Ant-

wort setzen. Betrifft das Phänomen, über das ich gesprochen habe, allein die Bundesnetzagentur oder alle Verbraucherbehörden? Auch da beobachten wir eben eine rasche Entwicklung. Das Modell der Bundesnetzagentur wird rasant ausgeweitet, und der erwähnte Art. 298 AEUV – der wohl ganz bewusst die durch Herrn Ohler erwähnte Zweideutigkeit bekommen hat – ist ein Beleg für diese Entwicklung.

Hier darf ich ein zweites Missverständnis ausräumen: Es lag mir fern zu behaupten, dass das europäische oder auch nur das deutsche Demokratieprinzip verselbständigten weisungsfreien Verwaltungseinheiten generell entgegenstehen würde. Das beredte Gegenbeispiel dafür ist Art. 88 GG, der nach herrschender Lesart die Unabhängigkeit der Bundesbank gebietet. Was ich allerdings für unrichtig halte, ist die Vorstellung, dass solche Behörden – das liest man im Schrifttum – durch das Ergebnis ihrer unabhängigen Politik eine eigene Form demokratischer Legitimation erzeugen würden. Die Bundesbank wird nicht dadurch demokratisch, dass sie die Währungsstabilität gewährleistet, sondern der Belang der Währungsstabilität erlaubt vielmehr eine Einschränkung ihrer personellen demokratischen Legitimation. Das ist möglich, weil es sich bei dem Demokratieprinzip um ein Rechtsprinzip handelt. Dafür sind aber ein gegenläufiger Belang – eine sachliche Rechtfertigung, wie Herr Gersdorf formuliert hat – und eine entsprechende verfassungsrechtliche oder gesetzgeberische Entscheidung erforderlich. Solche Belange sehe ich beim Verbraucherschutz nur sehr begrenzt. Das Beispiel der Datenschutzentscheidung verdeutlicht diese Unterscheidung ganz plastisch: Auch im deutschen Verfassungsrecht hat ja das Bundesverfassungsgericht in der Volkszählungsentscheidung gefordert, dass für den staatlichen Datenschutz unabhängige weisungsfreie Datenschutzbeauftragte eingesetzt werden. Damit sollte dem Motivkonflikt begegnet werden, dass es einerseits der Staat selbst ist, der diese Daten verarbeitet, und gleichzeitig auch der Staat ihren Schutz überwachen soll. In der Entscheidung vom 9. März ging es aber gerade um den nichtstaatlichen Datenschutz, also um normale staatliche Wirtschaftsaufsicht, bei der ein solcher Interessenkonflikt von vornherein nicht besteht. Welcher Belang hier oder im Verbraucherschutz es rechtfertigen könnte, die Politik ganz auszuschalten, ist für mich nicht erkennbar.

Schließlich wurde mehrfach die Frage gestellt, ob ich nicht ein spezifisch deutsches Demokratiemodell in die Unionsverfassung hineininterpretiere. Ich habe jedoch versucht, streng normativ auf der Grundlage der Art. 10 und 11 EUV zu argumentieren, die nicht oder nur minimal auf Input-Faktoren abstellen. Man kann vielleicht auch noch auf einer allgemeineren Ebene argumentieren: Wenn wir uns die

Mitgliedstaaten der europäischen Union ansehen und von den Sonderfällen Finnland und Frankreich absehen, so finden wir in allen Verfassungen der Union parlamentarische Demokratien. Ich plädiere daher dafür, den Grundsatz einer substanzihaften parlamentarischen Kontrolle der Exekutive als gemeineuropäisches Verfassungsrecht, letztlich sogar als Rechtsgrundsatz der Europäischen Union anzuerkennen. Solche Kontrolle kann auch durch das Europäische Parlament ausgeübt werden, muss aber in irgendeiner Form immer vorhanden sein.

Hellermann: Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich möchte die Bemerkungen, soweit sie mir gegolten haben, in drei Punkten zusammenfassen, um auf diese einzugehen.

Ein erster Punkt, Herr Faßbender hat ihn angesprochen, war die Frage des Paternalismus. Sie haben dabei Beispiele aufgegriffen, die eher außerhalb des Bereichs des Regulierungsrechts lagen. Das war ein Bereich, zu dem ich mich nicht habe verhalten wollen. Mein Thema war – wie wohl deutlich geworden ist, gerade anders als Herr Durner es verstanden hat – der Verbraucherschutz im Regulierungsrecht, in einem wohl weit verstandenen, aber eben einem Marktregulierungsrecht. Auch auf genau diesen Bereich bezog sich meine mehr oder weniger markant formulierte SchlussThese. Ich wende mich dagegen, dass der Marktregulierung vorschnell der Vorwurf des Paternalismus entgegengebracht wird. Ich komme gleich noch einmal darauf zurück.

Ich möchte zweitens kurz eingehen auf die Frage nach dem Grundrechtsstatus. Herr Wißmann, das Problem, das Sie benannt haben, ist für mich eigentlich noch größer insofern, als ich persönlich – ich weiß, ich bin da in einer Minderheitsposition – dazu neigen würde, auch die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen auf regulierten Sektoren grundrechtsgeschützt zu sehen. Ich möchte dem Problem nicht begegnen, wie Sie vielleicht angedeutet haben, indem ich Unternehmen, die auf regulierten Märkten tätig sind, ganz den Grundrechtsstatus bestreite oder ihn pauschal durch Gesetz nehmen lassen möchte. Meine These wandte sich eher gegen ihrerseits sehr pauschal formulierte Kritik an jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die diesen Grundrechtsschutz von solchen auf regulierten Märkten tätigen Unternehmen differenziert und insgesamt zurückhaltend bewertet haben. Dieser pauschalen Kritik wollte ich entgegentreten. Ich selbst würde dafür plädieren, mit dem Bundesverfassungsgericht hier differenziert zu beurteilen, wann marktregulierende Maßnahmen wirklich einen Eingriff in den grundrechtlichen Schutzbereich darstellen und wann solche Eingriffe, wenn sie vorliegen, gerechtfertigt sind und wann nicht. Dann, so glaube ich in der Tat, steht am Ende das, was ich als These hier for-

muliert habe: Im Grundsatz dient diese wettbewerbsbezogene Marktregulierung dazu, einen freiheitlichen Status erst herzustellen.

Das dritte Themenfeld betrifft das Verhältnis von Öffentlichem und Privatrecht im Regulierungsrecht. Das ist eher mit kritischem Unterton von Herrn Faßbender, vor allem aber von Herrn Schoch angesprochen worden und am Ende in einem größeren Rahmen auch von Ihnen, Herr Häberle. Ich möchte in der Tat ganz nachdrücklich dafür plädieren, die Beiträge des Öffentlichen und Privaten Rechts in einem Ergänzungsverhältnis zu sehen. Das war mir ein zentrales Anliegen. Und ich stimme insofern, Herr Schoch, Ihnen nachdrücklich zu, wenn Sie sagen, wir sollten das sozusagen positiv wahrnehmen und nach einem gelungenen Mix der Beiträge der beiden Rechtsregime suchen. Nun muss man sagen, dieser Mix ist bislang nicht überall gelungen. Ich habe als ein Beispiel genannt die Probleme, die beim Energiewirtschaftsgesetz durch die regulierungsbehördliche Netzzugangsentgeltkontrolle einerseits und die kartellbehördliche und zivilgerichtliche Kontrolle der Endkundenentgelte andererseits auftreten. Man kann auch darauf hinweisen, dass die gesetzliche Rechtswegzuweisung nicht immer überzeugend ist, namentlich die Zuweisung hin zu den Zivilgerichten im EnWG; wenn man einen Seitenblick wirft auf das Vergaberecht, sieht man, dass solche Rechtswegzuweisungen weiß Gott nicht folgen- und belanglos sind, sondern durchaus erhebliche Bedeutung haben können. Also, da gibt's im Detail in der Suche nach dem gelungenen Mix durchaus noch Aufgaben. Aber ich stimme zu, man sollte genau diesen Mix suchen. Das ist der Hintergrund dafür, dass ich angeregt habe zu überlegen, ob man nicht Regulierung weniger als ein Feld von Verwaltungsaufgaben sehen sollte, sondern eher – meinerwegen eine Ebene höher – ansiedeln sollte als eine Form staatlicher Aufgabenerledigung, weil dann nämlich auch die Beiträge des Privatrechtsgesetzgebers und der Zivilgerichte mit erfasst werden können. Denn ich halte allerdings für sehr wichtig, dass auch das Öffentliche Recht, dass auch gerade die Staatsrechtslehre einen Blick wirft auf die Regulierung in Bereichen, die im Moment sehr stark privatrechtlich dominiert sind und dann auch sehr stark in zivilistischer Hand sind. Ein Beispiel, das im Moment eine hohe Plausibilität hat, dürfte das Recht des Finanzmarkts, das Kapitalmarktrecht sein. Das ist heute ganz stark in der Hand von zivilistisch orientierten Kollegen. Ich glaube und fürchte, auch nach intensiverer Beschäftigung mit dem Gebiet, dass man als Staatsrechtslehrer möglicherweise nicht in der Lage ist, mit diesen Spezialisten auf ihrer Ebene mitzuspielen. Aber ich glaube, es ist wichtig, dass die Staatsrechtslehre sozusagen in der Gesamtbetrachtung, unter dem Regulierungsaspekt diese Gebiete im Blick behält, und genau das war mein Anliegen.

Da der Zufall es will, dass ich als letzter Referent spreche, möchte ich ganz kurz ein Wort zum Schluss sprechen. Dieses Wort geht an den Vorstand, dem natürlich dafür zu danken ist, dass wir Referentinnen und Referenten diese schöne Aufgabe bekommen haben, vor der versammelten Schar der Kolleginnen und Kollegen zu sprechen, dem aber auch dafür zu danken ist, dass er uns so freundlich-fürsorglich durch diese Tagung begleitet hat. Dabei hat der Vorstand auf uns als Produzenten nicht patriarchalisch eingewirkt und den Konsumentenschutz nicht zu weit getrieben. Das darf ich Ihnen zum Schluss dieser Tagung versichern. Herzlichen Dank!

Höfling: Liebe Kolleginnen und Kollegen, damit sind wir am Ende des wissenschaftlichen Teils unserer Tagung angekommen. Vor zwei Jahren, auf der Erlanger Tagung, hat Herr Isensee in seinem Diskussionsbeitrag am Schluss des zweiten Tages gesagt: „Der Vorstand kann aufatmen, am Ende der Tagung finden sich zwei Referenten, die mit dem Rahmenthema leben können“. Nun bin ich mir nicht ganz sicher, ob das damals eine zutreffende Einschätzung der Situation war. Jedenfalls mein Eindruck der diesjährigen Tagung ist ein anderer. Ich glaube, dass alle Vortragenden eindrucksvoll unter Beweis gestellt haben, dass sie dem Rahmenthema ganz facettenreiche und spannende Einsichten haben abgewinnen können. Herr Lege hat, da trifft er sich vielleicht mit Herrn Häberle, in seiner Schlussthese etwas emphatisch-poetisch den Schutzauftrag des Rechts umschrieben mit: die Guten und Ehrlichen und Maßvollen zu belohnen und die Bösen, Dreisten und Unmäßigen zu bestrafen. Das ist natürlich schon ein bisschen konkreter geworden in den letzten zwei Tagen. Was das etwa bedeutet im grundrechtsdogmatischen Kontext angesichts der ja oft strukturellen Gefährdung von Privatheit, wo Schutzdefizite zu konstatieren sind im mit komplex ja noch sehr beschönigend umschriebenen Prozess der Allokation knapper Ressourcen im Gesundheitswesen, ob dasungsverfahren als Medium für die Konstruktion richtigen Rechts dienen kann und heute und gerade eben, ob und inwieweit es sinnvoll sein kann, das Regulierungsrecht zum Schutze des Verbrauchers zu aktivieren, das, so glaube ich, ist ganz bereichsspezifisch und reichhaltig entfaltet worden jeweils im Rückbezug auf dieses Rahmenthema durch die Referenten, aber auch durch die Diskutanten. Und dafür darf ich im Namen des Vorstands ganz herzlich Danke sagen. Uns allen wünsche ich nun einen schönen, entspannenden Abend, spätestens auf ein gutes Wiedersehen dann im nächsten Jahr in Münster.

Verzeichnis der Redner

Albers 448	Kloepfer 101
Alexy 82	Kotzur 103, 341
Bausback 453	Lege 223
Bull 89	Lorz 209
Burgi 347	Masing 86
Classen 455	Mayer 345
Diggelmann 106	Mehde 351
Dörr 102	Meyer 339
Durner 461	Möllers 355
Ebsen 210	Murswiek 99, 202
Enders 91	Nettesheim 107
Engel 104, 346	Neumann 207
Faßbender 448	Ohler 452
Fechner 85	Pieroth 90
Fehling 357	Pitschas 93, 208
Frowein 96	Rixen 212
Gallwas 94	Röger 348
Gärditz 340	Ronellenfitsch 338
Gas 98	Schmidt-Aßmann 356
Gersdorf 100, 458	Schmidt am Busch 201
Grewlich 199	Schneider, Hans-Peter 92
Gröschner 88	Schneider, Jens-Peter 350
Groß 455	Schoch 353, 450
Gurlit 361	Schönberger 456
Häberle 94, 217, 460	Spiecker 92
Hase 198	Steiner 202
Heinig 205	Streinz 203
Hellermann 464	Sydow 342
Heun 214	Uerpmann-Wittzack 93, 457
Holznagel 453	Volkman 83
Hufen 195, 344	Waechter 342
Isensee 215	Winkler 87
Kämmerer 204	Wißmann 451
Kingreen 219	Zacher 217
Kischel 197, 349	

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V

(Stand: 26. Januar 2011; ständige Aktualisierung
unter www.staatsrechtslehrer.de)

Vorstand:

1. *Ehlers*, Dr. Dirk, Professor,
Am Mühlenbach 14, 48308 Senden,
(0 25 97) 84 15,
Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Universitätsstr. 14-16, 48143 Münster,
(02 51) 83-2 27 01, Fax (02 51) 83-2 83 15,
E-Mail ehlersd@uni-muenster.de
2. *Höfling*, Dr. Wolfram, M.A., Professor,
Bruchweg 2, 52441 Linnich,
(0 24 62) 36 16;
Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-33 95, Fax (02 21) 4 70-50 75,
E-Mail Sekretariat@institut-staatsrecht.de
3. *Lepsius*, Dr. Oliver, LL.M. (Chicago), Professor,
Romanstr. 53, 80639 München,
(0 89) 14 33 24 82;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Allgemeine und
Vergleichende Staatslehre, Universität Bayreuth,
Universitätsstr. 30, 95440 Bayreuth,
(09 21) 55-29 47, (09 21) 55-20 83,
E-Mail oliver.lepsius@uni-bayreuth.de

Mitglieder

1. *Adamovich*, Dr. Dr. h.c. mult. Ludwig, o. Univ.-Prof.,
Präsident des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs a.D.,
Rooseveltplatz 4, A-1090 Wien,
(00 43) 66 42 42 75 26;
Österreichische Präsidentschaftskanzlei,
Hofburg, Ballhausplatz, A-1014 Wien,
(00 43-15 34 22-3 00, Fax (00 43) 15 34 22-2 48,
E-Mail ludwig.adamovich@hofburg.at
2. *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) 42 838-5752, Fax (040) 41 838-26 35,
E-Mail marion.albers@jura.uni-hamburg.de
3. *Alexy*, Dr. Dr. h.c. mult. Robert, o. Professor,
Klausbrooker Weg 122, 24106 Kiel,
(04 31) 54 97 42;
Universität Kiel, 24098 Kiel,
(04 31) 8 80 35 43, Fax (04 31) 8 80 37 45,
E-Mail alexy@law.uni-kiel.de
4. *Alleweldt*, Dr. Ralf, LL.M., Privatdozent,
Halbe Stadt 12, 15230 Frankfurt (Oder),
(03 35) 6 22 47;
Europa-Universität Viadrina,
Postfach 1786, 15207 Frankfurt (Oder),
(03 35) 55 34 78 75,
E-Mail alleweld@euv-ffo.de
5. *Anderheiden*, Dr. Michael, Privatdozent,
Stephanienstr. 32, 76133 Karlsruhe,
(07 21) 4 70 08 17;
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Juristisches Seminar,
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 74 97, Fax (0 62 21) 54 74 63,
E-Mail anderheidenm@jurs.uni-heidelberg.de

6. *Appel*, Dr. Ivo, Professor,
Eisvogelweg 28, 82140 Olching,
(0 81 42) 2 84 23 17;
Universität Augsburg, Juristische Fakultät,
86135 Augsburg,
(08 21) 5 98 45 35, Fax (08 21) 5 98 45 37,
E-Mail Ivo.Appel@jura.uni-augsburg.de
7. *Arnauld*, Dr. Andreas von, Professor,
Lange Reihe 103, 20099 Hamburg,
(0 40) 31 81 74 17,
E-Mail andreas.arnauld@gmx.de;
Helmut-Schmidt-Universität/
Universität der Bundeswehr Hamburg,
Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften,
Professur für Öffentliches Recht, insb. Völker- und Europarecht,
Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg,
(0 40) 65 41-27 71, Fax (0 40) 65 41-20 21,
E-Mail arnauld@hsu-hh.de
8. *Arndt*, Dr. Hans-Wolfgang, o. Professor,
Waldstr. 34, 67434 Neustadt/Weinstr.,
(0 63 21) 3 33 85;
Universität Mannheim,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,
68131 Mannheim,
(06 21) 1 81 14 36, Fax (06 21) 1 81 14 37
E-Mail taxlaw@jura.uni-mannheim.de
9. *Arnim*, Dr. Hans Herbert von, o. Professor,
Im Oberkämmerer 26, 67346 Speyer,
(0 62 32) 9 81 23;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
67324 Speyer,
(0 62 32) 6 54 3 43,
E-Mail vonarnim@dhv-speyer.de
10. *Arnold*, Dr. Rainer, o. Professor,
Plattenweg 7, 93055 Regensburg,
(09 41) 7 44 65;
Universität Regensburg,
93053 Regensburg,
(09 41) 9 43-26 54/5,
E-Mail Rainer.Arnold@jura.uni-regensburg.de

11. *Aschke*, Dr. Manfred, Professor,
Kantstr. 14, 99425 Weimar,
(0 36 43) 40 22 83, Fax (0 36 43) 40 22 84;
E-Mail winckelmann.aschke@t-online.de;
c/o Professur Öffentliches Recht II,
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen oder
Thüringer Obergerverwaltungsgericht,
Kaufstr. 2-4, 99423 Weimar,
(0 36 43) 2 06-2 69,
E-Mail maschke@thovg.thueringen.de
12. *Aulehner*, Dr. Josef, Privatdozent,
Hans-Böcker-Str. 8, 80995 München,
(0 89) 1 23 84 02, Fax (0 89) 12 74 96 88;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Ref. I A 3 – Rechtsabteilung,
Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München,
(0 89) 21 80-37 30, Fax (0 89) 21 80-29 85,
E-Mail Aulehner@lmu.de
13. *Autexier*, Dr. Christian, Professor,
Egon-Reinert-Str. 19, 66111 Saarbrücken,
(06 81) 37 14 87;
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-21 85,
E-Mail Christian.Autexier@mx.uni-saarland.de
14. *Axer*, Dr. Peter, Professor,
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,
Lehrstuhl für Sozialrecht in Verbindung
mit dem Öffentlichen Recht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54-77 68, Fax (0 62 21) 54-77 69,
E-Mail axer@jurs.uni-heidelberg.de
15. *Baade*, Dr. Hans W., Professor,
6002 Mountain Climb Drive,
Austin/Texas, USA, 78 731,
(0 01-5 12) 4 52 50 71;
dienstl., (0 01-5 12) 4 71 51 51,
E-Mail hbaade@mail.law.utexas.edu

16. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor,
Am Rothenberg Süd 4, 82431 Kochel am See,
(0 88 51) 52 89;
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-35 76
17. *Baer*, Dr. Susanne, LL.M., Professorin,
Bleibtreustrasse 55, 10623 Berlin;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 9, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93 34 67, Fax (0 30) 20 93 34 31,
E-Mail sekretariat.baer@rewi.hu-berlin.de
18. *Baldus*, Dr. Manfred, Universitätsprofessor,
Herderstr. 41A, 99096 Erfurt,
(03 61) 5 54 70 54;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte,
Staatswissenschaftliche Fakultät, Universität Erfurt,
Nordhäuserstr. 63, 99089 Erfurt,
(03 61) 7 37 47 11,
E-Mail manfred.baldus@uni-erfurt.de
19. *Barfuß*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter, o. Universitätsprofessor,
Tuchlauben 11/31; 1010 Wien;
Präsident des Österreichischen Normungsinstituts,
Generaldirektor für Wettbewerb a.D.
(Bundeswettbewerbsbehörde),
Heinestraße 38, A-1020 Wien,
(00 43) 1/213 00/612, Fax (00 43) 1/213 00/609,
E-Mail walter.barfuss@as-institute.at
20. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor,
Schleifweg 55, 91080 Uttenreuth,
(0 91 31) 5 99 16, Fax (0 91 31) 53 33 04,
E-Mail Bartlsperger.richard@t-online.de
21. *Bast*, Dr. Jürgen, Privatdozent,
Universität Bielefeld,
Professur i.V. für Öffentliches Recht,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(0521) 106 6893, Fax (0521) 106 154 400,
E-Mail juergen.bast@uni-bielefeld.de

22. *Battis*, Dr. Dr. h.c. Ulrich, Professor,
Beiersdorfer Weg 42, 12589 Berlin-Rahnsdorf,
(0 30) 6 48 19 47;
Humboldt-Universität zu Berlin, Lehrstuhl für Staats-
und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaften,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 33, Fax (0 30) 20 93-36 89,
E-Mail sekretariat.battis@rewi.hu-berlin.de
23. *Bauer*, Dr. Hartmut, Professor,
Am Hegereiter 13, 01156 Cossebaude,
(03 51) 4 52 16 03;
Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht,
Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Universität Potsdam,
August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam,
(03 31) 9 77-32 64, Fax (03 31) 9 77-33 10,
E-Mail hbauer@rz.uni-potsdam.de
24. *Baumeister*, Dr. Peter, Professor,
Langebrücker Str. 24, 68809 Neulußheim,
(0 62 05) 39 78 17;
SRH Hochschule Heidelberg,
Ludwig-Guttman-Str. 6, 69123 Heidelberg,
(0 62 21) 88 22 60, Fax (0 62 21) 88 34 82,
E-Mail peter.baumeister@fh-heidelberg.de;
Schlatte Rechtsanwälte,
Kurfürsten-Anlage 59, 69115 Heidelberg,
(0 62 21) 98 12 17, Fax (0 62 21) 18 24 75,
E-Mail p.baumeister@kanzlei-schlatter.de
25. *Baumgartner*, Dr. Gerhard, Univ. Prof.,
Brückengasse 4/19, A-1060 Wien;
Institut für Österreichisches und Europäisches
Öffentliches Recht (IOER),
Wirtschaftsuniversität Wien,
Althanstr. 39-45, A-1090 Wien,
(00 43) 13 13 36 50 88, Fax (00 43) 13 13 36 92 05,
E-Mail gerhard.baumgartner@wu.ac.at

26. *Bausback*, Dr. Winfried, Univ.-Prof. a.D., MdL,
Im Neurod 8, 63741 Aschaffenburg,
(0 60 21) 45 66 06, Fax (0 60 21) 45 66 07;
Büro: Roßmarkt 34, 63739 Aschaffenburg,
(06021) 44 23 20, Fax (06021) 44 23 18;
E-Mail info@winfried-bausback.de
27. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Professor,
Henkenbergstr. 45a, 44797 Bochum,
(02 34) 79 17 44;
Universität Bochum, 44780 Bochum,
(02 34) 32-2 57 24
28. *Beaucamp*, Dr. Guy, Professor,
Nordstr. 21, 18107 Elmenhorst,
(03 81) 7 68 69 50;
Department Public Management,
Fakultät Wirtschaft und Soziales,
HAW Hamburg,
Berliner Tor 5, 20099 Hamburg,
E-Mail AnkeBeauc@aol.com
29. *Becker*, Dr. Florian, LL.M.(Cambridge), Professor,
Universität Kiel, Olshausenstr. 75, Gebäude II,
(Postanschrift: Olshausenstr. 40), 24098 Kiel,
(04 31) 8 80-53 78 oder (04 31) 8 80-15 04, Fax (04 31) 8 80-53 74,
E-Mail f.becker@law.uni-kiel.de
30. *Becker*, Dr. Joachim, Privatdozent,
Kreuznacher Str. 6, 14197 Berlin,
(0 30) 8 22 40 12;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93 33 83,
E-Mail Joachim.Becker@rewi.hu-berlin.de
31. *Becker*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Kellerstr. 7, 81667 München;
Stellvertretender Vorsitzender des Vorstands
und Chefsyndikus der GEMA,
Rosenheimer Straße 11, 81667 München,
(0 89) 4 80 03-00, Fax (0 89) 4 80 03-6 20
E-Mail jbecker@gema.de

32. *Becker*, Dr. Ulrich, LL.M. (EHI), Professor,
Pfarrsiedlungsstr. 9, 93161 Sinzing,
(0 94 04) 34 78;
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales
Sozialrecht,
Amalienstr. 33, 80799 München,
(0 89) 3 86 02-5 11,
Fax (0 89) 3 86 02-5 90,
E-Mail Becker@mpisoc.mpg.de
33. *Belser*, Dr. Eva Maria, Professorin,
Chemin du Riedelet 7, CH-1723 Marly,
(00 41) 2 64 36 22 36;
Universität Freiburg i. Ue.,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Institut für Föderalismus,
Route d'Englisberg 7, CH-1763 Granges-Paccot,
(00 41) 2 63 00 81 30,
evamaria.belser@unifr.ch
34. *Berchtold*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Bräunerstr. 4-6/22, A-1010 Wien,
(00 43) 1 53 14 34
35. *Berg*, Dr. Wilfried, o. Professor,
Waldsteinring 25, 95448 Bayreuth,
(09 21) 9 90 08 14;
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth,
(09 21) 55 28 76,
Fax (09 21) 55 84 28 75 oder 55 29 85,
E-Mail wilfried@cwberg.de
36. *Berka*, Dr. Walter, o. Universitätsprofessor,
Birkenweg 2, A-5400 Hallein,
(00 43) 66 24 57 67 58;
Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht
der Universität Salzburg,
Kapitelgasse 5-7, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62-80 44 36 21,
Fax (00 43) 6 62-80 44 36 29,
E-Mail Walter.Berka@sbg.ac.at

37. *Bernhardt*, Dr. Dr. h.c. Rudolf, o. Professor,
Gustav-Kirchhoff-Str. 2a, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 41 36 99;
MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 48 22 53,
E-Mail rbernhar@mpil.de
38. *Bethge*, Dr. Herbert, o. Professor,
Am Seidenhof 8, 94034 Passau,
(08 51) 4 16 97, Fax (08 51) 4 90 18 97,
E-Mail H.I.Bethge@t-online.de
39. *Beyerlin*, Dr. Ulrich, apl. Professor,
Luisenstr. 7, 69151 Neckargmünd;
MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 48 22 30,
E-Mail ubeyerli@mpil.de
40. *Biaggini*, Dr. Giovanni, o. Professor,
Kantstraße 12, CH-8044 Zürich,
(00 41) 44 251 11 58;
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht,
Rechtswissenschaftliches Institut, Freiestrasse 15,
CH-8032 Zürich,
(00 41) 4 46 34-30 11 oder -36 68, Fax (00 41) 4 46 34-43 89,
E-Mail lst.biaggini@rwi.unizh.ch
41. *Bieber*, Dr. Uwe Roland, o. Professor,
Mainzer Str. 135, 53179 Bonn,
(02 28) 35 71 89;
Université de Lausanne, Faculté de Droit – CDCE BFSH 1,
CH-1015 Lausanne-Dorigny,
(00 41) 21-6 92 27 90, Fax (00 41) 21-6 92 27 85,
E-Mail Roland.Bieber@unil.ch
42. *Binder*, Dr. Bruno, Universitätsprofessor,
Wischerstr. 30, A-4040 Linz,
(00 43) 7 32-71 77 72-0, Fax (00 43) 7 32-71 77 72-4;
Universität Linz,
Altenbergerstr. 69, A-4020 Linz,
(00 43) 73 22 46 80, Fax (00 43) 7 32-24 68 10,
E-Mail vwrecht@jku.at

43. *Birk*, Dr. Dieter, o. Professor,
Borkumweg 43, 48159 Münster,
(02 51) 21 84 78, Fax (02 51) 21 84 76;
Universität Münster,
48143 Münster,
(02 51) 8 32 27 95, Fax (02 51) 8 32 83 86,
E-Mail Birk@uni-muenster.de
44. *Blanke*, Dr. Hermann-Josef, Universitätsprofessor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht
und Europäische Integration, Universität Erfurt,
Nordhäuser Straße 63, 99089 Erfurt,
(03 61) 7 37-47 51, (03 61) 7 37-47 00 (Skr.),
Fax (03 61) 7 37-47 09,
E-Mail LS_Staatsrecht@uni-erfurt.de
45. *Blankenagel*, Dr. Alexander, Professor,
Türksteinstraße 10, 14167 Berlin,
(0 30) 8 54 95 82;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-33 81, Fax (0 30) 20 93-33 45,
E-Mail blankenagel@rewi.hu-berlin.de
46. *Blümel*, Dr. Willi, Universitätsprofessor,
Angelhofweg 65, 69259 Wilhelmsfeld,
(0 62 20) 18 80;
Deutsche Hochschule für Verwaltungs-
wissenschaften Speyer,
67324 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 62 oder -3 60, Fax (0 62 32) 9 10-2 08
oder 9 10-2 90
47. *Bock*, Dr. Wolfgang, Privatdozent,
Schalkwisenstr. 44, 60488 Frankfurt am Main,
(0 69) 76 57 17;
Landgericht Frankfurt am Main,
(0 69) 1367-2642,
E-Mail wolfgang.bock@lg-frankfurt.justiz.hessen.de

48. *Böckenförde*, Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c. Ernst-Wolfgang, o. Professor,
Türkheimstr. 1, 79280 Au bei Freiburg,
(07 61) 40 56 23;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
79098 Freiburg,
(07 61) 2 03 22 63 oder -22 62
49. *Bogdandy*, Dr. Armin von, M.A., Professor,
Mühlthalstr. 117, 69121 Heidelberg,
(0 62 21) 58 94 33;
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht
und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 48 26 02, Fax (0 62 21) 48 26 03,
E-Mail sekreavb@mpil.de
50. *Bogs*, Dr. Harald, o. Professor,
Anton-Bartl-Str. 4, 82327 Tutzing,
(08158) 90 65 83
51. *Böhm*, Dr. Monika, Professorin,
Lerchenweg 7, 65719 Hofheim/Ts.,
(0 61 92) 2 48 29, Fax (0 61 92) 2 48 14;
Philipps-Universität Marburg, Institut für Öffentliches Recht,
Savignyhaus, Raum 404,
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg/Lahn,
(0 64 21) 2 82-38 08 oder -38 08, Fax (0 64 21) 2 82-89 82,
E-Mail Monika.Boehm@staff.uni-marburg.de
52. *Bohne*, Dr. Eberhard, M.A., Professor,
Conrad-Hist-Straße 35, 67346 Speyer,
(0 62 32) 7 37 04, Fax (0 62 32) 6 01 08 71;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 26, Fax (0 62 32) 6 54-4 16,
E-Mail bohne@dhv-speyer.de
53. *Borowski*, Dr. Martin, Privatdozent, Senior Lecturer,
68 High Point, Richmond Hill Road,
Edgbaston Birmingham B15 3RS, United Kingdom;
University of Birmingham, School of Law,
Edgbaston Birmingham B15 2TT, United Kingdom,
(00 44) 12 14 14 32 33, Fax (00 44) 12 14 14 35 85,
E-Mail m.borowski@bham.ac.uk

54. *Bothe*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Theodor-Heuss-Str. 6, 64625 Bensheim,
(0 62 51) 43 45;
Universität Frankfurt am Main, Juridicum Zimmer 210,
Senckenberganlage 31, 60054 Frankfurt am Main,
(0 69) 7 9 82 22 64,
E-Mail bothe-bensheim@t-online.de
55. *Brandt*, Dr. Edmund, Professor,
Technische Universität zu Braunschweig,
Carl-Friedrich-Gauß-Fakultät,
Institut für Rechtswissenschaften,
Lehrstuhl Staats- und Verwaltungsrecht
sowie Verwaltungswissenschaften,
Bienroder Weg 87, 38106 Braunschweig,
(05 31) 3 91-24 61, Fax (05 31) 3 91-24 66
E-Mail edmund.brandt@tu-bs.de
56. *Breitenmoser*, Dr. Stephan, Professor,
Ordinarius für Europarecht,
Juristische Fakultät der Universität Basel,
Peter Merian-Weg 8, Postfach, CH-4002 Basel,
(00 41) 6 12 67 25 51, Fax (00 41) 6 12 67 25 79,
E-Mail stephan.breitenmoser@unibas.ch
57. *Brenner*, Dr. Michael, Professor,
Adlerstraße 29, 73550 Waldstetten,
(0 71 71) 99 67 42 Fax (0 71 71) 99 68 65;
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verfassungs-
und Verwaltungsrecht, Universität Jena,
Carl-Zeiss-Str. 3, 07743 Jena,
(0 36 41) 94 22 40 oder -41, Fax (0 36 41) 94 22 42,
E-Mail Prof.Brenner@t-online.de
58. *Breuer*, Dr. Marten
Charlottenstr. 33, 20257 Hamburg
Europa-Kolleg Hamburg
Windmühlenweg 27
22607 Hamburg
(040) 82 27 27 26, Fax (040) 82 27 27 98
m-breuer@europa-kolleg-hamburg.de

59. *Breuer*, Dr. Rüdiger, Professor,
Buschstr. 56, 53113 Bonn,
(02 28) 21 79 72, Fax (02 28) 22 48 32;
Köhler & Klett Rechtsanwälte, Köln,
(02 21) 42 07-2 91, Fax (02 21) 42 07-2 55,
E-Mail breuer.ruediger@arcor.de
60. *Brinktrine*, Dr. Ralf, Universitätsprofessor,
Margaretenstr. 31, 97276 Margetshöchheim,
(0931) 304 458 84,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, deutsches und
europäisches Umweltrecht und Rechtsvergleichung,
Juristische Fakultät, Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 3 18-23 31,
E-Mail Ralf.Brinktrine@jura.uni-wuerzburg.de
61. *Britz*, Dr. Gabriele, Professorin,
Professur für Öffentliches Recht und Europarecht,
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen,
(06 41) 9 92 10 70 Fax (06 41) 9 92 10 79,
E-Mail Gabriele.Britz@recht.uni-giessen.de
62. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor,
Wydenmööslistr. 11, CH-8280 Kreuzlingen,
(00 41) 71-6 88 15 25;
Universität Konstanz,
Postfach 5560 D 100, 78434 Konstanz,
(0 75 31) 88 21 69 oder -21 76
63. *Bröhmer*, Dr. Jürgen, Professor,
11 Kennedy Street, 2350 Armidale,
(00 61) 2-67 72-46 47;
Head of School,
School of Law, University of New England,
Armidale, NSW, 2301, Australien,
(00 61) 2-67 73-35 98,
E-Mail jurgen.brohmer@une.edu.au

64. *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 14 54,
Fax (0511) 762-8228;
E-Mail brosius-gersdorf@jura.uni-hannover.de
65. *Brühl-Moser*, Dr. Denise, Privatdozentin,
Unt. Batterieweg 167, CH-4059 Basel,
(00 41) 7 65 58 10 42,
E-Mail d.bruehl-moser@unibas.ch
66. *Brüning*, Dr. Christoph, Professor,
Kiebitzredder 12, 24220 Flintbek,
(0 43 47) 7 13 42 95;
Universität Kiel,
Olshausenstr. 75, 24118 Kiel,
(04 31) 8 80-45 40 oder -15 05, Fax (04 31) 8 80-45 82,
E-Mail cbruening@law.uni-kiel.de
67. *Brünneck*, Dr. Alexander von, Professor,
Blumenhagenstr. 5, 30167 Hannover,
(05 11) 71 69 11;
Europa-Universität Viadrina, 15207 Frankfurt (Oder),
Postfach 17 86,
(03 35) 55 34-22 64 oder -22 95, Fax (03 35) 55 34-24 18,
E-Mail raue@euv-frankfurt-o.de
68. *Bryde*, Dr. Brun-Otto, o. Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts,
Schlossbezirk 3, 76131 Karlsruhe;
Universität Gießen,
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,
(0 64 1) 99-2 10 60/61, Fax (06 41) 99-2 10 69,
E-Mail Brun.O.Bryde@recht.uni-giessen.de

69. *Bull*, Dr. Hans Peter, o. Professor,
Falckweg 16, 22605 Hamburg,
(0 40) 8 80 56 52,
E-Mail HP-Bull@t-online.de
70. *Bullinger*, Dr. Dr. h.c. (Université de Dijon), Martin,
o. Professor,
Altschlößleweg 4, 79280 Au bei Freiburg,
(07 61) 40 23 89;
Universität Freiburg,
79085 Freiburg,
(07 61) 2 03 22 48 oder -47,
E-Mail martin.bullinger@jura.uni-freiburg.de
71. *Bultmann*, Dr. Peter Friedrich, Privatdozent,
Am Pankepark 51, 10115 Berlin,
(0 30) 44 05 64 43;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
E-Mail piet.bultmann@rz.hu-berlin.de
72. *Bumke*, Dr. Christian, Professor,
Apostel-Paulus-Str. 19, 10825 Berlin,
(0 30) 7 82 67 87;
Bucerius Law School,
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg,
(0 40) 3 07 06-2 37, Fax (0 40) 3 07 06-2 59,
E-Mail christian.bumke@law-school.de
73. *Bungenberg*, Dr. Marc, LL.M. (Lausanne), Professor,
Pirmasenser Str. 3, 30559 Hannover,
(05 11) 5 19 95 38 oder (01 77) 4 34 97 22;
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

74. *Burgi*, Dr. Martin, Professor,
Bernhard-Poether-Str. 59, 48165 Münster,
(0 25 01) 92 88 93;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum,
(02 34) 3 22 52 75, Fax (02 34) 3 21 42 82,
E-Mail Martin.Burgi@jura.ruhr-uni-bochum.de
75. *Burkert*, Dr. Herbert, Professor,
Uferstr. 31, 50996 Köln-Rodenkirchen,
(00 49) 2 21 39 77 00, Fax (00 49) 2 21 39 77 11;
MCM-HSG, Universität St. Gallen,
Müller-Friedberg-Str. 8, CH-9000 St. Gallen,
(00 41) 71-2 22 48 75, Fax (00 41) 71-2 22 48 75,
E-Mail herbert.burkert@unisg.ch
76. *Bußjäger*, Dr. Peter, Privatdozent,
Institut für Föderalismus,
Maria-Theresien-Straße 38b, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-57 45 94, Fax (00 43) 5 12-57 45 94-4
77. *Butzer*, Dr. iur. Hermann, Professor,
Moltkestr. 4, 30989 Gehrden,
(05108) 87 82 323;
Leibniz-Universität Hannover,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Recht der staatlichen Transfersysteme,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62 81 69, Fax (05 11) 7 62 82 03,
E-Mail butzer@jura.uni-hannover.de
78. *Calliess*, Dr. Christian, LL.M. Eur., M.A.E.S. (Brügge),
Professor,
(01 75) 2 05 75 22;
Freie Universität Berlin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(0 30) 83 8-5 14 56, Fax (0 30) 83 8-5 30 12,
E-Mail europarecht@fu-berlin.de

79. *Cancik*, Dr. Pascale, Professorin,
Martinistr. 33, 49080 Osnabrück,
(05 41) 9 70-19 77;
Universität Osnabrück,
Fachbereich Rechtswissenschaften,
Martinistraße 8, 49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69-60 44, (05 41) 9 69-61 68 (Skr.),
E-Mail pcancik@uni-osnabrueck.de
80. *Caspar*, Dr. Johannes, Privatdozent,
Tronjweg 16, 22559 Hamburg,
(0 40) 81 96 11 95, Fax (0 40) 81 96 11 21;
Universität Hamburg, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Edmund-Siemers-Allee 1, Flügel West, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-57 60, Fax (0 40) 4 28 38-62 80,
Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz
und Informationsfreiheit,
Klosterwall 6 (Block C), 20095 Hamburg,
E-Mail johannes.caspar@datenschutz.hamburg.de
81. *Classen*, Dr. Claus Dieter, Professor,
Olchinger Str. 57g, 82178 Puchheim,
(0 89) 89 41 88 00, Fax (0 89) 89 41 88 01;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,
17487 Greifswald,
(0 38 34) 86 21 21 oder 21 24, Fax (0 38 34) 86 20 02,
E-Mail Classen@uni-greifswald.de
82. *Coelln*, Dr. Christian von, Professor,
Prinz-Georg-Str. 104, 40479 Düsseldorf,
(02 11) 99 54 38 38,
E-Mail coelln@web.de;
Universität zu Köln, Institut für Deutsches und
Europäisches Wissenschaftsrecht,
Albert-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-40 66, Fax (02 21) 4 70-29 48,
E-Mail cvcoelln@uni-koeln.de

83. *Collin*, Dr. Peter, Privatdozent,
Rykestr. 18, 10405 Berlin;
MPI für europäische Rechtsgeschichte,
Hausener Weg 120, 60489 Frankfurt am Main,
(0 69) 7 89 78-1 61, (0 30) 40 05 62 92,
Fax (0 69) 7 89 78-1 69,
E-Mail collin@mpier.uni-frankfurt.de
84. *Cornils*, Dr. Matthias, Professor,
Adelheidstr. 92, 65185 Wiesbaden,
(06 11) 9 71 99 97, (01 78) 4 98 73 11,
E-Mail mcornils@arcor.de;
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,
(0 61 31) 39-2 20 69,
E-Mail cornils@uni-mainz.de
85. *Cremer*, Dr. Hans-Joachim, Universitätsprofessor,
Steinritzstr. 21, 60437 Frankfurt am Main;
Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schloß, Westflügel, 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-14 28, -14 29 (Skr.), Fax (06 21) 1 81-14 30,
E-Mail Hjcremer@rumms.uni-mannheim.de
86. *Cremer*, Dr. Wolfram, Professor,
Schellstraße 13, 44789 Bochum;
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Europarecht,
GC 8/160,
44780 Bochum,
(02 34) 32-2 28 18, Fax (02 34) 32-1 42 81,
E-Mail wolfram.cremer@rub.de
87. *Czybulka*, Dr. Detlef, Universitätsprofessor,
Bergstraße 24-25, 18107 Elmenhorst,
(03 81) 7 95 39 44, Fax (03 81) 7 95 39 45;
Universität Rostock,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Umweltrecht
und Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Universitätsplatz 1, 18051 Rostock;
(03 81) 4 98-82 50, Fax (03 81) 4 98-82 52,
E-Mail detlef.czybulka@uni-rostock.de

88. *Dagtolglou*, Dr. Prodromos, Professor,
Hippokratous 33, GR-Athen 144,
(00 30) 13 22 11 90;
dienstl.: (00 30) 13 62 90 65
89. *Dann*, Dr. Philipp, LL.M.,
Privat: Rohrbachstr. 54, 60389 Frankfurt,
(069) 3670 2331;
Dienstlich: Licher Str. 64, 35394 Gießen,
(0641) 9921120,
E-Mail pdann@mpil.de
90. *Danwitz*, Dr. Thomas von, Professor,
Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften,
Klinkenbergsweg 1, 53332 Bornheim,
(0 22 27) 90 91 04, Fax (0 22 27) 90 91 05;
Institut für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,
Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht,
(02 21) 4 70-52 80, Fax (02 21) 4 70-51 26,
E-Mail Thomas.vonDanwitz@uni-koeln.de,
Sekretariat: Elke.Huebner@uni-koeln.de;
Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften,
L-2925 Luxemburg,
(0 03 52) 43 03-22 30, Fax (0 03 52) 43 03 – 20 71,
E-Mail thomas.vondanwitz@curia.europa.eu
91. *Davy*, Dr. Benjamin, Universitätsprofessor,
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund,
(02 31) 77 99 94;
Technische Universität Dortmund, Fakultät Raumplanung,
Lehrstuhl für Bodenpolitik, Bodenmanagement und
kommunales Vermessungswesen,
August-Schmidt-Str. 10, 44221 Dortmund,
(02 31) 7 55 22 28, Fax (02 31) 7 55 48 86,
E-Mail benjamin.davy@udo.edu

92. *Davy*, Dr. Ulrike, Universitätsprofessorin,
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund,
(02 31) 77 99 94 oder 7 94 99 79;
Lehrstuhl für öffentliches Recht, deutsches und internationales
Sozialrecht und Rechtsvergleichung,
Universität Bielefeld,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06 44 00 oder 68 93 (Skr.), Fax (05 21) 1 06 80 83,
E-Mail udavy@uni-bielefeld.de
93. *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,
(08 51) 5 09-23 40, Fax (08 51) 5 09-23 42,
E-Mail Hans-Georg.Dederer@uni-passau.de
94. *De Wall*, Dr. Heinrich, Professor,
Schronfeld 108, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 97 15 45;
Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht der
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,
Hindenburgstraße 34, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 85-2 22 42, Fax (0 91 31) 85-2 40 64,
E-Mail hli@jura.uni-erlangen.de
95. *Degenhart*, Dr. Christoph, Universitätsprofessor,
Stormstr. 3, 90491 Nürnberg,
(09 11) 59 24 62, Fax (09 11) 59 24 62;
Juristenfakultät, Universität Leipzig,
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,
(03 41) 97-3 51 91, Fax (03 41) 97-3 51 99,
E-Mail degen@rz.uni-leipzig.de
96. *Delbanco*, Dr. Heike, Privatdozentin,
Großbeerenstraße 83 A, 28211 Bremen,
(04 21) 2 43 63 81, Fax (04 21) 3 30 49 40;
Ärztchammer Bremen,
Schwachhauser Heerstraße 30, 28209 Bremen,
(04 21) 34 04-2 00, Fax (04 21) 34 04-2 09,
E-Mail delbanco@t-online.de

97. *Delbrück*, Jost, Dr. Dr. rer.pol.h.c.,
LL.D.h.c., Professor em.,
Schoolredder 20, 24161 Altenholz,
(04 31) 32 39 95;
Universität Kiel, 24098 Kiel,
(04 31) 8 80 21 88, Fax (04 31) 8 80 16 19,
E-Mail jdellbrueck@web.de
98. *Denninger*, Dr. Dr. h.c. Erhard, Professor em.,
Am Wiesenhof 1, 61462 Königstein,
(0 61 73) 7 89 88;
Universität Frankfurt, Institut für Öffentliches Recht,
Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt am Main,
E-Mail Denninger@jur.uni-frankfurt.de
99. *Depenheuer*, Dr. Otto, Professor,
Joachimstraße 4, 53113 Bonn,
(0 22 8) 92 89 43 63, Fax (02 28) 92 89 43 64;
Universität zu Köln, Seminar für Staatsphilosophie
und Rechtspolitik,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70 22 30, Fax (02 21) 4 70 50 10,
E-Mail Depenheuer@uni-koeln.de
100. *Desens*, Dr. Marc, Universitätsprofessor,
Käthe-Kollwitz-Str. 13, 04109 Leipzig,
41) 2 47 76 63;
Universität Leipzig, Juristenfakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.
Steuerrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,
1) 9735-270, Fax (0341) 9735-279
E-Mail marc.desens@uni-leipzig.de
101. *Determann*, Dr. Lothar, Privatdozent,
1275 California Street, USA-San Francisco, CA 94109,
E-Mail lothar.determann@bakernet.com;
Freie Universität Berlin,
Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin

102. *Detterbeck*, Dr. Steffen, o. Professor,
Stettiner Str. 60, 35274 Kirchhain,
(0 64 22) 45 31;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Marburg,
Savignyhaus, Raum 407,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(0 64 21) 2 82 31 23, Fax (0 64 21) 2 82 32 09,
E-Mail brechta@staff.uni-marburg.de
103. *Di Fabio*, Dr. Dr. Udo, Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts,
Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe,
(07 21) 91 01-0, Fax (07 21) 91 01-3 82;
Institut für Öffentliches Recht, Abt. Staatsrecht,
Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität,
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(02 28) 73 55-73, Fax (02 28) 73 79 35,
E-Mail difabio@uni-bonn.de
104. *Dietlein*, Dr. Johannes, Professor,
Heinrich-Heine-Universität, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Verwaltungslehre, Zentrum für Informationsrecht,
Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf,
(02 11) 81-1 14 20, Fax (02 11) 81-1 14 55,
E-Mail dietlein@uni-duesseldorf.de
105. *Diggelmann*, Dr. Oliver, Professor,
Alte Landstrasse 49, 8802 Kilchberg,
(00 41) 43 244 45 35;
Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht;
Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht,
Öffentliches Recht und Staatsphilosophie;
Rämistrasse 74/36, 8001 Zürich,
(0041) 44 634-2054 oder -2033, Fax (0041) 44 634-5399
E-Mail oliver.diggelmann@rwi.uzh.ch
106. *Dittmann*, Dr. Armin, o. Professor,
Karl-Brennenstuhl-Str. 11, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 8 24 56;
Universität Hohenheim – Schloß,
Postfach 70 05 62, 70593 Stuttgart,
(07 11) 4 59-27 91, Fax (07 11) 4 59-34 82,
E-Mail adittman@uni-hohenheim.de

107. *Dolzer*, Dr. Dr. Rudolf, Professor,
Am Pferchelhang 4/1, 69118 Heidelberg,
(0 62 21) 80 33 44;
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,
Universität Bonn, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73 91 72, Fax (02 28) 73 91 71,
E-Mail rdolzer@jura.uni-bonn.de
108. *Dörr*, Dr. Dieter, Universitätsprofessor,
Am Stadtwald 6, 66123 Saarbrücken;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und
Europarecht, Medienrecht,
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, 55099 Mainz,
(0 61 31) 3 92 26 81 oder 3 92 30 44, Fax (0 61 31) 3 92 56 97,
E-Mail ddoerr@uni-mainz.de;
Mainzer Medieninstitut (MMI):
Mainzer Medieninstitut e.V.,
Jakob-Welder-Weg 4, 55128 Mainz,
(0 61 31) 1 44 92 50, Fax (0 61 31) 1 44 92 60,
E-Mail doerr@mainzer-medieninstitut.de
109. *Dörr*, Dr. Oliver, LL.M. (London), Professor,
Universität Osnabrück, Fachbereich Rechtswissenschaft,
European Legal Studies Institute, 49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69 60 50 oder -60 51, Fax (05 41) 9 69 60 49,
E-Mail odoerr@uos.de
110. *Dreier*, Dr. Horst, o. Professor,
Bismarckstr. 13, 21465 Reinbek,
(0 40) 7 22 58 34;
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31-8 23 21, Fax (09 31) 31-29 11,
E-Mail dreier@mail.uni-wuerzburg.de
111. *Dreier*, Dr. Ralf, o. Professor,
Wilhelm-Weber-Str. 4, 37073 Göttingen,
(05 51) 5 91 14;
Universität Göttingen, 37073 Göttingen,
(05 51) 39 73 84

112. *Droege*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Victor-Achard-Str. 14a, 61350 Bad Homburg v. d. H.,
(0 61 72) 8 56 94 76, Fax (0 32 21) 1 29 56 38;
Universität Osnabrück,
Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Martinistr. 8, 49078 Osnabrück,
(05 41) 9 69 61 68, Fax (05 41) 9 69 61 67,
E-Mail Michael.Droege@uos.de
113. *Drüen*, Dr. Klaus-Dieter, Professor,
Beguinestraße 75 b, 47228 Duisburg-Rheinhausen,
(0 20 65) 2 57 91 42;
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf,
Lehrstuhl für Unternehmenssteuerrecht,
Universitätsstraße 1, 40225 Düsseldorf,
(02 11) 81-1 58 68, Fax (02 11) 81-1 58 70,
E-Mail klaus-dieter.drueen@uni-duesseldorf.de
114. *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,
(02 28) 73 91 51, Fax (02 28) 73 55 82,
E-Mail durner@uni-bonn.de
115. *Eberle*, Dr. Carl-Eugen, Professor,
Justitiar des ZDF,
Kapellenstr. 68a, 65193 Wiesbaden,
(06 11) 52 04 68;
ZDF, 55100 Mainz,
(0 61 31) 70-41 00, Fax (0 61 31) 70 54 52,
E-Mail Eberle.ce@zdf.de
116. *Ebsen*, Dr. Ingwer, Professor,
Alfred-Mumbächer-Str. 19, 55128 Mainz,
(0 61 31) 33 10 20;
FB Rechtswissenschaft,
Universität Frankfurt,
Postfach 11 19 32, 60054 Frankfurt am Main,
(0 69) 79 82 27 03,
E-Mail Ebsen@jur.uni-frankfurt.de

117. *Eckhoff*, Dr. Rolf, Professor,
Bornwiesweg 37, 65388 Schlangenbad-Georgenborn,
(0 61 29) 48 93 70, Fax (0 61 29) 48 93 72;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Finanz- und
Steuerrecht,
Universitätsstr. 31, 93040 Regensburg,
(09 41) 9 43 26 56/57, Fax (09 41) 9 43 19 74,
E-Mail Rolf.Eckhoff@jura.uni-regensburg.de
118. *Egli*, Dr. Patricia, LL.M. (Yale), Privatdozentin,
Lehrbeauftragte an der Universität St. Gallen,
Meienbergstr. 65, CH-8645 Jona,
(0041) 79 768 94 65,
E-Mail patricia.egli@unisg.ch
119. *Ehlers*, Dr. Dirk, Professor,
Am Mühlenbach 14, 48308 Senden,
(0 25 97) 84 15,
E-Mail ehlersd@uni-muenster.de;
Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Universitätsstr. 14-16, 48143 Münster,
(02 51) 83-2 27 01, Fax (02 51) 83-2 83 15,
E-Mail ehlersd@uni-muenster.de
120. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor,
Am Römerlager 4, 53117 Bonn
121. *Ehrenzeller*, Dr. Bernhard, o. Professor,
Kirchlistraße 36a, CH-9010 St. Gallen;
Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP-HSG),
Bodanstr. 4, CH-9000 St. Gallen,
(00 41) 71-2 24 24 40 oder -46, Fax (00 41) 71-2 24 24 41,
E-Mail Bernhard.Ehrenzeller@unisg.ch
122. *Eifert*, Dr. Martin, Professor,
Beethovenstr. 57, 53115 Bonn;
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Professur für Öffentliches Recht II,
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen,
(06 41) 9 92 10 90, Fax (06 41) 9 92 10 99,
E-Mail martin.eifert@recht.uni-giessen.de

123. *Ekardt*, Dr. Felix, LL.M., M.A., Professor,
Könneritzstraße 41, 04229 Leipzig;
Universität Rostock,
apl. Professur für öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie,
Möllner Str. 10, 18109 Rostock,
(03 41) 9 26 08 83, Fax (03 41) 9 26 08 83,
E-Mail felix.ekardt@uni-rostock.de
124. *Elicker*, Dr. Michael, Privatdozent,
Dunzweiler Straße 6, 66564 Ottweiler,
(0 68 58) 69 98 53, Fax (0 68 58) 69 98 53;
Universität des Saarlandes,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Wirtschafts-, Finanz- u. Steuerrecht,
Im Stadtwald, 66123 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-21 04, Fax (06 81) 3 02-47 79,
E-Mail m.ellicker@gmx.de
125. *Emmerich-Fritsche*, Dr. Angelika, Privatdozentin,
Hornschuchpromenade 17, 90762 Fürth,
(09 11) 70 66 60;
E-Mail info@emmerich-fritsche.de
126. *Enders*, Dr. Christoph, Universitätsprofessor,
Prellerstraße 1A, 04155 Leipzig,
(03 41) 5 64 33 71, Fax (03 41) 5 64 33 72;
Universität Leipzig, Juristenfakultät,
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,
(03 41) 97 35-3 51, Fax (03 41) 97 35-3 59,
E-Mail skenders@rz.uni-leipzig.de
127. *Engel*, Dr. Christoph, Professor,
Königsplatz 25, 53173 Bonn,
(02 28) 9 56 34 49, Fax (02 28) 9 56 39 44;
Max-Planck-Institut zur Erforschung
von Gemeinschaftsgütern,
Kurt-Schumacher-Straße 10, 53113 Bonn,
(02 28) 9 14 16-10, Fax (02 28) 9 14 16-11,
E-Mail engel@coll.mpg.de

128. *Englisch*, Dr. Joachim, Professor,
Nettelbeckstr. 11, 40477 Düsseldorf,
(02 11) 41 65 87 35,
E-Mail jo.e@gmx.de;
Lehrstuhl für Steuerrecht,
Finanzrecht und Öffentliches Recht,
Universitätsstr. 24, 86159 Augsburg,
(08 21) 5 98-45 40, Fax (08 21) 5 98-45 41,
E-Mail joachim.englisch@jura.uni-augsburg.de
129. *Ennuschat*, Dr. Jörg, Professor,
Elberfelder Str. 23, 58452 Witten,
(0 23 02) 39 00 28;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,
Universität Konstanz,
Universitätsstraße 10, 78464 Konstanz,
(0 75 31) 88-36 54, Fax (0 75 31) 88-21 94,
E-Mail lehrstuhl.ennuschat@uni-konstanz.de
130. *Epiney*, Dr. Astrid, Professorin,
Avenue du Moléson 18, CH-1700 Fribourg,
(00 41) 26-3 23 42 24;
Universität Fribourg i.Ue./CH,
Lehrstuhl für Europa-, Völker- und Öffentliches Recht,
Av. de Beauregard 11, CH-1700 Fribourg,
(00 41) 26-3 00 80 90, Fax (00 41) 26-3 00 97 76,
E-Mail Astrid.Epiney@unifr.ch
131. *Epping*, Dr. Volker, Professor,
Neddernwanne 38, 30989 Gehrden,
(0 51 08) 91 26 97;
Leibniz Universität Hannover, Juristische Fakultät,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62 82 48/49, Fax (05 11) 7 62 82 52,
E-Mail epping@jura.uni-hannover.de
132. *Erbel*, Dr. Günter, Professor,
Burbacher Str. 10, 53129 Bonn;
Universität Bonn,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73 55 83

133. *Erbguth*, Dr. Wilfried, Professor,
Friedrich-Franz-Str. 38, 18119 Rostock-Warnemünde,
(03 81) 5 48 67 09, Fax (03 81) 5 48 67 15;
Universität Rostock, Juristische Fakultät,
Richard-Wagner-Str. 31 (Haus 1),
18119 Rostock-Warnemünde,
(03 81) 4 98 82 11, Fax (03 81) 4 98 82 12,
E-Mail Wilfried.Erbguth@jurfak.uni-rostock.de
134. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor,
Falkenhorst 17, 48155 Münster,
(02 51) 3 13 12;
Kommunalwissenschaftliches Institut, Universität Münster,
Universitätsstr. 14-16, 48143 Münster,
(02 51) 83 27 41,
E-Mail erichse@uni-muenster.de
135. *Errass*, Dr. Christoph, Privatdozent,
Rossfeldstr. 1, 3004 Bern,
(0041) 31 741 21 17,
E-Mail christoph.errass@bluewin.ch
136. *Faber*, Dr. Angela, apl. Professorin,
Am Dörnchesweg 42, 50259 Pulheim,
(0 22 34) 6 43 70, Fax (0 22 34) 80 29 93,
E-Mail faber@fair-relations.de;
Hauptreferentin beim Deutschen Städtetag,
Lindenallee 13-17, 50968 Köln,
(02 21) 37 71-1 72, Fax (02 21) 37 71-2 00,
E-Mail angela.faber@staedtetag.de
137. *Faber*, Dr. Heiko, Professor,
Wunstorfer Str. 1, 30989 Gehrden,
(0 51 08) 22 34;
Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-82 06,
E-Mail faber@jura.uni-hannover.de

138. *Faßbender*, Dr. Bardo, LL.M. (Yale), Universitätsprofessor,
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Universität der Bundeswehr München,
Werner-Heisenberg-Weg 39, 85577 Neubiberg,
(0 89) 60 04-42 62,
E-Mail fassbender@unibw.de
139. *Faßbender*, Dr. Kurt, Professor,
Pölitzstr. 25, 04155 Leipzig,
(03 41) 5 82 01 18;
Universität Leipzig,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insb. Umwelt- und Planungsrecht,
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,
(03 41) 97 35-1 31, Fax (03 41) 97 35-1 39,
E-Mail fassbender@uni-leipzig.de
140. *Fastenrath*, Dr. Ulrich, Professor,
Liliensteinstraße 4, 01277 Dresden,
(03 51) 2 54 05 36;
Juristische Fakultät der TU Dresden,
Bergstr. 53, 01069 Dresden,
(03 51) 46 33-73 33, Fax (03 51) 46 33-72 13,
E-Mail quaas@jura.tu-dresden.de
141. *Fechner*, Dr. Frank, Professor,
Fischersand 57, 99084 Erfurt,
(03 61) 6 44 56 96;
TU Ilmenau, Institut für Rechtswissenschaft,
Postfach 100 565, 98684 Ilmenau,
(0 36 77) 69-40 22,
E-Mail Frank.Fechner@tu-ilmenau.de
142. *Fehling*, Dr. Michael, LL.M. (Berkeley), Professor,
Farmsener Landstr. 39 B, 22359 Hamburg,
(0 40) 60 95 14 65,
E-Mail michael_fehling@hotmail.com;
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft,
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg, Postfach 30 10 30,
(0 40) 3 07 06-2 31, Fax (0 40) 3 07 06-2 35,
E-Mail michael.fehling@law-school.de

143. *Feik*, Dr. Rudolf, Ao. Univ.-Prof.,
Hans Sperl Straße 7, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 76 73 04 33 74;
Universität Salzburg, Fachbereich Öffentliches Recht,
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62 80 44 36 03, Fax (00 43) 6 62 80 44 36 29,
E-Mail rudolf.feik@sbg.ac.at
144. *Felix*, Dr. Dagmar, Professorin,
An den Fischteichen 47, 21227 Bendestorf,
(0 41 83) 50 06 67, Fax (0 41 83) 50 07 29;
Universität Hamburg, Öffentliches Recht und Sozialrecht,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-26 65, Fax (0 40) 4 28 38-29 30,
E-Mail dagmar.felix@jura.uni-hamburg.de
145. *Fetzer*, Dr. Thomas, LL.M., Privatdozent,
Eduard-Mörke-Str. 13, 68535 Neckarhausen,
(0 62 03) 10 83 01,
E-Mail thomas.fetzer@gmail.com;
Universität Mannheim, Fakultät für
Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre,
c/o Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,
Schloss Westflügel W140, 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-14 35; Fax (06 21) 1 81-14 37,
E-Mail fetzer@jura.uni-mannheim.de
146. *Fiedler*, Dr. Wilfried, o. Professor,
Am Löbel 2, 66125 Saarbrücken-Dudweiler,
(0 68 97) 76 64 01;
Forschungsstelle Internationaler Kulturgüterschutz,
Universität des Saarlandes, Gebäude 16,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-32 00, Fax (06 81) 3 02-43 30,
E-Mail w.fiedler@mx.uni-saarland.de
147. *Fink*, Dr. Udo, Univ.-Professor,
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
55099 Mainz,
(0 61 31) 3 92 23 84,
E-Mail pfink@uni-mainz.de

148. *Fisahn*, Dr. Andreas, Professor,
Grüner Weg 83, 32130 Enger;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06-43 84,
E-Mail andreas.fisahn@uni-bielefeld.de
149. *Fischer*, Dr. Kristian, Privatdozent,
Deidesheimer Str. 52, 68309 Mannheim,
(06 21) 73 82 45;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,
Universität Mannheim, Schloss, Westflügel,
68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-14 35, Fax (06 21) 1 81-14 37,
E-Mail kfischer@jura.uni-mannheim.de
150. *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,
(04 21) 2 18 66 222, Fax (04 21) 2 18 66 230,
E-Mail fischer-lescano@zerp.uni-bremen.de
151. *Fleiner*, Dr. Dr. h.c. Thomas, o. Professor,
rte. Beaumont 9, CH-1700 Fribourg,
(00 41) 26-4 24 66 94, Fax (00 41) 26-4 24 66 89;
Institut für Föderalismus, Universität Fribourg,
Route d' Englisberg 7, CH-1763 Granges-Paccot,
(00 41) 26-3 00 81 25 oder -28, Fax (00 41) 26-3 00 97 24,
E-Mail Thomas.Fleiner@unifr.ch
152. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor,
Bispinger Weg 11, 30625 Hannover,
(05 11) 57 57 19 oder 56 28 92;
Universität Hannover,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-82 48 oder -82 49, Fax (05 11) 7 62-82 52

153. *Folz*, Dr. Hans-Peter, Privatdozent,
Christoph von Schmid-Straße 11, 86159 Augsburg,
(08 21) 5 89 41 83;
Juristische Fakultät, Universität Augsburg,
Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg,
(08 21) 5 98 45 73, Fax (08 21) 5 98 45 72,
E-Mail Hans-Peter.Folz@jura.uni-augsburg.de
154. *Frank*, Dr. Dr. h.c. Götz, Professor,
Cäcilienplatz 4, 26122 Oldenburg,
(04 41) 7 56 89;
Carl von Ossietzky Universität Oldenburg,
Juristisches Seminar, Öffentliches Wirtschaftsrecht,
26111 Oldenburg,
Paketanschrift: Ammerländer Heerstraße 114-118,
26129 Oldenburg;
(04 41) 7 98-41 43, Fax (04 41) 7 98-41 51,
E-Mail Goetz.Frank@uni-oldenburg.de
155. *Frankenberg*, Dr. Dr. Günter, Professor,
Buchrainweg 17, 63069 Offenbach;
Institut für Öffentliches Recht, Goethe-Universität Frankfurt,
Rechtswissenschaft,
Grüneburgplatz 1, 60629 Frankfurt am Main,
(0 69) 79 83 4-2 70 oder -2 69,
E-Mail Frankenberg@jur.uni-frankfurt.de
156. *Franzius*, Dr. Claudio, Privatdozent,
Goernestr. 13, 20249 Hamburg,
(0 40) 23 80 29 52;
Universität Hamburg,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre,
Rotenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(0 40) 428 38 5443, Fax (0 40) 428 38 2930,
E-Mail claudio.franzius@jura.uni-hamburg.de
157. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, LL.M., o. Professor,
Eichenhainallee 17, 51427 Bergisch-Gladbach,
(0 22 04) 6 19 84;
Universität zu Köln, 50923 Köln

158. *Fromont*, Dr. Dr. h.c. mult. Michel, Professor,
12, Boulevard de Port Royal, F-75005 Paris,
(00 33) 1 45 35 73 71,
E-Mail Fromont.michel@wanadoo.fr
159. *Frotscher*, Dr. Werner, Professor,
Habichtstalgasse 32, 35037 Marburg/Lahn,
(0 64 21) 3 29 61;
Universität Marburg,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg/Lahn,
(0 64 21) 28-2 31 22/1 26 (Skr.), Fax (0 64 21) 2 82-38 40,
E-Mail Frotsche@staff.uni-marburg.de
160. *Frowein*, Dr. Dr. h.c. Jochen Abr., o. Professor,
Blumenthalstr. 53, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 47 46 82, Fax (0 62 21) 41 39 71;
MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 4 82-2 58, Fax (0 62 21) 4 82-6 77,
E-Mail jfrowein@mpil.de
161. *Führ*, Dr. Martin, Professor,
Rostockerstr. 17, 63303 Dreieich/Sprendlingen,
(0 61 03) 93 66 17, Fax (0 61 03) 93 66 19;
Fachhochschule Darmstadt,
Haardtring 100, 64295 Darmstadt,
E-Mail fuehr@sofia-darmstadt.de
162. *Funk*, Dr. Bernd-Christian, o. Professor,
Franz Grassler Gasse 23, A-1230 Wien,
(00 43) 18 89 29 35, Fax (00 43) 18 89 29 35;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien,
Juridicum, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien;
Institut für Universitätsrecht und Universitätsmanagement,
Johannes Kepler Universität Linz,
Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,
(00 43) 7 32-24 68-93 36, Fax (00 43) 7 32-24 68 93 99,
E-Mail bernd-christian.funk@univie.ac.at

163. *Funke*, Dr. Andreas, Privatdozent,
Lechenicher Str. 18, 50937 Köln,
(0221) 374829;
Universität zu Köln, Institut für Völkerrecht
und ausländisches öffentliches Recht,
Gottfried-Keller-Str. 2, 50931 Köln,
(0221) 470-2616, Fax (0221) 470-4992,
E-Mail andreas.funke@uni-koeln.de
164. *Gächter*, Dr. Thomas, Professor,
Ausserdorferstr. 12g, CH-8052 Zürich,
(0041) 13 63 37 24;
Universität Zürich,
Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,
(00 41) 4 46 34 30 62,
E-Mail thomas.gaechter@rwi.unizh.ch
165. *Gaitanides*, Dr. Charlotte, LL.M. (Barcelona), Professorin,
22041 Hamburg,
(0 40) 68 28 48 77;
Universität Flensburg,
Internationales Institut für Management,
Campusallee 3, 24943 Flensburg,
(0461) 805-2766, Fax (0461) 805-2561
E-Mail charlotte.gaitanides@uni-flensburg.de
166. *Gallwas*, Dr. Hans-Ulrich, Professor,
Hans-Leipelt-Str. 16, 80805 München,
(0 89) 3 22 83 66;
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-32 62
167. *Gamper*, Dr. Anna, Univ.-Prof.,
Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht,
Staats- und Verwaltungslehre,
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 51 25 07-82 24, Fax (00 43) 51 25 07-28 28,
E-Mail Anna.Gamper@uibk.ac.at

168. *Gärditz*, Dr. Klaus Ferdinand, Professor,
Elliger Höhe 35, 53177 Bonn,
(02 28) 28 05 27 97;
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn,
Institut für Öffentliches Recht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73-6 24 03,
E-Mail gaerditz@jura.uni-bonn.de
169. *Gas*, Dr. Tonio, Professor,
Bertolt-Brecht-Str. 59, 49088 Osnabrück,
E-Mail tgas@uos.de
Niedersächsisches Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V.
Kommunale Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen,
Professur für Staats-, Verfassungs-, und Europarecht,
Wielandstr. 8, 30169 Hannover,
(0511) 1609-448, Fax (15 537),
E-Mail tonio.gas@nds-sti.de
170. *Gassner*, Dr. Ulrich M., Mag.rer.publ., M.Jur. (Oxon), Professor,
Scharnitzer Weg 9, 86163 Augsburg,
(08 21) 6 32 50,
E-Mail ugassner@web.de;
Universität Augsburg,
Universitätsstr. 2, 86135 Augsburg,
(08 21) 5 98-45 46, Fax (08 21) 5 98-45 47,
E-Mail Ulrich.Gassner@jura.uni-augsburg.de
171. *Geis*, Dr. Max-Emanuel, o. Professor,
Valentin-Rathgeber-Str. 1, 96049 Bamberg,
(09 51) 51 93-3 05 oder -3 06, Fax (09 51) 51 93-3 08;
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen, Institut für Staats- und
Verwaltungsrecht,
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 8 52 28 18, Fax (0 91 31) 8 52 63 82,
E-Mail max-emanuel.geis@jura.uni-erlangen.de
172. *Gellermann*, Dr. Martin, apl. Professor,
Schlesierstraße 14, 49492 Westerkappeln,
(0 54 04) 20 47, Fax (0 54 04) 91 94 75;
Universität Osnabrück, Fachbereich Rechtswissenschaften,
49069 Osnabrück,
(0 54 04) 91 96 95,
E-Mail M.Gellermann@t-online.de

173. *Germann, Dr. Michael*, Professor,
Rathenauplatz 13, 06114 Halle,
(03 45) 5 23 89 32;
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Staatskirchenrecht und Kirchenrecht,
Universitätsplatz 5, 06108 Halle,
(03 45) 55-2 32 20, Fax (03 45) 55-2 76 74,
E-Mail Germann@jura.uni-halle.de
174. *Gersdorf, Dr. Hubertus*, Professor,
Alte Leipziger Str. 10, 10117 Berlin,
(0 30) 20 61 96 61, Fax (0 30) 20 61 96 62;
Universität Rostock, Juristische Fakultät,
Gerd Bucerius-Stiftungsprofessur,
Richard-Wagner-Straße 7, 18055 Rostock,
(03 81) 2 03 60 76, Fax (03 81) 2 03 60 75,
E-Mail hubertus.gersdorf@uni-rostock.de
175. *Giegerich, Dr. Thomas*, Professor, LL.M. (University of Virginia),
Birkenweg 90, 24211 Preetz;
Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht,
Universität Kiel,
Westring 400, 24098 Kiel,
(04 31) 8 80-21 89 (-17 33 [Schr.]),
E-Mail tgiegerich@internat-recht.uni-kiel.de
176. *Goerlich, Dr. Helmut*, Professor,
Universität Leipzig,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,
(03 41) 97-3 51 71, Fax (03 41) 97-3 51 79,
E-Mail helmut.goerlich@gmx.de
177. *Gornig, Dr. Dr. h. c. mult. Gilbert*, Professor,
Pfarracker 4, 35043 Marburg-Bauerbach,
(0 64 21) 16 35 66, Fax (0 64 21) 16 37 66;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Marburg,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(0 64 21) 2 82 31 31 oder 28-31 27, Fax (0 64 21) 2 82 38 53,
E-Mail Gornig@voelkerrecht.com

178. *Görisch*, Dr. Christoph, Privatdozent,
Martin-Niemöller-Str. 61,
48159 Münster;
Westfälische Wilhelms-Universität,
Institut für Öffentliches Recht und Politik,
Wilmergasse 28, 48143 Münster,
(02 51) 83-2 18 61, Fax (02 51) 5 10 49-19
E-Mail gorisch@uni-muenster.de
179. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor,
Geismarlandstr. 17a, 37083 Göttingen,
(05 51) 4 31 19;
Universität Göttingen, Abt. Europarecht
des Instituts für Völkerrecht,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-47 61, Fax (05 51) 39-21 96,
E-Mail europa@uni-goettingen.de
180. *Grabenwarter*, Dr. Dr. Christoph, Universitätsprofessor,
Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht,
Wirtschaftsuniversität Wien,
Althanstr. 39-45, A-1090 Wien,
(00 43) 13 13 36-44 23, Fax (00 43) 13 13 36-92 05;
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs,
Verfassungsgerichtshof,
Judenplatz 11, A-1010 Wien,
(00 43) 15 31 22,
E-Mail christoph.grabenwarter@wu-wien.ac.at
181. *Gramlich*, Dr. Ludwig, Professor,
Justus-Liebig-Str. 38 A, 64839 Münster;
Fakultät für Wirtschaftswissenschaften, TU Chemnitz-Zwickau,
Postfach 9 64, 09009 Chemnitz,
(03 71) 5 31 41 64, -65, Fax (03 71) 5 31 39 61,
E-Mail l.gramlich@wirtschaft.tu-chemnitz.de
182. *Gramm*, Dr. Christof, Privatdozent, MinRat,
Wilhelmstraße 10, 53604 Bad Honnef,
(0 22 24) 48 34;
Bundesministerium der Verteidigung,
Postfach 1328, 53003 Bonn,
(02 28) 12-93 70,
E-Mail ChristofGramm@bmvg.bund.de

183. *Graser*, Dr. Alexander, Professor,
Brennereistraße 66, 85662 Hohenbrunn,
(0 81 02) 77 88 55;
Hertie School of Governance, Schlossplatz 1, 10178 Berlin,
(0 30) 2 12 31 23 14, Fax (0 30) 2 12 31 28 88,
E-Mail graser@hertie-school.org
184. *Grawert*, Dr. Dr. h.c. Rolf, o. Professor,
Aloysiusstrasse 28, 44795 Bochum,
(02 34) 47 36 92, Fax (02 34) 5 16 91 36;
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,
Universitätsstrasse 150, GC 8/59, 44721 Bochum,
(02 34) 32 22 52 65, Fax (02 34) 3 21 42 36,
E-Mail Rolf.Grawert@ruhr-uni-bochum.de
185. *Grewe*, Dr. Constance, Universitätsprofessorin,
4 Rue Louis Appfel – F 67 000 Strasbourg,
(00 33) 3 88 37 37 84,
E-Mail: Constance.Grewe@orange.fr
Université de Strasbourg, Faculté de droit
1 Place d'Athènes, BP 66, F-67045 Strasbourg Cedex
186. *Grewlich*, Dr. Dr. Klaus W., LL.M. (Berkeley), Professor,
Botschafter der Bundesrepublik Deutschland a.D.,
Colmantstr. 43, 53115 Bonn;
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät und
Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI),
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn;
Hertie School of Governance, Berlin;
Europakolleg Brügge & Warschau/Schloss Natolin;
E-Mail kwgr@gmx.de
187. *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 grigoleit@kjgrigoleit.de

188. *Griller*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,
Hungerbergstr. 11-13, A-1190 Wien,
(00 43) 1 32 24 05;
Europainstitut, Wirtschaftsuniversität Wien,
Althanstr. 39-45, A-1090 Wien,
(00 43) 13 13 36-41 35 oder 41 36, Fax (00 43) 13 13 36-7 58,
E-Mail Stefan.Griller@wu-wien.ac.at
189. *Grimm*, Dr. Dr. h.c. mult., LL.M. (Harvard), Dieter,
o. Professor (em.),
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 66, Fax (0 30) 20 93-35 78;
Wissenschaftskolleg zu Berlin, Institute for Advanced Study,
Wallotstr. 19, 14193 Berlin,
(0 30) 8 90 01-0 (Zentrale), (0 30) 8 90 01-1 24,
Fax (0 30) 8 90 01-1 00,
E-Mail grimm@wiko-berlin.de
190. *Gröpl*, Dr. Christoph, Professor,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-32 00, Fax (06 81) 3 02-43 30,
E-Mail groepl@mx.uni-saarland.de
191. *Gröschner*, Dr. Rolf, o. Professor,
Stormstr. 39, 90491 Nürnberg,
(09 11) 59 14 08;
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Jena,
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,
(0 36 41) 94 22 20 oder -21, Fax (0 36 41) 94 22 22,
E-Mail r.groeschner@recht.uni-jena.de
192. *Groh*, Dr. Kathrin, Privatdozentin,
Rohrteichstr. 44, 33602 Bielefeld,
(05 21) 5 60 04 45;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,
(05 21) 1 06-43 97, Fax (05 21) 1 06-15 43 97,
E-Mail kathgroh@gmx.de

193. *Gromitsaris*, Dr. Athanasios, Privatdozent,
E-Mail gromitsaris@hotmail.com;
Friedrich-Schiller-Universität,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Carl-Zeiss-Str. 3, 07737 Jena,
(0 36 41) 94 22 30,
E-Mail R.Ullrich@recht.uni-jena.de
194. *Groß*, Dr. Thomas, Professor,
Johann Wolfgang Goethe-Universität, FB Rechtswissenschaft
Grüneburgplatz 1, 60629 Frankfurt am Main,
(0 69) 79 834 267,
E-Mail gross@jur.uni-frankfurt.de
195. *Grote*, Dr. Rainer, LL.M. (Edinburgh), Privatdozent,
Im Sand 3A, 69115 Heidelberg,
(0 62 21) 16 43 46, Fax (0 62 21) 91 47 35;
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und
Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 48 22 44, Fax (0 62 21) 48 22 88,
E-Mail rgrote@mpil.de
196. *Grupp*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Stephanieufer 5, 68163 Mannheim,
(06 21) 82 21 97, Fax (06 21) 82 21 97;
Universität des Saarlandes,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Abteilung Rechtswissenschaft,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-48 53, Fax (06 81) 3 02-39 49,
E-Mail k.grupp@mx.uni-saarland.de
197. *Grzeszick*, Dr. Bernd, LL.M. (Cambridge), Professor,
Henkestraße 74-76, 91052 Erlangen,
(0 91 31) 1 23 28 14,
E-Mail Grzeszick@web.de;
Universität Heidelberg, Institut für Öffentliches Recht,
Verfassungslehre und Rechtsphilosophie,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg,
(06221) 54 74 32

198. *Guckelberger*, Dr. Annette, Professorin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-5 74 01,
E-Mail a.guckelberger@mx.uni-saarland.de
199. *Gundel*, Dr. Jörg, Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth,
(09 21) 55-29 43,
E-Mail joerg.gundel@uni-bayreuth.de
200. *Gurlit*, Dr. Elke, Universitätsprofessorin,
Rüdesheimer Straße 18, 65197 Wiesbaden,
(06 11) 37 51 52 oder (01 79) 5 92 22 15;
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaft,
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,
(0 61 31) 3 92 31 14, Fax (0 61 31) 3 92 40 59,
E-Mail gurlit@uni-mainz.de
201. *Gusy*, Dr. Christoph, Professor,
Wendischhof 14, 33619 Bielefeld,
(05 21) 9 67 79 67;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,
(05 21) 1 06 43 97, Fax (05 21) 1 06 80 61,
E-Mail christoph.gusy@uni-bielefeld.de
202. *Haack*, Dr. Stefan, Professor,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn,
Professur für Öffentliches Recht,
Adenauerallee 18–22, 53113 Bonn,
(02 28) 73-62 411,
E-Mail haack@jura.uni-bonn.de
E-Mail StefanHaack@web.de

203. *Häberle*, Dr. Dr. h.c. mult. Peter, o. Professor,
Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht,
Universität Bayreuth,
Universitätsstraße 30, Postfach, 95440 Bayreuth,
(09 21) 55 70 88, Fax (09 21) 55 70 99,
E-Mail Peter.Haeberle@uni-bayreuth.de
204. *Häde*, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,
Lennéstraße 15, 15234 Frankfurt (Oder),
(03 35) 6 85 74 38;
Europa-Universität Viadrina, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insb. Verwaltungsrecht, Finanzrecht und Währungsrecht,
Postfach 17 86, 15207 Frankfurt/Oder,
Hausanschrift: Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt (Oder),
(03 35) 55 34-26 70, Fax (03 35) 55 34-25 25,
E-Mail haede@euv-frankfurt-o.de
205. *Haedrich*, Dr. Martina, Professorin,
Im Ritzetal 20, 07749 Jena,
(0 36 41) 44 85 25, Fax (0 36 41) 44 44 14;
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Friedrich-Schiller-Universität,
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,
(0 36 41) 94 22 15, Fax (0 36 41) 9 42 002,
E-Mail m.haedrich@recht.uni-jena.de
206. *Hafner*, Dr. Felix, Professor,
Hirzbrunnenschanze 67, CH-4058 Basel,
(00 41) 61-6 91 40 64;
Universität Basel, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel,
(00 41) 6 12 67 25 64, Fax (00 41) 6 12 67 07 95,
E-Mail Felix.Hafner@unibas.ch
207. *Hailbronner*, Dr. Kay, o. Professor,
Toggenbühl, CH-8269 Fruthwilen,
(00 41) 71-6 64 19 46, Fax (00 41) 71-6 64 16 26;
Universität Konstanz,
(0 75 31) 88 22 47,
E-Mail migration@uni-konstanz.de

208. *Hain*, Dr. Karl-E., Professor,
Herrenstr. 10, 57627 Hachenburg,
(0 26 62) 94 20 64;
Universität zu Köln,
Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht,
Aachener Str. 197-199, 50931 Köln,
(02 21) 2 85 56-1 12, Fax (02 21) 2 85 56-1 22,
E-Mail haink@uni-koeln.de
- 209 *Haller*, Dr. Herbert, Universitätsprofessor,
Felix-Mottl-Str. 48, Haus 2, A-1190 Wien,
(00 43) 13 42 93 82;
Wirtschaftsuniversität Wien,
(00 43) 13 13 36 46 68,
E-Mail h.haller@vfhg.at
210. *Haller*, Dr. Walter, o. Professor,
Burgstrasse 264, CH-8706 Meilen,
(00 41) 4 49 23 10 14;
Forchstr. 59, CH-8032 Zürich,
(00 41) 4 33 43 96 00,
E-Mail w-haller@bluewin.ch
211. *Haltern*, Dr. Ulrich, LL.M. (Yale), Universitätsprofessor,
Bölschestr. 2, 30173 Hannover,
(05 11) 3 57 62 59;
Universität Hannover, Lehrstuhl für deutsches und europäisches
Staats- und Verwaltungsrecht,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62 81 86, Fax (05 11) 7 62 81 73,
E-Mail LS.Haltern@jura.uni-hannover.de
212. *Hammer*, Dr. Felix, apl. Prof.,
Gelber Kreidebusen 33/5, 72108 Rottenburg;
Justitiar und Kanzler der Diözese Rottenburg-Stuttgart,
Bischöfliches Ordinariat,
Eugen-Bolz-Platz 1, 72108 Rottenburg,
(0 74 72) 16 93 61 Fax (0 74 72) 16 98 33 61,
E-Mail kanzler@bo.drs.de

213. *Hammer*, Dr. Stefan, Univ.-Doz.,
Anton Frank-Gasse 17, A-1180 Wien,
(00 43) 14 70 59 76;
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43) 1 42 77-3 54 65, Fax (00 43) 1 42 77-3 54 69,
E-Mail stefan.hammer@univie.ac.at
214. *Hangartner*, Dr. Yvo, o. Professor,
Am Gozenberg 2, CH-9202 Gossau,
(00 41) 71-85 15 11;
Hochschule St. Gallen
215. *Hänni*, Dr. Peter, o. Professor,
Stadtgraben 6, CH-3280 Murten,
(00 41) 26-6 70 58 15;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Fribourg,
Les Portes de Fribourg, Route d'Englisberg 7, CH-1763 Granges-
Paccot,
(00 41) 26-3 00 81 29, Fax (00 41) 26-3 00 97 24,
E-Mail Peter.Haenni@unifr.ch
216. *Hanschel*, Dr. Dirk, M.C.L., Privatdozent,
Hauptstr. 154, 69117 Heidelberg,
(06221) 166 958,
hanschel@googlemail.com;
Universität Trier,
Fachbereich V – Rechtswissenschaft, 54286 Trier,
(0651) 201-2589, Fax (0651) 201-3394,
E-Mail hanschel@uni-trier.de
217. *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,
(0 23 31) 9 87-28 77 oder -43 89, Fax (0 23 31) 9 87-3 24,
E-Mail Andreas.Haratsch@fernuni-hagen.de

218. *Härtel*, Dr. Ines, Professorin,
Schinkelstr. 13, 44801 Bochum,
(02 34) 8 90 33 63;
Ruhr-Universität Bochum,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verwaltungs-,
Europa-, Agrar- und Umweltrecht,
GC 8/39, Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,
(02 34) 3 22 22 65, Mobil (01 79) 6 63 64 22,
E-Mail LS-Haertel@ruhr-uni-bochum.de
219. *Hase*, Dr. Friedhelm, Professor,
Bandelstraße 10 b, 28359 Bremen.
(0421) 24 27 84 40;
Universität Bremen,
Fachbereich 6, Rechtswissenschaft,
Universitätsallee, 28359 Bremen,
(0421) 218-66 010, Fax (0421) 218-66 052;
E-Mail: fhase@uni-bremen.de
220. *Hatje*, Dr. Armin, Professor,
Universität Hamburg,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Abt. Europäisches Gemeinschaftsrecht,
Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-30 46, Fax (0 40) 4 28 38-43 67,
E-Mail armin.hatje@jura.uni-hamburg.de
221. *Hebeler*, Dr. Timo, Privatdozent,
Fortweg 7, 35463 Fernwald-Annerod,
(0 15 77) 2 02 94 80;
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Licher Straße 64, 35394 Gießen,
(06 41) 9 92 11 24, Fax (06 41) 9 92 11 29,
E-Mail Timo-Hebeler@gmx.de
222. *Heckel*, Dr. iur. Dr. theol. h.c. Martin,
o. Universitätsprofessor,
Lieschingstr. 3, 72076 Tübingen,
(0 70 71) 6 14 27

223. *Hecker*, Dr. Jan, LL.M. (Cambridge), apl. Professor,
Platanenstr. 25, 13156 Berlin,
Mobil (01 76) 23 29 28 26;
Bundesministerium des Innern,
Alt-Moabit 101, 10559 Berlin,
(030) 186 812 019,
E-Mail jan.hecker@bmi.bund.de
224. *Heckmann*, Dr. Dirk, Universitätsprofessor,
stv. Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs,
Schärdinger Straße 11e, 94032 Passau,
(08 51) 75 38 83, Fax (08 51) 4 90 58 20;
Universität Passau, Ordinarius für Internet-
und Sicherheitsrecht,
Innstraße 40, 94032 Passau,
(08 51) 5 09-22 90, Fax (08 51) 5 09-22 92,
E-Mail Heckmann@uni-passau.de
225. *Heinig*, Dr. Hans Michael, Professor,
Rochstr. 17, 10178 Berlin,
(01 71) 6 46 11 21;
Kirchenrechtliches Institut der EKD,
Goßlerstr. 11, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-1 06 02;
Universität Göttingen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insb. Kirchen- und Staatskirchenrecht,
Goßlerstr. 11, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-1 06 02, Fax (05 51) 39-1 06 07,
E-Mail info@kirchenrechtliches-institut.de
226. *Heintschel von Heinegg*, Dr. Wolff, Professor,
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder),
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
August-Bebel-Str. 12, 15234 Frankfurt (Oder),
(03 35) 55 34-29 16, Fax (03 35) 55 34-29 15,
E-Mail Heinegg@euv-frankfurt-o.de
227. *Heintzen*, Dr. Markus, Professor,
Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(0 30) 8 38-5 24 79, Fax (0 30) 8 38-5 21 05,
E-Mail Heintzen@zedat.fu-berlin.de

228. *Heitsch*, Dr. Christian, apl. Professor,
72 Queens Road, Caversham, Reading, Berks., RG4 8DL, U.K.,
(00 44) 11 89 47 49 13,
E-Mail c_heitsch@web.de;
Lecturer in Law, Brunel Law School,
Brunel University West London,
Kingston Lane, Uxbridge, Middlesex UB8 3PH, United Kingdom,
(00 44) 18 95 26 76 50,
E-Mail christian.heitsch@brunel.ac.uk
229. *Hellermann*, Dr. Johannes, Universitätsprofessor,
Hardenbergstr. 12a, 33615 Bielefeld,
(05 21) 16 00 38;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,
(05 21) 1 06-44 22, Fax (05 21) 1 06-60 48,
E-Mail Johannes.Hellermann@uni-bielefeld.de
230. *Hendler*, Dr. Reinhard, Universitätsprofessor,
Laurentius-Zeller-Str. 12, 54294 Trier,
(06 51) 9 37 29 44;
Universität Trier, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Universitätsring 15, 54286 Trier,
(06 51) 2 01-25 56 oder 25 58, Fax (06 51) 2 01-39 03,
E-Mail Hendler@uni-trier.de
231. *Hengstschläger*, Dr. Johannes, o. Universitätsprofessor,
Steinfeldgasse 7, A-1190 Wien,
(00 43) 1 32-8 17 27;
Johannes-Kepler-Universität,
Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,
(00 43) 7 32-24 68-4 01, Fax (00 43) 7 32-2 46 43,
E-Mail johannes.hengstschlaeger@jku.at
232. *Hense*, Dr. Ansgar, Privatdozent,
Austraße 5, 53179 Bonn,
(02 28) 4 29 53 72;
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands,
Adenauerallee 19, 53111 Bonn,
(02 28) 26 74-3 61,
E-Mail ansgar.hense@web.de

233. *Herbst*, Dr. Tobias, Privatdozent,
Seehofstr. 116, 14167 Berlin,
(030) 817 11 04;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3426 oder -3381, Fax (030) 2093-3345,
E-Mail tobias.herbst@rewi.hu-berlin.de
234. *Herdegen*, Dr. Matthias, Professor,
Friedrich-Wilhelm-Str. 35, 53113 Bonn;
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,
Universität Bonn,
Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(02 28) 73 55 70/-80, Fax (02 28) 73 79 01,
E-Mail Herdegen@uni-bonn.de
235. *Hermes*, Dr. Georg, Professor,
Berliner Str. 14a, 61440 Oberursel,
(0 61 71) 5 08 19 91, Fax (0 61 71) 6 94 75 70;
Universität Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Campus Westend, Grüneburgplatz 1 (RuW),
Postfach 11 19 31, 60054 Frankfurt am Main,
(0 69) 7 98-3 42 75, Fax (0 69) 7 98-3 45 12,
E-Mail G.Hermes@jur.uni-frankfurt.de
236. *Herrmann*, Dr. Christoph, LL.M., Professor,
Residenzplatz 10, 94032 Passau,
(08 51) 2 30 20 18, (01 77) 8 42 75 43;
Universität Passau,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht,
Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht,
Innstraße 39, 94032 Passau,
E-Mail christoph.herrmann@eui.eu
237. *Herrmann*, Dr. Günter, Professor, Intendant i.R.
Wankweg 13, 87642 Buching/Allgäu,
(0 83 68) 16 96; Fax (08368) 12 97
herrmann.medienrecht@t-online.de
238. *Herzog*, Dr. Roman, Professor, Bundespräsident a.D.,
Postfach 86 04 45, 81631 München

239. *Heselhaus*, Dr. Sebastian, Professor, M.A.,
Kehlhofweg 10, CH-6043 Adligenswil, Schweiz,
(00 41) 4 13 70 25 00;
Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht,
Hofstr. 9, Postfach 7464, CH-6000 Luzern 7, Schweiz,
(00 41) 4 12 28 74 11, Fax (00 41) 4 12 28 74 31
E-Mail sebastian.heselhaus@unilu.ch
240. *Heun*, Dr. Werner, Professor,
Bürgerstraße 5, 37073 Göttingen,
(05 51) 70 62 48;
Universität Göttingen, Institut für Allgemeine Staatslehre
und Politische Wissenschaften,
Goßlerstraße 11, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-46 93, Fax (05 51) 39-22 39,
E-Mail staatsl@gwdg.de
241. *Hey*, Dr. Johanna, Professorin,
Wiethasestraße 73, 50933 Köln,
(02 21) 4 91 17 38, Fax (02 21) 4 91 17 34;
Universität zu Köln, Institut für Steuerrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-22 71, Fax (02 21) 4 70-50 27,
E-Mail johanna.hey@uni-koeln.de
242. *Heyen*, Dr. iur. Lic. phil. Erk Volkmar, Universitätsprofessor,
Arndtstraße 22, 17489 Greifswald,
(0 38 34) 50 27 16;
Ernst Moritz Arndt-Universität,
Domstr. 20, 17489 Greifswald,
E-Mail lsheyen@uni-greifswald.de
243. *Hidien*, Dr. Jürgen W., Professor,
Goebenstr. 33, 48151 Münster,
(02 51) 4 78 77
244. *Hilf*, Dr. Meinhard, Universitätsprofessor,
Bahnsenallee 71, 21465 Reinbek bei Hamburg,
(0 40) 78 10 75 10, Fax (0 40) 78 10 75 12;
Bucerius Law School,
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg,
(0 40) 3 07 06-1 58, Fax (0 40) 3 07 06-2 46,
E-Mail meinhard.hilf@law-school.de

245. *Hill*, Dr. Hermann, Professor,
Kilianstraße 5, 67373 Dudenhofen;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 28,
E-Mail Hill@dhv-speyer.de
246. *Hillgruber*, Dr. Christian, Professor,
Zingsheimstr. 25, 53359 Rheinbach;
Institut für Öffentliches Recht,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73 79 25, Fax (02 28) 73 48 69,
E-Mail lshillgruber@jura.uni-bonn.de
247. *Hobe*, Dr. Stephan, LL.M., Universitätsprofessor,
In der Asbach 32, 53347 Alfter-Impekoven,
(02 28) 9 48 93 00;
Universität zu Köln, Institut für Luft- und Weltraumrecht
und Lehrstuhl für Völker- und Europarecht, europäisches
und internationales Wirtschaftsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70 23 37,
E-Mail Stephan.Hobe@uni-koeln.de
248. *Hochhuth*, Dr. Martin, Privatdozent,
Kaiser-Joseph-Straße 268, 79098 Freiburg;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Öffentliches Recht, Abteilung III, Staatsrecht,
Platz der Alten Synagoge 1, 79085 Freiburg,
(07 61) 2 03-22 43, Fax (07 61) 2 03-22 40,
E-Mail hochhuth@jura.uni-freiburg.de
249. *Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.,
Bellevue 23, 22301 Hamburg,
(0 40) 60 56 26 72, Fax (0 40) 60 56 26 73,
E-Mail whoffmann-riem@gmx.de;
Universität Hamburg,
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-30 33, Fax (0 40) 4 28 38-26 35
E-Mail ceri@jura.uni-hamburg.de

250. *Höfling*, Dr. Wolfram, M.A., Professor,
Bruchweg 2, 52441 Linnich,
(0 24 62) 36 16;
Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-33 95, Fax (02 21) 4 70-50 75,
E-Mail Sekretariat@institut-staatsrecht.de
251. *Hofmann*, Dr. Ekkehard, Privatdozent,
Scharnhorststr. 16, 04275 Leipzig,
(03 41) 3 06 96 03;
UFZ – Umweltforschungszentrum Leipzig/Halle GmbH,
Department Umwelt- und Planungsrecht,
Permoserstr. 15, 04318 Leipzig,
(03 41) 2 35 31 46, Fax (03 41) 2 35 28 25,
E-Mail ekkehard.hofmann@ufz.de
252. *Hofmann*, Dr. Dr. h. c. Hasso, o. Professor,
Christoph-Mayer-Weg 5, 97082 Würzburg,
(09 31) 8 73 88, Fax (09 31) 78 32 88,
oder Torstr. 176, 10115 Berlin,
(0 30) 2 81 30 75,
E-Mail hasso-hofmann@gmx.de;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 53
253. *Hofmann*, Dr. Dr. Rainer, Universitätsprofessor,
Bergstr. 83, 69121 Heidelberg,
(0 62 21) 40 10 04;
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht,
Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt am Main,
(0 69) 7 98-2 53 17, Fax (0 69) 7 98-2 53 18,
E-Mail R.Hofmann@jur.uni-frankfurt.de
254. *Hohmann*, Dr. Harald, Privatdozent,
Furthwiese 10, 63654 Büdingen,
(0 60 49) 95 29 12, Fax (0 60 49) 95 29 13;
Hohmann & Partner Rechtsanwälte,
Schloßgasse 2, 63654 Büdingen,
(0 60 42) 95 67-0, Fax (0 60 42) 95 67-67,
E-Mail harald.hohmann@hohmann-partner.com

255. *Hollerbach*, Dr. Dr. h.c. Alexander, o. Professor,
Runzstraße 86, 79102 Freiburg i.Br.,
(07 61) 2 17 14 13;
Universität Freiburg, Forschungsstelle für Kirchenrecht- und
Staatskirchenrecht,
Institut für öffentliches Recht Abteilung IV 79085 Freiburg i.Br.,
(0761) 2 03 22 58 oder -64, Fax (07 61) 2 03 22 97
256. *Holoubek*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Zehenthofgasse 36/8, A-1190 Wien,
(00 43) 13 17 73 72, Fax (00 43) 13 17 73 72 18;
Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht,
Wirtschaftsuniversität Wien,
Althanstraße 39-45, A-1090 Wien,
(00 43) 13 13 36-46 60, Fax (00 43) 13 13 36-7 13,
E-Mail michael.holoubek@wu.ac.at
257. *Hölscheidt*, Dr. Sven, Ministerialrat, apl. Professor,
Westfälische Straße 45, 10711 Berlin;
Deutscher Bundestag, Fachbereich Verfassung und Verwaltung,
Platz der Republik 1, 11011 Berlin,
(0 30) 2 27-3 24 25/3 23 25, Fax (0 30) 2 27-3 64 71/3 62 07,
E-Mail vorzimmer.wd3@bundestag.de
258. *Holzinger*, Dr. Gerhart, Professor,
Präsident des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs,
Judenplatz 11, A-1010 Wien,
(00 43) 1 53 12 24 12, Fax (00 43) 1 53 12 25 12
259. *Holznagel*, Dr. Bernd, LL.M., Professor,
Kronprinzenstraße 105, 44135 Dortmund,
(02 31) 5 89 87 06, Fax (02 31) 5 89 87 09;
WWU Münster, Juristische Fakultät, ITM, Abt. II,
Leonardo-Campus 9, 48149 Münster,
(02 51) 83-3 86 41, Fax (02 51) 83-3 86 44,
E-Mail holznagel@uni-muenster.de

260. *Horn*, Dr. Hans-Detlef, Professor,
Am Heier 22, 35096 Weimar (Lahn)-Roth,
(0 64 26) 96 71 41, Fax (0 64 26) 96 71 44;
Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Rechtswissenschaften,
Institut für Öffentliches Recht,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(0 64 21) 2 82 38 10 oder 2 82 31 26, Fax (0 64 21) 2 82 38 39,
E-Mail Hornh@staff.uni-marburg.de
261. *Hösch*, Dr. Ulrich, apl. Professor, RA,
Kirchenstraße 72, 81675 München;
Kanzlei Dr. Gronefeld, Thoma & Kollegen,
Prinzregentenplatz 23, 81675 München,
(0 89) 96 07 13 80, Fax (03212) 84 63 724
E-Mail uhoesch@juradvance.de
262. *Huber*, Dr. Peter M., o. Professor,
Josef-Heppner-Str. 2, 82049 Pullach i. I.,
(0 89) 74 42 46 62, Fax (0 89) 74 42 48 52;
Universität München, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Staatsphilosophie,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-35 76, Fax (0 89) 21 80-50 63,
E-Mail peter.m.huber@jura.uni-muenchen.de
263. *Hufeld*, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,
Stratenbarg 40a, 22393 Hamburg,
(0 40) 21 00 74 40;
Helmut-Schmidt-Universität/
Universität der Bundeswehr Hamburg,
Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften,
Professur für Öffentliches Recht und Steuerrecht,
Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg,
(0 40) 65 41-28 59, Fax (0 40) 65 41-37 33,
E-Mail Hufeld@hsu-hh.de
264. *Hufen*, Dr. Friedhelm, o. Professor,
Backhaushohl 62, 55128 Mainz,
(0 61 31) 3 44 44, Fax (0 61 31) 36 14 49;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
55099 Mainz,
(0 61 31) 39-2 23 54 oder -2 30 45, Fax (0 61 31) 39-2 42 47,
E-Mail hufen@uni-mainz.de

265. *Huster*, Dr. Stefan, Professor,
Ruhr-Universität Bochum,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht II: Staats- und
Verwaltungsrecht mit bes. Berücksichtigung des Sozialrechts,
Universitätsstraße 150, 44780 Bochum, Gebäude GC 7/135,
(02 34) 32-2 22 39, Fax (02 34) 32-1 42 71,
E-Mail stefan.huster@rub.de
266. *Ibler*, Dr. Martin, Professor,
Lindauer Straße 3, 78464 Konstanz;
Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaften,
Postfach D 106, Universitätsstraße 10, 78457 Konstanz,
(0 75 31) 88-24 80/-23 28,
E-Mail Martin.Ibler@uni-konstanz.de
267. *Iliopoulos-Strangas*, Dr. Julia, Professorin,
A.Metaxa 2, GR-10681 Athen,
(00 30) 2 10-3 82 60 83 oder -3 82 33 44,
Fax (00 30) 2 10-3 80 54 13,
Mobil (00 30) 69 44 59 52 00;
Universität Athen, Juristische Fakultät,
Ippokratous 33 (5. Stock),
GR-10680 Athen, (00 30) 2 10-3 68 84 22,
E-Mail juliostr@law.uoa.gr
268. *Ipsen*, Dr. Jörn, o. Professor,
Präsident des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs,
Luisenstr. 41, 49565 Bramsche,
(0 54 61) 44 96, Fax (0 54 61) 6 34 62;
Institut für Kommunalrecht, Universität Osnabrück,
49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69-61 69 oder -61 58, Fax (05 41) 9 69-61 70,
E-Mail instkr@uos.de
269. *Ipsen*, Dr. Dr. h.c. mult. Knut, o. Professor,
Nevelstr. 59, 44795 Bochum,
(02 34) 43 12 66;
Deutsches Rotes Kreuz (DRK),
Königswinterer Str. 29, 53227 Bonn

270. *Isensee*, Dr. Dr. h.c. Josef, o. Professor,
Meckenheimer Allee 150, 53115 Bonn,
(02 28) 69 34 69;
Universität Bonn,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73 58 50, Fax (02 28) 73 48 69,
E-Mail isensee@uni-bonn.de
271. *Ismer*, Dr. Roland, Professor,
Werderstr. 11, 86159 Augsburg;
Lehrstuhl für Steuerrecht und Öffentliches Recht,
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,
Lange Gasse 20, 90403 Nürnberg,
(09 11) 53 02-3 53, Fax (09 11) 53 02-1 65,
E-Mail Roland.Ismer@wiso.uni-erlangen.de
272. *Jaag*, Dr. Tobias, o. Professor,
Bahnhofstr. 22, Postfach 2957, CH-8022 Zürich,
(00 41) 4 42 13 63 63, Fax (00 41) 4 42 13 63 99;
Rechtswissenschaftliches Institut,
Rämistraße 74/18, CH-8001 Zürich,
(00 41) 4 46 34 30 20, Fax (00 41) 4 46 34 43 85,
E-Mail tobias.jaag@rwi.uzh.ch
273. *Jachmann*, Dr. Monika, Universitätsprofessorin,
Richterin am Bundesfinanzhof,
Am Feldkreuz 2a, 82467 Garmisch-Partenkirchen,
(01 72) 7 40 44 48,
E-Mail jm@jachmann.com;
Bundesfinanzhof München,
Ismaninger Straße 109, 81675 München,
(0 89) 92 31-0, Fax (0 89) 92 31-2 01
274. *Jaeckel*, Dr. Liv, Privatdozentin,
Augustusweg 27, 01445 Radebeul,
(03 51) 5 63 62 86, Mobil (01 70) 7 06 54 80,
E-Mail jaeckel@rz.uni-leipzig.de

275. *Jahndorf*, Dr. Christian, Privatdozent,
Brunnenweg 18, 48153 Münster,
(02 51) 7 61 96 83;
Institut für Steuerrecht,
Universitätsstr. 14-16, 48143 Münster,
(02 51) 8 32 27 95, Fax (02 51) 8 32 83 86,
E-Mail c.jahndorf@fides-treuhand.de
276. *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,
(00 43) 7 32 24 68 84 56, Fax (00 43) 7 32 24 68 89 01,
E-Mail andreas.janko@jku.at
oder Elisabeth.Kamptner@jku.at
277. *Janssen*, Dr. Albert, apl. Professor, Landtagsdirektor i.R.,
Langelinienwall 16, 31134 Hildesheim,
(0 51 21) 13 11 12;
E-Mail: a.a.janssen@t-online.de
278. *Janz*, Dr. Norbert, Privatdozent,
Pestalozzistr. 88a, 10625 Berlin,
(0 30) 2 18 26 16;
Landesrechnungshof Brandenburg,
Dortusstr. 30-34, 14467 Potsdam
(03 31) 8 66-85 35, Fax (03 31) 8 66-85 18,
E-Mail janz@uni-potsdam.de
279. *Jarass*, Dr. Hans D., LL.M. (Harvard), o. Professor,
Baumhofstr. 37 d, 44799 Bochum,
(02 34) 77 20 25;
Institut für Umwelt- und Planungsrecht, Universität Münster,
Universitätsstr. 14-16, 48143 Münster,
(02 51) 8 32 97 93, Fax (02 51) 8 32 92 97,
E-Mail jarass@uni-muenster.de

280. *Jestaedt*, Dr. Matthias, Professor,
Röntgenstraße 12a, 91080 Uttenreuth,
(0 91 31) 81 46 846;
Albert-Ludwigs-Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
79085 Freiburg i. Br.
(0761) 203 978 00, Fax (0761) 203 978 02,
E-Mail rechtstheorie@jura.uni-freiburg.de
281. *Jouanjan*, Dr. Olivier, Professor,
32, rue de Vieux Marché aux Poissons, F-97000 Strasbourg,
(00 33) 6 61 33 25 59;
Université de Strasbourg,
Institut de Recherches Carré de Malberg,
11, rue du Maréchal Juin B.P. 68, F-67046 Strasbourg Cedex,
(00 33) 3 88 14 30 34;
Albert-Ludwigs-Universität, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Institut für öffentliches Recht (Abt. 2),
Platz der Alten Synagoge, 79085 Freiburg i. Br.,
E-Mail olivier.jouanjan@unistra.fr
282. *Jochum*, Dr. Georg, Professor,
Oberhofstraße 92, 88045 Friedrichshafen,
(01 70) 2 38 67 58;
Zeppelin University, Lehrstuhl für Europarecht & Internationales
Recht der Regulierung,
Maybachplatz 5, 88045 Friedrichshafen,
(0 75 41) 60 09 14 81, Fax (0 75 41) 60 09 14 99,
E-Mail Georg.Jochum@zeppelin-university.de
283. *Jochum*, Dr. jur. Heike, Mag. rer. publ., Professorin,
Buchweilerstraße 77, 66953 Pirmasens;
Institut für Finanz- und Steuerrecht
an der Universität Osnabrück,
Martinistraße 10, 49080 Osnabrück,
(05 41) 9 69-61 68 (Sek.), -61 61 (direkt), Fax (05 41) 9 69-61 67,
E-Mail Heike.Jochum@gmx.net
284. *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,
(0 69) 798 34295, Fax (0 69) 798 34516,
E-Mail s.kadelbach@jur.uni-frankfurt.de

285. *Kägi-Diener*, Dr. Regula, Professorin, Rechtsanwältin,
Marktgasse 14, CH-9004 St. Gallen,
(00 41) 71-2 23 81 21, Fax (00 41) 71-2 23 81 28,
E-Mail switzerland@ewla.org
oder regula.kaegi-diener@ewla.org
286. *Kahl*, Dr. Arno, Privatdozent,
Lärchenstraße 4a, A-6063 Rum,
(00 43) 5 12-26 55 00;
Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht,
Finanzrecht und Politikwissenschaft,
Innrain 82, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 51 25 07 82 04, Fax (00 43) 51 25 07 27 48,
E-Mail arno.kahl@uibk.ac.at
287. *Kahl*, Dr. Wolfgang, M.A., o. Professor,
Albert-Schweitzer-Straße 2, 95447 Bayreuth,
(09 21) 1 50 92 87;
Universität Heidelberg, Institut für deutsches
und europäisches Verwaltungsrecht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 74 28, Fax (0 62 21) 54 77 43,
E-Mail kahl@jurs.uni-heidelberg.de
288. *Kaltenborn*, Dr. Markus, Universitätsprofessor,
Neue Tremoniastr. 30, 44137 Dortmund,
(02 31) 1 81 59 09;
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät
44780 Bochum,
(02 34) 32-2 52 52 oder -2 52 63, Fax (02 34) 32-1 44 21,
E-Mail markus.kaltenborn@ruhr-uni-bochum.de
289. *Kämmerer*, Dr. Jörn Axel, Professor,
Am Kaiserkai 53, 20457 Hamburg,
(0 40) 48 09 22 23;
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft,
Jungiusstraße 6, 20335 Hamburg,
(0 40) 3 07 06-1 90, Fax (0 40) 30 70 6-1 95,
E-Mail axel.kaemmerer@law-school.de

290. *Karpen*, Dr. Ulrich, Professor,
Ringstr. 181, 22145 Hamburg,
(0 40) 6 77 83 98,
E-Mail ulrich.karpen@yahoo.de;
Universität Hamburg, Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-30 23 oder -45 14 od. -45 55
291. *Kästner*, Dr. Karl-Hermann, o. Professor,
Alt-Rathausstr. 5, 72511 Bingen,
(0 75 71) 32 23, Fax (0 75 71) 32 12;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 29 71, Fax (0 70 71) 29 50 96,
E-Mail Kaestner@jura.uni-tuebingen.de
292. *Kaufmann*, Dr. Christine, Professorin,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Völker- und Europarecht,
Universität Zürich, Rämistrasse 74/5, CH-8001 Zürich,
(00 41) 4 46 34 48 65, Fax (00 41) 4 46 34 43 78,
E-Mail Lst.kaufmann@rwi.uzh.ch
293. *Kaufmann*, Dr. Marcel, Privatdozent, Rechtsanwalt,
Senefelderstraße 7, 10437 Berlin;
Freshfields Bruckhaus Deringer,
Environment, Planning and Regulatory (EPR),
Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin,
(0 30) 2 02 83-8 57(Sekretariat), (0 30) 2 02 83-6 00,
Fax (0 30) 2 02 83-7 66,
E-Mail marcel.kaufmann@freshfields.com
294. *Keller*, Dr. Helen, Professorin,
Eigenstraße 16, CH-8008 Zürich,
(00 41) 4 44 22 23 20;
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut,
Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich,
(00 41) 4 46 34 36 89, Fax (00 41) 4 46 34 43 39,
E-Mail Helen.keller@rwi.unizh.ch

295. *Kempen*, Dr. Bernhard, o. Professor,
Rheinblick 1, 53424 Remagen/Oberwinter,
(0 22 28) 91 32 91, Fax (0 22 28) 91 32 93;
Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht,
Universität zu Köln, Gottfried-Keller-Straße 2, 50931 Köln,
(02 21) 4 70 23 64, Fax (02 21) 4 70 49 92,
E-Mail Bernhard.Kempen@uni-koeln.de
296. *Kersten*, Dr. Jens, Professor,
Hoheneckstr. 28, 81243 München,
(089) 95 47 93 40;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Verwaltungswissenschaften,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-21 13, Fax (0 89) 21 80-1 35 15,
E-Mail jens.kersten@jura.uni-muenchen.de
297. *Khan*, Dr. Daniel-Erasmus, Professor,
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht
Universität der Bundeswehr München,
Werner-Heisenberg-Weg 39, 85579 Neubiberg
(0 89) 60 04-46 90 oder -42 62 oder -20 48,
Fax (0 89) 60 04-46 91,
E-Mail Khan@unibw.de
298. *Kilian*, Dr. Michael, Professor,
Am Burgwall 15, 06198 Brachwitz;
Juristische Fakultät, Universität Halle-Wittenberg,
Universitätsplatz 3–5, Juridicum, 06099 Halle (Saale),
(03 45) 55-2 31 70, Fax (03 45) 55-2 72 69,
E-Mail Kilian@jura.uni-halle.de
299. *Kingreen*, Dr. Thorsten, Professor,
Agnes-Miegel-Weg 10, 93055 Regensburg,
(09 41) 70 402 41;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozialrecht und Gesundheitsrecht,
Universität Regensburg,
Universitätsstr. 31, 93053 Regensburg,
(09 41) 9 43 26 07 od. 26 08, Fax (09 41) 9 43 36 34,
E-Mail king@jura.uni-regensburg.de

300. *Kirchhof*, Dr. Ferdinand, o. Professor,
Walther-Rathenau-Str. 28, 72766 Reutlingen,
(0 71 21) 49 02 81, Fax (0 71 21) 47 94 47;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97-25 61 oder -81 18, Fax (0 70 71) 29 43 58,
E-Mail Kirchhof@uni-tuebingen.de
301. *Kirchhof*, Dr. Gregor, LL.M., Privatdozent,
Am Kreuter 22, 53177 Bonn,
(02 28) 8 86 08 80;
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn,
Institut für Öffentliches Recht,
Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn,
(02 28) 73 55 71, Fax (02 28) 73 79 35,
E-Mail Gregor.Kirchhof@uni-bonn.de
302. *Kirchhof*, Dr. Dr. h.c. mult. Paul, o. Professor,
Am Pferchelhang 33/1, 69118 Heidelberg,
(0 62 21) 80 14 47;
Universität Heidelberg,
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 74 57,
E-Mail paul.kirchhof@paul-kirchhof.de
303. *Kirn*, Dr. Michael, o. Professor,
Rummelsburgerstr. 3, 22147 Hamburg,
(0 40) 6 47 38 43;
Universität der Bundeswehr, Institut für Öffentliches Recht,
Postfach 70 08 22, 22043 Hamburg,
(0 40) 65 41-27 82 oder (0 40) 65 41-25 90
304. *Kirste*, Dr. Stephan, Professor,
Am Gutleuthofhang 18, 69118 Heidelberg,
(0 62 21) 80 45 03 Fax (0 62 21) 80 45 03;
Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität,
Fakultät für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaft,
Professur für Öffentliches Recht,
Europarecht und Rechtsphilosophie,
H-1088 Budapest, Pollack Mihály tér 3,
(+36) 1 266 4408-137, Fax (+36) 1 266 3099,
E-Mail: kirste.stephan@andrassyuni.hu

305. *Kischel*, Dr. Uwe, LL.M. (Yale), Attorney-at-law (New York),
o. Professor,
Dorfstraße 34, 17121 Döbberitz,
(03 99 98) 3 15 46;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,
Domstr. 20a, 17489 Greifswald,
(0 38 34) 86-21 80, Fax (0 38 34) 86-21 82,
E-Mail kischel@uni-greifswald.de
306. *Klein*, Dr. Eckart, Universitätsprofessor,
Heideweg 45, 14482 Potsdam,
(03 31) 70 58 47;
Lehrstuhl für Staatsrecht, Völkerrecht und Europarecht,
Universität Potsdam, August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam,
(03 31) 9 77-35 16, oder -35 11, Fax (03 31) 9 77-32 24,
E-Mail Klein@rz.uni-potsdam.de
307. *Klein*, Dr. Hans Hugo, Universitätsprofessor,
Heilbrunnstr. 4, 76327 Pfinztal,
(0 72 40) 73 00,
E-Mail hanshklein@web.de
308. *Kley*, Dr. Andreas, Professor,
Stallikerstr. 10a, CH – 8142 Uitikon Waldegg;
Rechtswissenschaftliches Institut,
Rämistr. 74/34, CH – 8001 Zürich,
(0041) 44-634 50 20, Fax (0041) 44-634 50 29
E-Mail andreas.kley@bluewin.ch
309. *Kloepfer*, Dr. Michael, o. Professor,
Taubertstraße 19, 14193 Berlin,
(0 30) 8 25 24 90, Fax (0 30) 8 25 26 90;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 9–11 (Palais), 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-33 40 oder -33 31, Fax (0 30) 20 93-34 38,
E-Mail Michael.Kloepfer@rewi.hu-berlin.de

310. *Kluth*, Dr. Winfried, Professor,
Blumenstr. 17, 06108 Halle (Saale),
(03 45) 2 90 85 10;
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische Fakultät,
Universitätsplatz 3–5, 06108 Halle, Raum: Juridicum 1.13,
06099 Halle (Saale),
(03 45) 5 52 32 23, Fax (03 45) 5 52 72 93,
E-Mail winfried.kluth@jura.uni-halle.de
311. *Kment*, Dr. Martin, LL.M. (Cambridge), Privatdozent,
Mergelberg 89, 48161 Münster,
(02 51) 29 53 54;
Zentralinstitut für Raumplanung
an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster,
Wilmergasse 12–13, 48149 Münster,
(0251) 83-2 97 85, Fax (0251) 83-2 97 90,
E-Mail kment@uni-muenster.de
312. *Knauff*, Dr. Matthias, LL.M. Eur., Privatdozent,
Am Scheuerberg 5, 97222 Rimpf, (sic)
(0 93 65) 88 90 57;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Umweltrecht und Verwaltungswissenschaften,
Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31-8 23 31, Fax (09 31) 31-26 17,
Email matthias.knauff@jura.uni-wuerzburg.de
313. *Kneihls*, Dr. Benjamin, Univ. Professor,
Niederland 73, A-5091 Unken, Österreich;
Universität Salzburg, Fachbereich öffentliches Recht,
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62 80 44-36 11, Fax (00 43) 6 62 80 44-3 03,
E-Mail benjamin.kneihls@sbg.ac.at
314. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,
Unterdürnbacher Str. 353, 97080 Würzburg,
(09 31) 9 61 18;
Universität Würzburg,
Domerschulerstr.16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31-8 28 99, Fax (09 31) 31-23 17,
E-Mail aseubert@jura.uni-wuerzburg.de

315. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Am Botanischen Garten 5, 66123 Saarbrücken,
(06 81) 39 98 88, Fax (06 81) 39 98 88;
Universität Saarbrücken, Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-31 58,
E-Mail w.knies@mx.uni-saarland.de
316. *Knöpfle*, Dr. Franz, em. Professor,
Höhenweg 22, 86391 Stadtbergen;
Universität Augsburg,
Universitätsstr. 2, 86159 Augsburg,
(08 21) 5 98-46 59, Fax (08 21) 5 98-45 47
317. *Koch*, Dr. Hans-Joachim, Professor,
Wendlohstr. 80, 22459 Hamburg,
(0 40) 5 51 88 04, Fax (0 40) 5 51 88 04;
Universität Hamburg, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Edmund-Siemers-Allee 1, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-39 77 oder -54 43, Fax (0 40) 4 28 38-62 80,
E-Mail hans-joachim.koch@jura.uni-hamburg.de
318. *Koch*, Dr. Thorsten, Privatdozent,
Emanuel-Geibel-Str. 4, 49143 Bissendorf-Schledehausen,
(0 54 02) 77 74;
Institut für Kommunalrecht Universität Osnabrück,
Martinistr. 12, 49069 Osnabrück,
(0 54 1) 9 69-61 69, Fax (0 54 1) 9 69-61 64,
E-Mail tkoch@uos.de
319. *Köck*, Dr. Wolfgang, Professor,
UFZ-Umweltforschungszentrum Leipzig-Halle GmbH,
Permoserstraße 15, 04318 Leipzig;
Universität Leipzig, Lehrstuhl für Umweltrecht,
Postfach 10 09 20, 04009 Leipzig,
(03 41) 2 35-31 40, Fax (03 41) 2 35-28 25,
E-Mail Wolfgang.Koeck@ufz.de
320. *Koenig*, Dr. Christian, LL.M. (London), Universitätsprofessor,
Zentrum für Europäische Integrationsforschung,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität,
Walter-Flex-Str. 3, 53113 Bonn,
(02 28) 73-18-91/-92/-95, Fax (02 28) 73-18 93,
E-Mail sekretariat.zeia@uni-bonn.de

321. *Kokott*, Dr. Juliane, LL.M. (Am. Un.), S.J.D. (Harvard),
Universitätsprofessorin, Generalanwältin,
(0 62 21) 45 16-17;
Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Th. More 2214,
Bd. Konrad Adenauer, L-2925, Luxemburg,
(0 03 52) 43 03 22 21,
E-Mail juliane.kokott@curia.europa.eu
322. *Kolonovits*, Dr. Dieter, Mag., M.C.J., ao. Univ.-Professor,
Berggasse 17/41 A-1090 Wien,
(00 43) 6 99 19 20 28 95;
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien (Juridicum),
(00 43) 14 27 73 54 16, Fax (00 43) 14 27 73 54 19,
E-Mail dieter.kolonovits@univie.ac.at
323. *König*, Dr. Doris, Professorin,
Bucerius Law School,
Hochschule für Rechtswissenschaft,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg,
(0 40) 3 07 06-2 01 Fax (0 40) 3 07 06-1 90,
E-Mail doris.koenig@law-school.de
324. *König*, Dr. Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Albrecht-Dürer-Str. 20, 67346 Speyer,
(0 62 32) 29 02 16;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 69 oder -3 50 oder -3 55, Fax 06232 654 306,
E-Mail k.koenig@dhv-speyer.de
325. *Kopetzki*, DDr. Christian, Universitätsprofessor,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Medizienrecht,
Universität Wien,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43) 14 27 73 54 11, Fax (00 43) 14 27 73 54 19,
E-Mail christian.kopetzki@univie.ac.at

326. *Korinek*, Dr. Dr. h.c. Karl, o. Professor,
Präsident des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs a.D.,
Auhofstr. 225-227, A-1130 Wien,
(00 43) 18 76 48 76;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien,
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien,
(00 43) 1 42 77-3 54 42, Fax (00 43) 1 42 77-3 54 49
327. *Korioth*, Dr. Stefan, Professor,
Institut für Politik und Öffentliches Recht der Universität München,
Professor-Huber-Platz 2/III, 80539 München,
(0 89) 21 80-27 37, Fax (0 89) 21 80-39 90,
E-Mail Korioth@jura.uni-muenchen.de
328. *Kotulla*, Dr. Michael, M.A., Professor,
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06-25 00, Fax (05 21) 1 06-80 91,
E-Mail Michael.Kotulla@uni-bielefeld.de
329. *Kotzur*, Dr. Markus, LL.M. (Duke Univ.), o. Professor,
Thomasgasse 4, 04109 Leipzig,
(03 41) 2 24 87 96;
Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht, Öffentliches Recht,
Universität Leipzig,
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,
(03 41) 97-35 2 10, Fax (03 41) 97-3 52 19,
E-Mail kotzur@rz.uni-leipzig.de
330. *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@jura.uni-erlangen.de
331. *Krause*, Dr. Peter, o. Professor,
Weinbergstr. 12, 54317 Korlingen,
(0 65 88) 73 33;
Universität Trier, 54286 Trier,
(06 51) 2 01-25 87, Fax (06 51) 2 01-38 03,
E-Mail Krausepe@uni-trier.de

332. *Krausnick*, Dr. Daniel, Privatdozent,
Bubenreutherstr. 19 b, 91094 Bräuningshof,
(09133) 60 48 60;
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(09131) 852 30 26, Fax (09131) 852 63 82,
E-Mail Daniel.Krausnick@jura.uni-erlangen.de
333. *Krawietz*, Dr. Werner, o. Professor,
Nienbergweg 29, 48161 Münster,
(02 51) 86 14 51;
Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Universität Münster,
Bispinghof 24–25, 48143 Münster,
(02 51) 83 25 91,
E-Mail Krawiet@uni-muenster.de
334. *Krebs*, Dr. Walter, Professor,
Waldmannstr. 19, 12247 Berlin,
(0 30) 7 71 07 58, Fax (0 30) 7 71 07 58;
Freie Universität Berlin,
Boltzmannstr. 4, 14195 Berlin,
(0 30) 8 38-59 21, Fax (0 30) 8 38-59 22,
E-Mail lehrstuhl-krebs@fu-berlin.de
335. *Kreßel*, Dr. Eckhard, Professor,
Körschtalstr. 21, 73760 Ostfildern,
(09 31) 3 13 05;
Juristische Fakultät der Universität Würzburg,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
E-Mail eckhard.kressel@daimler.com
336. *Krieger*, Dr. Heike, Professorin,
Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin,
(0 30) 83 85 14 53,
E-Mail hkrieger@zedat.fu-berlin.de
337. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor,
Dorf 11, A-6900 Möggers,
(00 43) 55 73-8 24 96, Fax (00 43) 55 73-8 24 97;
Universität Köln,
Albertus-Magnus-Platz 1, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-22 30, Fax (02 21) 4 70-50 10

338. *Kröger*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Hölderlinweg 14, 35396 Gießen,
(06 41) 5 22 40;
Universität Gießen,
35394 Gießen,
(06 41) 99 23-1 30, Fax (06 41) 99 23-0 59
339. *Krugmann*, Dr. Michael, Privatdozent,
Stellaustieg 3, 22143 Hamburg,
(0 40) 6 77 88 60, Fax (0 40) 6 77 88 60,
E-Mail dr@michaelkrugmann.de
340. *Kube*, Dr. Hanno, LL.M. (Cornell), Universitätsprofessor,
Am Langenstück 23, 65343 Eltville,
(0 61 23) 7 95 78 48;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
Jakob Welder-Weg 9, Zimmernr. 03.214, 55099 Mainz,
(0 61 31) 3 92 27 25 / 3 92 30 43 (Skr.), Fax (0 61 31) 3 92 38 26,
E-Mail hkube@uni-mainz.de
341. *Kucsko-Stadlmayer*, Dr. Gabriele, Ao. Universitätsprofessorin,
Rooseveltplatz 4–5, A-1090 Wien,
(00 43) 14 08 38 59;
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43) 14 27 73 54 18, Fax (00 43) 1 42 77 93 54,
E-Mail gabriele.kucsko-stadlmayer@univie.ac.at
342. *Kugelman*, Dr. Dieter, Professor,
Am Klosterwald 24, 48165 Münster,
DieterKugelman@web.de;
Deutsche Hochschule der Polizei,
Zum Roten Berge 18–24, 48165 Münster,
(0 25 01) 8 06-4 37, -2 79 (Skr.), -5 25 (Fax),
E-Mail dieter.kugelman@dhpol.de

343. *Kühling*, Dr. Jürgen, LL.M. (Brüssel), Universitätsprofessor,
Kellerweg 12 b, 93053 Regensburg,
(09 41) 7 05 60 79;
Universität Regensburg,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Immobilienrecht,
Universitätsstr. 31, 93053 Regensburg,
(09 41) 9 43-60 60, Fax (09 41) 9 43-60 62,
E-Mail juergen.kuehling@jura.uni-regensburg.de
344. *Kühne*, Dr. Jörg-Detlef, Professor,
Münchhausenstr. 2, 30625 Hannover,
(05 11) 55 65 63;
Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-81 48, Fax (05 11) 7 62-82 28,
E-Mail Kuehne@oera.uni-hannover.de
345. *Kunig*, Dr. Philip, Professor,
Freie Universität Berlin, Institut für Staatslehre,
Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin,
(0 30) 8 38 53 0-10, Fax (0 30) 8 38 53 0-11,
E-Mail Kunig@zedat.fu-berlin.de
346. *Küpper*, Dr. Herbert, Professor,
Arcostr. 1, 80333 München;
Institut für Ostrecht,
Landshuter Str. 4, 93047 Regensburg,
(09 41) 9 43 54 50, Fax (09 41) 9 43 54 65,
E-Mail Herbert.Kuepper@ostrecht.de
347. *Ladeur*, Dr. Karl-Heinz, Professor,
Universität Hamburg, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-57 52, Fax (0 40) 4 28 38-26 35,
E-Mail karl-heinz.ladeur@jura.uni-hamburg.de
348. *Lang*, Dr. Heinrich, Professor, Dipl.-Sozialpädagoge,
Nikolausstraße 48, 51149 Köln;
Universität Rostock, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozial- u. Gesundheitsrecht,
Möllner Straße 10, 18109 Rostock,
(03 81) 4 98-81 70, Fax (03 81) 4 98-81 72,
E-Mail lehrstuhl.lang@uni-rostock.de

349. *Lange*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Lilienweg 22, 35423 Lich,
(0 64 04) 56 81;
Universität Gießen, Fachbereich Rechtswissenschaften,
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen,
(06 41) 9 92 11-80 oder -81, Fax (06 41) 9 92 11-89,
E-Mail Klaus.Lange@recht.uni-giessen.de
350. *Langenfeld*, Dr. Christine, Professorin,
Schillerweg 34, 04155 Leipzig,
E-Mail Dr.Langenfeld@t-online.de;
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-73 84, Fax (05 51) 39-1 23 92,
E-Mail enomiko@gwdg.de
351. *Laskowski*, Dr. Silke Ruth, Professorin,
Gertigstraße 13, 22303 Hamburg,
(0 40) 36 66 15, Fax (0 40) 36 66 15, Mobil (01 79) 2 31 56 63,
E-Mail Silke.Laskowski@jura.uni-hamburg.de;
Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht – FB 07,
Nora-Platiel-Str. 5, 34109 Kassel, (05 61) 8 04 28 74,
E-Mail s-laskowski@uni-kassel.de
352. *Laubinger*, Dr. Hans-Werner, M.C.L., Professor,
Philipp-Wasserburg-Str. 45, 55122 Mainz,
(0 61 31) 4 31 91;
Universität Mainz, 55099 Mainz,
(0 61 31) 39 59 42,
E-Mail Laubinger@mail.jura.uni-mainz.de
353. *Laurer*, Dr. Hans René, a.o. Universitätsprofessor,
Scheffergasse 27a, A-2340 Mödling,
(00 43) 2 63 62 04 02;
Wirtschafts-Universität,
Augasse 2–6, A-1190 Wien,
(00 43) 13 13 36 oder 46 69 oder 41 58
354. *Lecheler*, Dr. Helmut, o. Professor,
Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Institut für Völkerrecht, Europarecht und ausl. öffentl. Recht,
Vant'-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(030)7 73-63 17, Fax (030)7 73-58 23
E-Mail mail@lecheler.eu

355. *Lege*, Dr. Joachim, Professor,
Fischstr. 19, 17489 Greifswald,
(0 38 34) 77 39 41;
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,
Ernst-Moritz-Arndt-Universität, Domstr. 20, 17489 Greifswald,
(0 38 34) 86-21 50, Fax (0 38 34) 86-21 56,
E-Mail lege@uni-greifswald.de
356. *Lehner*, Dr. Moris, Universitätsprofessor,
Kaiserplatz 7, 80803 München,
(0 89) 34 02 06 46;
Ludwig-Maximilians-Universität,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere öffentliches Wirtschaftsrecht und Steuerrecht,
Ludwigstr. 28 (Rgb.), 80539 München,
(0 89) 21 80 27 18, Fax (0 89) 33 35 66,
E-Mail Moris.Lehner@jura.uni-muenchen.de
357. *Leisner*, Dr. mult. Dr. h.c. Walter, o. Professor,
Pienzenauerstr. 99, 81925 München,
(0 89) 98 94 05, Fax (0 89) 98 29 09 97;
Universität Erlangen,
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 85 22 60
358. *Leisner*, Dr. Walter Georg, Privatdozent,
Thierschstr.40, 80538 München,
(0 89) 98 94 24, Fax (0 89) 21 56 86 69;
Universität Hamburg, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Abteilung für Ostrechtsforschung,
Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-26 30, Fax (0 40) 4 28 38-32 50,
E-Mail leisner@lz-legal.de
359. *Leisner-Egensperger*, Dr. Anna, Universitätsprofessorin,
Bachmairstrasse 15, 81243 München-Pasing;
(089) 889 09 356, Mobil (0173) 392 41 45;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,
Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,
(0 36 41) 94 22 51, Fax (0 36 41) 94 22 52,
E-Mail A.Leisner@recht.uni-jena.de

360. *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,
(00 43) 7 32 24 68 19 00, Fax (00 43) 7 32 24 68 19 10,
E-Mail barbara.leitl-staudinger@jku.at
361. *Lenze*, Dr. Anne, Privatdozentin,
Sandstraße 19, 64625 Bensheim,
(0 62 51) 58 08 52;
Fachhochschule Darmstadt,
Adelungstraße 51, 64283 Darmstadt,
(0 61 51) 16 89 65, Fax (0 61 51) 16 89 90,
E-Mail anne.lenze@t-online.de
362. *Lewinski*, Dr. Kai von, Privatdozent,
Bismarckstr. 70, 10627 Berlin,
(030) 373 055 13;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät,
Unter den Linden 9, 10099 Berlin,
(030) 2093-3331; Fax (030) 209 320 213 341,
E-Mail kai.lewinski@rewi.hu-berlin.de
363. *Lepsius*, Dr. Oliver, LL.M. (Chicago), Professor,
Romanstr. 53, 80639 München,
(0 89) 14 33 24 82;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Allgemeine und
Vergleichende Staatslehre, Universität Bayreuth,
Universitätsstr. 30, 95440 Bayreuth,
(09 21) 55-29 47, (09 21) 55-20 83,
E-Mail oliver.lepsius@uni-bayreuth.de
364. *Lerche*, Dr. Dr. h. c. Peter, o. Professor,
Junkersstr. 13, 82131 Gauting,
(0 89) 8 50 20 88, Fax (0 89) 8 50 20 88
365. *Lienbacher*, Dr. Georg, Universitätsprofessor,
Obere Donaustr. 43/2/44, A-1020 Wien;
Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht,
Wirtschaftsuniversität Wien,
Althanstraße 39-45 (UZA 3), A-1090 Wien,
(00 43) 13 13 36-54 02, Fax (00 43) 13 13 36-92 22,
E-Mail Georg.Lienbacher@wu.ac.at

366. *Lindner*, Dr. Josef Franz, Privatdozent,
Großhaderner Straße 14 b, 81375 München,
(0 89) 70 32 45, Fax (0 89) 74 00 93 85,
E-Mail josef.lindner@stmwfk.bayern.de
367. *Link*, Dr. jur. Dres. theol. h.c. Heinz-Christoph, em. Professor,
Rühlstraße 35, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 20 93 35, Fax (0 91 31) 53 45 66;
Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht,
Hindenburgstr. 34, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 8 52 28 25, Fax (0 91 31) 8 52 40 64
368. *Lipphardt*, Dr. Hanns-Rudolf, apl. Professor,
Auf der Weide 7, 69126 Heidelberg,
(0 62 21) 38 23 12;
Universität Heidelberg,
69120 Heidelberg,
(0 62 21) 41 11 98, Fax (0 62 21) 40 06 75
369. *Listl*, Dr. Joseph, o. Professor,
Jesuitengemeinschaft Pedro Arrupe,
Bibergerstr. 8, 82008 Unterhaching;
dienstlich (stets für die Post benutzen!):
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands,
Adenauerallee 19, 53111 Bonn
370. *Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Bohlstr. 21, 78465 Konstanz,
(0 75 33) 68 22;
Universität Konstanz,
Postfach 55 60 D 100, 78434 Konstanz,
(0 75 31) 88 25 30,
E-Mail Dieter.Lorenz@uni-konstanz.de
371. *Lorz*, Dr. Ralph Alexander, LL.M. (Harvard),
Attorney-at-Law (New York), Universitätsprofessor,
Paderborner Straße 7, 40468 Düsseldorf,
(01 70) 4 12 18 66;
Universität Düsseldorf, Lehrstuhl für deutsches und
ausländisches öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Universitätsstraße 1, 40225 Düsseldorf,
(02 11) 8 11-14 35, Fax (02 11) 8 11-14 56,
E-Mail Al.Lorz@uni-duesseldorf.de

372. *Losch*, Dr. Dr. Bernhard, Professor,
Dürerstr. 9, 42119 Wuppertal,
(02 02) 42 35 25
373. *Loschelder*, Dr. Wolfgang, Professor,
Sonnenlandstr. 5, 14471 Potsdam,
(03 31) 97 36 80, Fax (03 31) 9 51 19 95;
Universität Potsdam,
Postfach 90037,
August-Bebel-Str. 89, 14439 Potsdam,
(03 31) 9 77-34 12
374. *Löwer*, Dr. Wolfgang, Professor,
Hobsweg 15, 53125 Bonn,
(02 28) 25 06 92, Fax (02 28) 25 04 14;
Universität Bonn,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73 92 78/73 92 80, Fax (02 28) 73 39 57,
E-Mail w.loewer@uni-bonn.de
375. *Lübbe-Wolff*, Dr. Gertrude, Professorin,
(05 21) 88 26 59;
Universität Bielefeld, Fakultät Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, Postfach 100131, 33615 Bielefeld,
(05 21) 1 06-43 86, Fax (05 21) 1 06-80 85,
E-Mail Gertrude.Luebbe-Wolff@uni-bielefeld.de
376. *Luchterhandt*, Dr. Otto, Professor,
Im Wendischen Dorfe 28, 21335 Lüneburg,
(0 41 31) 23 29 65, Fax (0 41 31) 23 29 65;
Universität Hamburg,
Schlüterstr. 28 (Rechtshaus), 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-45 62,
E-Mail ottolucht@arcor.de
377. *Lühmann*, Dr. Hans, Privatdozent,
Pannebäcker Str. 7a, 40593 Düsseldorf,
(02 11) 2 39 95 34
378. *Luther*, Dr. Jörg, Professor
Via Roero di Cortanze 2, I – 10124 Torino,
(0039) 011 835 607,
Dipartimento POLIS
Via Cavour 84, I – 15100 Alessandria,
(0039) 0131 283 745, Fax (0039) 0131 283 704
luther@sp.unipmn.it

379. *Mächler*, Dr. iur. August, Professor,
Schindellegistrasse 15, CH-8808 Pfäffikon,
(00 41) 5 54 10 43 20;
Sicherheitsdepartement des Kt. Schwyz,
Postfach 1200, 6431 Schwyz,
(00 41) 4 18 19 20 02, Fax (00 41) 4 18 19 20 19,
E-Mail august-maechler@swissonline.ch
380. *Magen*, Dr. Stefan, M.A., Professor,
Kallenweg 6, 53129 Bonn,
(0228) 909 176 79;
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Rechtsphilosophie und Rechtsökonomik,
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,
(0234) 32-22 809, Fax (0234) 32-14327
E-Mail magen@rub.de
381. *Mager*, Dr. Ute, Universitätsprofessorin,
Universität Heidelberg, Juristische Fakultät,
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 77 37 oder (01 71) 5 54 00 78,
E-Mail ute.mager@jurs.uni-heidelberg.de
382. *Magiera*, Dr. Siegfried, Universitätsprofessor,
Feuerbachstr. 1, 67354 Römerberg,
(0 62 32) 8 48 98;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,
(0 62 32) 65 43 48,
E-Mail s.magiera@dhv-speyer.de
383. *Mahlmann*, Dr. Matthias, Professor,
Rindermarkt 7, CH-8001 Zürich;
Lehrstuhl für Rechtstheorie, Rechtssoziologie
und Internationales Öffentliches Recht,
Universität Zürich,
Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,
(00 41) 4 46 34 15 87, Fax (00 41) 4 46 34 43 91,
E-Mail matthias.mahlmann@rwi.uzh.ch
384. *Majer*, Dr. jur. utr. Diemut, Rechtsanwältin,
Universitätsprof., Universität Bern;
Welfenstr. 35, 76137 Karlsruhe,
(07 21) 81 66 50 Fax (07 21) 81 76 63,
E-Mail majer@kanzlei-karlstr62.de

385. *Mangoldt*, Dr. Hans von, Professor,
Goetheweg 1, 72147 Nehren,
(0 74 73) 79 08;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 33 02
386. *Mann*, Dr. Thomas, Professor,
Im Torfveen 19, 46147 Oberhausen,
(02 08) 67 54 98;
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-47 23, Fax (05 51) 39-79 78,
E-Mail sekretariatmann@jura.uni-goettingen.de
387. *Manssen*, Dr. Gerrit, Universitätsprofessor,
Konrad-Adenauer-Allee 15, 93051 Regensburg,
(09 41) 9 28 45;
Juristische Fakultät, Universität Regensburg,
93040 Regensburg,
(09 41) 9 43-32 55, Fax (09 41) 9 43-32 57,
E-Mail Gerrit.Manssen@jura.uni-regensburg.de
388. *Mantl*, Dr. Dr. h.c. Wolfgang, em. o. Universitätsprofessor,
Wiener Str. 256/XI/33, A-8051 Graz,
(00 43) 3 16-68 13 06;
Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes
Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,
Karl-Franzens-Universität Graz,
Universitätsstr. 15/K3, A-8010 Graz,
(00 43) 3 16-3 80 33 70,
E-Mail wolfgang.mantl@uni-graz.at
389. *Marauhn*, Dr. Thilo, M.Phil., Professor,
An der Fels 20, 35435 Wettenberg,
(06 41) 8 77 32 75, Fax (06 41) 8 77 32 75,
E-Mail thilo.marauhn@recht.uni-giessen.de;
Professur für Öffentliches Recht, Völkerrecht
und Europarecht, Justus-Liebig-Universität Gießen,
Licher Straße 76, 35394 Gießen,
(06 41) 9 92 11 50/51, Fax (06 41) 9 92 11 59,
E-Mail intlaw@recht.uni-giessen.de

390. *Marko*, Dr. Joseph, o. Professor,
Kasernstr. 35, A-8010 Graz,
(00 43) 3 16-46 22 38;
Institute of Austrian, European and Comparative Public Law
and Political Sciences,
University of Graz,
Universitätsstraße 15/B4, A-8010 Graz,
(00 43) 3 16 3 80-33 74, Fax (00 43) 3 16 3 80-94 52,
E-Mail josef.marko@uni-graz.at
391. *Marti*, Dr. Arnold, Titularprofessor der Universität Zürich,
Fernsichtstraße 5, CH-8200 Schaffhausen,
(00 41) 52-6 24 18 10,
E-Mail a.g.marti@swissonline.ch;
Obergericht des Kantons Schaffhausen,
Frauengasse 17, CH-8200 Schaffhausen,
(00 41) 52-6 32 74 24, Fax (00 41) 52-6 32 78 36,
E-Mail arnold.marti@ktsh.ch
392. *Martínez Soria*, Dr. José, Privatdozent,
Braschzeile 9, 14109 Berlin,
(0 30) 80 58 67 66;
Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
(05 51) 39 21 97, Fax (05 51) 39 21 96,
E-Mail jmartin@gwdg.de
393. *Martini*, Dr. Mario, Professor,
Adams-Lehmann-Str. 8, 80797 München,
(0 89) 32 00 26 10;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaft,
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-33 8, Fax (0 62 32) 6 54-40 4,
E-Mail martini@dhv-speyer.de
394. *März*, Dr. Wolfgang, Professor,
Zelckstraße 1, 18055 Rostock,
(03 81) 3 77 92 55, Fax (03 81) 3 77 92 56;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte,
Universität Rostock,
Möllner Str. 10, 18109 Rostock,
(03 81) 4 98 81 90, Fax (03 81) 4 98 80 02,
E-Mail wolfgang.maerz@uni-rostock.de

395. *Masing*, Dr. Johannes, Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts,
Schlossbezirk 3, 76131 Karlsruhe;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Platz der Alten Synagoge, 79085 Freiburg,
(07 61) 2 03-22 52, Fax (07 61) 2 03 22 93,
E-Mail johannes.masing@jura.uni-freiburg.de
396. *Mastronardi*, Dr. Philippe Andrea, Professor,
Stadlstrasse 2 CH-6048 Horw,
(00 41) 4 13 40 27 67, Fax (00 41) 41 34 08 54;
Universität St. Gallen, Rechtswissenschaftliche Abteilung,
Bodanstr. 3, CH-9000 St. Gallen,
(00 41) 7 12 24 23 34, Fax (00 41) 7 12 24 39 08,
E-Mail Philippe.Mastronardi@unisg.ch
397. *Maurer*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Säntisblick 10, 78465 Konstanz,
(0 75 33) 13 12;
Universität Konstanz, 78464 Konstanz,
(0 75 31) 88 36 57, Fax (0 75 31) 88 31 96,
E-Mail hartmut.maurer@uni-konstanz.de
398. *Mayer*, Dr. Franz, LL.M. (Yale), Universitätsprofessor,
Universität Bielefeld,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht,
Rechtsvergleichung und Rechtspolitik,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06-44 12, Fax (05 21) 1 06-8 90 16,
E-Mail franz.mayer@uni-bielefeld.de
399. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Professor,
Am Seeberg 13, 86938 Schondorf,
(0 81 92) 86 68;
Hochschule für Politik München,
Ludwigstr. 8, 80539 München,
(0 89) 2 88 03 99-0, Fax (0 89) 2 88 03 99-22
400. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Professor,
Rotterdammer Straße 45, 40474 Düsseldorf,
(02 11) 1 59 42 11, Fax (02 11) 1 59 42 12,
E-Mail Karl.Meessen@t-online.de

401. *Mehde*, Dr. Veith, Mag.rer.publ., Professor,
Lilienstr. 23, 30167 Hannover,
(05 11) 8 98 29 06;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Verwaltungsrecht,
Leibniz Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-82 06, Sekr.: -82 07, Fax (05 11) 7 62-1 91 06,
E-Mail mehde@jura.uni-hannover.de
402. *Meng*, Dr. Werner, Universitätsprofessor,
Im Herrengarten 8, 55263 Wackernheim,
(0 61 32) 97 70 65;
Europa-Institut, Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02 66 60, Fax (06 81) 3 02 66 62,
E-Mail w.meng@kabelmail.de
403. *Menzel*, Dr. Jörg, Privatdozent,
The Senate of the Kingdom of Cambodia,
Chamcar Morn, State Palace,
Norodom Blvd., Phnom Penh, Cambodia,
(0 08 55) 12 33 35 28, Fax (0 08 55) 23 21 14 46,
E-Mail joergmenzel@gmx.net
404. *Merli*, Dr. Franz, Universitätsprofessor,
Institut für Österreichisches, Europäisches und
Vergleichendes Öffentliches Recht,
Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,
Karl-Franzens-Universität Graz,
Universitätsstraße 15, A-8010 Graz,
(00 43) 31 63 80-36 02, Fax (00 43) 31 63 80-94 50,
E-Mail merli@uni-graz.at
405. *Merten*, Dr. Dr. Detlef, o. Professor,
Von-Dalberg-Str. 8, 67487 St. Martin,
(0 63 23) 18 75;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2-6, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 49; oder -3 30,
E-Mail Merten@dhv-speyer.de

406. *Meßerschmidt*, Dr. Klaus, Privatdozent,
Hynspergstr. 29, 60322 Frankfurt am Main,
(0 69) 55 45 87;
University of Latvia, EuroFaculty,
Raina bulv. 19, LV-1586 Riga/Lettland,
(00 371) 7 82 02 78, Fax (00 371) 7 82 02 60,
E-Mail Messerschmidt_kl@aol.com
407. *Meyer*, Dr. Dr. h. c. Hans, Professor,
Georg-Speyer-Str. 28, 60487 Frankfurt am Main,
(0 69) 77 01 29 26, Fax (0 69) 77 01 29 27;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 28 (Skr.) oder -33 47,
Fax (0 30) 20 93-27 29,
E-Mail Hans.Meyer@rewi.hu-berlin.de
408. *Meyn*, Dr. Karl-Ulrich, Professor,
Leyer Str. 36, 49076 Osnabrück,
(05 41) 12 64 82;
Universität Jena,
Schillerhaus, Schillergässchen 2, 07745 Jena,
(0 36 41) 93 11 85, Fax (0 36 41) 93 11 87,
E-Mail karl-ulrich.meyn@t-online.de
409. *Michael*, Dr. Lothar, Professor,
Niederkasseler Kirchweg 124, 40547 Düsseldorf;
Professur für Öffentliches Recht,
Universitätsstraße 1, Geb. 24.91, 40225 Düsseldorf,
(02 11) 8 11 14 12,
E-Mail Lothar.Michael@uni-duesseldorf.de
410. *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,
(0 30) 20 93-35 85, Fax (0 30) 20 93-35 52,
E-Mail sekretariat.moellers@rewi.hu-berlin.de

411. *Morgenthaler*, Dr. Gerd, Professor,
Tilsiter Str. 33, 57250 Netphen;
Universität Siegen, Fachbereich 5,
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen,
(02 71) 7 40 24 02,
E-Mail morgenthaler@recht.wiwi.uni-siegen.de
412. *Morlok*, Dr. Martin, Professor,
Poßbergweg 51, 40629 Düsseldorf,
(02 11) 28 68 68;
Heinrich-Heine-Universität, Juristische Fakultät,
Universitätsstr. 1, Gebäude 24.91, 40225 Düsseldorf,
(02 11) 8 11 53 51, Fax (02 11) 8 11 14 60,
E-Mail ls.morlok@uni-duesseldorf.de
413. *Morscher*, Dr. Siegbert, em. Universitätsprofessor,
Tschigglyfreistr. 11a, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-28 62 10;
Leopold-Franzens-Universität, Institut für Öffentliches Recht,
Staats- und Verwaltungslehre,
Innrain 52d, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-5 07 82 10 oder -11, Fax (00 43) 5 12-5 07 28 28,
E-Mail siegbert.morscher@uibk.ac.at
414. *Möstl*, Dr. Markus, Professor,
Birkenstraße 77, 95447 Bayreuth,
(09 21) 5 07 17 68,
E-Mail Markus.Moestl@t-online.de;
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
Universitätsstr. 30, 95440 Bayreuth,
(09 21) 55-28 66, Fax (09 21) 55 20 41,
E-Mail markus.moestl@uni-bayreuth.de
415. *Muckel*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,
Ringstraße 122, 42929 Wermelskirchen,
(0 21 93) 53 10 74;
Universität zu Köln, Institut für Kirchenrecht,
50923 Köln,
(02 21) 4 70-37 77 oder 4 70-26 79,
E-Mail Kirchenrecht@uni-koeln.de

416. *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.,
(07 61) 2 03-22 64, Fax (07 61) 2 03-22 97,
E-Mail s.mueckl@gmx.de
417. *Müller*, Dr. Dr. h.c. Georg, o. Professor em.,
Sugenreben 10, CH-5018 Erlinsbach,
(00 41) 6 28 44 38 73, Fax (00 41) 6 28 44 42 04
E-Mail georg-mueller@sunrise.ch
418. *Müller*, Dr. Dr. h.c. Jörg Paul, o. Professor em.,
Universität Bern,
Kappelenring 42a, CH-3032 Hinterkappelen bei Bern,
(00 41) 3 19 01 05 70,
E-Mail jpmueller@bluewin.ch
419. *Müller-Franken*, Dr. Sebastian, Professor,
Schützenstr. 1c, 35039 Marburg/Lahn,
(0 64 21) 2 07 03 40 oder
Westermühlstr. 28, 80469 München,
(0 89) 20 23 98 28;
Professur für Öffentliches Recht, Philipps-Universität Marburg,
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg/Lahn,
(0 64 21) 2 82 31 22, Fax (0 64 21) 2 82 38 40,
E-Mail mueller-franken@staff.uni-marburg.de
420. *Müller-Terpitz*, Dr. Ralf, Professor,
Albrecht-Dürer-Str. 11, 40489 Düsseldorf,
(02 03) 7 28 18 97, Fax (02 03) 7 28 18 98;
Universität Passau,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie
Wirtschaftsverwaltungs-, Medien- und Informationsrecht,
Innstr. 40 (Nikolakloster), 94032 Passau,
(08 51) 5 09 22 20, Fax (08 51) 5 09 22 22,
E-Mail mueller-terpitz@uni-passau.de
421. *Münch*, Dr. Dr. h.c. Ingo von, Professor,
Hochrad 9, 22605 Hamburg,
(0 40) 82 96 24, Fax (0 40) 82 34 49

422. *Murswiek*, Dr. Dietrich, o. Professor,
Lindenastr. 17, 79199 Kirchzarten,
(0 76 61) 9 92 37;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Freiburg,
79085 Freiburg,
(07 61) 2 03-22 37 oder -41, Fax (07 61) 2 03-22 40,
E-Mail Dietrich.Murswiek@jura.uni-freiburg.de
423. *Musil*, Dr. Andreas, Professor,
Mendelssohn-Bartholdy-Str. 34, 14480 Potsdam,
(03 31) 7 45 34 53;
Universität Potsdam,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Verwaltungs- und Steuerrecht,
August-Bebel-Str 89, 14482 Potsdam,
(03 31) 9 77 32 33,
E-Mail musil@uni-potsdam.de
424. *Mußgnug*, Dr. Reinhard, o. Professor,
Keplerstr. 40, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 43 62 22, Fax (0 62 21) 40 83 09;
Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 74 66, Fax (0 62 21) 54 76 54,
E-Mail Reinhard.Mussgnug@urz.uni-heidelberg.de
425. *Mutius*, Dr. Albert von, o. Professor,
Hof „Frankenthaler Moor“,
Poseritz-Ausbau Nr. 8, 18574 Poseritz auf Rügen,
(03 83 07) 4 05 99, Mobil (01 76) 21 82 05 81,
Fax (03 83 07) 4 03 49,
E-Mail avm.law@gmx.de
426. *Nettesheim*, Dr. Martin, o. Professor,
Horemer 13, 72076 Tübingen,
(0 70 71) 25 46 04;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 25 60, Fax (0 70 71) 29 58 47,
E-Mail Nettesheim@jura.uni-tuebingen.de

427. *Neumann, Dr. Volker*, Professor,
Neckarstaden 10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 16 12 66;
Humboldt-Universität zu Berlin, Lehrstuhl für
Öffentliches Recht, Sozialrecht und Staatstheorie,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93 34 60, Fax (0 30) 20 93 34 52,
E-Mail volker.neumann@rewi.hu-berlin.de
428. *Nicolaysen, Dr. Gert*, Professor,
Bockhorst 68a, 22589 Hamburg,
(0 40) 8 70 17 47;
Universität Hamburg, Seminar für Öffentliches Recht
und Staatslehre, Abteilung Europarecht,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
E-Mail gert.nicolaysen@jura.uni-hamburg.de
429. *Niedobitek, Dr. Matthias*, Universitätsprofessor,
Lauergasse 23, 67346 Speyer,
(0 62 32) 7 28 51;
Professur für Europäische Integration mit dem Schwerpunkt
Europäische Verwaltung, Technische Universität Chemnitz,
Thüringer Weg 9, 09126 Chemnitz,
(03 71) 5 31-3 49 12,
E-Mail matthias.niedobitek@phil.tu-chemnitz.de
430. *Nierhaus, Dr. Michael*, Professor,
Am Moosberg 1c, 50997 Köln,
(0 22 36) 6 36 29, Fax (0 22 36) 96 37 95,
E-Mail michael@nierhaus.org
431. *Nolte, Dr. Georg*, Professor,
Ansbacher Str. 73, 10777 Berlin,
(0 30) 53 67 41 92;
Institut für Völker- und Europarecht,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-33 49, Fax (0 30) 20 93-33 84,
E-Mail georg.nolte@rewi.hu-berlin.de

432. *Nolte*, Dr. Martin, Privatdozent,
Düppelstraße 1, 24105 Kiel,
(04 31) 56 58 22, Fax (04 31) 56 58 22;
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Verwaltungswissenschaften,
Olshausenstraße 40, 24098 Kiel,
(04 31) 8 80-45 46, Fax (04 31) 8 80-45 82,
E-Mail drnolte@lvstein.uni-kiel.de
433. *Novak*, Dr. Richard, o. Professor,
Thadd. Stammel-Str. 8, A-8020 Graz,
(00 43) 3 16-5 35 16;
Universität (00 43) 3 16-3 80-33 71,
E-Mail richard.novak@uni-graz.at
434. *Nowak*, Dr. Carsten, Universitätsprofessor,
Jevenstedter Str. 69g, 22547 Hamburg,
(0 40) 8 80 03 17;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Europarecht,
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder),
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt (Oder),
(03 35) 55 34-27 10, -27 11, Fax (03 35) 55 34-7 27 11,
E-Mail cnowak@euv-frankfurt-o.de
435. *Nußberger*, Dr. Angelika, Professorin,
Eichenhainallee 15, 51427 Bergisch Gladbach;
Institut für Ostrecht an der
Universität zu Köln,
Klosterstr. 79 d, 50931 Köln,
(02 21) 4 70 55 83, Fax (02 21) 4 70 55 82,
E-Mail angelika.nussberger@uni-koeln.de
436. *Odendahl*, Dr. Kerstin, Professorin,
Goethestrasse 43, CH-9008 St. Gallen;
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht,
Westring 400, 24098 Kiel,
E-Mail kerstin.odendahl@unisg.ch

437. *Oebbecke*, Dr. Janbernd, Universitätsprofessor,
Huberstr. 13a, 48155 Münster,
(02 51) 2 30 51 70;
Kommunalwissenschaftliches Institut,
Universität Münster,
Universitätsstr. 14-16, 48143 Münster,
(02 51) 83-2 18 06, Fax (02 51) 83-2 18 33,
E-Mail oebbecke@uni-muenster.de
438. *Oeter*, Dr. Stefan, Professor,
Wulfsdorfer Weg 122, 22359 Hamburg,
(0 40) 60 95 19 57;
Universität Hamburg,
Institut für Internationale Angelegenheiten,
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(0 40) 4 28 38 45 65, Fax (0 40) 4 28 38 62 62,
E-Mail S-Oeter@jura.uni-hamburg.de
439. *Ohler*, Dr. Christoph, LL.M., Professor,
Berghoffsweg 4, 07743 Jena,
(0 36 41) 20 70 81;
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena
(0 36 41) 94 22 60, Fax (0 36 41) 94 22 62,
E-Mail christoph.ohler@recht.uni-jena.de
440. *Öhlinger*, Dr. Theo, o. Universitätsprofessor,
Tolstojgasse 5/6, A-1130 Wien,
(00 43-1) 8 77 12 60;
Universität Wien, Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien,
E-Mail theodor.oehlinger@univie.ac.at
441. *Oldiges*, Dr. Martin, Universitätsprofessor,
August-Bebel-Straße 31, 04275 Leipzig,
(03 41) 2 11 92 33, Fax (03 41) 1 49 68 16,
E-Mail martin@oldiges.de;
Universität Leipzig, Juristenfakultät,
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,
(03 41) 9 73 51 31, Fax (03 41) 9 73 51 39

442. *Oppermann*, Dr. Dres. h.c. Thomas, o. Professor,
Burgholzweg 122, 72070 Tübingen,
(0 70 71) 4 95 33, Fax (0 70 71) 4 47 02,
E-Mail oppermannprof@aol.com;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 25 58, Fax (0 70 71) 29 58 47,
E-Mail Thomas.Oppermann@uni-tuebingen.de
443. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, Professor,
Im Wingert 12, 53340 Meckenheim,
(0 22 25) 1 74 82;
Universität Bonn, 53113 Bonn,
(02 28) 73 55-72 oder -73
444. *Osterloh*, Dr. Lerke, Professorin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts,
Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe,
(07 21) 91 01-0, Fax (07 21) 91 01-3 82;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Frankfurt,
Postfach 11 19 32, 60054 Frankfurt am Main,
(0 69) 79 82 27 11 oder 2 86 11, Fax (0 69) 79 82 25 62,
E-Mail Osterloh@jur.uni-frankfurt.de
445. *Pabel*, Dr. Katharina, Professorin,
Scherzergasse 10/8, A-1020 Wien
(00 43) 1 21 25 30 2;
Johannes Kepler Universität Linz,
Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre,
Altenberger Straße 69, A-4040 Linz,
(00 43) (0) 732 / 2468-8490, Fax (00 43) (0) 732/2468-8489
E-Mail: katharina.pabel@jku.at
446. *Pabst*, Dr. Heinz-Joachim, Privatdozent,
Universität zu Köln,
Prüfungsamt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-57 99, Fax (02 21) 4 70-67 22,
E-Mail hpabst@uni-koeln.de

447. *Pache*, Dr. Eckhard, Professor,
Hauptstraße 82, 97218 Gerbrunn;
Julius-Maximilians-Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31-8 23 09, Fax (0931) 31-23 19,
E-Mail pache@jura.uni-wuerzburg.de
448. *Papier*, Dr. Dr. h.c. Hans-Jürgen, o. Professor,
Präsident des Bundesverfassungsgerichts,
Institut für Politik und Öffentliches Recht,
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-62 94 oder -62 95, Fax (0 89) 21 80 31 99,
E-Mail LS.Papier@jura.uni-muenchen.de
449. *Paulus*, Dr. Andreas, Professor,
Hermann-Föge-Weg 17, 37073 Göttingen;
Institut für Völkerrecht und Europarecht,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
(05 51) 39 47 51, Fax (05 51) 39 47 67,
E-Mail apaulus@jura.uni-goettingen.de
450. *Pauly*, Dr. Walter, o. Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechts- und
Verfassungsgeschichte, Rechtsphilosophie,
Universität Jena,
Carl-Zeiss-Str. 3, 07743 Jena,
(0 36 41) 94 22 30 oder -31, Fax (0 36 41) 94 22 32,
E-Mail W.Pauly@recht.uni-jena.de
451. *Pechstein*, Dr. Matthias, Universitätsprofessor,
Lindenallee 40, 14050 Berlin,
(0 30) 3 01 94 17, Fax (0 30) 3 01 94 17;
Jean-Monnet-Institut für Öffentliches Recht und Europarecht,
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder),
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt (Oder),
(03 35) 55 34-27 61, Fax (03 35) 55 34-27 69,
E-Mail Pechstein@euv-frankfurt-o.de

452. *Peine*, Dr. jur. Dr. h.c. Franz-Joseph, Professor,
Kurpromenade 56, 14089 Berlin-Kladow,
(0 30) 3 65 61 93, Fax (0 30) 3 65 61 93;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht,
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder),
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt (Oder),
(03 35) 55 34-25 28, Fax (03 35) 55 34-25 69,
E-Mail fjpeineberlin@t-online.de
453. *Pernice*, Dr. Ingolf, Universitätsprofessor,
Laehrstraße 17a, 14165 Berlin,
(0 30) 84 72 36 15, Fax (0 30) 84 50 91 62;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-34 40, Fax (0 30) 20 93-34 49,
E-Mail ingolf.pernice@rz.hu-berlin.de
454. *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),
(0 30) 3 04 63 29 oder 83 85 30 14, Fax (0 30) 30 81 31 04,
E-Mail c.pestalozza@fu-berlin.de
455. *Peters*, Dr. Anne, LL.M., Professorin,
Bollwerkstr. 134, CH-4102 Binningen;
Lehrstuhl für Völker- und Staatsrecht, Universität Basel,
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,
(00 41) 6 12 67 25 65, Fax (00 41) 6 12 67 25 71,
E-Mail Anne.Peters@unibas.ch
456. *Pielow*, Dr. Johann-Christian, Professor,
Stiepeler Str. 96, 44801 Bochum,
(02 34) 7 46 33;
Ruhr-Universität Bochum, Fakultät für Wirtschaftswissenschaft
– Recht der Wirtschaft –,
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,
(02 34) 32 25 72 34, Fax (02 34) 3 21 40 74,
E-Mail christian.pielow@ruhr-uni-bochum.de

457. *Pieper*, Dr. Stefan Ulrich, apl. Professor,
Bundespräsidialamt,
Spreeweg 1, 10557 Berlin,
(0 18 88) 5 00 21 20, Fax (0 30) 20 00-19 99,
E-Mail stefan.pieper@bpra.bund.de
458. *Pieroth*, Dr. Bodo, Professor,
Gluckweg 19, 48147 Münster,
(02 51) 23 32 91, Fax (02 51) 23 32 94;
Institut für Öffentliches Recht und Politik, Universität Münster,
Wilmergasse 28, 48143 Münster,
(02 51) 51 04 90, Fax (02 51) 5 10 49-19,
E-Mail pieroth@uni-muenster.de
459. *Pietzcker*, Dr. Jost, Professor,
Hausdorffstr. 95, 53129 Bonn,
(02 28) 23 39 54;
Universität Bonn, 53113 Bonn,
(02 28) 73 91 77,
E-Mail Pietzcker@jura.uni-bonn.de
460. *Pirson*, Dr. Dr. Dietrich, o. Professor,
Brunnenanger 15, 82418 Seehausen,
(0 88 41) 4 78 68;
Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-27 15,
E-Mail d.pirson@gmx.de
461. *Pitschas*, Dr. Rainer, o. Universitätsprofessor,
Hermann-Jürgens-Str. 8, 76829 Landau-Godramstein,
(0 63 41) 96 93 81, Fax (0 63 41) 96 93 82;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 45, Fax (0 62 32) 6 54-3 05,
E-Mail rpitschas@dhv-speyer.de
462. *Pöcker*, Dr. Markus, Privatdozent,
Zollhofstr. 4, 67061 Ludwigshafen;
Lehrstuhl Prof. Dr. G. Hermes,
Johann Wolfgang Goethe-Universität,
Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt am Main,
(0 69) 79 82 38 64,
E-Mail mpoecker@hotmail.com

463. *Poscher, Dr., Ralf*, Universitätsprofessor,
Crellestr. 45, 10827 Berlin,
(030) 6 92 53 98;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie,
Abt. 2 (Rechtsphilosophie),
Platz der Alten Synagoge 1, 79085 Freiburg,
(0761) 203 97 570; Fax (0761) 203 97 571
E-Mail rechtsphilosophie@jura.uni-freiburg.de
464. *Pöschl, Dr., Magdalena*, Univ.-Prof.,
Klosterwiesgasse 31, A-8010 Graz;
Universität Graz, Institut für Österreichisches,
Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht,
Politikwissenschaft und Verwaltungslehre,
Universitätsstr. 15/D3, A-8010 Graz,
(00 43) 31 63 80-67 07, Fax (00 43) 31 63 80-94 50,
E-Mail magdalena.poeschl@uni-graz.at
465. *Potacs, Dr. Michael*, Professor,
Hammerschmidtgasse 5/3/2, A-1190 Wien,
(00 43-1) 3 24 66 23;
Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht,
Wirtschaftsuniversität Wien,
Althanstraße 39-45, A-1090 Wien,
(00 43) 13 13 36 46 69,
E-Mail michael.potacs@wu.ac.at
466. *Preuß, Dr. Ulrich K.*, Professor,
Friedbergstraße 47, 14057 Berlin,
(0 30) 30 81 94 33;
Hertie School of Governance,
Schlossplatz 1, 10178 Berlin,
(0 30) 2 12 31 23 10, Fax (0 30) 2 12 31 29 99,
E-Mail ukpreuss@hertie-school.org

467. *Proelß*, Dr. Alexander, Professor,
Heikendorfer Weg 35, 24149 Kiel
(0431) 5846501
Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Westring 400
24098 Kiel
(0431) 880-2042, Fax (0431) 880-1619
aproelss@internat-recht.uni-kiel.de
468. *Puhl*, Dr. Thomas, o. Professor,
In der Aue 26a, 69118 Heidelberg,
(0 62 21) 80 36 64, Fax (0 62 21) 80 36 69;
Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schloss – Westflügel (W 226), 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-13 45/-13 55, Fax (06 21) 1 81 13 61,
E-Mail puhl@staffmail.uni-mannheim.de
469. *Pünder*, Dr. Hermann, LL.M (Iowa), Universitätsprofessor,
Hagedornstraße 25, 20149 Hamburg,
(0 40) 41 46 69 34;
Bucerius Law School, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
(einschließlich Europarecht), Verwaltungswissenschaft
und Rechtsvergleichung,
Postfach 30 10 30, 20304 Hamburg,
(0 40) 30 70 6-2 60, Fax (0 40) 3 07 06-2 35,
E-Mail hermann.puender@law-school.de
470. *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,
(02 34) 3 22 28 20, Fax (02 34) 3 21 41 39,
E-Mail LS-Puttler@Ruhr-Uni-Bochum.de
471. *Püttner*, Dr. Dr. h.c. Günter, o. Professor,
Schwerdstraße 3, 67346 Speyer,
(0 62 32) 7 19 97

472. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor,
Otterstadter Weg 139, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 31 81;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2-6, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-2 89, Fax (0 62 32) 6 54-3 05
473. *Ramsauer*, Dr. Ulrich, Professor, VRiOVG
Wiesenstraße 5, 20255 Hamburg,
(0 40) 43 18 12 53 52;
Universität Hamburg, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Seminar für Verwaltungslehre
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-49 65, Fax (0 40) 4 28 38-56 70,
E-Mail ulrich.ramsauer@uni-hamburg.de
474. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, o. Professor,
Wulffstr. 12, 12165 Berlin,
(0 30) 7 92 60 85
475. *Raschauer*, Dr. Bernhard, o. Universitätsprofessor,
Pfeilgasse 7/2/6, A-1080 Wien,
(00 43-1) 4 08 33 53;
Universität Wien,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 42 77-3 53 52, Fax (00 43-1) 42 77-3 54 59,
E-Mail sekretariat.raschauer.staatsrecht@univie.ac.at
476. *Raschauer*, Dr. Nicolas, Universitätsprofessor,
Kaltnergasse 7, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 99 81 76 97 52;
Institut für Staatsrecht und politische Wissenschaften,
Abteilung für Öffentliches Unternehmensrecht,
Johannes Kepler Universität Linz,
Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,
(00 43) 7 32 24 68-84 57, Fax (00 43) 7 32 24 68-89 01,
E-Mail Nicolas.Raschauer@jku.at

477. *Rasenack*, Dr. Christian A.L., LL.M., Professor,
Tanusstr. 8, 12309 Berlin,
(0 30) 7 45 25 43;
TU Berlin, Fakultät VIII,
Institut für Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftsrecht,
Straße des 17. Juni 135, 10623 Berlin,
(0 30) 31 42-58 74, Fax (0 30) 7 45 25 43,
E-Mail c.rasenack@ww.tu-berlin.de;
krisskrossquerbeet.cr@googlemail.com
478. *Rauschning*, Dr. Dr. h.c. Dietrich, o. Professor,
Rodetal 1, 37120 Bovenden,
(0 55 94) 9 31 74, Fax (0 55 94) 9 31 75;
Institut für Völkerrecht, Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
(05 51) 39 47 51,
E-Mail drausch@gwdg.de
479. *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,
(0 62 21) 54 74 67, Fax (0 62 21) 54 77 91,
E-Mail Reimer@uni-heidelberg.de
480. *Reimer*, Dr. Franz, Professor,
Ebelstr. 37, 35392 Gießen;
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Fachbereich 1 (Rechtswissenschaft),
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,
E-Mail franz.reimer@recht.uni-giessen.de
481. *Reinhardt*, Dr. Michael, LL.M. (Cantab.), Professor,
Auf dem Stumpelrott 9, 50999 Köln,
(02 21) 35 17 30;
Universität Trier, Fachbereich V, 54286 Trier,
(06 51) 2 01-25 78, Fax (06 51) 2 01 25 80,
E-Mail reinhardm@uni-trier.de

482. *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
483. *Rengeling*, Dr. Hans-Werner, Universitätsprofessor,
Langeworth 143, 48159 Münster,
(02 51) 21 20 38, Fax (02 51) 21 20 44;
European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück,
Martinistr. 10, 49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69-45 05 oder -45 04, Fax (05 41) 9 69-62 82,
E-Mail H.-W.Rengeling@t-online.de
484. *Rensmann*, Dr. Thilo, LL.M. (University of Virginia),
Universitätsprofessor,
Sedanstraße 12, 53173 Bonn,
(02 28) 21 44 12;
Technische Universität Dresden,
Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht,
01062 Dresden,
(0351) 46 33 73 66, Fax (0351) 46 33 74 65,
E-Mail rensmann@jura.tu-dresden.de
485. *Ress*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. iur. h.c. mult.,
Georg, em. Universitätsprofessor
an der Universität der Saarlandes,
Professor an der International University Bremen,
Richter am EGMR a.D.,
Am Botanischen Garten 26/6, 66123 Saarbrücken,
(06 81) 3 02 30 55 oder 37 25 45, Fax (06 81) 37 25 45,
E-Mail ress@mx.uni-saarland.de
486. *Rhinow*, Dr. René, o. Professor,
em. Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität Basel,
Präsident des Schweizerischen Roten Kreuzes,
Jurastrasse 48, CH-4411 Seltisberg,
(00 41) 6 19 11 99 35,
E-Mail rene.rhinow@eblcom.ch

487. *Richter*, Dr. Dagmar, Privatdozentin,
Birkenweg 90, 24211 Preetz;
Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht
an der CAU Kiel,
Westring 400, 24098 Kiel,
E-Mail drichter@internat-recht.uni-kiel.de
488. *Riedel*, Dr. Eibe H., Universitätsprofessor,
Haagwiesenweg 19, 67434 Neustadt,
(0 63 21) 8 48 19;
Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Europarecht, Universität Mannheim,
Schloß/Westflügel, 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-14 17 oder 14 18 oder 14 20-22, Fax (06 21) 1 81-14 19,
E-Mail riedel@uni-mannheim.de
489. *Rill*, Dr. Heinz Peter, em. o. Univ.-Prof.,
Peter-Jordan-Str. 145, A-1180 Wien,
(00 43-1) 4 79-86 74;
Forschungsinstitut für Europafragen,
Wirtschaftsuniversität Wien,
Althanstraße 39-45, A-1090 Wien,
(00 43-1) 3 13 36 46-65 oder -66
490. *Rinken*, Dr. Alfred, Universitätsprofessor,
Präsident des Staatsgerichtshofs der
Freien Hansestadt Bremen,
Treseburger Str. 37, 28205 Bremen,
(04 21) 44 07 62,
E-Mail rinken@uni-bremen.de
491. *Rixen*, Dr. Stephan, Universitätsprofessor,
Universität Bayreuth,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht,
Universitätsstraße 30, 95447 Bayreuth,
(09 21) 55-4331 oder -4330, Fax (09 21) 55-4335,
E-Mail stephan.rixen@uni-bayreuth.de

492. *Robbers*, Dr. Gerhard, Universitätsprofessor,
Dagobertstr. 17, 54292 Trier,
(06 51) 5 37 10;
Universität Trier, Postfach 38 25, 54286 Trier,
(06 51) 2 01-25 42, Fax (06 51) 2 01-39 05,
E-Mail Robbers@uni-trier.de
493. *Röben*, Dr. Volker, LL.M., Professor,
School of Law Swansea University,
Singleton Park, Swansea SA2 8PP, Wales, UK,
(00 44) 17 92 60 27 23, Fax (00 44) 17 92 29 58 55,
E-Mail V.Roeben@swansea.ac.uk
494. *Rodi*, Dr. Michael, M.A., Universitätsprofessor,
Richardstr. 82, 12043 Berlin;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht,
17487 Greifswald,
(0 38 34) 86 21 00,
E-Mail mrodi@uni-greifswald.de
495. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor (em.),
Kreuzackerstr. 8, 76228 Karlsruhe,
(07 21) 49 17 39, Fax (07 21) 4 76 87 80,
E-Mail roellecke-wolfartswieier@online.de
496. *Röger*, Dr. Ralf, Professor,
Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung,
Fachbereich Bundespolizei,
Ratzeburger Landstraße 4, 23562 Lübeck,
(04 51) 2 03-17 36, Fax (04 51) 2 03-17 09,
E-Mail roeger@roeger.info
497. *Röhl*, Dr. Hans Christian, Professor,
Mainaustraße 207a, 78464 Konstanz,
(0 75 31) 8 07 14 46;
Universität Konstanz,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Europarecht und Rechtsvergleichung, Fach D 115,
Universitätsstr. 10, 78457 Konstanz,
(0 75 31) 88-23 13, Fax (0 75 31) 88-25 63,
E-Mail hans.christian.roehl@uni-konstanz.de

498. *Ronellenfitsch*, Dr. Michael, o. Professor,
Augusta-Anlage 15, 68165 Mannheim,
(06 21) 41 23 34;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 21 09, Fax (0 70 71) 2 97 49 05,
E-Mail ronellenfitsch@jura.uni-tuebingen.de
499. *Rossen-Stadtfeld*, Dr. Helge, Professor,
Marklandstraße 17, 81549 München,
(0 89) 74 42 79 29;
Universität der Bundeswehr München,
Fakultät für Wirtschafts- und Organisationswissenschaften,
Werner-Heisenberg-Weg 39, 85577 Neubiberg,
(0 89) 60 04-46 04, Fax (0 89) 60 04-37 00,
E-Mail helge.rossen-stadtfeld@unibw.de
500. *Rossi*, Dr. Matthias, Professor,
Universität Augsburg, Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Europarecht sowie Gesetzgebungslehre,
Universitätsstr. 2, 86135 Augsburg,
(08 21) 598-45 45, Sekr. -45 46, Fax (08 21) 598-45 47,
E-Mail matthias.rossi@jura.uni-augsburg.de
501. *Roth*, Dr. Wolfgang, LL.M. (Michigan), apl. Prof.,
An der Elisabethkirche 48, 53113 Bonn,
(02 28) 9 12 52 73;
RAe Redeker Sellner Dahs & Widmaier,
Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn,
(02 28) 7 26 25-5 42,
E-Mail roth@redeker.de
502. *RozeK*, Dr. Jochen, Universitätsprofessor,
Pfaffendorfer Str. 1, 04105 Leipzig,
(03 41) 2 25 59 32;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Verfassungsgeschichte und Staatskirchenrecht,
Universität Leipzig,
Burgstr. 27, 04109 Leipzig,
(03 41) 97 35-1 71, Sekr. -1 70, Fax (03 41) 97 35-1 79,
E-Mail rozek@uni-leipzig.de

503. *Ruch*, Dr. Alexander, o. Professor em.,
ETH Zürich
Gartenstr. 85, CH-4052 Basel,
(00 41) 61 272 36 22,
E-Mail ruch@recht.gess.ethz.ch
504. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor,
Rubensallee 55a, 55127 Mainz,
(0 61 31) 7 19 42;
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Universität Mainz, 55099 Mainz,
(0 61 31) 39-24 12, Fax (0 61 31) 39-54 39
505. *Ruffert*, Dr. Matthias, Professor,
Naumannstraße 12, 07743 Jena,
(0 36 41) 20 72 63;
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universität Jena,
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,
(0 36 41) 94 22 01, Fax (0 36 41) 94 22 02,
E-Mail m.ruffert@recht.uni-jena.de
506. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, Professor,
Hagebottenstr. 26, 53340 Meckenheim,
(0 22 25) 71 07,
E-Mail Ruefner@t-online.de;
zugehörig Universität zu Köln
507. *Rühl*, Dr. Ulli F. H., Professor,
Hermann-Allmers-Str. 34, 28209 Bremen,
(04 21) 3 46 74 84;
Universität Bremen, Fachbereich 6 Rechtswissenschaft,
Universitätsallee, GW 1, Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,
(04 21) 2 18-46 06, Sekretariat: (04 21) 2 18-21 27,
E-Mail uruehl@uni-bremen.de
508. *Ruland*, Dr. Franz, Professor,
Geschäftsführer des Verbandes Deutscher
Rentenversicherungsträger a.D.,
Honorarprofessor an der Johann-Wolfgang-Goethe
Universität Frankfurt,
Strasslacher Straße 1B, 81479 München,
(0 89) 72 77 97 92, Fax (0 89) 74 90 94 82,
E-Mail Ruland.Franz@t-online.de

509. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,
Am Marienpfad 29, 55128 Mainz,
(0 61 31) 3 45 88
510. *Ruthig*, Dr. Josef, Universitätsprofessor,
Dreiweidenstr. 6, 65195 Wiesbaden;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht Europarecht und
Rechtsvergleichung
55099 Mainz,
(0 61 31) 39-2 096 4, Fax (0 61 31) 3 12 40 59,
E-Mail Ruthig@uni-mainz.de
511. *Rütsche*, Dr. Bernhard, Professor,
Jubiläumsstr. 87, CH-3005 Bern,
(00 41) 3 13 11 15 84,
E-Mail bernhard.ruetsche@bluewin.ch;
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut,
Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich,
(00 41) 4 46 34 61 03, Fax (00 41) 4 46 34 15 89,
E-Mail bernhard.ruetsche@unilu.ch
512. *Rux*, Dr. Johannes, Privatdozent,
Sophienstr. 32, 76133 Karlsruhe,
(07 21) 3 83 12 47, Fax (07 21) 3 83 12 48,
E-Mail rux@staatsrecht.info
513. *Sachs*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Dattenfelder Str. 7, 51109 Köln,
(02 21) 84 46 57, Fax (02 21) 84 06 70;
Universität zu Köln, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, Bauteil V, 2. OG, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-58 03, Fax (02 21) 4 70-51 35,
E-Mail Sachs@uni-koeln.de
514. *Sacksofsky*, Dr. Ute, Professorin,
Bundenweg 16, 60320 Frankfurt am Main,
(0 69) 95 62 20 51, Fax (0 69) 95 62 20 52;
Goethe-Universität, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Institut für öffentliches Recht,
Grüneburgplatz 1, 60323 Frankfurt am Main,
(0 69) 79 83 42 85, Fax (0 69) 79 83 45 13
E-Mail Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de

515. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Siebengebirgsstr. 86, 53229 Bonn,
(02 28) 48 17 10;
c/o RAe Norton, Rose, Vieregge, Köln,
(02 21) 77 16-2 16, Fax (02 21) 77 16-1 10
516. *Sarcevic*, Dr. Edin, apl. Professor,
Thomasiusstr. 15, 04009 Leipzig,
(03 41) 6 01 73 93;
Juristenfakultät Leipzig, Postfach 100 920,
(03 41) 9 73 52 10, Fax (03 41) 9 73 52 18,
E-Mail edin@rz.uni-leipzig.de
517. *Saxer*, Dr. Urs, Titularprofessor, LL.M.,
Kantstrasse 15, CH-8044 Zürich,
(00 41-44) 4 22 40 42;
Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte,
Grossmünsterplatz 8, CH-8001 Zürich,
(00 41-44) 2 69 40 00, Fax (00 41-44) 2 69 40 01,
E-Mail Saxer@steinlex.ch
518. *Schachtschneider*, Dr. Karl Albrecht, o. Professor,
Kaschachtschneider@web.de
519. *Schambeck*, Dr. Dr. h.c. mult. Herbert, o. Universitätsprofessor,
Hofzeile 21, A-1190 Wien,
(00 43-1) 36 34 94;
Universität Linz,
(00 43) 73 22 46 84 24
520. *Schefer*, Dr. Markus, Professor,
Gartenstadt 18, CH-4142 Münchenstein/BL,
(00 41) 6 14 11 36 28;
Universität Basel Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Staats-
und Verwaltungsrecht,
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,
(00 41) 6 12 67 25 13,
E-Mail markus.schefer@unibas.ch

521. *Schefold*, Dr. Dian, Universitätsprofessor,
Mathildenstraße 93, 28203 Bremen,
(04 21) 7 25 76;
FB Rechtswissenschaft der Universität Bremen,
Universitätsallee, GW 1, Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,
(04 21) 2 18-6 60 07, Fax (04 21) 2 18-6 60 30,
E-Mail schefold@uni-bremen.de
522. *Schenke*, Dr. Ralf P., o. Professor,
Hofstattstr. 3, 97209 Veitshöchheim,
(09 31) 30 17 11 31;
Julius-Maximilians-Universität Würzburg,
Lehrstuhl für Deutsches,
Europäisches und Internationales Steuerrecht,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg
(09 31) 31-8 23 60, Fax (09 31) 31-60 70,
E-Mail schenke@jura.uni-wuerzburg.de
523. *Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, o. Professor,
Beim Hochwald 30, 68305 Mannheim,
(06 21) 74 42 00;
Universität Mannheim, 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81 14 10,
E-Mail Schenke@jura.uni-mannheim.de
524. *Scherer*, Dr. Joachim, LL.M., apl. Professor,
Privatweg 9, 64342 Seeheim-Jugenheim,
(0 62 57) 90 37 39;
RAe Baker & McKenzie,
Bethmannstr. 50-54, 60311 Frankfurt am Main,
(0 69) 29 90 81 89, Fax (0 69) 29 90 81 08,
E-Mail Joachim.Scherer@Bakernet.com
525. *Scherzberg*, Dr. Arno, Professor,
Wartburgstr. 34, 99094 Erfurt,
(0361) 7 37 47 61;
Universität Erfurt, Staatswissenschaftliche Fakultät,
Postfach 900 221, 99105 Erfurt;
(03 61) 7 37-47 61, (03 61) 7 37-47 60 (Sokr.),
Fax (03 61) 7 37-47 09,
E-Mail Arno.Scherzberg@uni-erfurt.de

526. *Scheuing*, Dr. Dieter H., o. Professor,
Finkenstr. 17, 97204 Höchberg,
(09 31) 4 83 31, Fax (09 31) 40 81 98;
Universität Würzburg, 97070 Würzburg,
E-Mail Scheuing@jura.uni-wuerzburg.de
527. *Schiedermair*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Wittelsbacher Str. 7, 53173 Bonn-Bad Godesberg;
Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht,
Universität Köln,
Gottfried-Keller-Str. 2, 50931 Köln,
(02 21) 4 70 23 64
528. *Schilling*, Dr. Theodor, apl. Professor,
Le Mas des Roses, Fontcaudette,
F-84220 Gordes;
Humboldt-Universität zu Berlin, 10117 Berlin;
Gerichtshof der EG, L-2925 Luxemburg,
(0 03 52) 43 03-34 13,
E-Mail thsch@web.de
529. *Schindler*, Dr. Dr. h.c. Dietrich, Professor,
Lenzenwiesstr. 8, CH-8702 Zollikon;
Universität Zürich,
(00 41-1) 3 91-71 18 oder -41 40,
Fax (00 41-1) 3 91-71 18
530. *Schlacke*, Dr. Sabine, Professorin,
Querstr. 9, 18107 Elmenhorst,
(03 81) 5 10 60 82;
Universität Bremen, Professur für Öffentliches Recht
mit dem Schwerpunkt deutsches, europäisches und
internationales Umweltrecht, Verwaltungsrecht
Universitätsallee, 28353 Bremen,
(04 21) 2 18-72 49, Fax (04 21) 2 18-74 90,
E-Mail schlacke@uni-bremen.de
531. *Schlette*, Dr. Volker, Privatdozent,
Hirberg 4, 37170 Uslar,
(0 55 73) 99 98 68;
Universität Göttingen, Juristisches Seminar,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(05 51) 39 44 13, Fax (05 51) 39 74 14

532. *Schlieffen*, Dr. Katharina Gräfin von, Universitätsprofessorin,
FernUniversität Hagen, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 21, 58084 Hagen,
(0 23 31) 9 87-28 78, Fax (0 23 31) 9 87-3 95,
E-Mail LG.vonSchlieffen@fernuni-hagen.de
533. *Schliesky*, Dr. Utz, apl. Professor,
Direktor des Schleswig-Holsteinischen Landtages,
Goosdiek 22, 24229 Dänischenhagen;
Schleswig-Holsteinischer Landtag,
Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel
(04 31) 9 88-10 10;
Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an der
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Olshausenstr. 75, 24098 Kiel,
E-Mail Utz.Schliesky@landtag.ltsh.de
534. *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,
(0 30) 20 93-34 54 oder -34 72, Fax (0 30) 20 93-34 52,
E-Mail Schlink@rewi.hu-berlin.de
535. *Schmahl*, Dr. Stefanie, LL.M., Professorin,
Wittelsbacherstraße 10 A, 10707 Berlin;
Lehrstuhl für deutsches und ausländisches öffentliches Recht,
Völkerrecht und Europarecht, Universität Würzburg,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31-8 23 24, Fax (09 31) 31-27 92,
E-Mail schmahl@jura.uni-wuerzburg.de
536. *Schmalenbach*, Dr. Kirsten, Professorin,
Richard Wagner Gasse 13, A-8010 Graz;
Institut für Völkerrecht,
Paris Lodron Universität Salzburg,
Churfürststraße 1, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62 80 44-36 51, Fax (00 43) 66 28 04 41 35,
E-Mail kirsten.schmalenbach@sbg.ac.at

537. *Schmehl*, Dr. Arndt, Universitätsprofessor,
Professur für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht,
Universität Hamburg,
Schlüterstr 28 (Rechtshaus), 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-30 26 (Skr.) und -30 25 (direkt),
Fax (0 40) 4 28 38-30 28,
E-Mail arndt.schmehl@jura.uni-hamburg.de
538. *Schmid*, Dr. Gerhard, Professor,
Hochwaldstr. 24, CH-4059 Basel,
(00 41) 6 13 31 84 25;
c/o Wenger Plattner, Aeschenvorstadt 55,
CH-4010 Basel,
(00 41) 6 12 79-70 00, Fax (00 41) 6 12 79-70 01,
E-Mail Gerhard.Schmid@wenger-plattner.ch
539. *Schmid*, Dr. Viola, LL.M., Universitätsprofessorin,
Kirchenweg 3, 91126 Schwabach,
(0 91 22) 7 73 82, Fax (0 91 22) 6 23 45;
Institut für Öffentliches Recht, Technische Universität Darmstadt,
Hochschulstr. 1, 64289 Darmstadt,
(0 61 51) 16 64 64, Fax (0 61 51) 16 39 84,
E-Mail schmid@jus.tu-darmstadt.de
540. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor,
Bachwiesenstr. 5, 86459 Gessertshausen,
(0 82 38) 41 11, Fax (0 82 38) 6 09 01,
E-Mail Rein.Schmidt@t-online.de;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht
und Umweltrecht, Universität Augsburg,
Universitätsstr. 24, 86159 Augsburg,
(08 21) 5 98-45 26
541. *Schmidt*, Dr. Thorsten Ingo, Universitätsprofessor,
Köhlerstr. 31, 12205 Berlin,
(01 63) 1 35 54 87;
Professur für Öffentliches Recht, insbesondere
Staatsrecht, Verwaltungs- und Kommunalrecht,
Universität Potsdam,
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam
(03 31) 9 77-32 84,
E-Mail thorsten.ingo.schmidt@uni-potsdam.de

542. *Schmidt*, Dr. Walter, Universitätsprofessor,
Brüder-Knauß-Str. 86, 64285 Darmstadt,
(0 61 51) 6 47 10;
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt am Main,
(0 69) 7 98 2 21 89
543. *Schmidt am Busch*, Dr. Birgit, LL.M. (Iowa), Privatdozentin,
Schmellerstr. 28, 80337 München,
(0 89) 7 25 74 20,
E-Mail BSaB@aol.com;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Ludwigstr. 28, Rgb., 80539 München,
(0 89) 21 80-20 82,
E-Mail Schmidt-am-Busch@jura.uni-muenchen.de
544. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Dres. h.c. Eberhard, o. Professor,
Höhenstr. 30, 69118 Heidelberg,
(0 62 21) 80 08 03;
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 78 07,
E-Mail schmidt-assmann@uni-hd.de
545. *Schmidt-De Caluwe*, Reimund, Universitätsprofessor,
Unterer Hardthof 17 B, 35398 Gießen,
(06 41) 3 45 66, Fax (06 41) 9 60 99 66;
Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg,
Universitätsplatz 3–5, 06099 Halle (Saale),
(03 45) 55-2 31 38 oder -39,
E-Mail Schmidtdc@jura.uni-halle.de
546. *Schmidt-Jortzig*, Dr. Edzard, o. Professor,
Graf-Spee-Straße 18a, 24105 Kiel,
(04 31) 8 95 01 95, Fax (04 31) 80 34 71,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Leibnizstr. 6, 24118 Kiel,
(04 31) 8 80-35 45,
E-Mail office.sj@law.uni-kiel.de

547. *Schmidt-Preuß*, Dr. Matthias, o. Professor,
E.-T.-A.-Hoffmann-Straße 12, 53113 Bonn,
(02 28) 67 80 91;
Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73 65 02, Fax (02 28) 73 65 07,
E-Mail schmidt-preuss@jura.uni-bonn.de

548. *Schmidt-Radefeldt*, Dr. Roman, Privatdozent,
Schleiermacherstr.5, 68165 Mannheim,
(06 21) 8 20 75 02,
E-Mail romansr69@yahoo.de;
Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung,
Fachbereich Bundeswehrverwaltung,
Seckenheimer Landstr.30, 68163 Mannheim,
(0621) 4 29 54 60,
E-Mail romanschmidtradefeldt@bundeswehr.org

549. *Schmitt Glaeser*, Dr. Alexander, LL.M. (Yale), Privatdozent,
Kaulbachstraße 64, 80539 München,
(0 89) 38 54 79 31,
E-Mail a.schmitt-glaeser@aya.yale.edu

550. *Schmitt Glaeser*, Dr. Dr. h. c. Walter, o. Professor,
Rübezahlweg 9 A, 95447 Bayreuth,
(09 21) 3 20 70, Fax (09 21) 7 56 38 66

551. *Schmitt-Kammler*, Dr. Arnulf, Universitätsprofessor,
Katzenberg 6, 96049 Bamberg;
Universität zu Köln, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-40 66 oder -40 67,
E-Mail schmitt-kammler@gmx.de

552. *Schmitz*, Dr. Thomas, apl. Professor,
Kr. Valdemara iela 33-49, LV-1010 Rīga;
Juridiska fakultate,
Raina bulvaris 19, 483. kab., LV-1586 Rīga,
(00 3 71) 28 30 92 64,
E-Mail tschmit1@gwdg.de

553. *Schnapp*, Dr. Friedrich E., o. Professor,
Efeuweg 22, 44869 Bochum,
(0 23 27) 7 42 13;
Universität Bochum, 44780 Bochum,
(02 34) 32-2 22 39, Fax (02 34) 32-1 42 71,
E-Mail friedrich.e.schnapp@rub.de
554. *Schneider*, Dr. Dr. h.c. Hans-Peter, em. Professor,
Deutsches Institut für Föderalismusforschung,.
Drosselweg 4, 30559 Hannover,
(0511) 51 10 50, Fax (0511) 54 45 492;
Juristische Fakultät, Leibniz-Universität Hannover,
(0511) 7 62-8185
E-Mail hps@dif.uni-hannover.de
555. *Schneider*, Dr. Jens-Peter, Professor,
Lorettostr. 36, 79100 Freiburg,
(0761) 290 86 300;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
79085 Freiburg,
(0761) 203-97731; (0761) 203-97542
E-Mail jp.schneider@jura.uni-freiburg.de
556. *Schöbener*, Dr. Burkhard, Professor,
Am Glösberg 27, 97342 Obernbreit,
(0 93 32) 50 00 04;
Professur für Öffentliches Recht, Völkerrecht und
Europarecht, Universität zu Köln,
Gottfried-Keller-Straße 2, 50931 Köln,
(02 21) 4 70-38 34 oder -38 75,
E-Mail burkhard.schoebener@uni-koeln.de
557. *Schönberger*, Dr. Christoph, Professor,
Wintererstr. 7, 79104 Freiburg i. Br.,
(07 61) 3 19 68 72;
Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Postfach D 110, Universitätsstr. 10, 78457 Konstanz,
(0 75 31) 88 30 04, Fax (0 75 31) 88 40 08,
E-Mail Christoph.Schoenberger@uni-konstanz.de

558. *Schoch*, Dr. Friedrich, o. Professor,
Kastelbergstr. 19, 79189 Bad Krozingen,
(0 76 33) 94 81 04, Fax (0 76 33) 94 81 05;
Institut für Öffentliches Recht IV, Universität Freiburg,
Postfach, 79085 Freiburg,
(07 61) 2 03-22 57 oder -22 58, Fax (07 61) 2 03-22 97,
E-Mail oerecht4@jura.uni-freiburg.de
559. *Scholler*, Dr. Dr. h. c. Heinrich, Professor,
Zwengauerweg 5, 81479 München,
(0 89) 79 64 24 (privat), (0 89) 33 20 14 (Büro),
Fax (0 89) 79 00 216
560. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor,
Königsallee 71 a, 14193 Berlin;
Universität München, Institut für Politik und
Öffentliches Recht,
Ludwigstr. 28/RG, 80539 München,
(0 89) 21 80-21 13,
E-Mail rupert.scholz@jura.uni-muenchen.de
561. *Schorkopf*, Dr. Frank, Professor,
Schillerstr. 49, 37083 Göttingen,
E-Mail schorkopf@web.de;
Georg-August-Universität Göttingen,
Juristische Fakultät,
Institut für Völkerrecht und Europarecht,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-46 10, Fax (05 51) 39-2 21 96,
E-Mail Frank.Schorkopf@jura.uni-goettingen.de
562. *Schott*, Dr. Markus, Privatdozent
Rütistr. 38, CH-8032 Zürich
(0041) 44 363 14 44
Bär & Karrer AG, Brandschenkestr. 90,
CH-8027 Zürich,
(0041) 58 261 50 00, Fax (0041) 58 263 54 77
E-Mail markus.schott@baerkarrer.ch
563. *Schröder*, Dr. Meinhard, o. Professor,
Zum Wingert 2, 54318 Mertesdorf,
(06 51) 5 78 87;
Universität Trier, 54286 Trier,
(06 51) 2 01 25 86,
E-Mail schroedm@uni-trier.de

564. *Schröder*, Dr. Rainer Johannes, Privatdozent,
Wormser Str. 65, 01309 Dresden,
(03 51) 6 56 97 00;
Technische Universität Dresden, Juristische Fakultät,
Bergstr. 53, 01069 Dresden,
(03 51) 46 33 73 65,
E-Mail rschroed@jura.tu-dresden.de
565. *Schroeder*, Dr. Werner, LL.M., Professor,
Universität Innsbruck, Institut für Völkerrecht,
Europarecht und Internationale Beziehungen,
Innrain 52, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-5 07-83 20, Fax (00 43) 5 12-5 07-26 51,
E-Mail Werner.Schroeder@uibk.ac.at
566. *Schuler-Harms*, Dr. Margarete, Professorin,
Heidkoppel 19, 22145 Hamburg,
(0 40) 6 78 60 61, Fax (0 40) 6 78 83 73;
Helmut-Schmidt-Universität, Universität der Bundeswehr
Institut für Öffentliches Recht,
Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg,
(0 40) 65 41-27 82, Fax (0 40) 65 41-20 87,
E-Mail Schuler-Harms@hsu-hh.de
567. *Schulev-Steindl*, Dr. MMag. Eva, LL.M. (London),
a.o. Univ. Prof.,
Auhofstraße 158/20, A -1130 Wien;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien,
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 42 77-3 54 53 oder -51, Fax (00 43-1) 42 77-3 54 59,
E-Mail eva.schulev-steindl@univie.ac.at
568. *Schulte*, Dr. Martin, Professor,
Neuostra 15, 01219 Dresden,
(03 51) 4 72 25 50;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht,
Juristische Fakultät, TU Dresden, von-Gerber-Bau,
Bergstr. 53, 01069 Dresden,
(03 51) 46 33-73 62, Fax (03 51) 46 33-72 20,
E-Mail schulte@jura.tu-dresden.de

569. *Schulz*, Dr. Wolfgang, Privatdozent,
Bismarckstr. 4, 20259 Hamburg,
(0 40) 40 40 75;
Hans-Bredow-Institut für Medienforschung,
Heimhuder Str. 21, 20148 Hamburg,
(0 40) 45 02 17 11 (Sekt.), -34 (Durchwahl), Fax (0 40) 45 02 17 77,
E-Mail w.schulz@hans-bredow-institut.de
570. *Schulze-Fielitz*, Dr. Helmuth, Professor,
Klara-Löwe-Str. 5, 97082 Würzburg,
(09 31) 7 84 10 25, Fax (09 31) 7 84 10 34,
E-Mail L-Schulze-Fielitz@jura.uni-wuerzburg.de
571. *Schuppert*, Dr. Gunnar Folke, Professor,
Kaiserdamm 28, 14057 Berlin,
(0 30) 30 61 21 68;
Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung,
Forschungsprofessur Neue Formen von Governance,
Reichpietschufer 50, 10785 Berlin,
(0 30) 2 54 91-5 46 oder -246, Fax (0 30) 2 54 91-542,
E-Mail schuppert@wzb.eu
572. *Schwabe*, Dr. Jürgen, Professor,
Erlenweg 1, 21614 Buxtehude,
(0 41 61) 8 71 41, Fax (0 41 61) 72 26 00;
Universität Hamburg, Juristische Fakultät,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
E-Mail Juergen_Schwabe@gmx.de
573. *Schwartmann*, Dr. Rolf, Professor,
Brucknerstraße 18, 50931 Köln,
(02 21) 4 00 90 94;
Fachhochschule Köln, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften,
Claudiusstraße 1, 50678 Köln,
(02 21) 82 75-34 46, Fax (02 21) 82 75-7 34 46,
E-Mail rolf.schwartmann@fh-koeln.de
574. *Schwarz*, Dr. Kyrill-A., Professor,
Dönersberg 13, 91550 Dinkelsbühl,
(01 77) 8 31 07 68;
Universität Würzburg, Juristische Fakultät,
Professor für Öffentliches Recht,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(0931) 318-2335
E-Mail kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de

575. *Schwarze*, Dr. Jürgen, Professor,
Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht Abt. I,
Platz der Alten Synagoge 1, 79098 Freiburg,
(07 61) 2 03-22 38, oder -22 51, Fax (07 61) 2 03-22 34,
E-Mail juergen.schwarze@jura.uni-freiburg.de
576. *Schwarzer*, Mag., Dr. Stephan, Universitätsdozent,
Rodlergasse 7/10, A-1190 Wien,
(00 43-1) 3 69 17 46;
Bundeswirtschaftskammer, Wiedner Hauptstr. 63,
A-1045 Wien,
(00 43-1) 5 01 05-41 95
577. *Schweitzer*, Dr. Michael, Professor,
Göttweiger Str. 135, 94032 Passau,
(08 51) 3 45 33;
Universität Passau, 94032 Passau,
(08 51) 5 09-23 30, Fax (08 51) 5 09-23 32,
E-Mail Schweitzer@uni-passau.de
578. *Schweizer*, Dr. Rainer J., o. Professor,
Kirchgasse 9, CH-9220 Bischofszell,
(00 41) 71-2 23 56 24;
Universität St. Gallen,
Tigerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen,
Forschungsgemeinschaft für Rechtswissenschaften,
(00 41) 71-2 24 21 61, Fax (00 41) 71-2 24 21 62,
E-Mail Rainer.Schweizer@unisg.ch
579. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, Universitätsprofessor,
Hülsebrinkstr. 23, 30974 Wennigsen/Deister,
(0 51 03) 13 11;
Juristische Fakultät, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-81 69
580. *Seer*, Dr. Roman, Universitätsprofessor,
In den Birken 156 d, 42113 Wuppertal,
(02 02) 2 72 15 34, Fax (02 02) 2 72 15 35;
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Steuerrecht,
Gebäude GC 8/137, Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,
(02 34) 3 22 82 69, Fax (02 34) 3 21 46 14,
E-Mail LS.seer@jura.ruhr-uni-bochum.de

581. *Seewald*, Dr. Otfried, o. Professor,
Schärdingerstraße 21 A, 94032 Passau,
(08 51) 3 51 45, Fax (08 51) 3 51 45,
E-Mail otfried_seewald@gmx.de;
Universität Passau,
Innstr. 40, Postfach 25 40, 94030 Passau,
(08 51) 50 9-23 40 oder -41, Fax (08 51) 5 09-23 42,
E-Mail otfried.seewald@uni-passau.de
582. *Seidel*, Dr. Gerd, Professor,
Donizettistraße 102, 12623 Berlin,
(0 30) 56 59 75 56;
Humboldt Universität zu Berlin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 17/-12, Fax (0 30) 20 93-33 84,
E-Mail gerd.seidel@rewi.hu-berlin.de
583. *Seiler*, Dr. Christian, Professor,
Stauffenbergstr. 70/1, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 5 49 77 80;
Universität Tübingen, Lehrstuhl für Staats-
und Verwaltungsrecht, Finanz- und Steuerrecht,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 29 43,
E-Mail christian.seiler@jura.uni-tuebingen.de
584. *Selmer*, Dr. Peter, Professor,
Akazienweg 9, 22587 Hamburg,
(0 40) 86 47 43;
Universität Hamburg, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-45 74 oder -3026, Fax (0 40) 4 28 38-30 28,
E-Mail peter.selmer@jura.uni-hamburg.de
585. *Shirvani*, Dr. Foroud, Privatdozent,
Grafinger Str. 91, 81671 München,
(0 89) 49 00 36 63;
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Ludwigstr. 28 (Rg.), 80539 München,
(0 89) 21 80 28 83, Fax (0 89) 21 80 31 99,
E-Mail foroud.shirvani@jura.uni-muenchen.de

586. *Sieckmann*, Dr. Jan-Reinhard, Professor,
Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Otto-Friedrich-Universität Bamberg,
Feldkirchenstr. 21, 96051 Bamberg,
(09 51) 8 63-27 40, Fax (09 51) 8 63-57 40,
E-Mail Jan.Sieckmann@sowi.uni-bamberg.de
587. *Siedentopf*, Dr. Dr. h.c. Heinrich, o. Professor,
Langstr. 1, 76829 Landau,
(0 63 41) 6 07 57;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2-6, 67324 Speyer,
E-Mail heinrich@siedentopf.net
588. *Siegel*, Dr. Thorsten, Privatdozent,
Dr. Semmelweis-Str. 25, 67433 Neustadt an der Weinstraße,
(0 63 21) 48 28 51;
Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 79, Fax (0 62 32) 6 54-2 90,
E-Mail siegel@foev-speyer.de
589. *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,
(0 69) 7 98-3 40 14,
E-Mail geld-und-waehrung@imfs-frankfurt.de
590. *Silagi*, Dr. Dr. Michael, Privatdozent,
Institut für Völkerrecht, Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-47 34
591. *Skouris*, Dr. Wassilios, Professor,
Nikolaou Manou 18, GR-54643 Thessaloniki,
(00 30-31) 83 14 44;
Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften,
Palais de la Cour de Justice, L-2925 Luxembourg,
(0 03 52) 43 03 22 09, Fax (0 03 52) 43 03 27 36

592. *Smeddinck*, Dr. Ulrich, Privatdozent,
Sommerhuder Str. 35, 22769 Hamburg,
(01 74) 2 48 99 90;
Umweltbundesamt
Wörlitzer Platz 1, FB III, 06844 Dessau,
(03 40) 21 03-20 77,
E-Mail ulrich.smeddinck@uba.de
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Universitätsplatz 10a, 06108 Halle/Saale,
E-Mail Ulrich.Smeddinck@jura.uni-halle.de
593. *Sodan*, Dr. Helge, Universitätsprofessor,
Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Staats- und
Verwaltungsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht,
Freie Universität Berlin,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(0 30) 8 38-5 39 72 oder -7 39 73, Fax (0 30) 8 38-5 44 44;
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin,
Elßholzstr. 30-33, 10781 Berlin,
(0 30) 90 15-26 50, Fax (0 30) 90 15-26 66,
E-Mail sodan@zedat.fu-berlin.de
594. *Söhn*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Eppanerstr. 9, 94036 Passau,
(08 51) 5 85 20,
E-Mail hsoehndr@web.de;
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- u. Verwaltungsrecht
insbesondere Finanz- und Steuerrecht,
94032 Passau,
(08 51) 5 09-23 50, Fax (08 51) 5 09-23 52
595. *Somek*, Dr. Alexander, Professor,
Görgengasse 23a/8, A-1190 Wien;
University of Iowa, College of Law,
Melrose and Byington Iowa City, Iowa USA 52242,
(3 19) 3 35 90 34, Fax (31 91) 33 59 01 98,
E-Mail alexander-somek@uiowa.edu

596. *Sommermann*, Dr. Karl-Peter, Universitätsprofessor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Staatslehre und Rechtsvergleichung,
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 44, Fax (0 62 32) 6 54-4 14,
E-Mail Sommermann@dhv-speyer.de
597. *Spannowsky*, Dr. Willy, Universitätsprofessor,
Auf dem Klee Hügel 17, 67706 Krickenbach,
(0 63 07) 99 39 63, Fax (0 63 07) 99 39 49;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Postfach 30 49, 67653 Kaiserslautern,
(06 31) 2 05-39 75, Fax (06 31) 2 05-39 77,
E-Mail oerecht@rhrk.uni-kl.de
598. *Spiecker genannt Döhmann*, Dr. Indra, LL.M. (Georgetown Univ.),
Professorin,
Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht
Zentrum für Angewandte Rechtswissenschaft (ZAR)
Karlsruher Institut für Technologie (KIT)
Vincenz-Prießnitz-Str. 3, Geb. 07.08.
76131 Karlsruhe,
(07 21) 6 08-77 59, Fax (07 21) 6 084-80 23,
E-Mail spiecker@kit.edu
www.zar.kit.edu
599. *Spranger*, Dr. Dr. Tade Matthias, Privatdozent,
Eichhörnchenweg 10, 53125 Bonn;
c/o Institut für Wissenschaft und Ethik,
Bonner Talweg 57, 53113 Bonn,
(02 28) 33 64 19 53, Fax (02 28) 33 64 19 50,
E-Mail spranger@iwe.uni-bonn.de
600. *Staff*, Dr. Ilse, Universitätsprofessorin,
Am Forum 4, 65779 Kelkheim,
(0 61 95) 33 08;
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt am Main
601. *Starck*, Dr. Christian, o. Professor,
Schlegelweg 10, 37075 Göttingen,
(05 51) 5 54 54,
E-Mail C.Starck@jura.uni-goettingen.de

602. *Steiger*, Dr. Heinhard, Universitätsprofessor,
Oberhof 16, 35440 Linden,
(06 41) 2 32 52;
Universität Gießen, 35394 Gießen,
(06 41) 9 92 11-50 oder -51, Fax (06 41) 9 92 11-59
603. *Stein*, Dr. Katrin, Privatdozentin,
Reinhold-Tiling-Weg 61, 49088 Osnabrück,
(05 41) 9 11 84 51;
Universität Osnabrück, Institut für Kommunalrecht,
Martinistr. 12, 49078 Osnabrück,
(05 41) 9 69-61 69,
E-Mail kstein@uos.de
604. *Stein*, Dr. Torsten, Universitätsprofessor,
Ludolf-Krehl-Str. 1 b, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 48 04 38, Fax (0 62 21) 48 04 38;
Universität des Saarlandes, Europa-Institut,
Am Stadtwald, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-45 67 oder -36 95, Fax (06 81) 3 02-48 79,
E-Mail t.stein@mx.uni-saarland.de
605. *Steinberg*, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,
Universitätspräsident a.D.,
Wingertstr. 2 A, 65719 Hofheim;
Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Grüneburgplatz 1, 60323 Frankfurt,
E-Mail Rudolf-Steinberg@t-online.de
606. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor,
Saphirweg 13, 69181 Leimen,
(062) 26 99 06 30;
MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 4 82-2 61, Fax (0 62 21) 4 82-2 88;
Juristisches Seminar, Universität Heidelberg,
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54-74 54 oder -74 55, Fax (0 62 21) 54-77 44
E-Mail hsteinber@mpil.de

607. *Steiner*, Dr. Udo, o. Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.,
Am Katzenbühl 5, 93055 Regensburg,
(09 41) 70 09 13, Fax (09 41) 76 06 19,
E-Mail udo.steiner@web.de;
Universität Regensburg, 93040 Regensburg,
(09 41) 9 43-42 84,
E-Mail udo.steiner@jura.uni-regensburg.de
608. *Stelkens*, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,
Webergasse 3a, 67346 Speyer;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 65, Fax (0 62 32) 6 54-2 45,
E-Mail stelkens@dhv-speyer.de
609. *Stelzer*, Dr. Manfred, Universitätsprofessor,
Anton-Wildgansgasse 12/4, A-2380 Perchtoldsdorf,
(00 43) 6 64 2 12 56 18;
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 42 77-3 54 31 oder -32,
E-Mail Manfred.Stelzer@univie.ac.at
610. *Stender-Vorwachs*, Dr. Jutta, LL. M. (USA,UVA),
apl. Professorin,
Am Ortfelde 99A, 30916 Isernhagen N.B.,
(05 11) 7 24 08 07, Fax (05 11) 7 24 08 54,
E-Mail jutta.stender-vorwachs@gmx.de;
Leibniz Universität Hannover, Juristische Fakultät,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-82 50 oder -82 49, Fax (05 11) 7 62-82 52,
E-Mail jutta.stender-vorwachs@jura.uni-hannover.de
611. *Stern*, Dr. Dr. h.c. mult. Klaus, o. Professor,
Am Stockberger Busch 10, 51515 Kürten,
(0 22 68) 61 67;
Institut für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln,
Aachener Straße 197-199, 50931 Köln,
(02 21) 9 41 54 65,
E-Mail klaus.stern@uni-koeln.de

612. *Stettner*, Dr. Rupert, Professor,
Alpenstr. 11 a, 85221 Dachau,
(0 81 31) 27 89 96, Fax (0 81 31) 27 89 98;
Institut für Staatswissenschaften,
Universität der Bundeswehr München,
Werner-Heisenberg-Weg 39, 85579 Neubiberg,
(0 89) 60 04-38 64 oder -37 02 oder -20 43, Fax (0 89) 60 04-28 41,
E-Mail Rupert.Stettner@unibw-muenchen.de
613. *Stober*, Dr. Dr. h.c. mult. Rolf, Professor,
Prins-Claus-Str. 50, 48159 Münster,
(02 51) 1 62 41 62, Fax (02 51) 1 62 41 63,
E-Mail rolf-stober@gmx.de
614. *Stock*, Dr. Martin, Professor,
Lina-Oetker-Str. 22, 33615 Bielefeld,
(05 21) 12 19 95;
Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Bielefeld,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06 43 90, Fax (05 21) 1 06 15 43 90,
E-Mail martin.stock@uni-bielefeld.de
615. *Stöger*, Dr. Karl, MJur, Universitätsprofessor,
Höhenstr. 24–26, A-3400 Klosterneuburg,
(00 43) 06 99 10 36 77 45,
Karl-Franzens-Universität Graz,
Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes
Öffentliches Recht, Politikwissenschaften und Verwaltungslehre,
Universitätsstr. 15/C3, A-8010 Graz,
(00 43) 0316 380 3384,
E-Mail karl.stoeger@uni-graz.at
616. *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,
(05 51) 39 46 61,
E-Mail pt.stoll@jur.uni-goettingen.de

617. *Stolleis*, Dr. Dr. h.c. mult. Michael, Universitätsprofessor,
Waldstr. 15, 61476 Kronberg,
(0 61 73) 6 56 51;
Universität Frankfurt, MPI für europäische Rechtsgeschichte,
Hausener Weg 120, 60489 Frankfurt am Main,
(0 69) 7 89 78-2 22, Fax (0 69) 7 89 78-1 69,
E-Mail Stolleis@mpier.uni-frankfurt.de
618. *Stolzlechner*, Dr. Harald, o. Universitätsprofessor,
Gneiser Straße 57, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62-82 39 35;
Universität Salzburg,
(00 43) 6 62-80 44 36 01,
E-Mail Harald.Stolzlechner@sbg.ac.at
619. *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,
(00 43) 31 63 80-66 95, Fax (00 43) 31 63 80-94 50,
E-Mail stefan.storr@uni-graz.at
620. *Streinz*, Dr. Rudolf, o. Professor,
Waldsteinring 26, 95448 Bayreuth,
(09 21) 9 47 30;
E-Mail rudolf.streinz@gmx.de
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-33 35, Fax (0 89) 21 80-24 40,
E-Mail streinz.pers@jura.uni-muenchen.de
621. *Stumpf*, Dr. Dr. Christoph, Privatdozent,
Raupach & Wollert-Elmendorff
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hanse-Forum, Axel-Springer-Platz 3, 20355 Hamburg,
(0 40) 37 85 38-0, (0 40) 37 85 38-11,
E-Mail cstumpf@raupach.de

622. *Suerbaum*, Dr. Joachim, o. Professor,
In der Uhlenflucht 3, 44795 Bochum,
(02 34) 47 26 26,
E-Mail Joachim.Suerbaum@t-online.de;
Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31-8 28 97 oder 31-8 28 99,
E-Mail Suerbaum@jura.uni-wuerzburg.de
623. *Sydow*, Dr. Gernot, M.A., apl. Prof.,
Schorenstr. 13, 65553 Limburg,
(0 64 31) 5 70 95 20;
Justitiar des Bistums Limburg, Bischöfliches Ordinariat,
Roßmarkt 4, 65549 Limburg,
(0 64 31) 29 52 08, Fax (0 64 31) 29 55 21,
E-Mail G.Sydow@bistumlimburg.de,
Gernot.Sydow@jura.uni-freiburg.de
624. *Talmon*, D. Phil. (Oxon.) Stefan, LL.M. (Cantab.), Privatdozent,
Universität Tübingen,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
St Anne's College, Woodstock Road, Oxford OX2 6HS,
(00 44) 18 65 28 45 30, Fax (00 44) 18 65 27 48 99,
E-Mail Stefan.Talmon@law.ox.ac.uk
625. *Thieme*, Dr. Werner, Professor,
Berggartenstraße 14, 29223 Celle,
(0 51 41) 3 73 69, Fax (0 51 41) 9 313 73;
Universität Hamburg, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-45 69
626. *Thiel*, Dr. iur. Dr. rer. publ. Markus, Privatdozent,
Gleueler Str. 114-116, 50935 Köln,
(02 21) 40 87 83;
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf,
Juristische Fakultät,
Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf,
(02 11) 8 11 14 24, Fax (02 11) 8 11 14 55,
E-Mail markus.thiel@uni-duesseldorf.de

627. *Thienel*, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,
Vizepräsident des Verwaltungsgerichtshofes,
Judenplatz 11, A-1010 Wien,
(00 43-1) 5 31 11-2 45, Fax (00 43-1) 5 31 11-1 40,
E-Mail rudolf.thienel@vwgh.gv.at
628. *Thürer*, Dr. Dr. h.c. Daniel, LL.M., o. Professor,
Abeggweg 20, CH-8057 Zürich,
(00 41) 13 62 65 47 oder -46, Fax (00 41) 13 62 65 46,
E-Mail thuener@swissonline.ch;
Universität Zürich, Institut für Völkerrecht und
Ausländisches Verfassungsrecht,
Hirschgraben 40, CH-8001 Zürich,
(00 41) 16 34-20 31 oder -2059
oder -2064, Fax (00 41) 16 34-49 92,
E-Mail thuener@ivr.unizh.ch
629. *Thym*, Dr. Daniel, LL.M. (London), Professor,
Pallasstr. 22, 10781 Berlin,
(01 51) 56 60 69 37;
Universität Konstanz,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht,
Fach 116, Universitätsstr. 10, 78457 Konstanz,
E-Mail daniel.thym@uni-konstanz.de
630. *Tietje*, Dr. Christian, Professor,
Heinrich-Heine-Str. 8, 06114 Halle (Saale),
(03 45) 5 48 39 12, Fax (03 45) 524 83 12,
Mobil (0175) 37 36 134, Fax (03 45) 517 40 48,
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Juristische Fakultät, Juridicum,
Universitätsplatz 5, 06108 Halle (Saale),
(03 45) 5 52-31 80, Fax (03 45) 5 52-72 01,
E-Mail Tietje@jura.uni-halle.de
631. *Tomuschat*, Dr. Christian, Professor,
Odilostraße 25a, 13467 Berlin,
(0 30) 40 54 14 86, Fax (0 30) 40 54 14 88,
Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für
Völker- und Europarecht,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-33 35 oder -33 05 oder -33 22,
Fax (0 30) 20 93-33 65,
E-Mail Christian.Tomuschat@rewi.hu-berlin.de

632. *Trute*, Dr. Hans-Heinrich, Universitätsprofessor,
Wettinplatz 3, 01896 Pulsnitz,
(03 59 55) 4 53 01;
Universität Hamburg, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-57 21 oder -56 25, Fax (0 40) 4 28 38-27 00,
E-Mail Hans-Heinrich.Trute@jura.uni-hamburg.de
633. *Tschentscher*, Dr. Axel, LL.M., Professor,
Lehrstuhl für Staatsrecht,
Rechtsphilosophie und Verfassungsgeschichte,
Universität Bern, Institut für öffentliches Recht,
Schanzeneckstraße 1, CH-3001 Bern,
(00 41) 31-6 31 88 99 (direkt), (00 41) 31-6 31 32 36 (Sekretariat),
Fax (00 41) 31-6 31 38 83,
E-Mail axel.tschentscher@oefre.unibe.ch
634. *Uebersax*, Dr. Peter, Privatdozent,
Chemin des Grands-Champs 19, CH-1033 Cheseaux,
(00 41) 2 17 31 29 41;
Schweizerisches Bundesgericht,
Av. du Tribunal-fédéral 29, CH-1000 Lausanne 14,
(00 41) 2 13 18 91 11,
E-Mail peter.uebersax@bger.admin.ch
635. *Uerpmann-Witzack*, Dr. Robert, Professor,
Universität Regensburg, Juristische Fakultät,
93040 Regensburg,
(09 41) 9 43-26 60 oder 26 59, Fax (09 41) 9 43-19 73,
E-Mail Robert.Uerpmann@jura.uni-regensburg.de
636. *Uhle*, Dr. Arnd, Professor,
Stiftungslehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere für Staatsrecht und Staatswissenschaften,
Technischen Universität Dresden,
01062 Dresden,
(03 51) 46 33 73 14, Fax (03 51) 46 33 72 07,
E-Mail uhle@jura.tu-dresden.de
637. *Uhlmann*, Dr. Felix, LL.M., Professor,
Bruderholzallee, CH 4059 Basel;
Rämistrasse 74 / 33, CH 8001 Zürich,
(00 41) 4 46 34 42 24, Fax (00 41) 4 46 34 43 68,
E-Mail felix.uhlmann@rwi.unizh.ch

638. *Unruh*, Dr. Peter, apl. Professor,
Hakensoll 8a, 24226 Heikendorf;
Nordelbisches Kirchenamt,
Dänische Str. 21-35, 24103 Kiel,
E-Mail punruh.nka@nordelbien.de
639. *Vallender*, Dr. Klaus A., Professor,
Unterbach 4, CH-9043 Trogen,
(00 41 71) 94 27 69;
Universität St. Gallen,
Bodanstr. 4, CH-9000 St. Gallen,
(00 41 71) 2 24 25 19
640. *Vedder*, Dr. Christoph, Professor,
Sollner Str. 33, 81479 München,
(0 89) 79 10 03 83, Fax (0 89) 79 10 03 84;
Juristische Fakultät, Universität Augsburg,
Postfach, 86135 Augsburg,
(08 21) 5 98-45 70, Fax (08 21) 5 98-45 72,
E-Mail christoph.vedder@jura.uni-augsburg.de
641. *Vesting*, Dr. Thomas, Universitätsprofessor,
Konradstraße 2, 80801 München,
(089) 38 87 95 45, Fax (089) 38 87 95 47
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Recht und Theorie der Medien,
Johann Wolfgang Goethe-Universität,
Grüneburgplatz 1, RuW 04, 60629 Frankfurt am Main,
(0 69) 798 34 274, Fax (0 69) 798 763 34273,
E-Mail T.Vesting@jur.uni-frankfurt.de
642. *Vitzthum*, Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf, o. Professor,
Im Rotbad 19, 72076 Tübingen,
(0 70 71) 6 38 44, Fax (0 70 71) 96 84 89;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Geschwister-Scholl-Platz, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 52 66, Fax (0 70 71) 2 97 50 39,
E-Mail wolfgang-graf.vitzthum@uni-tuebingen.de

643. *Vöneky*, Dr. Silja, Privatdozentin,
Burgstr. 11 i, 60316 Frankfurt am Main,
(0 69) 90 43 03 64, Fax (069) 90 43 03 65;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie,
Abt. III Völkerrecht,
79085 Freiburg im Breisgau,
(0761) 203 2207, Fax (0761) 203 9193,
E-Mail svoeneky@mpil.de
644. *Vogel*, Dr. Stefan, Privatdozent,
Dübendorfstr. 11c,
CH-8117 Fällanden,
(00 41) 4 33 55 52 29,
E-Mail stefan_vogel@bluewin.ch
645. *Volkman*, Dr. Uwe, Professor,
Am Bonifatiusbrunnen 231, 60439 Frankfurt am Main,
(0 69) 51 86 73;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht,
55099 Mainz,
(0 61 31) 39-2 34 53, Fax (0 61 31) 39-2 30 90,
E-Mail Volkman@uni-mainz.de
646. *Voßkuhle*, Dr. Andreas, Professor,
Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts,
Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe,
(07 21) 91 01-3 13;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für
Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie,
Postfach, 79085 Freiburg i. Br.,
(07 61) 2 03-22 09, Fax (07 61) 2 03-91 93,
E-Mail staatswissenschaft@jura.uni-freiburg.de
647. *Waechter*, Dr. Kay, Professor,
Ceciliengärten 12, 12159 Berlin;
FB Rechtswissenschaft, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-82 27,
E-Mail waechter@jura.uni-hannover.de

648. *Wahl*, Dr. Rainer, o. Professor,
Hagenmattenstr. 6, 79117 Freiburg,
(07 61) 6 59 60;
Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht V,
Postfach, 79085 Freiburg,
(07 61) 2 03 89 61, Fax (07 61) 2 03 22 93,
E-Mail rainer.wahl@jura.uni-freiburg.de
649. *Waldhoff*, Dr. Christian, Professor,
Lennéstraße 47, 53113 Bonn,
(02 28) 2 89 10 64;
Universität Bonn, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Kirchenrechtliches Institut,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73-91 25, Fax (02 28) 73-40 49,
E-Mail waldhoff@uni-bonn.de
650. *Waldmann*, Dr. Bernhard, Professor, RA
Alfons-Aebystrasse 29, CH-3186 Düringen,
(00 41) 2 64 93 57 05;
Universität Freiburg i. Üe.
Route d' Englisberg 7, CH-1763 Granges-Paccot,
(00 41) 2 63 00 81 56,
E-Mail bernhard.waldmann@unifr.ch
651. *Wallerath*, Dr. Maximilian, Universitätsprofessor,
Gudenauer Weg 86, 53127 Bonn,
(02 28) 28 32 02,
E-Mail max.wallerath@web.de;
Universität Greifswald, Rechts- und
Staatswissenschaftliche Fakultät,
17487 Greifswald,
(0 38 34) 86 21 44, Fax (0 38 34) 8 68 00 77
652. *Wallrabenstein*, Dr. Astrid, Professorin,
Prälat-Diehl-Str. 17, 64285 Darmstadt,
(0 61 51) 6 51 09;
Universität Bielefeld, Professur für öffentliches Recht,
Bildungsrecht und Recht der sozialen Sicherung,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06-44 30 oder -69 57 (Skr.), Fax (05 21) 1 06-60 48,
E-Mail astrid.wallrabenstein@uni-bielefeld.de

653. *Walter*, Dr. Christian, Professor,
Finkenstr. 5, 48147 Münster,
(02 51) 2 00 75 01;
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
einschließlich Völker- und Europarecht,
Bispinghof 24/25, 48143 Münster,
(02 51) 83-2 20 21, Fax (02 51) 83-2 20 43,
E-Mail chwalter@uni-muenster.de
654. *Weber*, Dr. Albrecht, Professor,
Weidenweg 20, 49143 Bissendorf,
(0 54 02) 39 07;
Universität Osnabrück, 49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69-61 38,
E-Mail aweber@uos.de
655. *Weber*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor,
Noldinstr. 14, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 06 64-1 62 57 39;
Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht,
Finanzrecht und Politikwissenschaft,
Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-5 07-82 30,
E-Mail karl.weber@uibk.ac.at
656. *Weber-Dürler*, Dr. Beatrice, o. Professorin,
Ackermannstr. 24, CH-8044 Zürich,
(00 41) 4 42 62 04 20;
E-Mail beatrice.weber-duerler@rwi.uzh.ch
657. *Wegener*, Dr. Bernhard W., Professor,
Friedrich-Alexander-Universität,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Schillerstraße 1, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 8 52 92 85, Fax (0 91 31) 8 52 64 39,
E-Mail sekretariat.wegener@jura.uni-erlangen.de
658. *Wehr*, Dr. Matthias, Privatdozent,
Am Schwarzenberg 37, 97078 Würzburg,
(09 31) 2 16 30;
Hochschule für Öffentliche Verwaltung Bremen (HfÖV),
Doventorscontrescarpe 172 C, 28195 Bremen,
E-Mail matthias.wehr@hfoev.bremen.de

659. *Weiß*, Dr. Norman, Privatdozent,
Martin-Luther-Str. 56, 10779 Berlin;
MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam,
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam,
(03 31) 9 77 34 50, Fax (03 31) 9 77 34 51,
E-Mail weiss@uni-potsdam.de
660. *Weiß*, Dr. Wolfgang, Universitätsprofessor,
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 31, Fax (0 62 32) 6 54-1 23,
E-Mail wweiss@brookes.ac.uk
661. *Welti*, Dr. Felix, Professor,
Marquardplatz 3, 23554 Lübeck,
(04 51) 8 13 27 42, Fax (04 51) 8 13 27 43;
Universität Kassel.
FB 01 Humanwissenschaften,
Institut für Sozialwesen,
Abteilung Sozialpolitik, Recht und Soziologie.
Arnold-Bode-Str. 10, 34109 Kassel,
(05 61) 80 42 970,
E-Mail mail@felix-welti.de
662. *Wendt*, Dr. Rudolf, o. Professor,
Schulstr. 45, 66386 St. Ingbert-Hassel,
(0 68 94) 5 32 87, Fax (0 68 94) 5 32 50;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Wirtschafts-,
Finanz- und Steuerrecht,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-21 04 oder -31 04, Fax (06 81) 302-47 79,
E-Mail r.wendt@mx.uni-saarland.de
663. *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,
(08 51) 5 09-23 51, Fax (08 51) 5 09-23 52,
E-Mail wernsmann@uni-passau.de

664. *Wiederin*, Dr. Ewald, Universitätsprofessor,
Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43) 14 27 73 54 82, Fax (00 43) 14 27 73 54 89,
E-Mail ewald.wiederin@univie.ac.at
665. *Wieland*, Dr. Joachim, LL.M., Universitätsprofessor,
Gregor-Mendel-Straße 13, 53115 Bonn,
(02 28) 923 993 34, Fax (02 28) 3 29 48 89;
Lehrstuhl für öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht,
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 1409, 67324 Speyer,
(0 62 32) 65 43 55, Fax (0 62 32) 65 43 06,
E-Mail wieland@dhw-speyer.de
666. *Wielinger*, Dr. Gerhard, Universitätsdozent,
Bergmannsgasse 22, A-8010 Graz,
(00 43) 3 16-31 87 14, dienstl. (00 43) 3 16-70 31 24 28
667. *Wieser*, DDr. Bernd, a.o. Universitätsprofessor,
Wittenbauerstr. 76, A-8010 Graz;
Institut für Öffentliches Recht, Politikwissenschaft
und Verwaltungslehre, Karl-Franzens-Universität Graz,
Universitätsstr. 15/C3, A-8010 Graz,
(00 43) 3 16-3 80-33 81 oder -33 83, Fax (00 43) 3 16-3 80-94 50,
E-Mail bernd.wieser@uni-graz.at
668. *Wildhaber*, Dr. Luzius, LL.M., J.S.D.,
Dres. h.c., LL.D.h.c., o. Professor,
Auf der Wacht 21, CH-4104 Oberwil,
(0 041) 61 4 01 25 21,
E-Mail luzius.wildhaber@unibas.ch
669. *Wilke*, Dr. Dieter, Präsident des OVG Berlin a.D.,
Universitätsprofessor a.D.,
apl. Professor an der Freien Universität Berlin,
Schweinfurthstr.10, 14195 Berlin
670. *Will*, Dr. iur. Dr. phil. Martin, M.A., LL.M. (Cambr.), Professor,
Hartmann-Ibach-Straße 105, 60389 Frankfurt,
Professur für Öffentliches Recht, Universität zu Köln,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
E-Mail martin.will@uni-koeln.de

671. *Will*, Dr. Rosemarie, Professorin,
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93 33 00-36 82, Fax (0 30) 20 93 34 53,
E-Mail Rosemarie.Will@rewi.hu-berlin.de
672. *Wimmer*, Dr. Norbert, o. Universitätsprofessor,
Heiligegeiststr. 16, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-58 61 44;
Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht und
Politikwissenschaften,
Innrain 80/82, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-82 00 oder -82 01,
E-Mail Veronika.Obojes@uibk.ac.at
673. *Windthorst*, Dr. Kay, Professor,
Prinzregentenstr. 75, 81675 München,
(01 62) 9 02 00 76;
Professur für Öffentliches Recht, Universität Bayreuth,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Universitätsstr. 30, Gebäude B 9,
95447 Bayreuth,
(09 21) 55-35 19, Fax (09 21) 55-43 31,
E-Mail kwindt@t-online.de
674. *Winkler*, Dr. Dr. h.c. Günther, a.o. Universitätsprofessor,
Reisnerstr. 22/5/11, A-1030 Wien,
(00 43) 17 13 44 15;
Universität Wien,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43) 14 01 03-31 31
675. *Winkler*, Dr. Markus, Privatdozent,
Bornwiesweg 12, 65388 Schlangenbad,
(0 61 29) 50 20 99,
E-Mail winkler.jura@web.de;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
55099 Mainz,
E-Mail mwinkl@uni-mainz.de

676. *Winkler*, Dr. Roland, a.o. Univ.-Prof.,
Borromäumstraße 10/2, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62 64 12 60 oder (00 43) 67 69 07 01 71;
Fachbereich Öffentliches Recht,
Universität Salzburg,
Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62 80 44 36 24, Fax (00 43) 6 62 80 44 36 29,
E-Mail roland.winkler@sbg.ac.at
677. *Winter*, Dr. Gerd, Professor,
FB 6: Rechtswissenschaft, Universität Bremen,
Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,
(04 21) 2 18-28 40, Fax (04 21) 2 18-34 94,
E-Mail gwinter@uni-bremen.de
678. *Winterhoff*, Dr. Christian, apl. Prof.,
Theodor-Storm-Straße 1, 22869 Schenefeld,
(0 40) 85 40 03 76, Fax (0 40) 85 41 48 80,
E-Mail post@christianwinterhoff.de;
Graf von Westphalen, Große Bleichen 21, 20354 Hamburg,
(0 40) 3 59 22-2 64, Fax (0 40) 3 59 22-2 93,
E-Mail christian.winterhoff@grafvonwestphalen.com
679. *Winzeler*, Dr. Christoph, LL. M. (Harv.) Privatdozent,
St.-Jakobs-Strasse 96, CH-4052 Basel,
(00 41) 6 12 95 93 93 (Büro), Fax (00 41) 6 12 72 53 82 (Büro),
E-Mail christoph.winzeler@span.ch;
Universität Fribourg, Institut für Religionsrecht,
Miséricorde, Büro 4119, CH-1700 Fribourg,
(00 41) 2 63 00 80 23, Fax (00 41) 2 63 00 96 66,
E-Mail christoph.winzeler@sba.ch
680. *Wißmann*, Dr. Hinnerk, Professor,
Universität Bayreuth,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht,
95440 Bayreuth,
(09 21) 55-2876 oder -2875 (Skr.), Fax (09 21) 55-58 23,
E-Mail hinnerk.wissmann@uni-bayreuth.de

681. *Wittinger*, Dr. Michaela, Privatdozentin,
Schauinslandstraße 1, 76199 Karlsruhe,
(07 21) 59 16 81, Fax (07 21) 9 59 77 40,
E-Mail MichaelaWittinger@web.de;
Universität des Saarlandes,
c/o Forschungsstelle Internationaler Kulturgüterschutz Prof.
Dr. W. Fiedler,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-32 00
682. *Wittmann*, Dr. Heinz, a.o. Universitätsprofessor,
Steinböckengasse 4/14, A-1140 Wien,
(00 43) 19 14 31 75;
Verlag Medien und Recht GmbH,
Danhausergasse 6, A-1040 Wien,
(00 43) 15 05 27 66, Fax (00 43) 15 05 27 66-15
683. *Wittreck*, Dr. Fabian, Professor,
Cheruskerring 51, 48147 Münster,
(02 51) 2 00 62 88,
E-Mail fabian@wittreck.com;
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Professur für Öffentliches Recht,
Bispinghof 25/25, 48143 Münster,
(02 51) 8 32 11 99, Fax (02 51) 8 32 24 03,
E-Mail fwitt_01@uni-muenster.de
684. *Wolf*, Dr. Joachim, Professor,
Von-Velsen-Straße 17, 44625 Herne,
(0 23 23) 45 96 25;
Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum,
Umweltrecht, Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre,
Gebäude GC, Universitätsstr. 150, 44789 Bochum,
(02 34) 3 22-52 52, Fax (02 34) 3 21 44 21,
E-Mail LS.Wolf@jura.ruhr-uni-bochum.de

685. *Wolff*, Dr. Heinrich Amadeus, Professor,
Rudolf-Ditzen-Weg 12, 13156 Berlin,
(0 30) 48 09 79 48;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere Staatsrecht und Verfassungsgeschichte,
Europa-Universität Viadrina,
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt (Oder),
(03 35) 55 34 22 95, Fax (03 35) 55 34 24 18,
Mobil (01 63) 9 01 24 45,
E-Mail Heinrich.Wolff@euv-frankfurt-o.de
686. *Wolfrum*, Dr. Dr. h.c. Rüdiger, o. Professor,
Mühlthalstr. 129 b, 69121 Heidelberg,
(0 62 21) 47 52 36;
MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 48 22-55 oder -56, Fax (0 62 21) 48 22 88,
E-Mail wolfrum@mpil.de
687. *Wollenschläger*, Dr. Ferdinand, Privatdozent,
Max-Planck-Str. 8, 81675 München,
(089) 470 279 73;
Juristische Fakultät der LMU München,
80539 München,
(089) 218 027 19, Fax (089) 218 050 63
E-Mail ferdinand.wollenschlaeger@jura.uni-muenchen.de
688. *Wolter*, Dr. Henner, Privatdozent, RA,
Rechtsanwälte Hensche & Wolter,
Knesebeckstr. 76, 10623 Berlin
(0 30) 9 39 33 30, Fax (0 30) 9 393 33 33,
E-Mail info@rawolter-berlin.de;
Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für Öffentliches Recht
und Rechtsphilosophie, Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-34 72, Fax (0 30) 20 93-34 52
689. *Würtenberger*, Dr. Thomas, o. Professor,
Beethovenstr. 9, 79100 Freiburg,
(07 61) 7 86 23;
Universität Freiburg, Postfach, 79085 Freiburg
(07 61) 2 03-22 46 oder -22 49,
E-Mail Thomas.Wuertenberger@jura.uni-freiburg.de

690. *Wyduckel*, Dr. Dieter, Professor,
Juristische Fakultät, TU Dresden,
01062 Dresden,
(03 51) 4 63-73 21, Fax (03 51) 4 63-72 09,
E-Mail wyduckel@jura.tu-dresden.de
691. *Wyss*, Dr. iur. Martin, Professor,
Höheweg 62, CH-3097 Liebefeld,
(00 41) 31 9 72 99 93, Fax (00 41) 31 9 72 99 91,
E-Mail mpwyss@bluewin.ch;
Stellvertretender Chef Fachbereich II für Rechtsetzung,
Bundesamt für Justiz, Bundeshaus West, CH-3003 Bern,
(00 41) 31 3 22 75 75, Fax (00 41) 31 3 22 78 37,
E-Mail martin.wyss@bj.admin.ch
692. *Zacher*, Dr. Dr. h.c. mult. Hans F., o. Professor,
Starnberger Straße 47, 82343 Pöcking,
(0 81 57) 13 84;
MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht
Amalienstr. 33, 80799 München,
Postfach 34 01 21, 80098 München,
(0 89) 3 86 02-5 02, Fax (0 89) 3 86 02-5 90
E-Mail Zacher@mpis.mpg.de
693. *Zeh*, Dr. Wolfgang, Professor, Ministerialdirektor a.D.,
Marktstr. 10, 72359 Dotternhausen,
E-Mail cowo.zeh@gmx.de
694. *Zejschwitz*, Dr. Friedrich von, Universitätsprofessor,
Petersweiher 47, 35394 Gießen,
(06 41) 4 51 52;
Universität Gießen, 35390 Gießen,
(06 41) 7 02 50 20
695. *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

696. *Ziekow*, Dr. Jan, Universitätsprofessor,
Gartenstraße 3, 67361 Freisbach,
(0 63 44) 59 02, Fax (0 63 44) 59 02;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,
(0 62 32) 65 40,
E-Mail ziekow@dhv-speyer.de
697. *Zimmer*, Dr. Gerhard, Professor,
Waldschützpfad 9, 12589 Berlin,
(0 30) 6 48 95 90;
Universität der Bundeswehr, 22043 Hamburg,
(0 40) 65 41 27 71
698. *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 Wirtschaftsrecht
und Wirtschaftsvölkerrecht,
August-Bebel-Str. 89, 14482 Potsdam,
(03 31) 9 77-35 16, Fax (03 31) 9 77-32 24,
E-Mail andreas.zimmermann@uni-potsdam.de
699. *Zippelius*, Dr. Dr. h.c. Reinhold, o. Professor,
Niendorfstr. 5, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 5 57 26;
Universität Erlangen-Nürnberg,
91054 Erlangen,
(0 91 31) 85 28 20
700. *Zuleeg*, Dr. Dr. h.c. Manfred, Professor,
Kaiser-Sigmund-Str. 32, 60320 Frankfurt am Main,
(0 69) 56 43 93;
Institut für Öffentliches Recht,
Völker- und Europarecht, Universität Frankfurt,
Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt am Main,
(0 69) 7 98 2 23 82, Fax (0 69) 7 98 2 87 50,
E-Mail M.Zuleeg@jur.uni-frankfurt.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 und 3. Oktober 2007)

§ 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 Hochschule 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 Mehrheitsanforderungen (§§ 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;

³ § 6 Abs. 1 in der Fassung des Beschlusses der Mitgliederversammlung in Heidelberg vom 6. 10. 1999; in Kraft getreten am 1. 10. 2001.

insbesondere ist in allen finanziellen Angelegenheiten dasjenige Vorstandsmitglied alleinvertretungsberechtigt, 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 Vereinsinteressen 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.

