Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Heft 60

Horst Dreier, Walter Pauly

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

---

Ingolf Pernice, Peter M. Huber, Gertrude Lübbe-Wolf,
Christoph Grabenwarter

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

Wolfgang Löwer, Thomas Puhl, Michael Holoubek

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000



2001

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Jörn Ipsen (Osnabrück)

♾ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus / Horst Dreier ; Walter Pauly. Europäisches und nationales Verfassungsrecht / Ingolf Pernice ... [u.a.]. [Gesamtw.]: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000.
[Red.: Jörn Ipsen]. – Berlin ; New York : de Gruyter, 2001
(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ; H. 60)
ISBN 3-11-017192-9

© Copyright 2001 by Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 10785 Berlin
Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Printed in Germany
Diskettenkonvertierung: Dörlemann Satz GmbH, Lemförde
Druck und Bindung: WB-Druck GmbH & Co., Rieden am Forggensee
Einbandgestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Inhalt

Jahrestagung 2000 5

Ansprache des Vorsitzenden *Jochen Abr. Frowein* 7

Erster Beratungsgegenstand
Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

1. Bericht von Professor Dr. *Horst Dreier* 9
   Leitsätze des Berichterstatters 70
2. Bericht von Professor Dr. *Walter Pauly* 73
   Leitsätze des Berichterstatters 102
3. Aussprache und Schlußworte 106

Zweiter Beratungsgegenstand
Europäisches und nationales Verfassungsrecht

1. Bericht von Professor *Dr. Ingolf Pernice* 148
   Leitsätze des Berichterstatters 189
2. Bericht von Professor *Dr. Peter M. Huber* 194
   Leitsätze des Berichterstatters 242
3. Bericht von Professorin Dr. *Gertrude Lübbe-Wolff* 246
   Leitsätze des Berichterstatters 288
4. Bericht von Professor Dr. Dr. *Christoph Grabenwarter* 290
   Leitsätze des Berichterstatters 346
5. Aussprache und Schlußworte 350

Dritter Beratungsgegenstand
Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

1. Bericht von Professor Dr. *Wolfgang Löwer* 416
   Leitsätze des Berichterstatters 453
2. Bericht von Professor Dr. *Thomas Puhl* 456
   Leitsätze des Berichterstatters 505

3. Bericht von Professor Dr. *Michael Holoubek* 513
Leitsätze des Berichterstatters 583
4. Aussprache und Schlußworte 590

Verzeichnis der Redner 663

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung
der Deutschen Staatsrechtslehrer 665

Satzung der Vereinigung 731

Jahrestagung 2000

Vom 4. bis 7. Oktober hielt die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ihre Jahrestagung in Leipzig ab, wo sie bereits einmal im Jahre 1925 getagt hatte. Zu Beginn der Mitgliederversammlung gedachte die Vereinigung ihrer seit der Heidelberger Tagung verstorbenen Mitglieder *Wilhelm G. Grewe* und *Karl Wenger*. Der Vorsitzende konnte in der Mitgliederversammlung 25 Mitglieder begrüßen, die sich kurz vorstellten. Die Vereinigung zählt jetzt 491 Mitglieder.

Zu den Mitgliedern des Vorstandes für das Jahr 2001 wurden wiedergewählt: *Jochen Abr. Frowein*, *Jörn Ipsen* und *Hartmut Bauer*. Von der nächsten Tagung in Würzburg an wird der Vorstand gemäß der geänderten Satzungsbestimmung auf zwei Jahre gewählt.

Nach Begrüßung durch den Dekan der Juristenfakultät Professor Dr. *Franz Häuser* wurde bereits am Mittwoch nachmittag der erste Beratungsgegenstand der Tagung behandelt. *Horst Dreier*, Würzburg, und *Walter Pauly*, Jena, referierten über die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Die Aussprache stand unter der Leitung des Vorsitzenden. Im Anschluß daran gaben der Rektor der Universität Leipzig und der Oberbürgermeister der Stadt im Neuen Rathaus einen Empfang.

Am Donnerstag wurde der zweite Beratungsgegenstand behandelt. Über europäisches und nationales Verfassungsrecht sprachen *Ingolf Pernice*, Berlin, *Peter M. Huber*, Jena, *Gertrude Lübbe-Wolff*, Bielefeld, *Christoph Grabenwarter*, Bonn. Die Aussprache wurde von *Hartmut Bauer* geleitet. Am Abend dieses Tages gab der Ministerpräsident des Freistaates Sachsen, Professor Dr. *Kurt Biedenkopf*, im Festsaal des Alten Rathauses einen Empfang.

Der dritte Beratungsgegenstand wurde am Freitag behandelt. *Wolfgang Löwer*, Bonn, *Thomas Puhl*, Mannheim, *Michael Holoubek*, Wien, referierten über den Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber. Die Aussprache wurde von *Jörn Ipsen* geleitet. Am Abend dieses Tages fand ein geselliger Abend im berühmten Auerbachs Keller statt, der durch musikalische Darbietungen bereichert wurde.

Der Ausflug am Samstag führte in die Gegend des Braunkohleabbaues südlich von Leipzig. Die Teilnehmer erhielten eingehende Informationen über die schwierigen Probleme des gegenwärtigen Tagebaues und der Rekultivierung abgebauter Braunkohlevorkommen. Das Be-

gleitprogramm führte in vielen Alternativen in die Umgebung Leipzigs und hatte eine besondere Komponente in Musikangeboten.

Ganz besonderer Dank für die Vorbereitung der Tagung gilt *Martin Oldiges* und seinen Helfern sowie *Frau Oldiges* für die Organisation des Begleitprogramms. Leipzig hat sich auf dieser Tagung als eine Stadt des Rechts vorgestellt, die an ihre alten Traditionen auf diesem Gebiet intensiv anknüpft.

J. A. F.

Ansprache des Vorsitzenden Jochen Abr. Frowein

Spectabilität, meine sehr verehrten Kolleginnen und Kollegen, meine Damen und Herren, es ist eine hohe Ehre und eine große Freude für mich als Vorsitzender unserer Vereinigung, heute nach 75 Jahren die zweite Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig zu eröffnen. Am 10. März 1925 hatte der Geheime Justizrat Professor *Heinrich Triepel* die dritte Jahrestagung der Vereinigung hier in Leipzig eröffnet. Ich begrüße ganz besonders die Damen und Herren, die das erste Mal an einer Tagung unserer Vereinigung teilnehmen, und ich begrüße unsere Gäste, die auf Einladung des Vorstandes an dieser Tagung teilnehmen. Ihnen, Spectabilität, darf ich sehr herzlich dafür danken, daß Sie in Vertretung der Leipziger Juristenfakultät gleich einige Worte an uns richten werden. *Heinrich Triepel* konnte seinerzeit darauf hinweisen, daß er in demselben Raum, in dem die damals kleine Gruppe der Staatsrechtslehrer sich traf, seine Erste Staatsprüfung abgelegt hatte und daß er im nächsten Zimmer sein Rigorosum bestanden hatte. Er würdigte damals die große Zahl der Namen, die mit der Leipziger Juristenfakultät verbunden sind. Uns allen klingen die Namen *Otto Mayer, Wilhelm Eduard Albrecht, Carl Friedrich von Gerber,* aber über das öffentliche Recht hinaus *Windscheid, Binding, Sohm* in ganz besonderer Weise. Als jemand, der viel mit der Rechtslage Deutschlands theoretisch und praktisch zu tun hatte, ist es mir eine besondere Freude, die Tagung in der Stadt zu eröffnen, die so wesentlich zu den Veränderungen im Herbst 1989 beigetragen hat. Ich bin ein wenig stolz darauf, daß mit Herrn Kollegen *Nolte* ein Mitglied unserer Vereinigung hier anwesend ist, der in der schwierigen Umbruchphase fast ein Jahr lang der Leipziger Juristenfakultät bei den Veränderungen voll zur Seite gestanden hat und zwar in der Zeit, als er unter meiner Verantwortung wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut in Heidelberg war.

Die Leipziger Tagung 1925 wurde auch mit einer Ansprache des Reichsgerichtspräsidenten Simons eingeleitet. Er meinte damals, es sei ein Unglück, wenn ein selbständiges Reichsverwaltungsgericht neben das Reichsgericht gestellt werden sollte, ein Unglück für das Reichsgericht und ein Unglück für die Einheitlichkeit des deutschen Rechtslebens. In Kürze wird das Bundesverwaltungsgericht – wie Sie wissen – von Berlin nach Leipzig umziehen und das Gebäude des alten Reichsgerichts beziehen, was freilich für die Aufgabe zu klein ist und mit er-

heblichen Anbauten versehen werden muß. Auch hier gibt es also eine Beziehung zu der Tagung vor 75 Jahren, auch wenn die Geschichte anders entschieden hat. Die damals behandelten Themen 1925 betrafen den Schutz des öffentlichen Rechts und die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts. Es referierten *Walter Jellinek*, *Gerhard Lassar*, *Fritz Stier-Somlo*, *Ludwig von Köhler* und *Hans Helfritz*. Das Schicksal von *Walter Jellinek* und *Gerhard Lassar* mag uns ganz besonders vor Augen stehen, wenn wir das erste Thema heute nachmittag behandeln, zu dem sich zu meiner großen Freude Herr *Dreier* und Herr *Pauly* bereitgefunden haben. *Walter Jellinek*, Sohn von *Georg Jellinek* und Enkel eines Rabbiners, verlor seinen Lehrstuhl 1935, konnte aber in Heidelberg bleiben und wurde 1945 sogleich wieder eingestellt. *Gerhard Lassar* war 1888 in Berlin geboren worden. Er nahm am 1. Weltkrieg vom ersten bis zum letzten Tage als Offizier teil, wurde mit beiden eisernen Kreuzen, dem Hanseatenkreuz und dem Verwundetenabzeichen ausgezeichnet und habilitierte sich 1920 in Berlin bei Triepel. Im Jahre 1925 wurde er Extraordinarius in Hamburg und am 1. 1. 1934 wurde er wegen seiner Abstammung in den Ruhestand versetzt. Er starb in Hamburg im Januar 1936 mit noch nicht 48 Jahren. Sein Lebenslauf bringt einem das Wort von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* vom Bürgerverrat, der an diesen Menschen begangen worden ist, in Erinnerung. Ich wünsche unserer Tagung einen guten und fruchtbaren Verlauf.

Erster Beratungsgegenstand:

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

1. Bericht von Prof. Dr. *Horst Dreier,* Würzburg

Inhalt

		Seite
I.	Vorgeschichte	10
II.	Formierung und Orientierung der Staatsrechtslehre nach 1933	15
	1. Personelle Neuformation	15
	2. „Nationale Erhebung"	18
	3. Legale Revolution?	20
	4. Negativkonsens	24
	a) Anti-Liberalismus	25
	b) Anti-Parlamentarismus und Anti-Föderalismus	27
	c) Anti-Semitismus	29
III.	Nationalsozialistische Staatsrechtslehre?	32
	1. Volk und Volksgemeinschaft: der „völkische" Staat	33
	2. Staat und Bewegung: der „Bewegungsstaat"	40
	3. Führung und Führerprinzip: der „Führerstaat"	46
	4. Fazit: Staatsrechtslehre ohne Objekt	59
IV.	Großraumordnung und Europa-Idee	62
V.	Ende und Neubeginn	67

I. Vorgeschichte

„In den Kreisen der Staatsrechtslehrer und Soziologen versteht es sich heute beinahe von selbst, von Demokratie nur mit verächtlichen Worten zu sprechen, gilt als modern, die Diktatur – direkt oder indirekt – als das Morgenrot einer neuen Zeit zu begrüßen. Und diese Wendung der ‚wissenschaftlichen' Haltung geht Hand in Hand mit einem Wechsel der philosophischen Front: Fort von der jetzt als Flachheit verschrieenen Klarheit des empirisch-kritischen Rationalismus, diesem geistigen Lebensraum der Demokratie, zurück zu der für Tiefe gehaltenen Dunkelheit der Metaphysik, zum Kultus eines nebulosen Irrationalen, dieser spezifischen Atmosphäre, in der seit je die verschiedenen Formen der Autokratie am besten gediehen sind. Das ist die Parole von heute."[1]

Die vorstehend zitierten Worte entstammen einem kleinen, im April 1932 unter dem Titel „Verteidigung der Demokratie" publizierten Aufsatz. Verfasser *dieses* Notrufes[2] war *Hans Kelsen.* Der Text dokumentiert eindringlich, daß die Weimarer Republik ein Jahr vor der sog. „Machtergreifung"[3] faktisch am Ende war.[4] Eine ruhige Fortentwicklung war der kri-

---

[1] *H. Kelsen* Verteidigung der Demokratie (1932), in: ders., Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze, hrsgg. v. N. Leser, 1967, 60ff. (61). Vgl. auch *H. Holborn* RVBl. 1932, 921 (921). Die Überzeugung, daß die parlamentarische Demokratie zum Untergang verurteilt sei, teilten damals viele: auch *F. Neumann* Der Niedergang der deutschen Demokratie (1933), in: ders., Wirtschaft, Staat, Demokratie, 1978, 103ff. (freilich mit fragwürdigen Prämissen und Aussagen); ähnlich *G. Leibholz* Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild, 1933. Siehe auch das im Februar 1933 verfaßte Vorwort von *G. Anschütz* Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, VI.

[2] *C. Schmitt* hat den Schluß seiner Schrift „Legalität und Legitimität" von 1932 später als „Warnruf" und deren letzten Satz („Dann rächt sich die Wahrheit") als „wahren Notschrei" bezeichnet (*ders.* Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 2. Aufl. 1973, 345).

[3] Für manche Phasen und Aspekte spricht man wohl besser von „Machtübergabe"; vgl. *E.R. Huber* Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 7, 1984, 1261ff.; *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band, 1999, 246ff. (zu diesem Buch *H. Dreier* Rechtshistorisches Journal 19 [2000], 82ff.); eingehend *M.R. Lepsius* Machtübernahme und Machtwechsel. Zur Strategie des Regimewechsels 1918/19 und 1932/33 (1971), in: ders., Demokratie in Deutschland, 1993, 80ff.; wichtig auch die Beiträge in: K.D. Erdmann/H. Schulze (Hrsg.), Weimar. Selbstpreisgabe einer Demokratie, 1980. – Historische Analysen (ausführlich *K.D. Bracher* Stufen der Machtergreifung [1962], 1979; *G. Schulz* Die Anfänge des Maßnahmenstaates [1962], 1974; *J. Fest* Hitler. Eine Biographie [1973], 3. Aufl. 2000, 558ff.; knapper *N. Frei* Der Führerstaat [1987], 5. Aufl. 1997, 38ff.; *I. Kershaw* Hitlers Macht, 2. Aufl. 2000, 88ff.) erweisen den Gesamtvorgang als hocheffiziente Mischung einer Parteirevolution „von unten" und politischer Repression „von oben".

sengeschüttelten ersten deutschen Demokratie ohnehin nicht beschieden gewesen.[5] Von Beginn an mit schwersten Hypotheken außen- wie innenpolitischer Art belastet,[6] fehlte es ihrer westlich-liberalen Verfassung vor allem am nötigen Rückhalt in der Gesellschaft.[7] Die verfassungstragende Mehrheit in der Weimarer Nationalversammlung erwies sich rasch als vergänglich; nie wieder konnte die „Weimarer Koalition" von SPD, Zentrum und DDP in dieser Zusammensetzung eine parlamentarische Mehrheit erringen.[8] In Militär und Industrie, in den staatlichen Institutionen wie bei den großen Interessenverbänden, im Protestantismus[9] nicht anders als im Katholizismus[10] stand man den demokratischen Prämissen von Freiheit

---

[4] Zum Untergang klassisch *K.D. Bracher* Die Auflösung der Weimarer Republik (1955), 2. Aufl. 1957.

[5] Zum folgenden noch eingehend *H.A. Winkler* Weimar 1918–1933, 2. Aufl. 1998, 109ff.; *E. Kolb* Die Weimarer Republik, 5. Aufl. 2000, 35ff., 107ff.; *A. Wirsching* Die Weimarer Republik, 2000, 1ff., 31ff., 109ff.

[6] Stichworte: Friedensdiktat von Versailles, Räterepubliken, politische Morde, separatistische Bewegungen, Putschversuche, dann Hyperinflation und später Massenarbeitslosigkeit. *H.A. Winkler* Der lange Weg nach Westen, Bd. I, 2000, wählt als Titel für das Weimar-Kapitel treffend: „Die vorbelastete Republik" (S. 378ff.).

[7] Zusammenfassend *K. Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Die geschichtlichen Grundlagen des Deutschen Staatsrechts, 2000, 666ff., 714ff., 744ff.; siehe noch *D.J.K. Peukert* Die Weimarer Republik, 1987, 204ff., 218ff., 252ff.; *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 86, 124 u.ö.; *H. Dreier* ZNR 20 (1998), 28 (48) m.w.N. – Gern ex post festgestellte „Konstruktionsfehler" der Weimarer Verfassung treten demgegenüber an Bedeutung für das Scheitern der Republik in den Hintergrund.

[8] *Bracher* Machtergreifung (Fn. 3), 58; *E. Jäckel* Hitlers Herrschaft. Vollzug einer Weltanschauung (1986), 4. Aufl. 1999, 17; *D. Willoweit* Deutsche Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1997, § 37 IV 2 (S. 297); ausführlich zum schmalen Verfassungskonsens *C. Gusy* Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, 371ff.

[9] Vgl. *K. Nowak* Protestantismus und Weimarer Republik, in: K.D. Bracher/M. Funke/H.-A. Jacobsen (Hrsg.), Die Weimarer Republik 1918–1933, 1987, 218ff. (228ff., 233ff.); *K. Tanner* Die fromme Verstaatlichung des Gewissens, 1989, 59ff.; *ders.* Protestantische Demokratiekritik in der Weimarer Republik, in: R. Ziegert (Hrsg.), Die Kirchen und die Weimarer Republik, 1994, 23ff.; *G. Wollstein* Evangelische Kirche und Weimarer Republik, ebd., 7ff. (12ff.); *H. Geck* Zwischen Distanz und Loyalität – Der deutsche Protestantismus und die Weimarer Republik, in: G. Brakelmann/N. Friedrich/T. Jähnichen (Hrsg.), Auf dem Weg zum Grundgesetz. Beiträge zum Verfassungsverständnis des neuzeitlichen Protestantismus, 1999, 140ff.

[10] Vgl. *E.-W. Böckenförde* Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933 (1961), in: ders., Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933, 1988, 39ff.; *H. Lutz*, Demokratie im Zwielicht. Der Weg der deutschen Katholiken aus dem Kaiserreich in die Republik 1914–1925, 1963, 67ff., 91ff.; *A. Hollerbach* Rechts- und Staatsdenken im deutschen Katholizismus der Weimarer Zeit, in: FS Listl, 1999, 49ff.; *M. Dahlheimer* Carl Schmitt und der deutsche Katholizismus 1888–1936, 1998, 22ff., 31ff. (dazu die Rezension von *B. Rüthers* NJW 1999, 2861 [2862]).

und Gleichheit weithin fremd gegenüber, blieben die Funktionserfordernisse eines pluralistischen parlamentarischen Systems letztlich unverstanden.[11] Gänzlich zerrieben wurde die Republik schließlich von den extremen Parteien linker wie rechter Provenienz,[12] deren Attraktivität durch die europaweite Ausbreitung[13] faschistischer, kommunistischer und autoritärer Regierungen[14] gestärkt wurde. Das schwache Weimar aber stand dem treffenden Wort *Brachers* zufolge unter jedermanns Vorbehalt.[15]

Von solchen Vorbehalten war auch die Staatsrechtslehre nicht frei.[16] Das Spektrum von Distanzierung und Delegitimierung reichte von monarchistischer Befangenheit[17] über offene Bekenntnisse zum Vorrang des

---

[11] *Willoweit* Verfassungsgeschichte (Fn. 8), § 37 IV 2 (S. 297): „Es zeigte sich rasch, daß die Kluft zwischen dem demokratischen Bewußtsein der Verfassunggeber und dem politischen Denken großer Teile des Volkes nicht zu überbrücken war." Siehe noch *R. Morsey* Woran scheiterte die Weimarer Republik? (= Kirche und Gesellschaft 254), 1998.

[12] Zum Wählerschwund der verfassungstragenden Parteien etwa *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 24ff.; *Kolb* Weimarer Republik (Fn. 5), 177. Aber auch die eigentlich verfassungskonformen politischen Parteien trugen ein gerüttelt' Maß an Mitschuld, indem sie wie im Kaiserreich in erster Linie klientelorientierte Obstruktionspolitik betrieben und sich als strukturell kompromiß- und koalitionsunfähig erwiesen (vgl. *Bracher* Stufen [Fn. 3], 59: „Entwöhnung von positiver Verantwortungsfunktion"; *Stolleis* Geschichte III [Fn. 3], 104ff.; *Morsey* Woran scheiterte [Fn. 11], 8ff.; *Wirsching* Weimarer Republik [Fn. 5], 17ff.; zu spezifisch deutschen historischen Vorprägungen dieser Art von „negativer Politik" *H. Hofmann* Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert [1974], 3. Aufl. 1998, 416ff.).

[13] Zu diesem Phänomen *Horst Möller* Europa zwischen den Weltkriegen, 1998, 1ff., 121ff.

[14] Zu autoritären Regimen als eigener, dritter Kategorie zwischen „liberalen" und „totalitären" Systemen vgl. *J. Linz* Totalitäre und autoritäre Regime, 2000, insb. 129ff.

[15] *K.D. Bracher* Demokratie und Machtvakuum: Zum Problem des Parteienstaates in der Auflösung der Weimarer Republik, in: Erdmann/Schulze (Fn. 3), 109ff. (123): Weimar „blieb für allzu viele eine Vorbehaltsrepublik". Zu den „geistigen" Voraussetzungen der Kapitulation Weimars *ders.* Machtergreifung (Fn. 3), 48ff.; ausführlich *K. Sontheimer* Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 1962, insb. S. 79ff. Zu bedenken und festzuhalten bleibt, daß das Spektrum der Weimaropposition von linken Kräften (Anarchisten, Kommunisten, Rätesozialisten) über „Herzensmonarchisten" bis hin zu einer vielfältig gegliederten und durchaus nicht nur restaurativen politischen Rechten reichte; zu dieser näher *S. Breuer* Anatomie der Konservativen Revolution, 1993; weiter differenzierend *ders.* Grundpositionen der deutschen Rechten (1871–1945), 1999, 13ff., 103ff.

[16] Von „Vorbehalt" spricht auch *S. Korioth* AöR 123 (1998), 606ff. unter Bezug auf Günther Holstein. – Ausführlicher zum Gedankengang der folgenden Passage *H. Dreier* Rechtshistorisches Journal 19 (2000), 82 (88–96).

[17] Diese Wendung stammt von *A.J. Merkl* SchwJZ 16 (1920), 378ff. – Dazu, daß sich viele Staatsrechtslehrer nur schwerfällig von der Monarchie abwandten und voller innerer Vorbehalte gegenüber der neuen Republik waren, vgl. nur *Stolleis* Geschichte III

Naturrechts[18] bis hin zum lustvollen Ausmalen vorgeblicher innerer Widersprüche der Verfassung[19] oder dem Aufstellen kaum erfüllbarer Ansprüche an die Integrationskraft der fragmentierten Gesellschaft[20] und die

---

(Fn. 3), 63, 90, 101 u.ö.; ferner *C. Gusy* Einleitung: Demokratisches Denken in der Weimarer Republik – Entstehungsbedingungen und Vorfragen, in: ders. (Hrsg.), Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, 2000, 11ff. (16f., 23ff.). Vor allem gelang es nicht, die nachrückende junge Generation an die neue Ordnung zu binden.

[18] *E. Kaufmann* Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), 2ff. (vgl. dazu die fassungslose Reaktion in der Aussprache von *Anschütz* ebd., 47ff.). – Zur Problematik der Behauptung absoluter Werte in einer „weltanschaulich nicht mehr homogenen Gesellschaft" hat *E.-W. Böckenförde* Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: FS Arndt, 1969, 53ff. (65f.) richtig ausgeführt, daß hier „die Berufung auf ein ‚absolutes Recht' oder ‚absolute Werte' ein politisches Privileg für bestimmte Gruppenvorstellungen und -ziele impliziert, sich unter Berufung auf die Absolutheit *ihrer* Rechtsvorstellung dem Einigungszwang im vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren zu entziehen."

[19] Schmitts These von der hinter dem positiven Verfassungsgesetz stehenden „eigentlichen" Verfassungsentscheidung konnte und sollte zur Relativierung des Geltungsanspruchs einzelner, verfassungstextlich niedergelegter Artikel oder ganzer Teile der geschriebenen Verfassung dienen: der erste Hauptteil konnte gegen den zweiten ausgespielt werden – oder umgekehrt. Überhaupt darf *Schmitts* „Verfassungslehre" von 1928 nicht als rein akademische Analyse der Grundstrukturen einer verfassungsstaatlichen Ordnung betrachtet werden; sie war vielmehr deren (durchaus nicht traurig gestimmter) Abgesang. *E.R. Huber* Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, 1935, 6 konstatierte: „Indem Schmitt die Verfassung des Weimarer Staates zum Gegenstand einer theoretischen Untersuchung machte, enthüllte er die geistigen Grundlagen und zugleich die innere Brüchigkeit dieses politischen Systems." – Auch Schmitts Auseinanderreißung von Parlamentarismus und Demokratie sowie seine Akklamations„theorie" diskreditierten das Weimarer System. – Zum Vorstehenden vgl. aus der Überfülle der Literatur nur *H. Hofmann* Legitimität gegen Legalität (1964), 3. Aufl. 1995, XIIIff., 124ff., 157f.; hellsichtig als Zeitgenosse *R. Thoma* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 53 (1925), 212ff.; *ders.* Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: H.C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, 1ff. (45).

[20] Zumindest mehrdeutig schillerten angesichts der düsteren politischen Realität auch Anforderungen, welche eine Art von Staatsvoraussetzungslehre an die gelingende Integration stellte. Das postulierte „Einheitsgefüge der Sinnerlebnisse" (*R. Smend* Verfassung und Verfassungsrecht [1928], in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, 119ff. [126]) war hier offensichtlich nicht vorhanden, was an andere Formen politischer Synthesis als die eines parteienpluralistischen Parlamentarismus mit seiner unvermeidlichen Kompromißstruktur zumindest denken ließ (vgl. S. 141, 149, 175); auch die Vorordnung des Integrationswertes gegenüber dem Verfassungswert (vgl. S. 190) brachte den Geltungsanspruch der positiven Verfassung in die Schwebe; im übrigen teilte Smend die Abwertung des geheimen Wahlaktes (s. 153 Fn. 20) mit Carl Schmitt (*ders.* Zur geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. Aufl. 1925, 22f.; *ders.* Verfassungslehre [Fn. 19], 243, 280f.). Scharfe zeitgenössische Kritik

Repräsentationskraft ihrer Vertreter.[21] Man buchstabierte Pluralismus als Desintegration, Parlamentarismus als Parteienherrschaft, Liberalismus als Staatsgefährdung.[22] Obgleich hinter der Kritik an der Weimarer Verfassung häufig eine mehr oder minder deutlich vorgetragene Option für nicht-parlamentarische und nicht-demokratische Systeme hervortrat, so bedeutete dies keineswegs, daß sich die Positionen einzelner deutscher Staatsrechtslehrer vor 1933 als originär nationalsozialistisch qualifizieren ließen.[23] Eine „protofaschistische" Staatsrechtslehre existierte nicht. Wohl aber war das liberal-demokratische Modell westlicher Prägung bei vielen hoffnungslos diskreditiert. Als sich dann seit der Staatskrise vom Sommer 1932 das Verfassungsrecht gewissermaßen im Kreise zu drehen begann[24] und niemand eine Lösung wußte, die mit Geist *und* Buchstaben der Verfassung vereinbar war,[25] standen neue „substantielle" Konzepte

---

Smends bei *H. Kelsen* Der Staat als Integration, 1930; milder *Thoma* Bedeutung (Fn. 19), 9ff. Zu Smend jüngst noch *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 174f. m.w.N. sowie die treffenden Gesamteinschätzungen von *S. Korioth* Integration von Norm, Wert und Wirklichkeit, in: M.-S. Lotter (Hrsg.), Normenbegründung und Normenentwicklung in Gesellschaft und Recht, 1999, 200ff., und *R. Lhotta* Rudolf Smend und die Weimarer Demokratiediskussion: Integration als Philosophie des „Als-Ob", in: Gusy, Demokratisches Denken (Fn. 17), 286ff.

[21] Das Repräsentationsmodell von *G. Leibholz* (Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert [1929], 3. Aufl. 1966; Neudruck dieser Ausgabe u.d.T.: Die Repräsentation in der Demokratie, 1973) lag auf der gleichen Linie konzeptioneller Überforderung der realen politischen Ordnung und damit ihrer Delegitimierung; sein Konzept hatte mit egalitärem Wahlrecht und der Existenz politischer Parteien nichts zu tun, hätte aber gut zu einem ständischen Honoratiorensenat gepaßt. Vgl. näher *Hofmann* Repräsentation (Fn. 12), 21ff.; *ders./H. Dreier* Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: H.-P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 5 Rn. 10; *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 105, 108 (auch zu Leibholz' Kritik am Wahlrechtssystem).

[22] Treffend spricht *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 104f. von der großen Intensität bei der „Herausarbeitung von Schwächen oder logischen Widersprüchen der Verfassung" und einem „Willen zur diagnostischen Verschärfung".

[23] So war Carl Schmitt in den Krisenmonaten vor der Machtergreifung ein Mann Schleichers, nicht Hitlers (detailliert *W. Pyta/G. Seiberth* Der Staat 38 [1999], 423ff., 594ff.). – Otto Koellreutter hatte allerdings 1932 einen Wahlaufruf zugunsten der NSDAP unterschrieben; dazu *J. Schmidt* Theodor Otto Koellreutter, in: H. Nehlsen/G. Brun (Hrsg.), Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, 1996, 331ff. (336).

[24] Diese ebenso treffende wie plastische Wendung bei *Willoweit* Verfassungsgeschichte (Fn. 8), § 38 IV 2 (S. 310); vgl. auch *Morsey* Woran scheiterte (Fn. 11), 12ff.

[25] Ausführlich zur Ausweglosigkeit im Rahmen der Verfassung, also ohne (zumindest temporären und die Gefahr eines Bürgerkrieges heraufbeschwörenden) Bruch der Verfassung, ohne Staatsstreich und ohne vorübergehende Militärdiktatur o.ä.: *Huber*

und andere „konkrete" Topoi bereit:[26] wahres Volk, echte Gemeinschaft, Autorität statt Majorität, persönliche Führung.[27]

II. Formierung und Orientierung der Staatsrechtslehre nach 1933

1. Personelle Neuformation

Bereit standen auch Staatsrechtslehrer, das sich seit der Ernennung Hitlers zum Reichskanzler schrittweise durchsetzende neue System zu stützen, zu deuten und nach Möglichkeit mitzugestalten. Freilich nicht alle. Einer ersten Gruppe wurde die Entscheidung, wie sie sich der „nationalen Revolution"[28] gegenüber verhalten sollten, abgenommen, indem man sie aus politischen Gründen oder wegen ihrer jüdischen Herkunft des Amtes enthob.[29] Die Entlassungswelle aus dem Frühjahr 1933 traf

---

Verfassungsgeschichte VII (Fn. 3), 1052ff., 1162ff., 1205ff.; *D. Grimm* Verfassungserfüllung–Verfassungsbewahrung–Verfassungsauflösung, in: H.-A. Winkler (Hrsg.), Die deutsche Staatskrise 1930–1933. Handlungsräume und Alternativen, 1992, 183ff.; *S. Korioth* Rettung oder Überwindung der Demokratie – Die Weimarer Staatsrechtslehre im Verfassungsnotstand 1932/33, in: Gusy, Demokratisches Denken (Fn. 17), 505ff.

[26] Dazu *D. Grimm* Die „Neue Rechtswissenschaft" – Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz (1985), in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 373ff. (384ff.); eingehend *O. Lepsius* Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, 1994, 13ff., 101ff., 126ff.; siehe noch *Gusy* Reichsverfassung (Fn. 8), 455ff.; implizite Hinweise auch bei *K. Rennert* Die „geisteswissenschaftliche Richtung" in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik, 1987; allgemein *Bracher* Machtergreifung (Fn. 3), 48ff.; knapp *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 107ff.

[27] Zu beachten bleibt, daß diese Begriffe und Vorstellungen vielfältig ausdeutbar waren und keinesfalls ihre spätere Real-Konkretisierung zwingend in sich trugen.

[28] So *O. Koellreutter* Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933; *U. Scheuner* Die nationale Revolution, AöR 24 (1934), 166ff., 261ff.; *E. Tatarin-Tarnheyden* Werdendes Staatsrecht, 1934, 1ff. Andere sprachen von nationalsozialistischer Revolution: *Heinrich Krüger* Die Verfassung der nationalsozialistischen Revolution, 1933; *E. Forsthoff* Der totale Staat, 1933, 14.

[29] Überblicksartige Darstellungen: *B. Limperg* Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985, 44ff.; *B. Rüthers* Entartetes Recht, 2. Aufl. 1989, 129ff.; *H. Göppinger* Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich". Entrechtung und Verfolgung, 2. Aufl. 1990, 183ff.; *S. Höpel* KritJ 26 (1993), 438ff.; aufschlußreiche statistische Daten für die gesamte Rechtswissenschaft bei *L. Breunung* KritV 80 (1997), 359ff.; vgl. auch die Schilderung von Einzelschicksalen (u.a. Nawiasky, Kaufmann, Kelsen, Heller) und die Gesamtbetrachtung von *Wolfgang Benz* in: H. Heinrichs u.a. (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, 677ff., 693ff., 705ff., 767ff., – Zu beachten sind ferner Arbeiten über die Vorgänge an einzelnen

u.a. die Staatsrechtslehrer *Hermann Heller, Erwin Jacobi, Hans Kelsen, Karl Löwenstein* und *Hans Nawiasky,* eine weitere Welle von 1935[30] *Erich Kaufmann, Walter Jellinek* und *Gerhard Leibholz.* Viele emigrierten.[31] In Hamburg nahm sich *Kurt Perels* das Leben, nachdem er den Fragebogen zu seiner Abstammung ausgefüllt hatte.[32]

Eine zweite Gruppe von Staatsrechtslehrern wahrte Distanz, wich vom stets besonders politischen Staatsrecht auf andere, unverfänglichere Themengebiete aus oder verstummte vernehmbar: an prominenten Vertretern sind *Triepel,*[33] *Smend,*[34] *Thoma*[35] und vor allem *Anschütz* zu nennen, der Ende März 1933 um seine vorzeitige Emeritierung nachsuchte;[36] des weiteren kommen hier *Bühler, Giese, Laforet* und *Laun* in Be-

---

Universitäten oder Fakultäten: z.B. *E. Wolgast* Die Universität Heidelberg in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins 135 (1987), 359ff.; *F. Golczewski* Kölner Universitätslehrer und der Nationalsozialismus, 1988. – Rechtsgrundlage war das „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums" v. 7. April 1933 (RGBl. I S. 175); zur Einschätzung des Gesetzes *C. Schmitt* DR 1934, 27 (29): „Seine besondere Bedeutung liegt darin, daß es die artfremden Elemente aus der Beamtenschaft beseitigt."

[30] Grund war die Verschärfung des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums" v. 14. 11. 1935 (RGBl. I S. 1333). Zu beiden Wellen knapp *W. Kohl/ M. Stolleis* NJW 1988, 2849 (2849); zum ganzen noch *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 250ff., 254ff.

[31] *M.R. Lepsius* Kultur und Wissenschaft in Deutschland unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (1987), in: ders., Demokratie (Fn. 3), 119ff. (122) betont zu Recht, daß – jedenfalls auf Dauer – die „innere Emigration" nur für Nichtjuden möglich war. Das wird statistisch bestätigt durch *L. Breunung* KritV 80 (1997), 359 (361f.).

[32] Das geschah im September 1933. Siehe *H.P. Ipsen* Erinnerungen an elf Hamburger Staatsrechtslehrer, in: FS Thieme, 1993, 1063ff. (1065f.); *G. Nicolaysen* Rechtsfakultät 1933 – Juristische Professoren nach der Machtergreifung, ebd., 1101ff. (1104ff.).

[33] In der Würdigung von *R. Smend* Heinrich Triepel (1966), in: ders., Abhandlungen (Fn. 20), 594ff. fällt das Stichwort „innere Emigration" (S. 604); ebd., 607 heißt es: „Seine Bereitschaft zu Verständnis und Verständigung war dem Dritten Reich gegenüber nach kurzer Zeit erschöpft. Vor dem Eindringen der Pöbelherrschaft des Dritten Reiches in die Universität trat er in ruhiger Würde ab." Zu Leben und Werk von *Triepel* siehe *A. Hollerbach* AöR 91 (1966), 417ff.; *U. Gassner* Heinrich Triepel – Leben und Werk, 1999.

[34] Die Anzahl seiner Veröffentlichungen in der Zeit des Nationalsozialismus ist bemerkenswert gering und widmet sich eher entlegenen Gebieten: vgl. *Smend* Abhandlungen (Fn. 20), 326ff., 346ff. und das Schriftenverzeichnis ebd., 609ff.

[35] Vgl. die Nachweise bei *H.-D. Rath* Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874–1957, 1981, 196ff.; dort S. 200 auch der Hinweis auf seine gemäß Befehl des Gauleiters eingestampfte Rede „Die Völkerrechtsakte der Knechtung und der Befreiung der Rheinlande nach dem Weltkrieg".

[36] Dazu (mit Text des Gesuches) *H. Dreier* ZNR 20 (1998), 28 (33f.).

tracht;[37] von den frisch Habilitierten verdient *Ernst Friesenhahn* Erwähnung.[38]

Die Vertreter der dritten Gruppe, der im folgenden das Hauptaugenmerk gilt, stellten sich auf die Seite des neuen Systems. Bei einigen wie *Ernst Forsthoff* währte die Begeisterung nicht lang.[39] Die meisten aber publizierten in den folgenden Jahren im wesentlichen systemkonform, was interne und zuweilen durchaus wissenschaftlich zu nennende Kontroversen nicht ausschloß. Nach Rang, wissenschaftlicher Autorität und Anzahl der Publikationen standen hier von den bereits etablierten Staatsrechtslehrern drei im Vordergrund: *Carl Schmitt, Otto Koellreutter* und *Johannes Heckel.* Unter den besonders stark vertretenen jüngeren Jahrgängen, deren bewußtes politisches Erleben sich auf die Kriegsjahre der Monarchie und die Krisenjahre der Republik beschränkte,[40] waren es neben *Gustav Adolf Walz* vor allem *Ernst Rudolf Huber, Theodor Maunz* und *Ulrich Scheuner,* ferner *Herbert Krüger* und *Günther Küchenhoff.* Abzusetzen von diesen ist als vierte Gruppe ein kleiner, aber publikationsfreudiger Kreis von erklärten NS-Juristen wie *Best,*[41] *Stuckart* und *Höhn,* von denen nur der

---

[37] Dazu – trotz des irreführenden Titels der Arbeit – einige Informationen bei *B. v. Bülow* Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (1945–1952), 1996, 156ff., 160ff. (freilich mit nicht in allen Punkten überzeugender Aufteilung und Zuordnung).

[38] Vgl. *J.A. Frowein* AöR 110 (1985), 99ff.

[39] Schon seine – bemerkenswerterweise auf S. 8 als „nicht im Dienste des historischen Erkennens, sondern der politischen Aktion" stehend charakterisierte – Schrift von 1933 („Der totale Staat", 2. Aufl. 1934) läßt trotz aller jubelnden Bejahung der „nationalsozialistischen Revolution" (S. 14) erkennen, warum: Forsthoff postulierte Grenzen der persönlichen Führung und betonte, daß zwar die Bewegung, nicht aber der Staat in der Person des Führers aufgehen könne. Ferner hieß es (S. 31): „Der Staat ist gebunden an Tradition, Gesetz und Ordnung." Später hat sich Forsthoff stärker dem Verwaltungsrecht (Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938) und methodologischen Fragen (Recht und Sprache, 1940) zugewendet, seine antisemitischen Bemerkungen aus der Schrift über den totalen Staat von 1933 (S. 38f., 48) niemals wiederholt und vor allem in den Kriegsjahren sehr entschieden Rationalität und Formalität des Rechts betont: Charakteristika, die ansonsten von der offiziellen Doktrin eher geschmäht und als typisch liberalistisch bezeichnet wurden (deutlich *E. Forsthoff* Grenzen des Rechts, 1941, 12, 15, 17, 19ff.).

[40] Eindrücklich beschrieben von *E.R. Huber* Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Zeit, in: H. Quaritsch (Hrsg.), Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt, 1988, 33ff. (33f.); zur Generationenfrage auch knapp *Bracher* Machtergreifung (Fn. 3), 48, 55, und *Grimm* „Neue Rechtswissenschaft" (Fn. 26), 389. Allgemein dazu *M.H. Kater* Die nationalsozialistische Machtergreifung an den deutschen Hochschulen. Zum politischen Verhalten akademischer Lehrer bis 1939, in: FS Martin Hirsch, 1981, 49ff. (55, 58), insb. mit Blick auf entsprechende Karrierechancen, die sich in Weimar nicht geboten hätten.

[41] Zu ihm *U. Herbert* Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft (1903–1989), 1996.

letztgenannte einen Lehrstuhl innehatte.[42] Für alle Namensreihen gilt selbstverständlich, daß sie keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.[43]

2. *„Nationale Erhebung"*

Die Parteinahme für das neue Regime dokumentierte sich in einer wahren Flut von Zeitschriftenbeiträgen und daneben in einer seinerzeit stark verbreiteten Publikationsform, die man treffend als „Flugschriften"[44] bezeichnet hat: eher Broschüren als Monographien, eher Bekenntnisse[45] als wissenschaftliche Analysen.[46] Dabei zählt es zu den Besonderheiten gerade dieser Konsolidierungsphase, daß sich wegen der absoluten Vagheit des nationalsozialistischen Programms und seiner amalgamierungsfähigen Propagandaformeln[47] vielfältige Projektionsflächen für

---

[42] Zu Höhns Wirken an der Berliner Universität näher *A.-M. Gräfin v. Lösch* Der nackte Geist, 1999, 320ff., 394ff., 426ff. (zu diesem Buch wiederum lesenswert die Rezension von *H.H. Jakobs* Rechtshistorisches Journal 19 [2000], 181ff.). Die dem im Jahre 2000 Verstorbenen gewidmeten Nachrufe beleuchtet kritisch *B. Rüthers* NJW 2000, 2866ff.

[43] Aus Platzgründen ist ebenso selbstverständlich, daß nicht zu allen genannten Autoren im ohnehin schon umfangreichen Anmerkungsapparat vertiefte biographische und bibliographische Angaben gegeben werden können. Pauschal sei insofern verwiesen auf *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), insb. das dritte, fünfte, siebente, achte und neunte Kapitel.

[44] *A. Voigt* Die Staatsrechtslehrer und das Dritte Reich, in: Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte 31 (1979), 195 (195): „Es entstand in jenen Umbruchsjahren eine Literaturgattung, die vorher nicht vorhanden gewesen war, alsbald versiegte und auch nach 1945 vergleichsweise nicht in Erscheinung trat: Flugschriften sozusagen, wie denn solche, einer alten Lexikondefinition zufolge (Meyer 1979), Schriften von wenigen Bogen darstellen, die verbreitet werden, ‚um irgendeiner Parteisache zu dienen, die öffentliche Meinung für oder gegen irgend eine Sache oder Person einzunehmen'". Zeitgenössisch *O. Koellreutter* Der Deutsche Führerstaat, 1934, 3 („Broschürenliteratur"). – Einschlägige Publikationsreihen waren: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck); Der deutsche Staat der Gegenwart (Hrsg.: Carl Schmitt), Verlag Hanseatische Verlagsanstalt, 1933 gegründet; Das Recht der nationalen Revolution, Verlag Carl Heymanns, 1933 gegründet. – Zum Phänomen der „Wendeliteratur" allgemein *B. Rüthers* NJW 2000, 2402ff.

[45] Darauf weist treffend hin *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 321, der zudem von einem wahren „Schöpfungsrausch" (S. 320) spricht.

[46] Zur Vielfalt der ineinander verschlungenen Motive für diese Art der Selbstpositionierung *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 321; *Kater* Machtergreifung (Fn. 40), 52, 55ff.; *D. Majer* Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems, 1987, 28; *A. Laufs* JuS 2000, 1 (6).

[47] *Bracher* Machtergreifung (Fn. 3), 49 charakterisiert die nationalsozialistische Weltanschauung als „überaus heterogenes Konglomerat von halbdurchdachten Ideen, nationalistischen und sozialen Ressentiments, romantischen Gefühlsaufwallungen und aggres-

eigene Vorstellungen boten. Das nährte manche Illusion, die weitere Entwicklung im eigenen Sinne beeinflussen oder gar eine Art von Meinungsführerschaft[48] übernehmen zu können. Eine exakte zeitliche und sachliche Grenze zwischen Wunschvorstellungen, autosuggestiver Wahrnehmungsengführung und blindem Gefolgschaftswillen läßt sich hier natürlich nicht ziehen. Manche Äußerungen wirkten geradezu beschwörend, andere eher wie „Phantasiestücke".[49] Spätestens mit dem sog. Röhm-Putsch[50] Mitte 1934 war dann aber Klarheit geschaffen.[51] Ernst-

---

siv-revolutionären Aktivismustheorien"; ausführlicher *ders.* Die deutsche Diktatur, 1969, 155ff., 270ff., 370ff.; knapp *F. Ermacora* Allgemeine Staatslehre. Erster Teilband, 1970, 178ff. – Zur Rezeptionsfähigkeit der NS-Formeln für die Staatsrechtslehre *O. Lepsius* Personengebundene oder strukturorientierte Bewertungskriterien für juristisches Verhalten im Nationalsozialismus, in: H. Nehlsen/G. Brun (Hrsg.), Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, 1996, 63ff. (75ff.).

[48] Vgl. *H. Ridder* Ex oblivione malum, in: Gesellschaft, Recht und Politik. Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag, 1968, 305ff. (317 Fn. 23): „Aufstieg in den Kreis der neuen Celebritäten"; *Grimm* „Neue Rechtswissenschaft" (Fn. 26), 388ff.; *Lepsius* Begriffsbildung (Fn. 26), 119; vgl. auch *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 318ff.

[49] So *J. Heckel* KritV 31 (1941), 245 (245); von ‚beschwörenden' Stellungnahmen ist bei *Hofmann* Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), 198 die Rede. Dazu wäre wohl, um ein Beispiel zu nennen, das Festhalten an einer rechtsstaatlichen Gestaltung und die Vorstellung einer nicht aggressiven Außenpolitik des neuen Regimes zu zählen (so *Koellreutter* Vom Sinn [Fn. 28], 11, 33). Derartige Phantasiestücke gab es auch später noch einmal in Gestalt von Hans Franks Reden aus dem Sommer 1942; dazu instruktiv und mit Dokumentation *D. Willoweit* ZNR 16 (1994), 272ff. – Zu einigen von Wunschvorstellungen getragenen Konzepten noch *Lepsius* Bewertungskriterien (Fn. 47), 76ff., 82.

[50] Zum sog. Röhm-Putsch als „Felonie" und als Akt, der bis dahin im neuzeitlichen Europa niemals gesehen ward, vgl. *G. Schulz* Der Staat 22 (1983), 262 (268). – *I. Kershaw* Hitler 1889–1936, 1998, spricht diesbezüglich von „einer Art modernen Bartholomäusnacht-Massakers" (S. 638) und von „Gangstermethoden" (S. 651); ebd., 657 wird die Tat mit dem Valentins-Massaker von Al Capone verglichen. – In ähnliche Richtung geht die Bemerkung von *G. Stourzh* VjhZG 38 (1990), 497 (499).

[51] Insofern ist eben auch der berühmt-berüchtigte Aufsatz von *C. Schmitt* („Der Führer schützt das Recht") in DJZ 1934, Sp. 945ff. von unbezweifelbarer Eindeutigkeit (*Hofmann* Legitimität gegen Legalität [Fn. 19], 190ff.; *B. Rüthers* Carl Schmitt im Dritten Reich, 2. Aufl. 1990, 76ff.) und wirken Versuche, selbst hierin noch eine Art von waghalsiger Verteidigungsstrategie zugunsten der Begrenzung staatlichen Handelns zu erblicken (vgl. Nachweise bei *Hofmann* Legitimität gegen Legalität [Fn. 19], V, XIII; skeptisch gegenüber den Exkulpationen letztlich auch *H. Quaritsch* Positionen und Begriffe Carl Schmitts, 1989, 82ff.), ihrerseits mehr als gewagt. – Das Regime selbst rechtfertigte sich mit dem von Reichsjustizminister Gürtner sowie Hitler und Reichsinnenminister Frick unterzeichneten Gesetz vom 3. 7. 1934 (RGBl. I S. 529), welches die Mordakte als „Staatsnotwehr" und daher als „rechtens" deklarierte (eingehend *L. Gruchmann* Justiz im Dritten Reich 1933–1940, 1988, 448ff.), aber nicht die Schmittsche These vom Führer als „obersten Gerichtsherrn" aktivierte; diese Position wurde seinerzeit nur von *H. Frank*

hafte Hoffnungen auf die Bewahrung einer Art von autoritärer Rechtsstaatlichkeit[52] mit einer im Kern funktionierenden Justiz und einer in alter Tradition verankerten Rechtsidee, auf ein Festhalten an Gewaltenteilung und Machtkontrolle konnte man seitdem kaum mehr hegen. Zugleich war es jetzt für wirksamen Protest zu spät.

3. *Legale Revolution?*

Derartiger Protest hätte sich möglicherweise an der fraglichen Verfassungsmäßigkeit des Ermächtigungsgesetzes[53] oder auch der „Verordnung zum Schutz von Volk und Staat" vom 28. Februar 1933[54] festmachen können. Doch bejahten ereignisnahe Deutungen die Legalität der einzelnen Schritte der Machtergreifung bzw. Machtübergabe[55] am Maßstab der Weimarer Reichsverfassung.[56] Das wirkte sedativ. Und in der Leichtig-

---

(DR 1934, 321f.) und *R. Freisler* (DJ 1935, 856 [857]) geteilt; allgemeine Wendung vom „Führer als ‚obersten Gerichtsherrn der Nation'" bzw. „des deutschen Volkes" bei *H. Frank* Vorbemerkungen, in: ders. (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, XIIIff. (XVI, XVII). – Stellungnahmen von der Art des Schmittschen Aufsatzes finden sich im sonstigen staatsrechtlichen Schrifttum der Zeit im übrigen praktisch nicht (lediglich *G. Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler, in: E. Volkmar/A. Elster/G. Küchenhoff [Hrsg.], Handwörterbuch der Staatswissenschaft, Bd. 8, 1937, 203ff. [203] spricht später von den „ausgezeichneten Darlegungen von Carl Schmitt"); zu Protesten aus Kreisen der Justiz *O. Gritschneder* „Der Führer hat Sie zum Tode verurteilt ..." Hitlers „Röhm-Putsch"-Morde vor Gericht, 1993. Zum Schwellencharakter der Röhm-Aktion noch *Stern* Staatsrecht V (Fn. 7), 843f.

[52] Terminus in Anlehnung an die Arbeiten von *Linz* Regime (Fn. 14). *U. Scheuner* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (901) spricht explizit von einer „Gestaltung der Staatsführung, die man als ‚autoritäre Volksregierung' bezeichnen kann"; ähnlich *C.H. Ule* RVBl. 1933, 604 (606f.): „Herstellung einer autoritären Staatsführung". Dagegen aber *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1338).

[53] Über Besonderheit und Tragweite des Ermächtigungsgesetzes herrschte jedenfalls keine Unklarheit, auch nicht darüber, daß die WRV damit definitiv beendet war: vgl. *H. Triepel* Die nationale Revolution und die deutsche Verfassung, in: Deutsche Allgemeine Zeitung Nr. 157 v. 2. April 1933, 1 (2); *U. Scheuner* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (902f.).

[54] Diese sog. „Reichstagsbrandverordnung" verdiente eine genauere Betrachtung (siehe *Bracher* Machtergreifung [Fn. 3], 130ff.). Im übrigen wurde sie bis zum Ende des Dritten Reiches als generalklauselartige Rechtsgrundlage herangezogen; vgl. nur *T. Maunz* Gestalt und Recht der Polizei, in: E.R. Huber (Hrsg.), Idee und Ordnung des Reiches, Bd. 2, 1943 (Dritter Beitrag), 3ff. (22ff., 25, 49).

[55] Dazu oben Fn. 3.

[56] Die Formel von der „legalen Revolution" stammt von *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 1f.; aufgegriffen von *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1336, 1338); *U. Scheuner* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (900 m. Fn. 1); *ders.* AöR 63 (1934),

keit, ja Leichtfertigkeit, mit der die Formel von der legalen Revolution gehandhabt wurde,[57] kam wohl auch die Erleichterung darüber zum Ausdruck, die ungeliebte und funktionsunfähige Republik hinter sich lassen zu können.[58] Rasch stellte sich dann die Deutung jedoch um und auf

---

166 (167); *Meukel* Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933 (RGBl. I S. 141), sog. Ermächtigungsgesetz, in: Frank (Hrsg.), Handbuch (Fn. 51), 343ff. (344). Im Kern heißt das: die einzelnen Schritte der Machtergreifung, vor allem das Ermächtigungsgesetz, seien formal korrekt nach den Regeln der Weimarer Verfassung zustandegekommen, die aber für das weitere Verfassungsrecht keinen Maßstab mehr bilde. Zusammenfassend *G. Dannemann* Legale Revolution, Nationale Revolution. Die Staatsrechtslehre zum Umbruch von 1933, in: Böckenförde, Staatsrecht (Fn. 29), 3ff.; vgl. auch *Huber* Verfassungsgeschichte VII (Fn. 3), 1266, demzufolge die Formel „den historischen Vorgang nur unvollkommen und mißverständlich" umschreibe. – Entscheidend ist vor allem eines: *Triepel* op. cit., will von „ungesetzlichen oder in ihrer Gesetzlichkeit bestreitbaren Einzelakten" absehen (die er damit immerhin anspricht); das hindert ihn aber eben nicht an der Generaleinschätzung, daß es „echte deutsche Art" sei, „Revolutionen in aller Form Rechtens zu veranstalten", und am Verweis auf das Beispiel der Paulskirchenversammlung (!); ähnlich *Scheuner* op. cit., Sp. 900. – Diese Einschätzungen gelten einer innenpolitischen Entwicklung der ersten Monate des Jahres 1933, die Zeithistoriker als eskalierende Orgie der Gewalt beschreiben (*Bracher* Machtergreifung [Fn. 3], 108ff., 128ff., 137ff., 190ff.; *M. Broszat* Der Staat Hitlers [1969], 11. Aufl. 1986, 94ff., 99ff., 108ff.; *Fest* Hitler [Fn. 3], 555ff.; *Frei* Führerstaat [Fn. 3], 41, 43ff.; *Kershaw* Hitlers Macht [Fn. 3], 94ff.). Man bedenke nur, daß Göring in seiner Eigenschaft als (kommissarischer) Innenminister Preußens 50000 SA-Männer zu „Hilfspolizisten" machte (diese trugen zu ihrer SA-Uniform eine weiße Armbinde). Zahlreiche Bitt- und Beschwerdeschriften aus der Bevölkerung an Hindenburg leitete dieser ungerührt an den Reichskanzler Hitler weiter; eine Vielzahl weiterer aufschlußreicher Dokumente findet sich bei J. Becker/R. Becker (Hrsg.), Hitlers Machtergreifung, 1983.

[57] Gegen die Verfassungsmäßigkeit des Ermächtigungsgesetzes läßt sich zunächst anführen, daß sämtliche KPD-Abgeordnete und einige Sozialdemokraten fehlten, weil sie in „Schutzhaft" genommen, untergetaucht oder ins Ausland geflohen waren (vgl. *E. Wadle* JuS 1983, 170 [175]); sie konnten an der parlamentarischen Willensbildung nicht teilnehmen und diese nicht beeinflussen. Noch schwerer wiegt der physische und psychische Druck auf die Versammlung durch die Anwesenheit von SS- und SA-Trupps vor und in der Kroll-Oper (*Wadle* op. cit., 175f.; vgl. noch *Willoweit* Verfassungsgeschichte [Fn. 8], § 39 II 1 [S. 315]; *Fest* Hitler [Fn. 3], 580; *Bracher* Machtergreifung [Fn. 3], 229, 233). Als entscheidend erweist sich die fehlerhafte Zusammensetzung des Reichsrates, da entgegen Art. 63 I WRV und dem Urteil des Staatsgerichtshofes im Prozeß um den „Preußenschlag" 34 der 66 Stimmen von Reichskommissaren ausgeübt wurden (eingehend *H. Schneider* Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, 1961, 28f., 43ff.; knapp *R. Grawert* Die nationalsozialistische Herrschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, § 4 Rn. 5). – Eine der wenigen kritischen zeitgenössischen Stimmen stammt von *A. W.* [d.i. *H. Nawiasky*], Schweizerische Rundschau 33 (1933/34), 891ff.

[58] *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2: dem „Marxistische[n]" in der Weimarer Verfassung werde man „keine Träne" nachweinen; siehe auch *U. Scheuner* AöR 63 (1934),

eigene Beine:[59] jetzt hieß es, die formale Legalität der Revolution sei nur aus Rücksichtnahme auf den Funktionsmodus der Bürokratie erfolgt bzw. dem deutschen Sinn für Ordnung geschuldet gewesen.[60] Der Sache nach trage der Nationalsozialismus seine Legalität bzw. Legitimität – beides lasse sich ohnehin nicht mehr trennen – ganz in sich selbst, ohne sie sich vom überwundenen System erborgen zu müssen.[61] So galt schon die

---

166 (208ff.). – Man vergleiche 1918/19 und 1933: so viele staatsrechtliche Bedenken gegen die revolutionäre Begründung der Demokratie dort, so wenige gegen die ersten Schritte auf dem Weg in die Diktatur hier! – Der „Grund": im Unterschied zum Novemberumsturz habe man es 1933 mit einer „echten Revolution" zu tun gehabt (*Koellreutter* Vom Sinn [Fn. 28], 10; ähnlich ebd., 23; *ders.* Der Aufbau des deutschen Führerstaates [1936], in: H.-H. Lammers/H. Pfundtner [Hrsg.], Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates, Bd. 1, 1ff. [18]; *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht [Fn. 28], 1ff.; zur gleichsinnigen Position Schmitts vgl. *Hofmann* Legitimität gegen Legalität [Fn. 19], 190f.).

[59] Deutlich der erste Satz von *C. Schmitt* Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit, 1933, 5: „Das gesamte öffentliche Recht des heutigen deutschen Staates steht heute auf eigenem Boden." Ebd., 7 spricht er vom „klaren und einfachen Standpunkt ..., daß das Recht des gegenwärtigen nationalsozialistischen Staates nicht auf einer ihm wesensfremden und wesensfeindlichen, sondern auf seiner eigenen Grundlage ruht." – In der Sache ebenso *Huber* Wesen (Fn. 19), 76: „So kommt es auch für die Geltung der revolutionär geschaffenen nationalsozialistischen Staatsordnung nicht auf die Legalität im Sinne der Weimarer Verfassung, sondern auf die Legitimität im Sinne der völkischen Idee an." S. auch ebd., 63 und in allgemeinerer Fassung ebd., 60; *ders.* Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939, 44ff. (49: „Wer aus der Legalität der nationalsozialistischen Revolution schließt, die Weimarer Verfassung gelte noch, bewegt sich im Rahmen eines verfehlten juristischen Formalismus, eines verfassungsrechtlichen Positivismus und Normativismus.").

[60] *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 8: „Die deutsche Revolution war legal, d.h. gemäß der früheren Verfassung formell korrekt. Sie war es aus Disziplin und deutschem Sinn für Ordnung." Ähnlich *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2.

[61] Das war gleichsam „h.M.": vgl. *U. Scheuner* AöR 63 (1934), 166 (167); *Koellreutter* Vom Sinn (Fn. 28), 10; *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 4f. – Scharf *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 6: „Jeder Versuch, die heutige Rechtslage von der Weimarer Verfassung aus zu rechtfertigen oder zu widerlegen, ist daher, vom nationalsozialistischen Staat aus gesehen, entweder ein sinnloses Spiel, oder ein Ausdruck des politischen Bestrebens, das heute geltende öffentliche Recht und die dem heutigen Staat zukommende *auctoritas rei constitutae* in die Gedankengänge des früheren Rechts zurückzuführen und dadurch entweder zu paralysieren oder doch wenigstens zu relativieren. (...) Manche Juristen, die sich offenbar nicht an die Wirklichkeit des nationalsozialistischen Staats gewöhnen können, haben versucht, fundamentale neue Gesetze dieses Staates je nachdem großzügig als ‚zulässige' oder kritisch als ‚unzulässige' Abweichungen von der Weimarer Verfassung hinzustellen, die ausschließlich an jenem ‚Ermächtigungsgesetz' zu messen wären. Das ist eine innerlich unmögliche, unhaltbare Auffassung." Ebd., 8 heißt es: „Es wäre juristisch falsch und politisch ein Sabotageakt, aus dieser Art Legalität eine Weitergeltung überwundener Rechtsgedanken, Einrichtungen oder Normierungen und damit

Wahl vom 5. März nicht als Wahl, sondern als plebiszitäre Anerkennung Hitlers als Führer des deutschen Volkes.[62] Die radikalste Interpretation nahm freilich *Johannes Heckel* vor: Das Ermächtigungsgesetz war dem protestantischen Staatskirchenrechtler zufolge als Kapitulation des Weimarer Verfassungsstaates zu verstehen, wobei die Mitwirkung der nationalsozialistischen Staatsleitung deren Entgegennahme bedeutete.[63] Vor allem aber sei die Ernennung Hitlers durch den Reichspräsidenten nicht von konstitutiver Bedeutung gewesen, ja mehr noch: das Führeramt sei „überhaupt durch keine irdische Instanz an Adolf Hitler übertragen worden, sondern durch jene höhere Macht, welche die Geschicke der Völker lenkt"; der Volksführer wird danach „nicht gemacht, ernannt oder gewählt, sondern ist von Gott erwählt";[64] „providentielle Sendung" und „Erwählung durch die Vorsehung" seien entscheidend.[65] Verherrlichun-

---

eine fortdauernde Unterwerfung unter den Buchstaben oder den Geist der Weimarer Verfassung abzuleiten." Desgleichen *C. Schmitt* DR 1934, 27 (27f.). – Für *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (52) sind sämtliche Akte der nationalsozialistischen Regierung nach dem 30. 1. 1933 gemäß dem Grundsatz der nationalsozialistischen Legalität zu beurteilen, die von der taktische Vorteile bringenden Legalität der „Kampfzeit" (ebd.) kategorial unterschieden wird; ähnlich *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 45f., 48f.

[62] *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 7: „Die Wahl war in Wirklichkeit, rechtswissenschaftlich betrachtet, eine Volksabstimmung, ein Plebiszit, durch welches das deutsche Volk Adolf Hitler, den Führer der nationalsozialistischen Bewegung, als politischen Führer des deutschen Volkes anerkannt hat. (...) Reichstag und Reichsrat handelten hier also nur als Vollzugsorgane des Volkswillens." Ebenso *C. Schmitt* DR 1934, 27 (28): „Diese ‚Wahl' war in Wahrheit eine Volksabstimmung". *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (52) spricht umstandslos von der „Volksabstimmung im März 1933", die den Tag des revolutionären Sieges (30. 1. 1933) nur bestätigt habe. – Anders jetzt *Huber* Verfassungsgeschichte VII (Fn. 3), 1266. – *C. Schmitt* DR 1934, 27 (28) gesteht (sich?) zu, daß am 30. Januar 1933 noch nicht „so klar zum Bewußtsein kommen konnte wie heute", daß mit der Ernennung Hitlers zum Reichskanzler „auch verfassungsrechtlich etwas wesentlich Anderes vor sich gegangen (ist) als bei der Ernennung irgendeines beliebigen anderen Reichskanzlers." Vorsichtiger die zeitnahe Deutung von *U. Scheuner* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (899): „eindrucksvolle Legitimierung der Regierung in der Wahl vom 5. März". – Zur Erinnerung: bei der (nicht mehr wirklich als „frei" zu titulierenden) Wahl vom 5. März 1933 stimmten 56% der Wähler *nicht* für die NSDAP, die knapp 44% errang; auf die verbündete Kampffront Schwarz-Weiß-Rot entfielen rund 8%.

[63] *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (55). Nicht unähnlich *C. Schmitt* DR 1934, 27 (28): Der Reichstag sei am 23. März 1933 gar nicht mehr in der Lage gewesen, zu irgendetwas zu „ermächtigen"; er habe lediglich „in Ausführung des Ergebnisses der Wahl vom 5. März 1933 bestätigt, daß Adolf Hitler für vier Jahre freie Hand hat."

[64] *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (59).

[65] Zitate wiederum bei *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (60), wo es zusammenfassend heißt: „Das Amt des Führers ist dank seiner politisch-religiösen Grundlage wesentlich ein providentielles Amt und entzieht sich einer juristischen Technisierung." Ebd., 61, ist von der

gen dieser Art[66] blieben im staatsrechtlichen Schrifttum vereinzelt.[67] Gemeinhin begnügte man sich mit der Feststellung, daß die Verfassung Weimars mit der Machtergreifung außer Kraft getreten war und die Weitergeltung einzelner Bestimmungen allein auf dem Willen der erfolgreichen revolutionären Bewegung fußte. Welche das im einzelnen waren, blieb unklar und führte zu mancherlei Streitfragen.[68]

4. Negativkonsens

Diese eigentümlich negatorische Struktur: Gewißheit über die Nichtgeltung, Ungewißheit über die positive Regelung, kennzeichnete das Schrifttum besonders der ersten Jahre auch sonst.[69] Es lebte zu einem Gutteil von polemischen Negationen und Anti-Haltungen.[70]

„Mission" des Führers die Rede; desgleichen *J. Heckel* Wehrverfassung und Wehrrecht des Großdeutschen Reiches, 1939, 22, 23 m. Fn. 11: providentielle Sendung, Mission, Hitler als Volksführer. – Anderes, stärker geschichtsphilosophisch-hegelianisches Denken kommt zum Ausdruck, wenn etwa *Huber* Wesen (Fn. 19), 77 die „geschichtliche Sendung der Nation" anführt oder von der „völkischen Sendung" spricht. Signifikant für eine solche rechtshegelianische Grundierung auch *E.R. Huber* AöR 24 (1934), 244ff.

[66] Da eine solche Überperson natürlich auch nicht der Lüge geziehen werden konnte, mußte eine Erklärung für den Wahrheitsgehalt von Hitlers Eidesleistung auf die Weimarer Verfassung vom 30. 1. 1933 her: lies *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (53ff.). *H. Mosler* Staatsrechtslehre und Nationalsozialismus, unveröff. Ms. 1966, 16, notiert dazu: „Damit war die Ehre des Führers gerettet; den Preis zahlte die Rechtswissenschaft."

[67] Vgl. aber noch *Herbert Krüger* Führer und Führung, 1935, 26f.: „Begnadung" des Führers, der „von einer höheren Instanz dem Menschen gegeben" ist; *ders.* DR 1935, 310 (310): „Der Führer hat das Höchstmaß der Wirklichkeit. In ihm vereinigen sich alle persönlichen und sachlichen Lebensströme des deutschen Volkes, und zwar auf unsichtbare Weise, die das einmalige Geheimnis seiner Begnadung ist." Für *G. Küchenhoff* JR 1934, 17 (17) ist der Führer „zugleich unser größter Staatsphilosoph"; ferner *ders.* Art. Führergrundsatz, Führertum, in: Volkmar u.a., Handwörterbuch (Fn. 51), 197ff.

[68] Z.B. Urteilsanmerkung von *E.R. Huber* JW 1934, 1745ff. Siehe auch *ders.* Verfassungsrecht (Fn. 59), 46ff., 52ff.; *C.H. Ule* Eine wissenschaftliche Zeitschrift als Spiegel der Verfassungs- und Verwaltungswirklichkeit in ihrer Zeit: Das Reichsverwaltungsblatt 1933–1943, in: ders., Beiträge zur Rechtswirklichkeit im Dritten Reich, 1987, 82ff. (121f.); Hans. Sondergericht, RVBl. 1935, 700 (700). – Beispiel für Weitergeltung: *W. Weber* Die Verkündung von Rechtsvorschriften, 1942, 13f. (Inkrafttreten von Reichstagsgesetzen innerhalb von 14 Tagen gem. Art. 71f. WRV). Streitig war etwa auch die Anwendung von § 839 BGB, Art. 131 WRV auf die NSDAP (vgl. *O. Koellreutter* VerwArch. 45 [1940], 113 [125f.]). Gegen Weitergeltung der Art. 133, 79 WRV etwa *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 21f. – Versuch eines Gesamtüberblickes bei *H. Pfundtner* Die Quellen der geltenden Verfassung, in: Frank, Handbuch (Fn. 51), 331ff. (333ff.).

[69] Vgl. etwa *Huber* Wesen (Fn. 19), 48 u.ö.

[70] ‚Polemische Negation' in Anlehnung an *U. Storost* Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff, 1978, 492. Von ‚Anti-Haltungen' spricht auch *K.A. Anderbrügge* Völkisches

a) Anti-Liberalismus

Das trifft besonders auf den anti-liberalistischen Komplex zu, der anti-individualistische sowie anti-pluralistische Aspekte bündelte und auch die Beseitigung sog. formeller rechtsstaatlicher Garantien umschloß.[71] Dem Liberalismus hielt man jetzt sozusagen aus der Siegerwarte[72] einmal mehr vor, daß die unpolitische Freiheit nicht als Basis einer politischen Ordnung tauge,[73] seiner Verknüpfung mit der Demokratie, daß der Status des Bürgers nicht „zugleich aktiv und negativ" sein könne.[74] Der liberalen Antithetik von Recht und Politik wurde ein staatsfeindlicher Kern attestiert.[75] Vor allem Grundrechte schüfen eine staatsfreie, ja antistaatliche Sphäre und fesselten mit ihren subjektiven Ansprüchen den Staat an Händen und Füßen;[76] für sie sei nun „kein Platz" mehr.[77]

Rechtsdenken, 1978, 34ff., gliedert diese aber anders auf als im folgenden. Siehe ferner *Majer* Grundlagen (Fn. 46), 25: die neue Rechtswissenschaft „lebte in erster Linie von der Abgrenzung, von der Polemik gegen den liberalen Rechtsstaat. Sie vermochte nur zu sagen, was sie *nicht* sein wollte, nicht jedoch, was ihr *konkreter* neuer Gehalt war." Ähnlich *M. Stolleis* ZNR 1 (1979), 99 (101).

[71] Dieser letztgenannte Aspekt ist als Erklärungsproblem zu Recht hervorgehoben bei *E.-W. Böckenförde* Vorwort, in: ders., Staatsrecht (Fn. 29), VIf. – Man wird hier insofern zu bedenken haben, daß diese rechtsstaatlich-liberale Tradition möglicherweise einerseits nicht so tief verwurzelt war, wie man dies gern anzunehmen geneigt ist, und andererseits alternative Konzepte und Einstellungen in Opposition gegen das aufklärerische, „französische", rationalistische Denken niemals ganz verschwanden. Untersuchungswürdige Stichworte wären u.a.: (politische) Romantik, Organismusvorstellungen, heilsgeschichtliche Visionen des „Reiches", übersteigerter Nationalstaatsgedanke, Militarisierung der Gesellschaft im Bismarckreich und durch den Ersten Weltkrieg, „Ideen von 1914".

[72] Das wird deutlich bei *T. Maunz* DR 1936, 488 (490). Wie viele andere spricht *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 7 im Rückblick vom „entarteten Liberalismus"; desgleichen *ders.* Deutsches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 1938, 72, 206 u.ö. Gegen eine zu pauschale Verwerfung allen liberalistischen Denkens aber später *ders.* RVBl. 1941, 445 (448).

[73] *Huber* Wesen (Fn. 19), 35; auch *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 24 (Grundrechte „kein staatliches Konstruktionsprinzip").

[74] *Huber* Wesen (Fn. 19), 34.

[75] *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 37.

[76] Siehe *Huber* Wesen (Fn. 19), 93: Weimarer Grundrechte als „Schutzwall ... gegen den zur Ohnmacht verdammten Staat."

[77] *Koellreutter* Vom Sinn (Fn. 28), 32. *Ders.* Verfassungsrecht (Fn. 72), 90: „Für ein solches a-völkisches Denken, das in den liberalen Grundrechten Gestalt gewonnen hatte, ist im deutschen Führerstaate kein Raum mehr." Dazu, daß für subjektive öffentliche Rechte kein Raum mehr sei, auch *U. Scheuner* Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft, in: H. Frank (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, 82ff. (84, 86, 89, 92); besonders drastisch *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 152: „die ‚Grundrechte' sind tot." Siehe noch *Forsthoff* Leistungsträger (Fn. 39), 1: „Die Grundrechte gehören der Geschichte an." *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 361: „Insbesondere die Frei-

Individualismus,[78] Pluralismus[79] und Gewaltenteilung[80] figurierten so als typische Erscheinungsformen „liberale(r) Zerreißungen".[81] Dagegen stand die propagierte Einheit von Ordnung und Freiheit,[82] die Einheit von Volk und Staat,[83] die Einheit von Partei und Staat,[84] die Einheit der Staatsgewalt.[85]

---

heitsrechte des Individuums gegenüber der Staatsgewalt mußten verschwinden; sie sind mit dem Prinzip des völkischen Reiches nicht vereinbar." Nach *Krüger* Führer (Fn. 67), 145 ist durch die nationale Revolution „der ganze gedankliche und literarische Apparat des Liberalismus und der Demokratie in die Rumpelkammer geraten".

[78] *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2 erklärte: „Dem Tode geweiht ist aber auch der das Volk atomisierende Individualismus, auf dessen Acker der Parlamentarismus des 19. Jahrhunderts allein emporwuchern konnte." *W. Best* RVBl. 1939, 757ff. beschreibt die Weimarer Verfassung als Prototyp einer „individualistisch-humanitären Weltanschauung". Wie viele andere auch sah *T. Maunz* DR 1936, 488 (488) die Rechtswissenschaft durch „einen artfremden Individualismus" gelähmt.

[79] Repräsentativ für die schädliche Wirkung der Interessenverbände *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 24; ebenso *Forsthoff* Der totale Staat (Fn. 28), 26 u.ö. – *Huber* Wesen (Fn. 19), 92 spricht mit Blick auf Weimar von einem „marxistisch-liberal-demokratisch-ultramontanen Pluralismus", *G.A. Walz* DR 1938, 409 (411) von der „pluralistischen Anarchie"; ähnlich *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 309 (309): „pluralistische Entartung".

[80] Die alte Gewaltenteilung nach Weimarer Art wird von *Huber* Wesen (Fn. 19), 80 schlichtweg als „schädlich" bezeichnet; *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1339) spricht „von dem liberalistischen Dogma der Gewaltenteilung, die in Wirklichkeit mit der Verselbständigung der Legislative und Justiz nur einen Generalangriff gegen den regierenden und verwaltenden Staat darstellte, dessen Macht im Interesse des Individuums und der bürgerlichen Gesellschaft eingeschränkt und dauernd unter Kontrolle gehalten werden sollte." Nach *G. Küchenhoff* JR 1934, 17 (20) „bedarf es im Aufbau unserer Staats- und Volksgemeinschaft nicht mehr der ängstlichen Ausbalancierung der Kräfte, wie sie im liberalen, weltanschaulich nicht einheitlichen Staatswesen vorgenommen worden war." Zur Überwindung der Gewaltenteilung durch den NS-Staat auch *Koellreutter* Verfassungsrecht (Fn. 72), 175ff. (mit Hinweis auf den Wert der Rechtssicherheit und der Rechtsformen); *U. Scheuner* DJZ 1935, 1462 (1468); *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 236, 246 u.ö.; im Vergleich mit Italien zusammenfassende Darstellung bei *H.P. Ipsen* Politik und Justiz, 1937, 200ff. (instruktiv zu dieser Schrift die Rezension von *E.R. Huber* ZgesStW 98 [1937/38], 193ff.).

[81] *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 12, 38 u.ö.; *E.R. Huber* DR 1935, 309 (310); von den alten „Zerreißungen" von Recht und Politik, Jurist und Volk, Staat und Gesellschaft, Staat und Persönlichkeit sowie normativistischen Zerreißungen ist auch bei *T. Maunz* DR 1936, 488 (489, 490, 493) die Rede. Gegen „Trennungsdenken" ferner *Herbert Krüger* Deutsche Verwaltung 1935, 37 (40). – Als positives Gegenbild dienten kollektive, überindividuelle, in der Volksgemeinschaft wurzelnde Einheiten und Institutionen: deutlich *Huber* Wesen (Fn. 19), 94.

[82] *Huber* Wesen (Fn. 19), 93.

[83] *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 5.

[84] Dazu unter III.2.

[85] *E.R. Huber* DJZ 1934, 950ff.; *Pfundtner* Quellen (Fn. 68), 337. – Siehe noch *C. Schmitt* Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 2 (1935), 435 (439): „An die-

Alle Weimarer Einheitssehnsüchte[86] schienen in Erfüllung zu gehen und schwemmten tradierte Justizgarantien wie den Satz „nulla poena sine lege"[87] oder das Verbot von Individualgesetzen[88] gleich mit fort.[89]

b) Anti-Parlamentarismus und Anti-Föderalismus

Der *Antiparlamentarismus*, die zweite dominante Anti-Haltung, verstand sich im Grunde von selbst, da das von den Parteien dominierte Parlament geradezu als Inbegriff des Gruppenegoismus und Faktor der Volksentzweiung galt.[90] Das Volk, so hieß es, sei durch die Überwindung der Weimarer Republik und die Zerschlagung des Parlaments alter Façon aus seiner Ohnmacht befreit worden,[91] nachdem es durch das „Mißgebilde des Parteienstaates"[92] lange Zeit entmündigt war. Erst die Verdrängung des Parlaments aus der Sphäre der Gesetzgebung ermögliche „echte Volksführung".[93]

---

sem, rechtswissenschaftlich gesehen, ganz entscheidenden Punkt, nämlich beim Gesetzesbegriff, hat der deutsche Führerstaat die Trennungen und Zwiespältigkeiten der Vergangenheit überwunden."

[86] Vgl. *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 320: mit dem Einheits- und Volksgemeinschaftsgedanken seien „Sehnsuchtspotentiale" angesprochen worden.

[87] Dagegen *G. Küchenhoff* Nationaler Gemeinschaftsstaat, Volksrecht und Volksrechtsprechung, 1934, 34ff. – *C. Schmitt* JW 1934, 713 (714) propagierte als neuen und gerechten Grundsatz *nullum crimen sine poena;* ebenso *ders.* DR 1934, 27 (27); *ders.* Der Rechtsstaat, in: Frank, Handbuch (Fn. 51), 3ff. (9). – Aus der Sekundärliteratur *Gruchmann* Justiz (Fn. 51), 822ff.; w.N. bei *H. Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 2000, Art. 103 II Rn. 3 m. Fn. 15.

[88] Ausdrücklich für zulässig erklärt von *Huber* Wesen (Fn. 19), 68.

[89] Vgl. *Huber* Wesen (Fn. 19), 90f. (90: „Die Vorschriften der Weimarer Verfassung über die Unabhängigkeit der Gerichte, das Verbot der Entziehung des gesetzlichen Richters, das Verbot rückwirkender Strafgesetze waren ein deutliches Zeichen für diese Tendenz, Staat und Rechtspflege zu trennen und damit eine Kluft aufzureißen zwischen der politischen Gemeinschaft und der Rechtsgemeinschaft."). Zu den tatsächlichen Maßnahmen im Justizbereich vgl. den Überblick bei *Stern* Staatsrecht V (Fn. 7), 799ff. – Repräsentativ für die Bereitschaft, auch altbewährte Rechtsgarantien aufzugeben: *Forsthoff* Der totale Staat (Fn. 28), 17.

[90] *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2; *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1327); *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 (159). Natürlich galt auch der Parlamentarismus als „entartet": *Koellreutter* Vom Sinn (Fn. 28), 19, 26.

[91] *Forsthoff* Der totale Staat (Fn. 28), 41.

[92] So *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2. Vgl. *Forsthoff* Der totale Staat (Fn. 28), 14: „nackte Ausbeutung [des Volkes, H.D.] durch die Legalitätsherrschaft der Parteien".

[93] *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (62). Zurückhaltender *U. Scheuner* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (901): Rückführung des Parlaments auf „seine eigentliche Funktion der Kontrolle und der Rechtsetzung" in der Ära Brüning.

Vor dem Hintergrund deutscher Geschichte weniger selbstverständlich,[94] aber nicht weniger konsequent als die Entparlamentarisierung erfolgte die sukzessive *Entföderalisierung*.[95] Schon mit den beiden vorläufigen Gleichschaltungsgesetzen vom Frühjahr 1933 war die Bundesstaatlichkeit im Kern zerstört, bevor im Jahr darauf die Volksvertretungen der Länder und der Reichsrat aufgehoben wurden. Nun war dem Neuaufbaugesetz zufolge „das deutsche Volk über alle innenpolitischen Grenzen und Gegensätze hinweg zu einer unlöslichen, inneren Einheit verschmolzen".[96] Die Literatur[97] sprach davon, daß der Föderalismus der Festigung des Reiches im Wege gestanden habe[98] und nun „die ein Jahrtausend alte Reichszersplitterung durch das Reich der Einheit" überwunden sei;[99] der

---

[94] Selbstverständlich allerdings insofern, als keine totalitäre Herrschaft den gewaltenteiligen Effekt des Föderalismus, der eben oft ein „Unterpfand der Freiheit" (*Jäckel* Hitlers Herrschaft [Fn. 8], 49) war und ist, dulden kann. – Freilich war der föderale Gedanke in Weimar keineswegs so fest verankert, wie heutige retrospektive Darstellungen das gern suggerieren. Auch und gerade *Anschütz* sah in einem allzu stark betonten Föderalismus eine Gefahr für die Stärke und Einheit des Reiches; nicht von ungefähr erwähnte er in seinem o.g. (vgl. Fn. 36) Emeritierungsgesuch ausdrücklich, daß das „neue Staatsrecht in einigen Punkten, wie insbesondere die unbedingte Überordnung des Reiches über die Länder und die tunlichst unitarische Gestaltung des Verhältnisses zwischen Reich und Ländern Ziele verfolgt, die ich auch meinerseits immer vertreten habe." – Ausführlich zur eher unitarischen Stimmung sowie zum Dauerproblem der Reichsreform *Gusy* Reichsverfassung (Fn. 8), 224ff., 266ff.; ferner *S. Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, 74ff.

[95] Treffender Terminus bei *Grawert* Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 11ff.; dort auch knapper, sehr präziser Überblick der Vorgänge. Vgl. noch *H. Bauer* Die Bundestreue, 1992, 100ff.; *Stern* Staatsrecht V (Fn. 7), 786ff. – Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß durch die einschlägigen Gesetze in ihrer Gesamtheit die Länder als Machtfaktoren und Zentren eigener Willensbildung ausgeschaltet wurden und ihnen selbständige staatliche Hoheitsrechte nicht mehr zustanden. Erhalten blieben sie als Verwaltungsinstanz.

[96] Gesetz über den Neuaufbau des Reichs v. 30. Januar 1934, RGBl. I S. 75.

[97] *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 41ff.; *Koellreutter* Verfassungsrecht (Fn. 72), 107ff.; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 326ff.

[98] *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (55). *C. Schmitt* DR 1934, 27 (29): „Der Begriff des Bundes war 100 Jahre lang das Hindernis der deutschen Einigung."

[99] *Huber* Wesen (Fn. 19), 80. Eher zurückhaltend *U. Scheuner* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (904): Vollendung der „Entwicklung des deutschen Staates zum geschlossenen Nationalstaat" durch „Aufhebung der politischen Eigenständigkeit der Länder"; ambivalent auch *ders.* AöR 63 (1934), 166 (210f.): zwar Begründung der „politische(n) Einheit des Reiches" durch „Beseitigung der politischen Eigenständigkeit der Länder", aber weiterhin Anerkennung ihres kulturellen „Eigenleben(s)" und ihrer „Eigenstaatlichkeit".

unheilvolle Begriff des Bundesstaates müsse aus dem innerdeutschen Recht verschwinden.[100]

c) *Anti-Semitismus*

Charakteristisch für die Rechtswissenschaft im allgemeinen und damit auch für die Staatsrechtswissenschaft wurde schließlich der Anti-Semitismus. Diese Anti-Haltung war im Vergleich zu den bislang genannten neu und anders.

Sie war *neu*, weil in der staatsrechtswissenschaftlichen Literatur der Weimarer Zeit offene antijüdische Invektiven oder Hinweise auf die jüdische Herkunft der Autoren nicht vorkamen. Jetzt aber bezeichnete man bestimmte Theorien als artfremd oder undeutsch und wies auf die Zugehörigkeit ihrer Vertreter zur „jüdischen Rasse" einerseits, die völkischen Grundlagen des Rechts andererseits hin.[101] Äußerungen solcher Art finden wir bei so gut wie allen systemkonformen Autoren – freilich in ziemlich signifikanten Abstufungen, was ihre Quantität, Kontinuität und Giftigkeit angeht.[102]

---

[100] *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 19; ebd., 18 heißt es, daß „die Verknüpfung des Bundes-Gedankens mit dem Staats-Gedanken – sei es in der Gestalt des Staatenbundes, sei es des Bundesstaates – ein Jahrhundert lang die eigentliche Gefahr der politischen Einheit Deutschlands war." Ähnlich *E.R. Huber* Bau und Gefüge des Reiches, in: ders. (Hrsg.), Idee und Ordnung des Reiches, Bd. 1, 1941 (Erster Beitrag), 5ff. (13): „verhängnisvolle Eigenstaatlichkeit der Länder"; s. noch ebd., 32; ferner *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 1f.

[101] Sehr früh bereits *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 30: „Stahl – sein wahrer Name ist Joll Jolson – ...". Ähnlich *ders.* Das gute Recht der deutschen Revolution, in: Westdeutscher Beobachter v. 12. 5. 1933; *ders.* ZgesStW 95 (1935), 189 (192, 193), wo er als Klammerzusatz „Jolson" hinter den Namen Stahl setzt. Zum „Einbruch des jüdischen Geistes in das deutsche Staats- und Kirchenrecht durch Friedrich Julius Stahl" (so der Titel) *J. Heckel* HZ 155 (1937), 506ff.

[102] Es macht eben einen erheblichen Unterschied aus, ob in den Texten allgemein gehaltene Formeln von der Art- und Rassegebundenheit des Rechts (so zumindest überwiegend bei Huber, Krüger, Maunz und Scheuner; drastischer vereinzelt Koellreutter) begegnen oder mit herabsetzenden – z.T. personenbezogenen – antijüdischen Äußerungen gearbeitet wird (so namentlich Heckel, Küchenhoff, Schmitt). Vgl. einerseits *E.R. Huber* JW 1934, 1745 (1747); *ders.* Verfassungsrecht (Fn. 59), 181ff.; *ders.* Bau und Gefüge (Fn. 100), 25; *Koellreutter* Vom Sinn (Fn. 28), 28; *ders.* Aufbau (Fn. 58), 4, 35; *Herbert Krüger* Deutsche Verwaltung 12 (1935), 37 (40); *T. Maunz* Deutsches Recht 1936, 488 (488); *ders.* Reich – Volksordnung – Lebensraum III (1942), 315 (317); zu *Maunz* ferner der Bericht in DJZ 1936, 1228 (1230); *U. Scheuner* AöR 63 (1934), 261 (265); *ders.* ZgesStW 99 (1939), 245 (246f., 267, 272, 273); *ders.* ZgesStW 101 (1941), 252 (266). Vgl. andererseits die Invektiven von *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 (163); *ders.* DVBl. 1937, 49 (52); *ders.* HZ 155 (1937), 506ff.; *ders.* Wehrverfassung (Fn. 65), Vorwort, 5; *Küchenhoff* Ge-

Diese Anti-Haltung war aber auch *anders*. Denn anti-liberale, anti-parlamentarische und anti-föderale Positionen lassen sich wissenschaftlich darlegen, begründen und auch kritisieren. Für anti-semitische Aussagen gilt dies nicht. Man kann nur behaupten, daß jemand aufgrund seiner „Rassenzugehörigkeit" die vorgebliche Tiefe des deutschen Rechts nicht verstünde oder jüdisches Denken zersetzend wirke;[103] wissenschaftlich zu diskutieren ist das nicht.[104] Ihren agitatorischen Höhepunkt und damit zugleich ihren wissenschaftlichen Tiefpunkt erreichte diese Art der Behandlung mit der von *Carl Schmitt* initiierten und inszenierten Tagung „Das Judentum in der Rechtswissenschaft" vom Oktober 1936.[105] Die

meinschaftsstaat (Fn. 87), 22, 38; schließlich *C. Schmitt* DJZ 1936, 1193ff. – Siehe weiter Fn. 101, 103ff., 117ff.

[103] Sehr „plastisch" *C. Schmitt* DJZ 1936, 1193 (1195): „Ein jüdischer Autor hat für uns keine Autorität, auch keine ‚rein wissenschaftliche' Autorität. (...) Ein jüdischer Autor ist für uns, wenn er überhaupt zitiert wird, ein jüdischer Autor." Und in Sp. 1196f. geht es weiter: „Immer wieder ist in unserer Tagung die Erkenntnis durchgedrungen, daß der Jude für die deutsche Art des Geistes unproduktiv und steril ist. Er hat uns nichts zu sagen, mag er noch so scharfsinnig kombinieren oder sich noch so eifrig assimilieren. (...) Der Jude hat zu unserer geistigen Arbeit eine parasitäre, eine taktische und eine händlerische Beziehung. Durch seine händlerische Begabung hat er oft einen scharfen Sinn für das Echte; mit großer Findigkeit und schneller Witterung weiß er das Echte zu treffen. Das ist sein Instinkt als Parasit und echter Händler."

[104] Es ist bestenfalls scheinwissenschaftlich, wenn Johannes Heckel in der Staatstheorie und -philosophie Friedrich Julius Stahls allenthalben spezifisch jüdische Denkformen und Erlebnisgehalte durchscheinen sieht und – vor allem – das Fehlen des germanischen Gemeinschaftsbegriffs feststellt (*J. Heckel* HZ 155 [1937], 506 [514ff.]). Das „Anstaltliche" gilt ihm ebenso als typisch jüdisch. Und nachdem *Heckel* Stahls Position von der Abwehrfunktion des Rechts geschildert hat, fährt er fort (ebd., 534): „Als Deutscher steht man hier vor einem Rätsel. Aber den Schlüssel bietet wiederum Stahls jüdisch-religiöses Erlebnis." – Dieses „für uns Deutsche unbegreiflich" begegnet auch bei *C. Schmitt* DJZ 1936, 1193 (1195). Siehe ferner *C. Schmitt* Völkerrechtliche Großraumordnung mit Inverventionsverbot für raumfremde Mächte, 1939, 4. Aufl. 1941 (diese Auflage, nach der im folgenden zitiert wird, ist abgedruckt in: *C. Schmitt* Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1959, herausgegeben, mit einem Vorwort und mit Anmerkungen versehen von G. Maschke, 1995), 269ff. (317): „Die Beziehung eines Volkes zu einem durch eigene Siedlungs- und Kulturarbeit gestalteten Boden und zu den daraus sich ergebenden konkreten Machtformen ist dem Geist des Juden unverständlich."

[105] Tagungsbericht: DJZ 1936, 1228ff. An Staatsrechtslehrern waren unter den Referenten: *Carl Schmitt, Edgar Tatarin-Tarnheyden* und *Theodor Maunz* (dessen Beitrag unveröffentlicht blieb); aus dem Kreis der Völkerrechtler kam *Norbert Gürke* hinzu. Die Publikation der sonstigen Vorträge erfolgte in der Reihe: Das Judentum in der Rechtswissenschaft. Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB am 3. und 4. Oktober 1936 – Hefte 1–8. Deutscher Rechts-Verlag, Berlin 1936–1938. Näher zu Ablauf und Inhalt *H. Hofmann* „Die deutsche Rechtswissen-

Schlußrede mit dem die Intentionen verdeutlichenden Titel „Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist" beendete der gläubige Katholik mit dem Satz: „‚Indem ich mich des Juden erwehre', sagt unser Führer Adolf Hitler, ‚kämpfe ich für das Werk des Herrn'."[106] Konkret beschlossen wurde auf dieser Veranstaltung unter anderem,[107] jüdische Autoren – wenn überhaupt – nurmehr unter ausdrücklicher Beifügung als „jüdisch" zu zitieren, wovon ein „heilsamer Exorzismus" ausgehen sollte.[108] Diese Empfehlung ist übrigens keineswegs flächendeckend befolgt, genausowenig aber völlig ignoriert worden.[109]

---

schaft im Kampf gegen den jüdischen Geist", in: K. Müller/K. Wittstadt (Hrsg.), Geschichte und Kultur des Judentums – Eine Vorlesungsreihe an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, 1988, 223ff.; *Rüthers* Entartetes Recht (Fn. 29), 135ff.; *Göppinger* Juristen jüdischer Abstammung (Fn. 29), 153ff.; *G. Rapp* Die Stellung der Juden in der nationalsozialistischen Staatsrechtslehre, 1990, 176ff.; *R. Gross* Carl Schmitt und die Juden, 2000, 120ff.; *C. Busse* KritJ 33 (2000), 580ff.

[106] Das Schlußwort ist leicht zugänglich durch den Abdruck in: DJZ 1936, 1193ff.; der zitierte Satz findet sich in Sp. 1199. Der Satz war schon in der Eröffnungsrede gefallen, die wie das Schlußwort im ersten Band der Reihe mit den Tagungsbeiträgen abgedruckt ist: Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, Heft 1, Berlin o.J. (1936), 14–17 (Eröffnungsrede), 28–34 (Schlußwort). Zu diesem Schlußwort sagt *Ridder* Ex oblivione (Fn. 48), 319, daß es „zu dem Niedrigsten gehört, das je einer Juristenfeder entflossen" sei; ähnlich *G. Stourzh* VjHZG 38 (1990), 497 (503): Schmitts Auftreten sei „übel und unentschuldbar". Scharf zu den Beiträgen auch *Rüthers* Entartetes Recht (Fn. 29), 136f. – Ernst Forsthoff brach damals für mehrere Jahre den Kontakt mit Carl Schmitt ab (vgl. *Rüthers* Entartetes Recht [Fn. 29], 139; *H. Quaritsch* Carl Schmitt in Nürnberg, 2000, 116).

[107] Zu weiteren Beschlüssen wie der Einrichtung einer Abteilung „Judaica" in den Bibliotheken vgl. *C. Schmitt* DJZ 1936, 1193 (1195). Speziell zur „Juristenliste" *C. Busse* KritJ 33 (2000), 580 (587ff.).

[108] *C. Schmitt* DJZ 1936, 1193 (1195f.). – *Einen* positiven Effekt hat die Tagung gehabt: *Hugo Sinzheimers* Werk „Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft" von 1937 (Neudruck 1953), das dieser ausdrücklich als Antwort auf die Tagung verstand; als ein Motiv seiner Arbeit nannte Sinzheimer, „das Andenken der toten Meister zu ehren" (Vorwort, 1ff. [7]).

[109] Am stärksten verbreitet war offenbar die Praxis, jüdische Autoren gar nicht mehr zu zitieren. – Als Beispiel für die Nichtberücksichtigung der Beschlußempfehlung etwa *U. Scheuner* ZaöRV XII (1944), 128 (128: Kelsen-Zitat ohne Zusatz); anders dagegen *C. Schmitt* Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes (1938), 1982, 86ff. (Spinoza), 92ff. (Moses Mendelssohn), 108ff. (Stahl). – *G. Nicolaysen* Hans Peter Ipsen, in: J. Albers u.a. (Hrsg.), Recht und Juristen in Hamburg, Bd. II, 1999, 417ff. weist zutreffend darauf hin (S. 421 Fn. 8), daß in der Habilitationsschrift Ipsens (Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte, 1937) „in den Fußnoten und im Literaturverzeichnis jüdische Autoren ohne entsprechenden Hinweis zitiert werden". Hinzuzufügen wäre, daß *Ipsen* in einem 1940 erschienenen Aufsatz über den „Begriff der Partei" (*H.P. Ipsen* ZgesStW 100 [1940], 309ff., 477ff.) zum einen durchgängig von „Stahl-Jol-

III. Nationalsozialistische Staatsrechtslehre?

Auf Negationen allein läßt sich eine Staatsrechtslehre nicht gründen. Worin bestand nun die des Nationalsozialismus? Gab es eine originär nationalsozialistische Staatsrechtslehre, ja konnte es sie überhaupt geben?

Diese Fragen, die sich nicht mit allgemeinen Hinweisen auf die Mechanismen eines totalitären Staates[110] oder das Fehlen einer Verfassungsurkunde im Dritten Reich beiseiteschieben lassen,[111] sind im folgenden näher zu untersuchen.[112] Dabei ist klar, daß der etwa von *Huber* angesprochene Bestand an „elementaren und fundamentalen Prinzipien, auf die

---

son" spricht (S. 318, 320 u.ö.) und in den Fußnoten bei Stahl, Laband und Nawiasky hinter den Autorennamen in Klammern den Zusatz „Jude" anbringt: S. 319 Fn. 10, 323 Fn. 7, 324 Fn. 4, 504 Fn. 1; bei Georg Jellinek fehlt dieser Zusatz. – *C.H. Ule* VerwArch. 45 (1940), 193 (197ff.) fügt im Abschnitt über die Staatslehre der Vor- und Nachkriegszeit im Text bei der ersten Nennung von Georg Jellinek, Paul Laband, Hermann Heller und Hans Kelsen in Klammern „Jude" hinzu und kennzeichnet Kelsens Reine Rechtslehre als „Ausgeburt eines fremdrassigen, wurzellosen Intellektualismus" (S. 201).

[110] In diese Richtung *M. Friedrich* Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, 9: das Dritte Reich habe Staatsrecht „nur als Farce" gekannt; gleichwohl bietet Friedrich durchaus erhellende, wenngleich nur kurze Passagen zur nationalsozialistischen Zeit (ebd. S. 399ff.).

[111] Hitler hatte 1933 und 1937 den Erlaß einer „Verfassung" angekündigt (vgl. *Huber* Wesen [Fn. 19], 16, 57; *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 [63]; zum „Reichsgrundgesetz" auch *H.-H. Lammers* RVBl. 1938, 563 [566f.]), doch wurde eine solche natürlich nie verabschiedet. Denn jede Verfassung hätte Stabilität, Zuständigkeitsabgrenzung und Bindung bedeutet und damit die absolute Vorrangigkeit des je aktuellen Führerwillens beeinträchtigt; vgl. einstweilen *Broszat* Staat Hitlers (Fn. 56), 430ff.; *Grawert* Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 26, 48; *A. Schaefer* Führergewalt statt Gewaltenteilung, in: Böckenförde, Staatsrecht (Fn. 29), 89ff. (96); näher unter III.3. – Im übrigen ist die Ausarbeitung einer Staatsrechtslehre natürlich nicht an die Existenz einer Verfassungsurkunde gebunden.

[112] Des öfteren war in der Literatur von „Grundgesetzen" des NS-Staates die Rede, worunter man aber nur sachlich als besonders wichtig angesehene Gesetze verstand, deren Kreis nicht geschlossen war: vgl. *Huber* Wesen (Fn. 19), 15ff.; *Pfundtner* Quellen (Fn. 68), 332, 336ff. Siehe auch *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 5, wo das Ermächtigungsgesetz als „vorläufige Verfassung" tituliert wird. *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 (161): Gesetz über den Aufbau der Wehrmacht von 1935 „gehört zu den Grundgesetzen"; *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 36f. nennt das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. 12. 1933 „eines der wichtigsten Grundgesetze des nationalsozialistischen Staates"; dieses wird auch von *W. Stuckart* Partei und Staat, in: Deutscher Juristentag 1936, 262ff. (276) als verfassungsgestaltend bezeichnet; *C. Schmitt* DR 1934, 27 (29) hatte es vermutlich als erster als „neues Verfassungsgesetz ersten Ranges" tituliert; erweiterte Aufzählung von „Grundgesetzen" noch bei *Huber* Wesen (Fn. 19), 17f.

der Staat als politische Einheit sich gründet",[113] nicht die zerschlagenen Pfeiler liberaler Verfassungsstaatlichkeit meinen konnte,[114] sondern neue Elemente umfaßte. Es waren dies im wesentlichen drei:[115] erstens die propagierten Ideen über Volk und Volksgemeinschaft, also der „völkische Staat"; zweitens das Konzept der Einheit von Partei und Staat, also der „Bewegungsstaat"; drittens schließlich das Führerprinzip im allgemeinen und die umfassende Hoheitsgewalt *des* Führers im besonderen: also der „Führerstaat".

1. Volk und Volksgemeinschaft: der „völkische" Staat

Beim ersten Element scheint der Ausgangspunkt noch durchaus vertraut: gehörte doch das Staatsvolk zur klassischen Trias *Jelli-*

---

[113] *Huber* Wesen (Fn. 19), 39. – *Krüger* Führer (Fn. 67), 45, konstatierte schlicht: „Der Führer ist bereits diese Verfassung selbst."

[114] Bei *Huber* Wesen (Fn. 19), wird deutlich, daß die „völkische Verfassung" schon formal wesentlicher Merkmale entbehrt, die den genuin ‚starren' liberaldemokratischen Verfassungsbegriff westlicher Tradition auszeichnen: sie muß nicht schriftlich fixiert oder beurkundet sein (S. 48), hat keinen Vorrang (S. 66), kann durchbrochen werden (S. 68f.) und sich weitgehend beliebig wandeln (S. 69f.); auch hat sie keine „Garantiefunktion gegenüber der Staatsgewalt" (S. 93). *Huber* bestimmt die völkische Verfassung demgegenüber als „substantielle Ordnung des Staates" (S. 32), als das „ungeschriebene Fundament des völkischen und staatlichen Lebens" (S. 42). – Auch andere Autoren heben Besonderheiten gegenüber tradierten Vorstellungen von Verfassungsstaatlichkeit hervor: *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 (162: nicht „äußere Bestandsgarantie der Erschwerung des Wegs der Gesetzgebung ..., sondern die innere Mächtigkeit" und „gehobene Feierlichkeit der Rechtsform"); *ders.* DVBl. 1937, 49 (63: Verfassung sollte inhaltlich „möglichst elastisch" bleiben); nach *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 32 gibt es Verfassungsänderungen im Sinne der Weimarer Verfassung nicht mehr (desgleichen *Huber* Wesen [Fn. 19], 66: „Im Führerstaat unterliegen die Grundgesetze den gleichen Vorschriften wie die einfachen Gesetze; sie können in den gewöhnlichen Formen der Gesetzgebung jederzeit geändert werden.").

[115] Es handelt sich um zentrale Elemente nationalsozialistischen staatsrechtlichen Denkens gemäß eigenem Selbstverständnis und Selbstbeschreibung; sie spielen in der einschlägigen Literatur eine wichtige Rolle. Zu dieser Dreizahl zeitgenössisch: *J. Heckel* Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht im Dritten Reich, in: Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts, 1935, 9ff. (18); aus heutiger Sicht *Majer* Grundlagen (Fn. 46), 24, die als drei große Leitlinien Führerprinzip, Sonderrecht und Einheitspartei benennt, aber zu Unrecht annimmt, daß sich Kategorisierungsversuche nicht an der NS-Lehre orientieren könnten; wie hier die Aufgliederung nach drei Prinzipien (Führerprinzip, Volksgemeinschaftsprinzip, Prinzip der „Einheit von Partei und Staat") bei M. Hirsch/D. Majer/J. Meinck (Hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, 2. Aufl. 1997.

neks.[116] Aber der Eindruck täuscht. Denn nun verstand man unter Volk nicht mehr rein formal die Summe der Staatsangehörigen,[117] sondern die rassisch und artbestimmte Blutsgemeinschaft.[118] Durchaus repräsentativ betonte *Koellreutter*, der Nationalsozialismus sehe „das Wesen des Volkes als geschichtlich-kulturelle Einheit durch die ‚Naturgemeinsamkeiten' von ‚Blut und Boden' bestimmt."[119] Aus dieser Volksgemeinschaft als einer „konkrete(n) Gemeinschaft artgleicher Menschen"[120] ergab sich das spezifisch völkische, also den immer wieder beschworenen „Lebensgesetzen" und natürlichen Anschauungen des deutschen Volkes entsprechende Recht. Staat und Recht galten als „völkische Lebensmächte".[121]

---

[116] *G. Jellinek* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 406ff.

[117] Dazu *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 3: „In eine solche Auffassung vom Volke konnte auch der Bluts- und Heimatfremde ohne weiteres eingereiht werden." – Das Reichsbürgergesetz von 1935 nahm dann die folgenreiche Unterscheidung von (bloßen) Staatsangehörigen und (echten) Reichsbürgern vor; zur weiteren Entwicklung dieser Unterscheidung im Zuge der territorialen Expansion seit 1938 vgl. *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 15ff.

[118] Insbesondere *H. Nicolai* Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie, 1933, 25ff. betonte, daß Volksgemeinschaft Blutsgemeinschaft sei und eine reinrassige Menschengruppe über das gleiche Rechtsgefühl verfüge; siehe auch *Küchenhoff* Nationaler Gemeinschaftsstaat (Fn. 102), 8f., 19ff., 28, 44.

[119] *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 3; darin liege im übrigen eine klare Differenz zum (italienischen) Faschismus, der „avölkisch" sei (ebd., 5, 34); *ders.* Führerstaat (Fn. 44), 7ff. – *E. Becker* Führungsordnung und Hierarchie, in: Beiträge zur Neugestaltung des Deutschen Rechts (= Festgabe Erich Jung), 1937, 12ff. (42): „Eine rassegesetzliche Rechtslehre ist dem [scil. italienischen, H.D.] Faschismus fremd." Zur Differenz gegenüber Italien in diesem Punkt auch *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 161f.; ausführlich zur Staatstheorie des italienischen Faschismus und der Differenzen zum Nationalsozialismus *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252ff. (zum völkischen Gedanken S. 264f.); knapp *ders.* DR 1942, 1169 (1170). – Umgekehrt wurde der von jüdischem Geist beeinflußte, liberale, positivistische, formale Gesetzesstaat als „blut- und bodenfremd" gekennzeichnet: *C. Schmitt* ZgesStW 95 (1935), 189 (196).

[120] *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 44. Ähnlich *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1339): „völkische Gemeinschaft der artgleichen Deutschen"; siehe auch (mit stärkerer Betonung anderer als rein biologischer Faktoren) *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 98; noch distanzierter und mit Warnung vor einer „völkischen Selbstüberheblichkeit und Übersteigerung" *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 12.

[121] Einer von vielen *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 14. Ähnliche, immer und überall wiederholte Formeln auch bei *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 12; *G.A. Walz* DR 1938, 409 (411): „elementare Realität der rassischen Verschiedenartigkeit"; *C.H. Ule* VerwArch. 47 (1942), 250. Selbst dem Rechtsstaat wurde eine „Rasse" attestiert: *C. Schmitt* ZgesStW 95 (1935), 189 (191).

So irrational[122] diese Aussagen zum Zusammenhang von Rasse und Recht, zur Blutsbestimmtheit des Rechtsdenkens, zum Volksempfinden als Rechtsgrund auch anmuten: sie blieben keineswegs ohne Folgen. Diese traten in begrifflich-systematischer, in sachlicher und in personeller Hinsicht ein.

a) In begrifflich-systematischer Hinsicht führte die Hervorhebung der Volksgemeinschaft zu einem entsprechenden Bedeutungsverlust des Staates. Daß dieser ohne „Eigenwert"[123] war, sondern Mittel zum Zweck der Erhaltung rassisch wertvoller Elemente, hatte Hitler selbst stets betont.[124] Vor allem *Reinhard Höhn* war es, der darüber hinaus hartnäckig die von ihm ungeliebte oder auch unverstandene Zentralidee des Staates als einer juristischen Person attackierte und an deren Stelle die diffuse Volksgemeinschaft setzen wollte.[125] Zwar stieß er damit auf breite und nachhaltige Ablehnung von Seiten der „Etatisten", namentlich *Huber, Forsthoff* und auch *Koellreutter*.[126] Doch zeigte sich hier be-

---

[122] Zur Irrationalität der NS-Ideologie allgemein *Sontheimer* Antidemokratisches Denken (Fn. 15), 43ff., 61ff.; *Lepsius* Kultur (Fn. 31), 126ff.; *Majer* Grundlagen (Fn. 46), 28, 82f.; *v. Bülow* Staatsrechtslehre (Fn. 37), 149, 151f. m.w.N. – Als Dokument aus Weimarer Zeit lesenswert das Kapitel „Der Führer und sein Volk" bei *H. Freyer* Der Staat, 1925, 108ff. (113: „das alles ist von der unfaßbarsten Unbestimmtheit für Verstandesbegriffe, aber von der unfehlbarsten Eindeutigkeit im metaphysischen Sinn"). *U. Scheuner* AöR 63 (1934), 166 (196) hebt hervor, daß nun die „irrationale Struktur gewisser zentraler Lebensbereiche, besonders auch des politischen Gebiets, erkannt" sei; *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (445) konzediert der Führung „im tiefsten Wesen ein irrationales Element". Stärker existentialistisch-schicksalsergeben *Krüger* Führer (Fn. 67), 126.

[123] So *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 5. Ähnlich *Herbert Krüger* Deutsche Verwaltung 1935, 37 (40); *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 13, 14; *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 256f.: Staat als Mittel „zur Erhaltung und Sicherung des Volkes als oberster Wert"; *ders.* ZgesStW 101 (1941), 252 (260). Auch darin liegt eine Differenz zum italienischen Faschismus: *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 42, 43.

[124] *A. Hitler,* Mein Kampf, Bd. II, 1927 (ND 1933), 430ff., 439; vgl. *Ermacora* Staatslehre (Fn. 47), 179, 181, 188 u.ö. – Auf Hitler muß natürlich auch *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 163ff. Bezug nehmen, verteidigt aber – vor allem gegen Höhn – die Rolle des Staates und wehrt sich gegen dessen Erniedrigung: „Erst im Staat erlangt das Volk seine volle geschichtliche Existenz". Das Volk werde zum Staat und bilde seine konkrete politische Form als Reich (ebd., 167). Ähnlich *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 (260).

[125] *R. Höhn* DR 1935, 301ff. – Konsequent auch der Vorschlag, künftig nicht mehr von „Staats-Recht", sondern von „Verfassung" zu sprechen (*Heckel* Bericht [Fn. 115], 17). Höhns Kampf gegen die juristische Staatsperson wurde von *T. Maunz* DR 1936, 488 (490) begrüßt.

[126] Vgl. *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 325ff.; dazu *H. Dreier* Rechtshistorisches Journal 19 (2000), 82 (101f.). – Deutlich *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 13: „Nicht die Polemik gegen den Staat, sondern die Aufnahme aller Elemente der Staatlichkeit in den Reichsbegriff ist die Aufgabe, vor der die deutsche Theorie der Politik steht."

reits deutlich, daß nicht etwa „Staatsvergottung“[127] in der Logik des völkischen Rechtsdenkens lag, sondern Staatsrelativierung, wenn nicht Staatsverneinung.[128]

b) In sachlicher Hinsicht führte die Idee der Volksgemeinschaft und des völkischen Rechts zur Verwerfung von Grundrechten und anderen subjektiven öffentlichen Rechten, die man – wie u.a. *Krüger* und *Maunz* – für entbehrlich und überflüssig erklärte.[129] Denn der Einzelne stand nicht länger mit gewissen individuellen Rechten ausgestattet *gegen* die Volksgemeinschaft, sondern „organisch“ und „lebensgesetzlich“ *in* ihr.[130] Seine Stellung war eine gliedhafte, in der sich Rechte und Pflichten wechselseitig durchdrangen und ineinanderflossen.[131] Doch vermochte dieses Kon-

---

[127] Dazu bzw. dagegen *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 28 mit Zitat von *Alfred Rosenberg*. Siehe auch *Ermacora* Staatslehre (Fn. 47), 179ff.; *Quaritsch* Positionen (Fn. 51), 50.

[128] Vgl. *Stuckart* Partei (Fn. 112), 269: die Volksgemeinschaft habe die Staatsidee abgelöst. Siehe noch die Angaben in Fn. 246 sowie *U. Volkmann* JuS 1996, 1058 (1062f.).

[129] *Herbert Krüger* Deutsche Verwaltung 1935, 37ff.; *T. Maunz* ZgesStW 96 (1936), 71ff. (74: Wiedererstehung der Gemeinschaften mache das subjektive öffentliche Recht überflüssig), 97 (das subjektive öffentliche Recht werde „verdrängt und entbehrlich gemacht durch die Vorstellung der Rechtsstellung des Volksgenossen innerhalb einer konkreten Gemeinschaft“), 111; *Scheuner* Rechtsstellung (Fn. 77), 82ff., 89ff.; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 359ff. (Überschrift: „Von den Grundrechten zur volksgenössischen Rechtsstellung“). Rundheraus verworfen wurde das subjektive öffentliche Recht namentlich von *R. Höhn* ZgesStW 95 (1935), 656ff. – Aus der Sekundärliteratur m.w.N. *R. Echterhölter* Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat, 1970, 18ff., 26ff., 166ff., 185ff.; *H. Schäfer* Die Rechtsstellung des Einzelnen – Von den Grundrechten zur volksgenössischen Gliedstellung, in: Böckenförde, Staatsrecht (Fn. 29), 106ff. (110); *H. Bauer* Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, 112ff.

[130] *Scheuner* Rechtsstellung (Fn. 77), 83; genauer stand er, wie Scheuner (ebd., 93) ergänzte und T. *Maunz* ZgesStW 96 (1936), 71 (92) näher ausführte, in der Volksgemeinschaft im allgemeinen und zusätzlich in einer Fülle weiterer, konkreter Gemeinschaften wie Wehrmacht, SA, Reichsnährstand etc. im besonderen.

[131] *T. Maunz* ZgesStW 96 (1936), 71 (95, 103f.); ebd., 104: „In einer konkrete Wirklichkeit gewordenen Gemeinschaft sind Recht und Pflicht zusammengeflossen zur Gliedpersönlichkeitsstellung.“; ebd., 105ff.: „Gliedpersönlichkeit“. Ähnlich *Scheuner* Rechtsstellung (Fn. 77), 90f.; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 366: „pflichtgebundene Berechtigungen“; *W. Weber* Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen, in: Huber, Idee und Ordnung, Bd. 2 (Fn. 54), Erster Beitrag, 1ff. (6: die gesamte Rechtsstellung sei „pflichtgebunden“). Gänzlich hinfällig wurde die Unterscheidung, wenn man – vermittelt über den Ehrbegriff – beides identifizierte: „Rechte in der Volksgemeinschaft sind im Tiefsten Pflichten. Pflicht und Ehre waren stets der letzte Halt eines kämpfenden Heeres. (...) Wehrpflicht ist hienach ein Inbegriff des Rechts und der Pflicht von Volksgenossen zum vollen Einsatz ihres Blutes und Gutes für die Landesverteidigung. (...) Die neue deutsche Wehrpflicht ist völkischen Rechts.“ (*J. Heckel* DVBl. 1935, 158 [163f.]).

zept einer volksgenössischen Rechtsstellung[132] – anders als die liberale Idee vom prinzipiellen Vorrang der Rechte gegenüber den Pflichten[133] – keine strukturbildende Kraft zu entfalten. Denn die „volksgenössische Gliedstellung" bestand aus einer variablen Summe von Rechten und Pflichten, die nur Punkt für Punkt nachgezeichnet und aufgelistet werden konnten,[134] ohne daß sich ein abstraktionsfähiger Status gewinnen ließ. Für dogmatische Systembildung[135] bot sich keine Grundlage.

c) Die schrecklichsten Konsequenzen zeitigte das völkische Denken in personeller Hinsicht. Denn an der Volksgemeinschaft teilhaben und eine echte volksgenössische Rechtsstellung einnehmen konnten „Artfremde" natürlich nicht.[136] Sie schieden wegen ihrer Andersartigkeit aus. Zwar erkannte, wie *Koellreutter* es formulierte, der Nationalsozialismus als „gegebene Tatsache" an, daß „die heutigen Völker sämtlich mehr oder weniger rassegemischt sind".[137] Daraus folgte aber lediglich, daß den Artfremden

---

[132] Vgl. *Scheuner* Rechtsstellung (Fn. 77), 89ff.; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 363ff.; *R. Höhn* Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, 1935, 72ff.; *Weber* Dienst- und Leistungspflichten (Fn. 131), 7; *T. Maunz* ZgesStW 96 (1936), 71 (105): „Rechtsstellung der Gliedpersönlichkeit". Aus der Sekundärliteratur noch *Schäfer* Rechtsstellung (Fn. 129), 112f.; *Anderbrügge* Völkisches Rechtsdenken (Fn. 70), 151ff.

[133] Dazu *H. Hofmann* Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), 42ff. (54ff.): Asymmetrie von subjektiven Rechten und Pflichten.

[134] Ausführlich *Weber* Dienst- und Leistungspflichten (Fn. 131), 1ff., insb. S. 12ff., 79ff.; zu Arbeits- und Wehrdienst auch *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 424ff., 433ff.

[135] Zur Dogmatik als Systembildung statt aller *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 4ff.; speziell zu Aufgaben und Voraussetzungen staatsrechtlicher Dogmatik *E.-W. Böckenförde* Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft (1983), in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 11ff. (20ff.).

[136] Neben den vielfältigen Formen der Entrechtung und Diskriminierung der Juden (dazu J. Walk [Hrsg.], Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat, 2. Aufl. 1996; *Gruchmann* Justiz (Fn. 51), 168ff.; *Göppinger* Juristen jüdischer Abstammung [Fn. 29], 45ff., 183ff.) kam hinzu, daß sie nicht wehrpflichtig waren (dazu *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 [164]: „Artfremde und Ehrlose haben in der Wehrmacht keinen Raum. Nur Männern deutschen Blutes und deutscher Ehre ist Schwert und Schild des Reiches anvertraut"; ausführlich *ders.* Wehrverfassung [Fn. 65], 103ff. [„Blutsgemeinschaft und Wehrpflicht"], 131ff. [„Die rechtliche Sonderstellung der Juden"]; trotz der uneindeutigen Gesetzeslage, aber wegen der „Entwicklung des Rassenproblems im deutschen Staatsrecht" zustimmend *Weber* Dienst- und Leistungspflichten [Fn. 131], 31) und keine Ehrenämter übernehmen durften (*ders.* ebd., 40; vgl. zur „Bedeutung des völkischen Standes des Verpflichteten" noch ebd., 124ff.).

[137] *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 3; *ders.* Verfassungsrecht (Fn. 72), 71f.; ähnlich *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 245 (273); *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 98f.; *C.H. Ule* VerwArch. 45 (1940), 193 (252): „unbestrittene Erkenntnis der modernen Ras-

umso härter und konsequenter entgegenzutreten und eine Vermischung oder Überfremdung zu vermeiden war.[138] Diese Artfremden – im Unterschied zu den artverwandten europäischen Völkern[139] – waren die Juden: nicht als Religionsgemeinschaft, sondern als Rasse.[140] Da im Dritten Reich nicht nur die zentrale liberale Freiheitsidee, sondern auch der nicht minder fundamentale Gleichheitsgedanke negiert bzw. an die Stelle der Gleichheit aller Bürger die „völkische Artgleichheit"[141] gesetzt wurde, be-

---

senforschung, daß das deutsche Volk nicht aus artgleichen, sondern aus artverwandten Bestandteilen zusammengesetzt ist"; vgl. auch *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 25ff.

[138] Diese Konsequenz war zwingend: *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 245 (267, 273); *Koellreutter* Verfassungsrecht (Fn. 72), 72: „Für den Nationalsozialismus bedeutet die Erhaltung und Stärkung wertvollen, artgleichen Blutes eine der wichtigsten Voraussetzungen für das gesunde Wachstum des Volkskörpers."

[139] Vgl. dazu *M. Silagi* Das Standesamt 1999, 3ff. (4ff.), auch zum Wandel der Kategorisierung von „arisch-nichtarisch" zu „deutsch/artverwandt-artfremd". Zeitgenössisch *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 98ff.; *G. Dahm* Deutsches Recht, 1944, 208.

[140] Dazu, daß das Rassemerkmal nicht durchgehalten bzw. nicht exerziert werden konnte und man letzten Endes immer wieder auf die Religionszugehörigkeit abstellte, vgl. *R. Hilberg* Die Vernichtung der europäischen Juden, 2. Aufl. 1990, Bd. 1, 69ff.; zur Uneinigkeit bezüglich der Definition von Rasse und der Bestimmung von Rassemerkmalen knapp, aber m.w.N. *Lepsius* Bewertungskriterien (Fn. 47), 88; eingehend *C. Essner* Im „Irrgarten der Rassenlogik" oder Nordische Rassenlehre und nationale Frage (1919–1935), in: Historische Mitteilungen 7 (1994), 81ff.; instruktiv auch das Beispiel von *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 133 m. Fn. 15. – Nur selten wurden außer den Juden noch explizit Zigeuner genannt: so etwa bei *W. Stuckart/H. Globke* Reichsbürgergesetz, Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, Gesetz zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes (Ehegesundheitsgesetz), 1936, 55 (§ 2 Anm. 3b); *Dahm* Deutsches Recht (Fn. 139), 348.

[141] Zitat: *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 245 (246). In diesem Aufsatz findet sich eine ausführliche Darstellung im Sinne der seinerzeit h.L.: vgl. etwa S. 247 („Der Gleichheitsgedanke des nationalsozialistischen Rechts wurzelt in der Artgleichheit der Volksgenossen als dem bestimmenden Prinzip der deutschen Volksgemeinschaft und ihrer Rechtsordnung"), 249 („Für eine Auffassung, die in der Gleichheit ein Grundrecht des einzelnen sieht, ist im heutigen Rechtsdenken kein Raum mehr"), 253 (Gleichheitsgedanke kein Recht des einzelnen, sondern „ein Aufbaugesetz unserer deutschen Volksgemeinschaft"), 269f. („heute ist die Artgleichheit des Volksgenossen eine natürliche Grundlage des auf der rassischen Einheit des Volkes aufgebauten nationalsozialistischen Staatswesens"), 272 („Der Gleichheitsgedanke des nationalsozialistischen Staates findet seine Substanz in der rassisch begründeten Artgleichheit der deutschen Volksgenossen. Er hat seine Rechtfertigung also in der Tatsache der blutmäßigen Gemeinschaft des deutschen Volkes. Gleich ist, wer ... deutschen oder artverwandten Blutes ist.") – Ähnlich *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 17: „Der deutsche Führerstaat verwirft bewußt das politische Prinzip der Gleichheit". *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 16 spricht vom „falschen Grundsatz der gleichen Freiheit aller"; desgleichen *Küchenhoff* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 197ff. (200: Majoritätsgrundsatz beruhe auf dem „abwegigen, den Rassegedanken verneinenden Satze ..., Mensch sei gleich Mensch"); *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 102.

reiteten diskriminierende Rechtsmaßnahmen der Staatsrechtslehre keine prinzipiellen Probleme.[142] Im Gegenteil: wie u.a. *Scheuner* darlegte, folgte aus „der völkischen Grundlage des heutigen deutschen Rechts ... notwendig die Absonderung der artfremden Elemente, insbesondere der Juden, aus dem deutschen Volkskörper".[143] Das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre von 1935[144] bezeichnete *Huber* als „ein Grundgesetz der neuen völkischen Ordnung".[145] Dabei war es unmöglich, der „differentielle(n) Rechtsbehandlung"[146] rechtsdogmatisch irgendwelche Grenzen zu ziehen. Auch bei der Entrechtung der Juden kam der Staatsrechtslehre nur die Rolle eines Protokollanten zu, der die einzelnen Maßnahmen aufzeichnete; in *Hubers* „Verfassungsrecht" findet sich gleichsam ein Stenogramm.[147]

Freilich: von den vier Stationen auf dem Weg zur Vernichtung des europäischen Judentums[148] – erstens Definition, zweitens Isolation, drittens Konzentration, viertens Deportation und Liquidation – haben Staatsrechtslehrer „nur" die beiden ersten beschreibend und erläuternd begleitet, und auch dies überwiegend eher zurückhaltend. Schon zur Konzentration in den Lagern und Ghettos, der dritten Stufe, findet sich im Schrifttum praktisch nichts. Bei Deportation und Ermordung verzichtete

---

[142] Speziell zur Rechtfertigung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums von 1933 (oben Fn. 29) vgl. *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 32; *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 18, 35. – Allgemein zur „Härte" der Maßnahmen, die sich die Betroffenen letztlich selbst zuzuschreiben hätten: *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 4; *J. Heckel* KritV 31 (1941), 245 (250f.).

[143] *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 245 (267). Siehe auch *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 99.

[144] RGBl. I S. 1146. Es ist neben dem Reichsbürgergesetz (ebd.) und dem Flaggengesetz (RGBl. I S. 1145) eines der drei „Nürnberger Gesetze", die am gleichen Tage (15. 9. 1935) vom Reichstag verabschiedet wurden.

[145] *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 369 (dort auch charakterisiert als „ein Verfassungsgesetz des Dritten Reiches").

[146] So *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 235 (267). *G.A. Walz* DR 1938, 409 (412) sprach vom „Abstand" gegenüber den Andersartigen.

[147] Vgl. *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 181ff.; *ders.* Bau und Gefüge (Fn. 100), 15ff. beschreibt die weitere Entwicklung des Staatsangehörigkeitsrechts im Kriege und sieht die in Frage kommende Lösung in der „Entwicklung eines rechtlichen Sonderstatus" (30) für die Juden. – Wiederum gilt: Sonderstatus heißt nicht „Sonderbehandlung" (dazu Enzyklopädie des Nationalsozialismus, hrsgg. v. W. Benz, H. Graml und H. Weiß, 3. Aufl. 1998, 735). Die systematische physische Vernichtung des europäischen Judentums stand 1940/41 noch außerhalb des Vorstellbaren. – Verfehlt daher die Annahme von *U. Volkmann* JuS 1996, 1058 (1063), Hubers Formulierung von der ‚Sonderstellung' der Juden und dem Ziel ihrer ‚Ausscheidung' nehme den Holocaust vorweg.

[148] In Anlehnung an *Hilberg* Vernichtung (Fn. 140), 56ff.

das Regime auf jedwede rechtliche Verbrämung; offenbar existierte noch nicht einmal ein geheimer Führerbefehl.[149] Den Endpunkt des völkischen Rechtsdenkens markierte die maß- und normlose Untat.[150]

2. *Staat und Bewegung: der „Bewegungsstaat"*

Das besondere Verhältnis der NSDAP zum Staat bildet das hervorstechende staatsorganisationsrechtliche Merkmal des Dritten Reiches.[151] Es ist ohne Vorbild und ohne Parallele.[152] Zwar wählte das „Gesetz zur Si-

---

[149] Vgl. *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 93ff.; ausführlich zur Forschungslage bezüglich Hitlers Rolle bei der „Endlösung der Judenfrage" *I. Kershaw* Der NS-Staat. Geschichtsinterpretationen und Kontroversen im Überblick, 1999, 148–206. Siehe noch *U. v. Hehl* Nationalsozialistische Herrschaft, 1996, 60ff., 66ff.; *T. Sandkühler* Die Ingangsetzung der ‚Endlösung' im Generalgouvernement am Beispiel des Distrikts Galizien, 1941/42, in: D. Dahlmann/G. Hirschfeld (Hrsg.), Lager, Zwangsarbeit, Vertreibung und Deportation, 1999, 435ff. Andeutung zur Entbehrlichkeit eines ausdrücklichen Führerbefehls wegen der „Selbstselektion der Aktionsrichtungen" (*Broszat*) und der „kumulativen Radikalisierung" (*Hans Mommsen*), also der im System angelegten Überbietungsstrategien konkurrierender Machtträger, auch bei *S. Breuer* Der Staat. Entstehung, Typen, Organisationsstadien, 1998, 271.

[150] Das Wort „Judenvernichtung" fällt in der gesamten von mir (naturgemäß nicht vollständig) gesichteten staatsrechtlichen Literatur kein einziges Mal. Bei *B. Rüthers* NJW 2000, 2866 (2867 Fn. 5) handelt es sich um ein Fehlzitat; die Stelle aus *W. Stuckart/R. Schiedermair* Rassen- und Erbpflege in der Gesetzgebung des Dritten Reiches, 3. Aufl. 1942, 12 lautet nicht „Die Judenvernichtung findet ihre Rechtfertigung daher nicht nur in der Andersartigkeit, sondern in der Anderswertigkeit des Judentums" (so *Rüthers*), sondern: „Die Judenvorschriften finden ihre Rechtfertigung ..." – Von „Vernichtung" oder „vernichten" ist selbst in unspezifischer Fassung praktisch nie die Rede. Eine gewisse Ausnahme macht *Küchenhoff* Nationaler Gemeinschaftsstaat (Fn. 87), 12 („Gegen den Rechtsbrecher, den Staatsfeind und Feind der Volksgemeinschaft gibt es in Strafmaß und Strafvollzug nur eins: kraftvolle Strenge und erforderlichenfalls völlige Vernichtung") – hier dürfte aber wohl die Todesstrafe gemeint sein. Uneindeutig *ders.* ZaöRV 12 (1944), 34 (65): „Erkenntnis der Lebenstatsache, daß der Mensch – und das gilt auch für Menschengruppen – sich zwar ausrichten, aber nicht abrichten, sich zwar vernichten, womit die Problematik aufhört, aber nicht ständig unterdrücken läßt." Deutlich allerdings (freilich in einem kaum juristisch oder staatsrechtlich zu qualifizierenden Text) *W. Best* ZfP 32 (1942), 406 (407): „Vernichtung und Verdrängung fremden Volkstums widerspricht nach geschichtlichen Erfahrungen den Lebensgesetzen nicht, wenn sie vollständig geschieht."

[151] Aus der Sekundärliteratur *C. Geiger* Die Rechtsstellung der NSDAP und ihrer Gliederungen HJ, SA und SS, in: Böckenförde, Staatsrecht (Fn. 29), 147ff.; *Grawert* Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 36ff.; zu Partei und Staat in den Anfängen des Dritten Reiches *Broszat* Staat Hitlers (Fn. 56), 244ff.

[152] Auch und gerade der italienische Faschismus war insofern anders gelagert. Zum besonderen Verhältnis von Staat und Partei im Vergleich ausführlich *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 (267ff., 275ff.); knapp *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 477

cherung der Einheit von Partei und Staat" vom Dezember 1933 mit der Qualifizierung der Partei als einer „Körperschaft des öffentlichen Rechts"[153] eine vertraut anmutende juristische Kategorie. Doch stimmte die Staatsrechtslehre völlig darin überein, daß damit die wahre Eigenart der Partei als „Bewegung" nicht erfaßt würde. Denn die überkommenen Merkmale einer Körperschaft des öffentlichen Rechts: vom Staat verliehene Satzungsautonomie einerseits, Staatsaufsicht andererseits, trafen auf die Bewegung gerade nicht zu.[154] Sie war dem Staat nicht untergeordnet, sondern gleichgeordnet.[155] Auch kam es nicht zu einem Prozeß der Verschmelzung von Ämtern und Positionen.[156] Daher galt die Bewegung als

(488). Siehe auch *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 20ff. – Analyse der Differenzen zwischen deutschem Nationalsozialismus und italienischem Faschismus bei *S. Breuer* Leviathan 11 (1983), 28ff.; siehe noch den Überblick von *A. Heinen* Erscheinungsformen des europäischen Faschismus, in: C. Dipper (Hrsg.), Europäische Sozialgeschichte. Festschrift für Wolfgang Schieder, 2000, 3ff.

[153] Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. 12. 1933, RGBl. I S. 1016. § 1 II lautete: „Sie ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Ihre Satzung bestimmt der Führer." – § 1 II wurde durch „Erlaß des Führers über die Rechtsstellung der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei" v. 12. 12. 1942 (RGBl. I S. 733) aufgehoben. Über die Motive kann man nur spekulieren; Hintergrund war möglicherweise die Diskussion darüber, ob gegen die NSDAP (was das Reichsgericht bejaht hatte: Urteil v. 17. 2. 1939, DR 1939, 1785) Amtshaftungsansprüche geltend gemacht werden konnten (vgl. etwa *O. Koellreutter* VerwArch. 45 [1940], 113 [125f.]). Zum letzten Punkt *J. Oebbecke* Zur Rechtsstellung der NSDAP im „Dritten Reich", in: P. Salje (Hrsg.), Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, 1985, 218 (233ff.).

[154] *Heckel* Bericht (Fn. 115), 20f.; *R. Höhn* DR 1935, 296 (300): „Körperschaft" sei lediglich ein Hilfsbegriff, weil juristisches Denken noch unfähig sei, die Gemeinschaftsvorstellung voll zu erfassen. Zur fehlenden Staatsaufsicht noch *Huber* Wesen (Fn. 19), 86; *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 477 (487); *Stuckart* Partei (Fn. 112), 268f.: nur formelle Sicherung. Schon *C. Schmitt* DR 1934, 27 (30) hatte es als „sinnlos" bezeichnet, die Staatsaufsicht und die anderen Grundsätze für öffentlich-rechtliche Körperschaften auf das Verhältnis von Staat und Partei zu übertragen. Vgl. zum ganzen *Geiger* Rechtsstellung (Fn. 151), 152f.

[155] *Heckel* Bericht (Fn. 115), 22; *E.R. Huber* Deutsche Rechtswissenschaft 4 (1939), 314 (322); *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 477 (487f.); *O. Koellreutter* VerwArch. 45 (1940), 113 (116).

[156] Betont von *Breuer* Der Staat (Fn. 149), 268; dort zugleich der Hinweis, daß sich die NSDAP als Gefolgschaftsverband zwar auch zahlreicher staatlicher Ämter bemächtigt und damit ihre Klientel bedient hatte („ungehemmte Appropriationsdynamik"), aber an der Doppelung und Zweispurigkeit festgehalten wurde. – Vgl. auch *L. Gruchmann* Die „Reichsregierung" im Führerstaat. Stellung und Funktion des Kabinetts im nationalsozialistischen Herrschaftssystem, in: Klassenjustiz und Pluralismus. Festschrift für Ernst Fraenkel, 1973, 187ff. (205), der mit Blick auf die Zugehörigkeit Heß' als „Stellvertreter des Führers" zur Reichsregierung betont, daß hierin nicht eine „Verschmelzung von Staat

selbständiger Hoheitsträger eigener Art und war auch verfassungsrechtlich ihr eigener Herr,[157] „impermeabel" für den Staat.[158] Ihre Funktionäre bezeichnete man als „Hoheitsträger und Organe der Verfassungsordnung",[159] sie selbst erschien als die „erste politische Körperschaft des öffentlichen Rechts überhaupt";[160] die von Hitler in seiner Eigenschaft als Parteiführer erlassene Parteisatzung wurde als objektives Recht und Teil der völkischen Rechtsordnung eingestuft.[161] Da die Bewegung nicht im Staat, sondern gleichsam neben ihm stand, war ein Herrschaftsdualismus etabliert, eine „eigentümliche Doppelung des politischen Hoheitsaufbaus".[162] Neben der staatlichen Ämterordnung existierte somit ein zweiter, selbständiger, nicht-staatlicher Hoheitsträger.[163]

Die daraus folgenden Koordinationsprobleme lagen auf der Hand, zumal es einerseits niemals zu einer eindeutigen Funktions- oder Aufgaben-

---

und Partei" intendiert, sondern im Gegenteil die „Trennung beider Institutionen" gewahrt werden sollte; ähnliche Diagnose bereits bei *H. Arendt* Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft, 1955, 629f.

[157] *Heckel* Bericht (Fn. 115), 20; zustimmend *R. Höhn* DR 1935, 296 (300). *E.R. Huber* DR 1935, 309 (311) charakterisiert die Partei als Verfassungseinrichtung mit unabgeleiteter Rechtssetzungsbefugnis; *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 13: die Partei leitet ihre „Hoheitsgewalt nicht vom Staate ab, sondern besteht zu eigenem Recht." Vgl. *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 477 (487): „Die Partei hat nicht kraft Verfassung Anerkennung gefunden, sondern selbst die Verfassung gegeben. Sie selbst ist erste Verfassungseinrichtung." Ferner *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (129): eigene, nicht vom Staat abgeleitete Rechtssetzungsgewalt.

[158] Vgl. *E.R. Huber* DR 1935, 309 (311); *Huber* Wesen (Fn. 19), 86: „Die Bewegung ist gegenüber der Staatsorganisation ein geschlossener und undurchdringlicher (impermeabler) Gesamtkörper"; *Heckel* Bericht (Fn. 115), 21; *Koellreutter* Verfassungsrecht (Fn. 72), 159.

[159] So *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 477 (487).

[160] So *Heckel* Bericht (Fn. 115), 19.

[161] *Heckel* Bericht (Fn. 115), 21; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 300. Das Satzungsrecht war in § 1 II 2 EinheitsG normiert.

[162] *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 (280), der fortfährt, daß diese Doppelung „ihre tieferen Grundlagen in der Nebenordnung von Partei und Staat und der damit verbundenen Einengung des Staatsbegriffs hat". Von „Dualismus" ist auch bei *Herbert Krüger* Einheit und Freiheit, 1944, 96 Fn. 4 die Rede, der ansonsten seine vage Idee „dialektischer Einheit", die infolge der Überhöhung und Zusammenfassung beider Hoheitsträger durch den Führer bewirkt werde, vorstellt (S. 91ff.). – Ob man eine „Zweiheit des formellen Rechtsetzungsverfahrens" ausmachen könne (so *Heckel* Bericht [Fn. 115], 21f.), war über die Jahre hin sehr umstritten: vgl. etwa *O. Koellreutter* VerwArch. 45 (1940), 113 (120ff.) m.w.N.

[163] Und zwar nicht nur in der staatsrechtlichen „Theorie" (vgl. noch *W. Stuckart/R. Schiedermair* Neues Staatsrecht I: Der neue Staatsaufbau, 17. Aufl. 1943, 34f., 40ff.), sondern auch durch die Judikatur: RG DJZ 1935, 1311; OLG Karlsruhe JW 1936, 3628.

zuordnung kam und man die Dinge insofern bewußt in der Schwebe hielt,[164] andererseits aber auch kein verfassungsrechtlicher oder institutioneller Vorrang des Staates gegenüber der Partei oder der Partei gegenüber dem Staate[165] bestand.[166] *Schmitts* frühe Formel, Staat, Bewegung und Volk seien „unterschieden, aber nicht getrennt, verbunden, aber nicht verschmolzen",[167] bot eher eine Beschreibung des Problems als dessen Lösung. Als Remedium gegen eine drohende Doppelung oder gar Spaltung des Rechts sah man Personalunionen an.[168] Doch waren damit die Strukturprobleme dieses „Bewegungsstaates", in dessen Bezeichnung das eigentümlich Fluide des Regimes schon mitschwingt,[169] nicht zu be-

---

[164] *W. Frotscher/B. Pieroth* Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1999, Rn. 599, 623f. – *W. Benz* Partei und Staat im Dritten Reich, in: M. Broszat/H. Möller (Hrsg.), Das Dritte Reich. Herrschaftsstruktur und Geschichte, 1983, 64ff. (73) bezeichnet das ausdrücklich als „Schwebezustand". Noch 1940 stellte man fest, daß das Verhältnis von Partei und Staat alles andere als geklärt war: *O. Koellreutter* VerwArch. 45 (1940) 113 (113f.).

[165] Daß umgekehrt auch „kein Kontroll- oder Anweisungsrecht der Parteidienststellen gegenüber den Staatsorganen" bestand, betonte bezeichnenderweise *Huber* Wesen (Fn. 19), 87; *ders.* DR 1935, 309 (311). Zur wechselseitigen Unabhängigkeit noch *Stuckart* Partei (Fn. 112), 279f. – *Krüger* Einheit (Fn. 162), 92f., 97 plädiert allerdings für einen Vorrang der Partei; ebenso unabgesichert *Geiger* Rechtsstellung (Fn. 151), 157f.

[166] Auch das gern zitierte Hitler-Wort auf dem Reichsparteitag 1933: „Nicht der Staat befiehlt uns, wir befehlen dem Staat" gibt keine eindeutige Richtung an, da es auch gegenläufige Äußerungen und Intentionen gab (vgl. *Broszat* Staat Hitlers [Fn. 56], 264ff.).

[167] *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 21; ähnlich *ders.* DR 1934, 27 (30). *Frotscher/Pieroth* Verfassungsgeschichte (Fn. 164), Rn. 623 nennen das eine „kryptische Formel"; mit Blick auf gewisse Ähnlichkeiten zum Glaubensbekenntnis des Konzils von Chalkedon (451 n. Chr.) könnte man eher von einer „christologischen" Formel sprechen. – *Pfundtner* Quellen (Fn. 68), 342 greift zur Metapher der „Einheit von Seele und Leib".

[168] Vgl. *Huber* Wesen (Fn. 19), 87: ungeschriebener, „doch geltender Verfassungsgrundsatz des Reiches, daß die wichtigen Staatsämter mit den Trägern gleichstufiger Parteiämter besetzt werden"; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 300; ferner zur Personalunion als einem probaten Mittel: *Heckel* Bericht (Fn. 115), 22; *Stuckart* Partei (Fn. 112), 279; *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 33; *Koellreutter* Verfassungsrecht (Fn. 72), 161; *Maunz* Gestalt (Fn. 54), 8; für *Stuckart/Schiedermair* Staatsaufbau (Fn. 163), 42f. war die Personalunion das eigentliche Instrument der Einheit von Partei und Staat. Vgl. auch *Majer* Grundlagen (Fn. 46), 216; *Geiger* Rechtsstellung (Fn. 151), 153f., 157. – Beispiele: (1) Himmler war Reichsführer SS und seit 1936 zugleich Chef der Deutschen Polizei; (2) Heß als Stellvertreter des Führers in der Partei war gemäß § 2 des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat Mitglied der Reichsregierung; (3) der Stabschef SA war auch Mitglied der Reichsregierung; (4) die meisten Gauleiter waren zugleich Reichsstatthalter oder Oberpräsidenten.

[169] Von „Bewegungsstaat" spricht *E.R. Huber* DR 1935, 309 (310); *ders.* Verfassungsrecht (Fn. 59), 289ff. u.ö.; bei ihm kann man davon ausgehen, daß in der Benennung bereits auch die Bannung zentrifugaler Tendenzen liegen sollte. Zur „Bewegungsverfassung" *Krüger* Führer (Fn. 67), 40ff.

wältigen.[170] Sie konnten denn auch nicht verhindern, daß sich im Laufe der Zeit das ausbildete, was ein mittlerweile fast schon eigenständiger Zweig der zeitgeschichtlichen Forschung als „nationalsozialistische Polykratie"[171] bezeichnet. Darunter versteht man im Kern das ungeklärte Konkurrenzverhältnis zwischen staatlicher Ämterordnung und Parteidienststellen, aber auch die Machtkämpfe innerhalb der Partei; verschärfend trat eine stetig wachsende Zahl von Sonderbehörden, Sonderbeauftragten und Sonderministerien hinzu, die zumeist unmittelbar Hitler selbst unterstellt waren.[172] So kam es zur fortschreitenden Zerfaserung des Verwaltungssystems, zur Errichtung neuer Machtzentren mit sich überschneidenden Aufgabengebieten und überlappenden Zuständigkeits-

---

[170] Der Grund: die konfligierenden Interessen spiegeln die der unterschiedlichen Ressorts bzw. Organisationen wider. Sie verschwinden nicht deshalb, weil der „Chef" an der Spitze der verschiedenen Ressorts oder Organisationen die gleiche natürliche Person ist! Daher sind Personalunionen das simpelste und zugleich fragilste Mittel, Konflikte zwischen Organisationen zu vermeiden, und erweisen sich für ein einigermaßen komplexes Staatswesen als absolut untauglich. Vgl. *H. Mommsen* Beamtentum im Dritten Reich, 1966, 108ff., 223ff.

[171] Vgl. den so betitelten Aufsatz von *P. Hüttenberger* Geschichte und Gesellschaft 2 (1976), 417ff.; die Umschreibung als Polykratie findet sich wohl zuerst bei *G. Schulz* Die Anfänge des totalitären Maßnahmenstaates (1962), Ausgabe 1974, 280, 294, 380ff.; vielzitiert *Broszat* Staat Hitlers (Fn. 56), 363ff. („Polykratie der Ressorts"); ausführlich *D. Rebentisch* Führerstaat und Verwaltung im Zweiten Weltkrieg, 1989, insb. S. 1ff., 283ff., 533ff.; konzise Zusammenfassungen der Diskussion bei *M. Ruck* Die deutsche Verwaltung im totalitären Führerstaat 1933–1945, in: E.-V. Heyen (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung im totalitären System, 1998, 1ff.; *U. v. Hehl* Nationalsozialistische Herrschaft, 1996, 60ff. – Anschauliche Beispiele für Polykratie bei *Benz* Partei und Staat (Fn. 164), 74ff. (Sonderverwaltungen, Kommissariate und Sonderministerien, Ämter und Behörden der NSDAP in Konkurrenz zu staatlichen Behörden, Zwangskartelle wie Reichsnährstand u.a.). Siehe auch *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 207ff., der die „ernsthafte Erschütterung der Einheit des staatlichen Verwaltungsapparates" durch die örtlichen Gauleiter schildert, die zwar kraft Personalunion das „staatliche" Amt eines Reichsstatthalters innehatten, aber *neben* den Landesregierungen eingesetzt wurden und ihr Macht- und Störpotential als Mitglieder der Partei (als welche sie nur Hitler, nicht der Reichsregierung unterstanden) zur Geltung brachten; als Folgen nennt Gruchmann: „regionale ‚Nebenregierung' der Reichsstatthalter/Gauleiter" und Ausbildung eines „regelrechten neuen Partikularismus" im Kriege (ebd., 208); vgl. noch *Kershaw* NS-Staat (Fn. 149), 130ff. Als bereichsspezifische Studie *W. Stellbrink* Der preußische Landrat im Nationalsozialismus, 1998.

[172] Für die Betrauung mit bestimmten Aufgaben wurde die Vorstellung sachlich abgegrenzter, allgemeiner Kompetenzbereiche zunehmend unwichtiger; mehr und mehr kam es auf die „politische Wichtigkeit des Aufgabenkreises und die Persönlichkeitsfrage" an (so zeitgenössisch *Krüger* Einheit [Fn. 162], 97); aus der heutigen Literatur nur *Grawert* Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 37, 47; *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 60ff.; *Kershaw* NS-Staat (Fn. 149), 132ff.

bereichen,[173] zur Ausbildung entsprechender Verselbständigungstendenzen und mit alledem zur Aushöhlung der staatlichen Ämterordnung, zu beständigem Kompetenzgerangel und hartnäckigem Kampf um die verbindliche Letztentscheidung. Dieses „‚Chaos' konkurrierender Instanzen"[174] entfaltete sich vollends im Kriege, hatte sich aber bereits vorher abgezeichnet.[175]

Daß eine der Herausarbeitung systematischer Grundlinien verpflichtete Staatsrechtswissenschaft hier kein taugliches Objekt finden konnte, versteht sich. Aber hat sie den offenkundigen Zerfallsprozeß nicht wenigstens als solchen analysiert, ja womöglich kritisiert? Tatsächlich findet sich *eine* Stellungnahme, die an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig läßt. Der gesunde Menschenverstand des Volkes habe kein Verständnis für „Kompetenzkonflikte und Prestigekomplexe", heißt es dort; und: die Betroffenen wüßten infolge der „sich ständig mehrenden Zahl der Sonderverwaltungsbehörden und -dienststellen" nicht, an wen sie sich zu wenden hätten; es entstünde der „wenig schöne Zwang, von Behörde zu Behörde zu laufen". Und dann listet der Verfasser alle Mängel auf: „Behördeninflation und Behördenkrieg, Doppelarbeit und Leerlauf der Behörden, Unproduktivität der Behördenarbeit, Publikumsbelastung durch vermehrte Behördenlauferei, Verminderung der Rechtssicherheit durch erhöhte Möglichkeit voneinander abweichender Behördenentscheidungen, Verteuerung der Verwaltung, Aufblähung des gesamten Staatsapparates". – Allerdings: der Autor, *Wilhelm Stuckart*, war seinerzeit SS-Brigadeführer und Staatssekretär im Innenministe-

---

[173] *Krüger* Einheit (Fn. 162), 95f. konstatiert die Auflösung des Zuständigkeitsbegriffes.

[174] *G. Schulz* Der Staat 22 (1983), 262 (270). Vgl. auch *R. Morsey* Die verfassungspolitische Entwicklung, in: K.G.A. Jeserich u.a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 4, 1985, 696ff. (703): „Kompetenzchaos und ‚institutionelle Anarchie'"; *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 353: „veritables Chaos"; *Breuer* Der Staat (Fn. 149), 269ff. spricht von „Doppelhierarchien", der „Chaotisierung des politisch-administrativen Systems" und der „Entstehung zahlloser unkontrollierter Sekundärbürokratien"; *Kershaw* Hitlers Macht (Fn. 3), 214 redet geradezu beiläufig vom „üblichen Verwaltungschaos des Dritten Reiches".

[175] *Rebentisch* Führerstaat (Fn. 171), 533 faßt das Ergebnis seiner umfassenden Studie wie folgt zusammen: „Niemals zuvor in der deutschen Geschichte war eine Herrschaftsform von so extremer Machtentfaltung wie der Führerstaat Hitlers zugleich auf so widersprüchliche Elemente gegründet und von derart erbitterten Konkurrenzkämpfen in dem unübersichtlichen Gelände einer heillos zerrütteten Verwaltungsorganisation geprägt. Niemals zuvor wurden ideologische Herrschaftsziele mit vergleichbarer Durchschlagskraft und Perfektion exekutiert, während gleichzeitig die Behörden und Institutionen des traditionellen Staatsapparates durch die Einwirkung zahlloser Parteidienststellen und Sonderorganisationen einem Prozeß fortwährender Auflösung verfielen."

rium; und erschienen ist dieser kritische Beitrag 1941 in der Festgabe für Heinrich Himmler.[176]

Man sieht: Aus dem Nebeneinander von Partei und Staat wurde ein Gegeneinander und schließlich ein allgemeines Durcheinander. In der Überwucherung, Durchlöcherung und Zersetzung der Staatsorganisation zeigte sich ein weiteres Mal Hitlers Anti-Etatismus, sein vollständig mangelnder Sinn für die regulative, aber immer zugleich limitierende Kraft von Kompetenzordnungen und klaren hierarchischen Strukturen. Dieses Desinteresse hatte seinen Grund natürlich vornehmlich darin, daß die Polykratie ihn nicht etwa als schwachen Diktator auswies;[177] vielmehr sicherte ihm die labile Balance zwischen den verschiedenen Machtagglomerationen gerade die zentrale Entscheidungsposition.[178] Nicht trotz, sondern wegen der Rivalitäten blieb er bis zum Ende die ganz unbestrittene Letztentscheidungsinstanz: freilich – um es bildhaft auszudrücken – weniger als Spitze eines massiven pyramidalen Blocks, sondern eher als höchster Punkt eines Mobiles.

3. *Führung und Führerprinzip: der „Führerstaat"*

Damit stehen wir bereits inmitten des dritten Elementes, bei Führung, Führerprinzip und „Führerstaat".

---

[176] *W. Stuckart* Zentralgewalt, Dezentralisation und Verwaltungseinheit, in: Festgabe für Heinrich Himmler, 1941, 1ff. (22, 24). – Zu dieser bemerkenswerten „innerparteilichen" Kritik auch *Rebentisch* Führerstaat (Fn. 171), 368f.; *M. Moll* Einleitung, in: ders. (Hrsg.), „Führer-Erlasse" 1939–1945, 1997, 9ff. (27).

[177] Siehe zur diesbezüglichen Kontroverse zwischen Hans Mommsen und Klaus Hildebrand *Moll* Einleitung (Fn. 176), 10ff. mit allen Nachweisen. Vgl. auch die knappe, aber präzise Darstellung im oben genannten Sinne bei *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 64ff.; breite und faire Schilderung der unterschiedlichen Positionen zum „Faktor" Hitler bei *Kershaw* NS-Staat (Fn. 149), 112ff., 128ff.; vgl. noch *v. Hehl* Herrschaft (Fn. 149), 60ff.

[178] Gleichsinniges Resümee bei *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 212; *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 60, 64; *D. Rebentisch* Hitlers Reichskanzlei zwischen Politik und Verwaltung, in: ders./K. Teppe (Hrsg.), Verwaltung contra Menschenführung im Staat Hitlers, 1986, 65ff. (98f.); *Morsey* Entwicklung (Fn. 174), 703; *Grawert* Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 48. So wohl auch *H. Mommsen* Die nationalsozialistische Machteroberung: Revolution oder Gegenrevolution, in: Dipper, Sozialgeschichte (Fn. 152), 41ff. (49). – Das heißt wiederum nicht, daß Hitler eine systematische Politik des *divide et impera* betrieben hat; womöglich reichte sein „instinktiver Darwinismus" (*I. Kershaw* Der Nationalsozialismus als Herrschaftssystem, in: Dahlmann/Hirschfeld, Lager [Fn. 149], 155ff. [166]).

a) Auch Führung galt als innovativer „Kernbegriff des nationalsozialistischen Staatsrechts".[179] Man verstand darunter mehr und anderes als effektive Befehl-Gehorsams-Relationen, gerade nicht nur das mechanische Funktionieren bürokratischer Apparate oder einer machtstaatlichen Diktatur.[180] Gedacht war vielmehr an eine höhere Einheit zwischen Führer und Gefolgschaft, in welcher deren wahres Wissen und Wollen durch den Führer artikuliert und handelnd zum Ausdruck gebracht wird.[181] Man betonte die angebliche Herkunft dieses Führungsgedankens aus dem germanischen Heerführertum,[182] vor allem aber seine Verankerung in den Erfahrungen des Ersten Weltkrieges, also dem „Erlebnis der Frontkämpfergeneration".[183] Der Stoßtruppführer galt als Prototyp solchen Führertums[184] und zugleich als eine Art von Sozial-

---

[179] *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 36. *Heckel* Bericht (Fn. 115), 18 betont, daß ‚Führung' ebenso wie Bewegung und völkisch völlig neue Termini des Verfassungsrechts seien. Siehe auch *G. Küchenhoff* Deutsche Justiz 98 (1936), 1682 (1682): „Der Führergrundsatz ist das bestimmende Organisationsprinzip im Dritten Reich." Nach *Krüger* Führer (Fn. 67), 6 ist „der Führerbegriff die wesentliche Denkform des neuen Zeitalters".

[180] Vgl. *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 27, 37ff. (auch zur Differenz gegenüber hierarchischem Kirchenstaat und rationalem Anstaltsstaat).

[181] So vor allem *R. Höhn* Vom Wesen der Gemeinschaft, 1934, 16f.: „Führer ist ... derjenige, der, aus der Gemeinschaft gewachsen, am stärksten die Gemeinschaftsgehalte in sich trägt und für die Gesamtheit richtunggebend handelt."; *ders.* Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, 1934, 42 (am Beispiel einer SS-Versammlung). Siehe ferner *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (530ff., insb. 534); *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (446f.). – Letztlich sind natürlich auch die geheimnisvollen Verbindungen zwischen Führer und Gefolgschaft rational nicht erklärbar. Typisch folgender Satz (*Herbert Krüger* DR 1935, 210 [210]): „Führer und Volk stehen auf unzähligen sichtbaren und unfaßlichen Leitungen miteinander in Verbindung." Vgl. noch *G. Küchenhoff* Deutsche Justiz 98 (1936), 1682 (1682, 1683): Zusammenströmen der Kräfte und Spannungen der Gemeinschaft im Führer und dessen Fähigkeit, die Gehalte der konkreten Gemeinschaft zu verkörpern; *ders.* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 197ff. (198, 199 [„Gemeinsamkeit des Blutes in Führer und Gefolgschaft", der Führer stamme „aus den besten Blutskräften der seinem Volke Gestalt gebenden Rasse"]); *W. Best* RVBl. 1939, 757 (759): im Führer verwirkliche sich der „organische Führungs- und Gestaltungswille des Volkes". – Zusammenfassend *C.H. Ule* VerwArch. 45 (1940), 193 (214ff.).

[182] *R. Höhn* DR 1935, 296 (298); *Krüger* Führer (Fn. 67), 114f. Eher skeptisch zunächst *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 15, dann aber deutlich 19ff.; allgemein *G. Küchenhoff* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 197ff. (202) unter Bezug auf den „germanischen Gedanken der Volksgenossenschaft und des auf ihr beruhenden Führertums."

[183] *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 21. Mehrere Hinweise auf Frontsoldaten auch bei *Koellreutter* Führerstaat (Fn. 44), 8, 18; *ders.* Aufbau (Fn. 58), 10, 39 u.ö.; *ders.* Verfassungrecht (Fn. 72), 147; *C.H. Ule* VerwArch. 46 (1941), 1 (53): Weltkrieg als „Geburtsstunde des nationalsozialistischen Führertums".

[184] Vgl. *Freyer* Staat (Fn. 122), 108: „Wenn der Leutnant seine Kompagnie zum Sturme führt, vollzieht sich, aus lauter Taten zusammengesetzt, ein Schaffensprozeß; und aus

ideal; von daher erklärt sich die besondere Auszeichnung sog. Stoßtrupp-Fakultäten.[185] Eine genauere oder gar wissenschaftlich präzise Umschreibung des Begriffs der Führung gelang trotz einer großen Fülle einschlägiger Arbeiten[186] letztlich nicht.[187] Selbst der wortmächtige *Carl Schmitt* erklärte, bezeichnenderweise versage jedes Bild.[188] Eine recht ausgedehnte und mit überraschenden Frontverläufen geführte Debatte darüber, ob Führung auch in der Arbeit von Verwaltungsbehörden statthaben könne,[189] gelangte ebensowenig zu einem eindeutigen Ergebnis und verlief im Sande.

b) Sehr viel konkretere Konturen gewann der Führergedanke im spezifisch staatsrechtlichen Sinne, führte er hier doch zum „Führerstaat".[190]

---

dem lebendigsten Objekt, aus handelnden Menschen, formt sich ein Gebilde. Führen heißt immer: aus Leben Form schaffen. Geführt werden heißt immer: daß ein Leben zu Form wird."

[185] Zu Stoßtrupp-Gemeinschaft und Stoßtrupp-Fakultäten *T. Maunz* DR 1936, 488 (492), wo diese „Kampfmethode" auf Zeitschriftenkampagnen und das „Kitzeberger Lager" erstreckt wird; *Küchenhoff* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 202 hebt Arbeitsgemeinschaften der Referendare und Kameradschaftsabende als Mittel zur Schaffung echten Gemeinschaftsgeistes hervor. – Zur Stoßtruppfakultät Kiel und dem Kitzeberger Lager aus der heutigen Literatur näher *J. Eckert* Was war die Kieler Schule?, in: F.J. Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, 37ff. (46ff., 55ff.).

[186] *E. Becker* Diktatur und Führung, 1935; *R. Höhn* DR 1935, 296ff.; *O. Koellreutter* Der Deutsche Führerstaat, 1934; *Herbert Krüger* Führer und Führung, 1935; *Küchenhoff* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 197ff. – Vgl. den Hinweis von *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (530), es gäbe bis dato noch keine brauchbare Theorie der Führung, was natürlich auch eine Spitze gegen Höhn war.

[187] *E. Laux* Führung und Verwaltung in der Rechtslehre des Nationalsozialismus, in: Rebentisch/Teppe, Verwaltung (Fn. 178), 33ff. (40). – Vielzitiert: „Autorität jedes Führers nach unten und Verantwortlichkeit nach oben" (*Hitler* Mein Kampf [Fn. 124], 501). Diese Formel zeigte aber nur, daß Führung nicht auf Befehlsstrukturen mit Gehorsamsanspruch verzichten konnte. Deutlich wiederum *E.R. Huber* AöR n.F. 24 (1934), 246 (248): verantwortliche Bindung ohne Kontrolle.

[188] *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 42.

[189] Gründliche Darstellung bei *Laux* Führung (Fn. 187), 46ff., 56ff.; knapp *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 361f. Aus der Primärliteratur *T. Maunz* DR 1935, 219ff.; *E. Forsthoff* DR 1935, 398ff.; *R. Höhn* DR 1936, 304ff.; *G. Küchenhoff* Deutsche Justiz 98 (1936), 1682ff.; *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 28ff.; *C.H. Ule* VerwArch. 45 (1940), 193ff.; *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445ff.

[190] Der Terminus geht wohl auf *O. Koellreutter* Grundriß der Allgemeinen Staatslehre, 1933, 163ff. zurück; im gleichen Jahr spricht *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1339) vom „völkischen Führerstaat", *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 46 vom „totale(n) Führerstaat"; später *E.R. Huber* AöR n.F. 24 (1934), 246 (250); *C. Schmitt* Der Rechtsstaat, in: Frank, Handbuch (Fn. 51), 3ff. (7). Die Bezeichnung lag allem Anschein nach in der Luft: sie begegnet auch bei *M.H. Boehm* Volkstheorie als politische Wissenschaft, 1934, 13 (ein

Das bedeutete zunächst ganz allgemein und grundsätzlich, daß die neue Ordnung eine personhafte sein sollte: „Person statt Norm und unpersönlicher Institution",[191] wie man im markanten Gegensatz zur verfassungsstaatlichen Programmformel des *government of laws, not of men* formulierte. Im Führerstaat war aber vor allem die beispiellose Konzentration der gesamten hoheitlichen Gewalt – des Staates wie der Bewegung – in den Händen einer Person, des Führers und Reichskanzlers, verwirklicht.[192] Schon früh herrschte in der Staatsrechtslehre Einigkeit darüber, daß die legislative, exekutive, militärische und selbst – das war spätestens seit dem sog. Röhm-Putsch klar – judikative Gewalt ungetrennt und ungeschmälert in seiner Hand lag.[193] „Der Führer", so *Huber* in repräsentativer Zusammenfassung, „vereinigt in sich alle hoheitliche Gewalt des Reiches; alle öffentliche Gewalt im Staat wie in der Bewegung leitet sich von der Führergewalt ab. Nicht von ‚Staatsgewalt', sondern von ‚Führergewalt' müssen wir sprechen, wenn wir die politische Gewalt im völkischen Reich richtig bezeichnen wollen. Denn nicht der Staat als eine unpersönliche Einheit ist der Träger der völkischen Gewalt, sondern diese ist dem Führer als dem Vollstrecker des völkischen Gemeinwillens gegeben. Die Führergewalt ist umfassend und total; sie vereinigt in sich alle Mittel der politischen Gestaltung; sie erstreckt sich auf alle Sachgebiete des völkischen Lebens ... Die Führergewalt ist nicht durch Sicherungen und Kontrollen, durch autonome Schutzbereiche und wohlerworbene

---

Vortrag vom 3. 12. 1933). – Zusammenfassende Darstellung bei *C.H. Ule* VerwArch. 45 (1940), 193 (206ff.). *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (445) sieht im Führerstaat „den neuen Staatstypus des 20. Jahrhunderts".

[191] *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (55ff., 58; ebd., 55 ist hervorgehoben, daß die „Rückkehr zu personenhafter Volksordnung ... ihren letzten Grund in der rassemäßigen Selbstbestimmung unserer Nation" habe); Heckel wirft hier (ebd., 55f. mit Fn. 41ff.) im übrigen Carl Schmitt vor, in seinen Arbeiten über „Staat, Bewegung, Volk" sowie den „Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens" eine zu sehr etatistische, keine „gesamtvölkisch-deutsche Schau" des Reichs zu bieten, desgleichen (S. 58f.), den Führer als konkrete Ordnungsfigur mißinterpretiert zu haben; kritisch zu Schmitt auch *Koellreutter* Führerstaat (Fn. 44), 23 m. Anm. 28. – Zur Personhaftigkeit ferner *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1339); *C. Schmitt* JW 1934, 713 (714, 715); *Krüger* Führer (Fn. 67), 28ff., 45f.; *G. Küchenhoff* Deutsche Justiz 98 (1936), 1682 (1682, 1686); *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (447f.); *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (535f.). – Aus der Sekundärliteratur *Lepsius* Begriffsbildung (Fn. 26), 93ff.; *B. Rüthers* Ius Commune XXIII (1992), 577 (579).

[192] Im bloßen Konzept der „Einheit der Staatsgewalt" (*E.R. Huber* DJZ 1934, 950ff.) lag dies noch nicht zwingend beschlossen.

[193] Zum sog. Röhm-Putsch vgl. oben Fn. 50. Vgl. zum Führer als „oberstem Gerichtsherrn" außer *C. Schmitt* DJZ 1934, 945ff. noch *Stuckart* Partei (Fn. 112), 279.

Einzelrechte gehemmt, sondern sie ist frei und unabhängig, ausschließlich und unbeschränkt".[194]

aa) Zu den Folgen dieser Führerstaatlichkeit zählte zunächst der drastische Bedeutungsverlust von Reichstag und Reichsregierung.[195] Der Reichstag, ohnehin nur selten einberufen,[196] faßte seit dem 23. 3. 1933 bis zur letzten Sitzung im April 1942 ganze sieben förmliche Gesetzesbeschlüsse.[197] Weit wichtiger als dieser quantitative Aspekt ist allerdings der qualitative. Denn nicht nur rein faktisch, sondern in normativer staatsrechtlicher Deutung fungierte der Reichstag als bloße Akklamationsstätte ohne eigenes politisches Recht zur Willensbildung.[198]

---

[194] *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 230; im Anschluß an die zitierte Stelle betont Huber die Bindung der Führergewalt an Schicksal, Wohl und Ehre des Volkes. Des weiteren unterscheidet Huber im folgenden (S. 232ff.) ansatzweise verschiedene Staats*funktionen* und wendet sich gegen die Kritik, welche Höhn gegen die erste Auflage der Huberschen „Verfassung" von 1937 vorgebracht hatte; vgl. auch *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (542ff.). – Ohne jeden Formwillen *Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler (Fn. 51), 203: „Was der Führer von Gemeinschafts wegen als richtig oder umgekehrt als sittenwidrig und daher als Recht oder als Unrecht bezeichnet, das ist es, ohne daß es eines formellen Gesetzes bedarf." Siehe noch *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (58): „Darum hat das Wort aus der feierlichen Schlußformel des Reichsparteitages 1934 nicht nur einen symbolischen, sondern einen verfassungskonstruktiven Sinn: Adolf Hitler ist Deutschland und Deutschland ist Adolf Hitler."

[195] Allgemein zum Gesetzgebungsverfahren (wesentlich vor Kriegsbeginn) *Gruchmann* Justiz (Fn. 51), 746ff.; für die spätere Zeit *Rebentisch* Führerstaat (Fn. 171), 371ff.

[196] Es fanden seit der Verabschiedung des Ermächtigungsgesetzes noch 19 Reichstagssitzungen statt. Genaue Zahlen bei *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 159 Anm. 33; ausführlich *P. Hubert* Uniformierter Reichstag, 1992, 215ff. – Die letzte Sitzung datiert vom 26. 4. 1942; dort „bestätigte" der Großdeutsche Reichstag einmütig „die vom Führer in seiner Rede in Anspruch genommenen Rechte", i.e.: „alles zu tun, was zur Erringung des Sieges dient oder dazu beiträgt (...) ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein" (RGBl. I S. 247).

[197] 30. 1. 1934: Neuaufbaugesetz; 15. 9. 1935: Blutschutzgesetz, Reichsbürgergesetz und Reichsflaggengesetz; 30. 1. 1937 und 30. 1. 1939: Verlängerung des Ermächtigungsgesetzes; 1. 9. 1939: Wiedervereinigung Danzigs mit dem Deutschen Reich. Vgl. *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 213 Anm. 1; *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 159 Anm. 33; ausführlich zu Wahl, Zusammensetzung, Zusammentritt und „Entscheidungen" des Reichstags *Hubert* Uniformierter Reichstag (Fn. 196), 125ff.

[198] In aller wünschenswerten Klarheit *Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler (Fn. 51), 207ff.: keine eigene Befugnis, Gesetze zu beschließen; nur vom Führer abgeleitete Gesetzgebungsgewalt. Siehe auch *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (134): „Das Reichstagsgesetz ist im Grunde ein dem Reichstag zur Akklamation vorgelegter unmittelbarer Führerentscheid und stellt insofern nur eine Abart des Führererlasses dar." Weiter *E.R. Huber* ZgesStW 95 (1935), 202 (207); *ders.* Verfassungsrecht (Fn. 59), 207f.: „Es wäre unmöglich, daß im Reichstag ein Gesetz eingebracht und beschlossen würde,

Die formelle Gesetzgebung ging in entsprechendem Maße auf die Reichsregierung[199] über, welche freilich selten und seit 1938 gar nicht mehr als Kollegialorgan tagte, sondern im Umlaufverfahren entschied.[200] Auch hier galt, daß die Reichsminister lediglich als Ratgeber und Gehilfen des Führers agierten,[201] nicht als Inhaber eigener organschaftlicher Rechte. Und selbst diesen reduzierten Rang mußten sie im Laufe der Zeit noch an die Kanzleichefs abtreten,[202] was sich etwa im Verfahren der Mit-

---

das nicht entweder vom Führer selbst ausgeht oder von ihm nicht wenigstens vorher gebilligt worden ist. Der Vorgang ist ähnlich wie bei der Volksabstimmung: der Reichstag ist nicht der eigentlich handelnde Träger der Gesetzgebungsgewalt, sondern er erklärt durch den Beschluß seine Übereinstimmung mit dem Willen des Führers, der der Gesetzgeber des deutschen Volkes ist."

[199] Deren Zusammensetzung im Jahre 1939 ist dargestellt bei *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 224; zu Weiterentwicklungen *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (558ff.). – Ausführliche Darstellung bei *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 187ff. – Die Reichsregierung verabschiedete bis 1945 mehr als 900 Gesetze (so *Moll* Einleitung [Fn. 176], 51 m. Anm. 230).

[200] *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 192ff.; *Moll* Einleitung (Fn. 176), 11, 50. Genaue Anzahl der Kabinettssitzungen, die von Jahr zu Jahr weniger wurden und 1938 ganz eingestellt wurden, bei *Gruchmann* ebd., 192; *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 162 Anm. 46.

[201] *Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler (Fn. 51), 206f.: „Räte des Führers"; *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (26): Reichsminister sind „zu den nächsten Beratern und Mitarbeitern des Führers geworden"; *J. Heckel* KritV 31 (1941), 245 (256): „Grundsatz jeweiliger persönlicher Beratung des Führers"; *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (553); *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (137). – *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 227 hatte noch die in gewisser Weise eigenständige Funktion der Minister als „Unterführer" und ihre Aufgabe als „Mitgestalter" betont. – Aus der Sekundärliteratur zusammenfassend *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 191: Reichskabinett als „Führerrat".

[202] Dazu, daß dieser Prozeß nicht erst im Kriege beginnt, *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 192ff.; *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 65ff., insb. 84ff. – Zeitgenössisch *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 218; *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (31f.). *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (554ff.) führt drei verschiedene Kanzleien auf: Präsidialkanzlei, Reichskanzlei und Kanzlei des Führers der NSDAP; die letztgenannte war eine Parteistelle unter Leitung von Philipp Bouhler. Staatspolitisch wichtiger als diese war die (erst 1941 nach Heß' Schottlandflug so titulierte) *Parteikanzlei* (Bormann), vormals Dienststelle des Stellvertreters des Führers (Heß). Chef der *Reichskanzlei* (und Reichsminister) war Lammers, Chef der *Präsidialkanzlei* Staatsminister Meißner. Als eine Art von Kanzleichef kann auch der Chef des Oberkommandos der Wehrmacht, Keitel, angesprochen werden, der zahlreiche Führererlasse (sowohl die im Reichsgesetzblatt publizierten als auch die unveröffentlichten) mitzeichnete, vgl. *Moll* Einleitung (Fn. 176), 52 m.w.N. – Zum Ablösungsvorgang *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (137): „Ihre ursprüngliche Funktion unmittelbarer Ratgeber- und Gehilfenschaft in den höchsten Führerentscheidungen hat

zeichnung (nicht: Gegenzeichnung[203]) niederschlug.[204] Selbst für die plebiszitären Akte der verschiedentlich anberaumten Volksabstimmungen nahm man schließlich an, daß in ihnen nur eine Bestätigung des Führerbeschlusses, nicht aber eine aus eigener Legitimationsquelle fließende Entscheidung liege.[205] Kurz: „In allen seinen Erscheinungsformen" – so *Huber* – „ist das Gesetz der Entscheid des Führers".[206]

---

die Reichsregierung abgegeben an die Kanzleien, denen insoweit das Oberkommando der Wehrmacht gleichzustellen ist, und an einen wechselnden Kreis besonders berufener Immediatstellen."

[203] *Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler (Fn. 51), 207: „Durch ihre Mitzeichnung übernehmen die Reichsminister keine Führerverantwortung gegenüber dem Volke, sondern gegenüber dem Führer und Reichskanzler die Ratgeberverantwortung für die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit des Gesetzes und dessen sachgemäße, den Willen des Führers richtig und klar wiedergebende Fassung." Desgleichen *Pfundtner* Quellen (Fn. 68), 340; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 228; *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (126f., 137). – Aus der Sekundärliteratur *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 194ff.; *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 87ff. Als „Mitzeichnender" trat zumal im Verlauf des Krieges zunächst neben Keitel als Chef des OKW immer stärker Reichsminister und Chef der Reichskanzlei Lammers hervor, den im Laufe der Zeit Bormann als Chef der Parteikanzlei zu verdrängen vermochte (*Gruchmann* Reichsregierung [Fn. 156], 209ff.; *Rebentisch* Reichskanzlei [Fn. 178], 94ff.).

[204] Zusätzliche Bedeutungsverluste erlitt die Reichsregierung durch weitere kabinettsähnliche Einrichtungen wie den „kleinen Ministerrat", den (niemals zusammengetretenen) „Geheimen Kabinettsrat" und den „Ministerrat für die Reichsverteidigung" (*Kershaw* Hitlers Macht [Fn. 3], 175ff.), ferner durch die NSDAP-Hoheitsträger (zu beiden Aspekten *Gruchmann* Reichsregierung [Fn. 156], 200ff., 202ff.). Zeitgenössisch zum „Anwachsen der Zahl der neben den Ministerialressorts neugeschaffenen obersten Reichsbehörden und unmittelbar dem Führer unterstellten Sonderbeauftragten" auch *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (27ff., Zitat S. 27); mit ähnlich kritischen Untertönen *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (554ff., 561).

[205] In der Volksabstimmung vom 19. 8. 1934 wurde Huber zufolge keine konstitutive Entscheidung getroffen, sondern „ein Akt des bekennenden Vertrauens vollzogen" (*Huber* Verfassungsrecht [Fn. 59], 217; allgemein ebd., 202); konsequenterweise mißt Huber dem Ausgang einer Volksabstimmung keine Bedeutung zu, so daß der Führer auch bei ablehnendem Votum der „eigentliche Willensträger" bleibt, der „vor den in der Abstimmung zutage tretenden Meinungen und Bestrebungen nicht zurückzuweichen" brauche (*Huber* Verfassungsrecht [Fn. 59], 202). Dagegen *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (446); *J. Heckel* KritV 31 (1941), 245 (255); *G. Küchenhoff* Art. Volksabstimmung, in: Volkmar u.a., Handwörterbuch (Fn. 51), 771ff. (772, 773). – *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (134) merkte hierzu an, daß „volksbeschlossene oder volksbestätigte Reichsgesetze entgegen dem insoweit überholten Wortlaut des Gesetzes über Volksabstimmung (sic!) vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 479) in der heutigen Verfassung des Reiches keinen Raum haben", um in der Fußnote erklärend hinzuzufügen, daß etwa „schon die Volksabstimmung zum Staatsoberhauptgesetz vom 19. August 1934 [...] nicht die Beschließung oder Bestätigung dieses Gesetzes, sondern ein Plebiszit für den Führer und die von

bb) Die schon für sich genommen monströse Vorstellung autonomer wie absorptiver Allgewalt einer Person hatte des weiteren eine bis dato unbekannte Formindifferenz und letztlich einen Formverlust der Normsetzung zur Folge.

Formindifferenz war die unausweichliche Konsequenz der Anerkennung einer unmittelbar rechtsetzenden Kraft des Führerwillens. Denn es konnte nicht darauf ankommen, in welcher Form dieser zum Gesetz erhoben wurde – ob durch Erlaß, Führerverordnung, Regierungsgesetz, Reichstagsgesetz oder volksbeschlossenes Gesetz.[207] Entscheidend war allein, *daß* sich der Führerwille artikulierte.[208] Daraus erwuchsen der Staatsrechtslehre letztlich unlösbare Ordnungsprobleme, da jegliche normhierarchische Reihung gesprengt war.[209] Von selbst verstand sich,

---

ihm repräsentierte verfassungsrechtliche Gesamtordnung" bedeutet; ebenso *ders.* Verkündung (Fn. 42), 11 m. Fn. 11, wonach volksbeschlossene Gesetze im „heutigen Verfassungssystem keinen Platz" hätten.

[206] *E.R. Huber* DR 1939, 275 (276); vgl. *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 237 („In Wahrheit gibt es nur einen Gesetzgeber im Deutschen Reich: das ist der Führer selbst"), 253 („auch beim förmlichen Gesetz (ist) der Führer der alleinige Träger der Entscheidung"); siehe noch *Maunz* Gestalt (Fn. 54), 11; *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 (163). Auch *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (133) konstatiert, daß Regierungs- und Reichstagsgesetze in Wahrheit Ausdrucksformen der Führerrechtssetzung seien. – Selbst wenn man eine Volksabstimmung über eine Verfassung durchführte, so Huber im Jahre 1935, so würde „darin nicht eine konstitutive Begründung der Verfassung, sondern nur ein vertrauendes Bekennen zu der entstandenen Ordnung zu sehen sein" (*Huber* Wesen [Fn. 19], 57). In pauschaler Weise desgleichen *Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler (Fn. 51), 204.

[207] Vgl. *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (549): „Die Formen, in denen diese Rechtsetzung durch den Führer sich vollzieht ..., sind demgegenüber von untergeordneter Bedeutung". Ähnlich *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (14): „das Gesetz ist Ausdruck seines [scil. des Führers, H.D.] Willens, jederzeit kann er gesetzesgleiche Anordnungen im Wege der Verordnung oder des Erlasses treffen."

[208] *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 235ff.; *ders.* ZgesStW 101 (1941), 530 (549).

[209] Den besten Eindruck von der bunten formalen Vielfalt der Rechtsetzungsakte Hitlers sowie der Vergeblichkeit einer klaren und festen Systematisierung derselben vermitteln die beiden ausführlichen Aufsätze von *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (548ff.), und *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101ff.; ferner *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (33ff.); *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 321ff. – Auch unterhalb der Ebene von Normsetzungsakten des Führers, also im Bereich der Verordnungen und Erlasse, existierte eine verwirrende Fülle von Rechtsetzungsorganen und herrschte gleichfalls großer Mangel an einem klar durchstrukturierten System; vgl. etwa *Maunz* Gestalt (Fn. 54), 13ff. (S. 18: „Buntheit der Arten von polizeilichen Normen"); *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (568ff., insb. 573f.); auch *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 336ff. – Charakteristischerweise wollte *W. Best* Die deutsche Polizei, 1941, 21 überhaupt keinen Unterschied mehr zwischen stärkeren und schwächeren Normen, zwischen Verfassungsrecht und gewöhnlichem Recht,

daß es keinen Vorrang oder Vorbehalt des Gesetzes[210] gab – denn das wäre nur ein Vorrang oder Vorbehalt des Führerwillens gegen sich selbst gewesen. Bezeichnend aber war vor allem, daß selbst als solche titulierte „Verordnungen", sofern sie nur von Hitler erlassen waren (sei es als „Führer und Reichskanzler", „Führer und Oberbefehlshaber der Wehrmacht" oder schlicht als „Führer"[211]), nicht etwa unter dem Gesetz standen[212] und sich auch nicht auf eine gesetzliche Ermächtigung stützen[213] (obwohl das formal des öfteren so ausgestaltet war[214]) oder in deren Rahmen halten mußten.[215] Führerverordnungen und Führerer-

---

zwischen Gesetzen, Verordnungen und Erlassen oder zwischen öffentlichem und privatem Recht anerkennen; es komme auf den jeweiligen Willen der Führung (nicht: des Führers!) an. Kritik daran bei *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (229f.).

[210] *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 253. Wohl aber gab es einen „Vorbehalt des Führerentscheids", vgl. ebd., 254; s. auch *Weber* Dienst- und Leistungspflichten (Fn. 131), 121f.: betonter „Vorbehalt zugunsten oberster Rechtsetzung" für „den Führer und seine unmittelbaren Substituten".

[211] Zu dieser bunten, unsystematischen Vielfalt *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (124f.); auch *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (35); aus der neueren Literatur materialreich *Moll* Einleitung (Fn. 176), 49f. – Seit Ende 1942 zeichnete Hitler bei außermilitärischen Normsetzungsakten überwiegend nur noch als „Der Führer" ohne weiteren Zusatz.

[212] *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), übt wiederholt Kritik an der Praxis, in Gesetzen sog. „Durchführungsverordnungen" des Führers vorzusehen, weil damit der falsche Anschein einer zweistufigen Rechtsetzung erweckt werde (S. 112, 117, 119, 134). – Einigkeit herrschte wiederum darin, daß Verordnungen einzelner Reichsminister keinen verfassungsändernden Inhalt haben konnten (vgl. nur *H.P. Ipsen* Justiz und Politik, 1937, 174f. mit Fn. 2 gegen ein anderslautendes Urteil des LG Dresden).

[213] *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (113f.; u.a. mit dem Beispiel der Verordnungen zum Reichsbürgergesetz und dem sog. Blutschutzgesetz), 133 (die Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplans habe „die ‚Gesetzabhängigkeit' erstmalig unbekümmert abgestreift"). Vgl. *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (550 m. Fn. 4); *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (34 Fn. 92): „Der Führer braucht, um Recht zu setzen, sich auf keine gesetzliche Ermächtigung, die ja von ihm selbst ausgeht, zu stützen."

[214] Das kritisiert *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (118) ebenso wie den Umstand, daß einige Führerverordnungen und -erlasse ihrerseits auf eine gesetzliche „Ermächtigung" Bezug nehmen und damit den falschen „Anschein einer Legitimationsentleihung" (ebd.) erwecken; desgleichen *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (34).

[215] *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (550): „Der Führer kann durch solchen selbständigen Erlaß auch bestehende Gesetze aufheben oder abändern." Ebenso *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (114: neue gesetzgeberische Gedanken und Modifikationen), 137 (Wohnungsbauerlaß, „in welchem mit voller Selbstverständlichkeit über zu erlassende Reichsgesetze wie über Verwaltungsvorkehrungen disponiert ist").

lasse[216] konnten vielmehr gesetzesergänzend, -durchbrechend oder -substituierend sein, ebensogut auch verfassungsgestaltend oder verfassungsschöpfend.[217] Alle rechtswissenschaftlichen Systematisierungsversuche und Vorschläge für eine konsistente Nomenklatur der Normsetzungsakte[218] mußten letztlich am Fundamentalsatz des Regimes scheitern: daß die Führergewalt keiner Ableitung, Herleitung oder Ermächtigung bedurfte, sondern in jedem Falle eine ursprüngliche und höchste war.[219] Hinfällig wurde auch die Abgrenzung zwischen staatlichen Rechtsetzungsakten und solchen der bzw. für die NSDAP.[220] Die propagierte All-

---

[216] *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), plädiert dafür, durchgängig von „Führererlaß" zu sprechen, um die Unabgeleitetheit der Rechtssetzung unmißverständlicher zum Ausdruck zu bringen (S. 115, 118, 123); in die gleiche Richtung zuvor schon *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (550, 557 m. Fn. 3). Beide beklagen ziemlich deutlich die erhebliche formale Uneinheitlichkeit. – Als erster hatte den Terminus „Führererlaß" für die nicht auf förmlichem Gesetz beruhende Rechtssetzung durch den Führer wohl *H. Bossung* RVBl. 1937, 115 (118) vorgeschlagen.

[217] Beispiele bei *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (108, 111); ihm zufolge ist der Führererlaß sogar „das typische, ja alleinige Mittel geworden, durch das der Führer die Verfassung des Reiches fortentwickelt" (S. 135). Allgemein *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 56f. (dort nennt Huber zwar zusätzlich andere Akteure, schließt jedoch lediglich die Verfassungsänderung durch die Verordnung eines einzelnen Reichsministers aus).

[218] *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 251ff.; *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 328ff., 336ff.; *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (548ff.); *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (120ff., 123ff.) – Daß die Systematisierungsvorschläge scheiterten, zeigt nichts besser als die (berechtigte) Kritik, die Huber und Weber an Heckel übten und die Weber dann (wiederum mit guten Gründen) gegen Huber richtete. Aber auch Webers eigene Vorstellungen wurden der Praxis der Rechtssetzung nicht Herr (vgl. *Friedrich* Geschichte [Fn. 110], 404).

[219] Vgl. oben Fn. 194 und *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (118, 123). – Das wurde bis in die Details formaler Gestaltung betont: bei allen von Hitler unterzeichneten Rechtsakten ist sein Name (als Führer, Führer und Reichskanzler, Führer und Oberbefehlshaber der Wehrmacht) in größerem Druck gesetzt als der der anderen Mitzeichnenden (Hinweis darauf bei *Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler [Fn. 51], 207). Und *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (128) machte darauf aufmerksam, daß die Führererlasse und -verordnungen beim Abdruck im Reichsgesetzblatt drucktechnisch hervorgehoben würden, rügte aber zugleich, daß diese im Inhaltsverzeichnis des RGBl. lediglich leicht gesperrt gedruckt würden, „während nach wie vor allein den Reichsgesetzen die besondere Hervorhebung durch Fettdruck vorbehalten ist"; auch dieser ‚Mangel' ist aber, wie eine kleine Stichprobe zeigt, bald abgestellt worden.

[220] *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 340 stellte die von ihm „NS.-Führerverordnungen" genannten Rechtsetzungsakte neben die „Regierungsverordnungen"; mit Koellreutter und Huber (*Huber* Verfassungsrecht [Fn. 59]), 219: „sinnlos zu fragen, ob der Führer bestimmte Befugnisse als ‚Inhaber der früheren Präsidentenbefugnisse', als ‚Reichskanzler' oder als ‚Führer der NSDAP.' ausübt") machte demgegenüber *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (129f.) m.w.N. geltend, daß eine solche Aufspaltung nicht angängig sei

gewalt führte zwingend zur freien Austauschbarkeit und – was das gleiche ist – Irrelevanz der Rechtsformen.[221]

Von der Formindifferenz war es nur ein kleiner Schritt zum *Formverlust*. Das meint nicht in erster Linie[222] Verlust an Schriftlichkeit,[223] sondern vor allem fehlende Publikation.[224] Nicht erst, aber verstärkt seit Kriegsbeginn stieg der Anteil der zwar schriftlich fixierten, doch nicht im Reichsgesetzblatt oder andernorts verkündeten Führererlasse.[225] Auch

---

und zudem in der formalen Ausgestaltung keinen Niederschlag finde: auch die die Partei betreffenden Rechtssetzungsakte des Führers seien „formell in keiner Weise gegenüber den sonstigen Reichsführungsakten differenziert worden" (130). Allgemein kritisch *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 (273 ff.), der die fehlende „Gliederung und Ökonomie der Rechtsetzung" beklagt und in der „außerordentlichen Vermehrung, Unübersichtlichkeit und raschen Abänderung der Rechtsnormen ... die Gefahr der Zerfaserung des Begriffs der Rechtsnorm" erkennt.

[221] *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (34): „Denn alle Rechtsetzungsakte des Führers sind gleichen Ranges." – Konkretes Beispiel bei *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (116): eine sog. „Verordnung" konnte eine Ausführungsbestimmung oder eine Ergänzung des Gesetzes sein, aber auch neues Verfassungsrecht setzen.

[222] Ein Beispiel gibt es aber auch dafür: die per Rundfunk übertragene und in Tageszeitungen abgedruckte Rede Hitlers im Reichstag v. 1. 9. 1939, in der er Göring als seinen Nachfolger (und Heß als denjenigen Görings) bestimmte (vgl. *N.B. Wagner* Jura 1999, 571 [575]; *Moll* Einleitung [Fn. 176], 48 m. Fn. 221). Diese Anordnung hat niemals eine authentische schriftliche Fixierung erfahren: weder im Reichsgesetzblatt noch in Gestalt eines – bestimmten Dienststellen zugeleiteten – Führererlasses. Gleichwohl nimmt *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (542) an, die Erklärung habe die „verbindliche Kraft eines Rechtssatzes" und sei eines der wichtigsten Verfassungsgesetze des Nationalsozialismus; skeptisch dazu *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (446). – Eine Bestätigung Görings als Stellvertreter erfolgte durch schriftlich fixierten Führererlaß vom 29. 6. 1941, den Hitler am 23. 4. 1945 für ungültig erklärte (siehe *Moll* Führer-Erlasse [Fn. 176], 180, 494).

[223] Diese These wird von *Moll* Einleitung (Fn. 176), 26 (m. Fn. 102), 29 und 30 (mit Belegen) sowie durch die von ihm publizierten Erlasse entkräftet: kennzeichnend ist nicht das Fehlen von Schriftlichkeit, sondern das Ausbleiben allgemeiner Publikation schriftlich fixierter und zumeist auch von Hitler und anderen abgezeichneter Erlasse, Verordnungen etc. Das hohe Maß an schriftlicher Fixierung zeigt das Reichsgesetzblatt der Jahre ebenso wie die Sammlung der zwar nicht dort publizierten, aber gleichwohl schriftlich niedergelegten und gemäß Verteiler an bestimmte Dienststellen gesandte Führererlasse von *Moll* Einleitung (Fn. 176), 35 ff., 52 ff., 61 ff.

[224] Zum folgenden Komplex vgl. noch *D. Kirschenmann*, Gesetz' im Staatsrecht und in der Staatsrechtslehre des NS, 1970, 129 ff.; *A. Wittling* Die Publikation der Rechtsnormen einschließlich der Verwaltungsvorschriften, 1991, 90 ff.

[225] Umfänglich für die Kriegszeit *Moll* Führer-Erlasse (Fn. 176), 89 ff.; der bekannteste Fall ist der sog. Euthanasie-Befehl (abgedruckt ebd. S. 89). Knapp *Broszat* Staat Hitlers (Fn. 56), 395 ff. Es handelte sich sowohl um nicht im RGBl. veröffentlichte Führererlasse (deren Publikation Hitler nach *Rebentisch* Reichskanzlei [Fn. 178], 90 des öfteren im Bereich von Volkstumspolitik, Rassenpolitik, SS und Verwaltungsorganisation untersagte)

einige gesetzliche Ermächtigungen, etwa für die Verordnungsgewalt des sog. Dreierkollegiums, unterlagen entsprechender Geheimhaltung.[226] Das bereitete der Verwaltungsgerichtsbarkeit Schwierigkeiten[227] und hätte eigentlich auch die Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft zum Verstummen bringen müssen, soweit es an formell gültigem Normenmaterial fehlte.[228] Immerhin regte sich, wenn auch spät, gegenüber jener Praxis Protest. Er wurde maßgeblich von *Werner Weber* formuliert, der an die „alte Wahrheit" erinnerte, daß „die Vorschriften des gesetzten Rechts nur durch Mitteilung an die Betroffenen und im allgemeinen nur durch öffentliche Verkündung Wirksamkeit erlangen".[229] „Es besteht", so fuhr Weber in direktem Widerspruch zu *Johannes Heckel*[230] fort, „kein Zwei-

---

als auch um Rechtsverordnungen u.a. namentlich im Polizeirecht, die entweder im RGBl. oder im Reichsministerialblatt hätten publiziert werden müssen; für militärische Angelegenheiten kam das Heeresverordnungsblatt in Betracht.

[226] Vgl. näher *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (572f.); *Maunz* Gestalt (Fn. 54) S. 13, 25f. – Beide suchen den Inhalt und damit die Grenzen der gesetzlichen Verordnungsermächtigung aus dem Inhalt der bislang ergangenen Verordnungen zu erschließen! – Zu alledem trat eine zunehmende (und immer schwieriger zu überschauende, vor allem aber voneinander abzugrenzende) Vielzahl von Normsetzungsinstanzen: vgl. *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (568ff., 572ff.); aus der Sekundärliteratur *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 193ff.; speziell zum Dreierausschuß noch *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 93.

[227] Dazu *Broszat* Staat Hitlers (Fn. 56), 397; *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 90f.

[228] Gegenüber der „besondere(n) Problematik", von der *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (573) gesprochen hatte, wiegelte *Maunz* Gestalt (Fn. 54), 25f. ab: „bei der dem neuen Polizeirecht eigenen Häufung von gleichgerichteten Generalklauseln steht doch jedenfalls stets *eine* [gesperrt, H.D.] zur Verfügung, auch wenn etwa gegen andere gleichzeitig in Betracht kommende begründete Bedenken erhoben werden könnten." Ähnlich leichthändig auch die Zurückweisung ebd., 27f. bei der Behandlung der (durch nichtveröffentlichten „Auftrag des Führers" erfolgten) sog. „institutionellen Ermächtigung" an die Polizei, Staatsschutzkorps zu sein: „diese Ermächtigung, mag sie auch nicht in einem formulierten Wortlaut kundgegeben worden sein, ist durch Lehre und Praxis doch inhaltlich klar und geltungsmäßig eindeutig geworden." Weitere Beispiele für fehlende Veröffentlichung bei *Maunz* ebd., 30 (Befehl des Führers und Reichskanzlers zur „Zusammenfassung der gesamten deutschen Polizei in der Hand des Reichsführers SS"); ferner ebd., 43 (im Wortlaut nicht veröffentlichter Reichsministerialerlaß betr. polizeiliche Vorbeugungshaft), 49 (keine Veröffentlichung der Vorschriften zur polizeilichen Schutzhaft durch die Geheime Staatspolizei).

[229] *Weber* Verkündung (Fn. 68), 7. Schon vorher hatte *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (447) knapp darauf hingewiesen, daß der „Grundsatz der Öffentlichkeit und Veröffentlichung aller Rechtssätze" weiterhin ungebrochen gelte.

[230] *J. Heckel* hatte in zwei Aufsätzen aus dem Jahre 1941 die Erscheinung des „geheimen, richtiger des nicht öffentlich verkündeten Gesetzes" (*J. Heckel* KritV 31 [1941], 245 [258]) anerkennen wollen und von einem „Staatsrecht im Panzerschrank" (*J. Heckel* Die Heeresverwaltung 6 [1941], 57 [58]) gesprochen; zustimmend *Herbert Krüger* Reich –

fel darüber, daß für Führererlasse, die rechtsetzenden Inhalt haben, grundsätzlich nur die Veröffentlichung im Reichsgesetzblatt in Betracht kommt."[231] Dem schloß sich *Koellreutter* in einer Abhandlung, die insgesamt stark Sinn und Wert rechtsstaatlicher Elemente betonte und in der er vor der Gefahr „kalte(r) Bolschewisierung"[232] warnte, ausdrücklich an.[233] Desgleichen stimmte *Huber* zu.[234]

Doch natürlich verhallten diese Einwände gegen die administrative Praxis ungehört[235] – wie sich die Staatsrechtslehre für die tatsächliche Entwicklung des Systems überhaupt als weitgehend irrelevant erwies. Mit Ausnahme der sog. Nero-Befehle[236] wurden Hitlers Anordnungen bis in

---

Volksordnung – Lebensraum VI (1943), 108 (170 m. Fn. 1). Damit waren aber wohl in erster Linie geheime Mobil- oder Angriffspläne, nicht Euthanasie- oder Judenvernichtungsbefehle gemeint (so auch *H. Welzel* NJW 1964, 521 [521]). – *Weber* Verkündung (Fn. 68), 9f. wendet ein: „Die Ausführungen von Heckel können schwerlich entgegen den Erfahrungen einer langen abendländischen Geschichte die Überzeugung vermitteln, daß materielle Rechtsetzung auch ohne Kundmachung des Rechts an die Betroffenen denkbar sei. Gerade mit dem Wegfall der Publizität des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens hat die förmliche Kundmachung des Rechts für dessen Gestaltwerdung um so größeres Gewicht erlangt; überhaupt wäre es keinesfalls angängig, die Verkündung des Rechts als spezifische Erscheinung des Liberalismus zu begreifen und dadurch ihre Bedeutung abzuwerten." Gegen Heckel auch *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (231ff.).

[231] *Weber* Verkündung (Fn. 68), 27. – Ob Weber hiermit indirekt und „zwischen den Zeilen" aussprechen wollte, daß sich kein Arzt oder sonstiger Beteiligter auf Hitlers geheimen Euthanasie-Befehl von 1939 (Abdruck bei *Moll* Führer-Erlasse [Fn. 176], 89) berufen konnte (so *K. Kroeschell* Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 1992, 78), muß naturgemäß im Bereich der Spekulation bleiben.

[232] *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (228 Fn. 44); der Bolschewismus-Vergleich findet sich auch ebd., 209, 218, 230. Diese Wendung ist wegen Koellreutters früherer Kritik am bolschewistischen Nichtrechts-Staat (*Koellreutter* Vom Sinn [Fn. 28], 12) besonders scharf.

[233] *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (232f.).

[234] *E.R. Huber* ZgesStW 104 (1944), 336, wo es nach einer Rekapitulation des zentralen Argumentes von Weber weiter heißt: „Die Verkündung hat damit an Bedeutung zugenommen; sie erfüllt gewisse Funktionen nun allein, die früher auf eine Mehrzahl von Formelementen verteilt waren. Die Verkündung ist daher heute das Minimum an Form, auf das nicht verzichtet werden kann, wenn nicht überhaupt das Gesetz als Erscheinungsform des Rechts zerstört werden soll."

[235] So erfolglos wie die vielen Ansätze Hubers zu institutioneller Sicherung und Verstetigung blieben auch die Appelle von *Weber* Verkündung (Fn. 68), 50 zu „strenger Zucht bei der Verkündung von Rechtssätzen", zur „Wahrung der Würde des Rechts" und dem Sinn für „rationelles Arbeiten in Verwaltung, Wirtschaft und Rechtspflege" (s. noch ebd., 53); desgleichen die Beschwörung der Formalität und Eigenständigkeit des Rechts bei *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (217f., 226, 228, 229ff.).

[236] Abdruck bei *Moll* Führer-Erlasse (Fn. 176), 486f., 489f., 491.

die letzten Kriegswochen hinein vorbehaltlos ausgeführt.[237] In dieser form- und normentleerten Welt absoluter personaler Allgewalt[238] reduzierte sich das gesamte Staatsrecht auf einen einzigen Satz: es gilt der Wille des Führers.

4. Fazit: Staatsrechtslehre ohne Objekt

Insgesamt erweist sich somit die Unmöglichkeit, im Nationalsozialismus eine dogmatisch durchstrukturierte Staatsrechtslehre zu entwikkeln.[239] *Ernst Forsthoffs* ebenso einsilbige wie doppeldeutige Bemerkung von 1935, die Errichtung des Führerstaates habe die Verfassungsfrage erledigt,[240] hatte dies bereits frühzeitig angedeutet. Der Hauptgrund dafür lag in der zunehmenden Objektlosigkeit der Staatsrechtswissenschaft. Denn Recht im allgemeinen und Staatsrecht im besonderen bedeutet immer Formung, Bindung, Limitierung. Ebendies wurde peinlichst vermieden.[241] Charakteristisch für das NS-Regime war hingegen sein Dynamismus und nicht nachlassender Daueraktivismus,[242] sein Unwille und seine

---

[237] *Kershaw* Hitlers Macht (Fn. 3), 212, 216ff.; *Rebentisch* Führerstaat (Fn. 171), 406; auch *Fest* Hitler (Fn. 3), 35.

[238] Zum Ausmaß der Machtkonzentration, das auch im historischen Vergleich keine Parallele findet, vgl. *Rebentisch* Führerstaat (Fn. 171), 411, 416; *Kershaw* Hitlers Macht (Fn. 3), 173ff.; siehe noch Fn. 177.

[239] Siehe *Hofmann* Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), 198f.; zur fortschreitenden Auflösung des Normensystems *G. Schulz* Der Staat 22 (1983), 262 (273).

[240] *E. Forsthoff* DR 1935, 331 (331); dazu *K. Doehring* Ernst Forsthoff, in: Juristen im Porträt, 1988, 341ff. (346). – Von *Carl Schmitt* wird aus dem Jahre 1936 das Wort kolportiert, der Nationalsozialismus ruiniere das Staatsrecht (*Stolleis* Geschichte III [Fn. 3], 323 Fn. 17).

[241] *M. Broszat* Der Nationalsozialismus, 1960, 18f.; *ders.* Staat Hitlers (Fn. 56), 360ff.; *Kershaw* Hitlers Macht (Fn. 3), 175ff., 239ff.; ferner *Laux* Führung (Fn. 187), 42; *Moll* Einleitung (Fn. 176), 31 m.w.N.; *Mommsen* Machteroberung (Fn. 178), 49f. – Weder wurde das Verfassungsversprechen (dazu oben Fn. 111) eingelöst noch der Dauerkonflikt zwischen Staatsbehörden und Parteidienststellen entschärft. Auch fehlte es bis zum Ende an einer institutionellen Nachfolgeregelung, was von der Staatsrechtslehre unterschiedlich beurteilt wurde: *Herbert Krüger* DR 1935, 210 (212) zufolge konnte es für den Führer als der stärksten Stelle der Wirklichkeit „der Natur der Sache nach keine festen Regeln der Führerbestimmung" geben; entgegengesetzt *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (446), der gegenüber Hitlers eigener Nachfolgebestimmung vom 1. 9. 1939 skeptisch blieb und eine Berufung des Nachfolgers durch ein besonderes Gremium befürwortete. – Auch ein ‚Parteisenat' wurde niemals eingerichtet (*Broszat* Staat Hitlers [Fn. 56], 262, 361f.; *Rebentisch* Führerstaat [Fn. 171], 101, 421f.).

[242] *Laux* Führung (Fn. 187), 43 spricht von einer „diffusen Macht-Dynamik", *Kershaw* Hitlers Macht (Fn. 3), 247, 249 von der „zerstörerische(n)" und „unaufhörliche(n) Dyna

Unfähigkeit, eine stabile und reproduktionsfähige Identität auszubilden.[243] Deswegen erwiesen sich die Elemente des völkischen, des Bewegungs- und des Führerstaates als rein „politische Aktionsbegriffe"[244] ohne verläßliches inneres Maß und feste äußere Form.[245] Wer, wie *Huber,* gewisse Ordnungsstrukturen begrifflich-analytisch aufrechtzuerhalten oder gleichsam herbeizuschreiben suchte, verfehlte zusehends die Realität; wer, wie *Höhn,* alle überkommenen Dogmenbestände negierte, demonstrierte zwar regimetypische destruktive Energien, konnte und wollte aber neue tragfähige Strukturen nicht dartun.[246]

So ging der Staatsrechtslehre zunehmend ein taugliches Objekt verloren.[247] *Sebastian Haffner* hat den Gesamtvorgang auf die Formel gebracht, daß im Dritten Reich nicht nur die Rechtsstaatlichkeit, sondern auch die Ordnungsstaatlichkeit zerstört wurde.[248] Während die Beseitigung rechtsstaatlicher Elemente die Billigung nicht weniger Staatsrechtslehrer fand,[249] stand man der Zerstörung der Ordnungsstaatlichkeit letztlich hilf-

---

mik", *Breuer* Staat (Fn. 149), 270 von der „ausbleibenden Veralltäglichung der charismatischen Machtergreifung".

[243] Vgl. *G. Schulz* Der Staat 22 (1983), 262 (270f.): „Seine Unfähigkeit, sich eine lebensfähige Verfassung zu geben, führte zu jener eigenartigen, offenkundig stetig – nicht erst während des Krieges – zunehmenden inneren, nach außen ausgreifenden Bewegung und rasch fortschreitenden Wandlung, die jede Norm, Institution und Position, die eben errichtet war, in Kürze schon wieder zerstörte, aufhob, umging oder fragwürdig werden ließ." Auf Reproduktionsunfähigkeit weist auch hin *Kershaw* Hitlers Macht (Fn. 3), 250; *ders.* Nationalsozialismus (Fn. 178), 164, 173; ähnlich *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 98. Zum (selbst-)destruktiven Charakter noch *Mommsen* Machteroberung (Fn. 178), 43f.

[244] *Laux* Führung (Fn. 187), 44.

[245] So auch das Ergebnis von *Friedrich* Geschichte (Fn. 110), 401.

[246] Was für Höhn gilt, gilt auch für Best und dessen Ablehnung irgendeiner Normenhierarchie sowie der Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht (*Best* Polizei [Fn. 209], 21); dazu kritisch *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (229f.).

[247] Man hat in diesem Zusammenhang auch von „Rechtsentleerung" (*Ridder* Ex oblivione [Fn. 48], 316), „Sinnentleerung der staatlichen Institutionen" (*Benz* Partei und Staat [Fn. 164], 78) oder vom „Zerfall des Staates" (*Kershaw* Hitlers Macht [Fn. 3], 173ff.) gesprochen.

[248] *S. Haffner* Anmerkungen zu Hitler (1978), Sonderausgabe 1997, 185 (s. auch ebd., 70, 101, 169, 186). Den letztlich selbstzerstörerischen Gesamtprozeß skizziert *Kershaw* Nationalsozialismus (Fn. 178), 162ff.

[249] Anschauungsmaterial bietet der „Streit" um den Rechtsstaat, bei dem klar war, daß der „deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers" (so der Präzisierungsvorschlag von Hans Frank, dem sich *Schmitt* Rechtsstaat [Fn. 190], 10, anschloß) mit dem liberalen Rechtsstaat nichts gemein hatte. Vgl. die Darstellungen von *U. Schellenberg* Die Rechtsstaatskritik. Vom liberalen zum nationalen und nationalsozialistischen Rechtsstaat, in: Böckenförde, Staatsrecht (Fn. 29), 71ff., und *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 330ff.

los gegenüber. Jetzt ließ sich eigentlich nur noch der Staatszerfall analysieren, also gleichsam eine negative Staatsrechtslehre verfassen. Und das geschah auch. Aber diese Leistung erbrachten Emigranten,[250] bei denen es sich zudem eher um juristische Außenseiter – keine „formellen" Staatsrechtslehrer – handelte, deren einschlägige Bücher man nach 1945 lange Zeit gar nicht und später vornehmlich als politikwissenschaftliche Studien rezipierte. Die Rede ist von *Ernst Fraenkels* „Doppelstaat"[251] und *Franz Neumanns* „Behemoth".[252] Beide versuchten, den offenkundigen Verfallsprozeß tradierter Staatlichkeit zu analysieren, ihn auf Begriffe und Kategorien zu bringen: Doppelung von Normen- und Maßnahmenstaat bei *Fraenkel,* vollständige Verdrängung des Normativen und Anomie des Systems bei *Neumann.* Dessen Buchtitel „Behemoth" nimmt im übrigen auf jenes biblische Ungeheuer Bezug, das schon Thomas Hobbes als Symbol für das Chaos und den vollständigen Verlust staatlicher Ordnung diente.[253] Nicht, daß *Fraenkels* und *Neumanns* Analysen über jede Kritik erhaben wären.[254] Aber von diesen beiden Autoren und einigen weiteren

---

[250] Daß dies nicht von den im Land Gebliebenen geleistet wurde, dürfte auch mit der intellektuellen „Lähmung, Stagnation und Provinzialisierung der Kultur im nationalsozialistischen Deutschland" (*Lepsius* Kultur [Fn. 31], 123) zusammenhängen.

[251] Das Manuskript verfaßte Fraenkel 1938 noch in Berlin, von wo aus man es dann per Diplomatengepäck außer Landes schmuggelte. In den USA überarbeitete Fraenkel den Text, der dort 1940/41 unter dem Titel „The Dual State" publiziert wurde; erst 1974 erschien in Deutschland eine ins Deutsche rückübersetzte Version (*E. Fraenkel* Der Doppelstaat, 1974). Maßgeblich jetzt der Abdruck von „Ur-Doppelstaat" (Manuskript von 1938) und der zuletzt genannten Version sowie weiterer einschlägiger Arbeiten des Autors (etwa „Das Dritte Reich als Doppelstaat" von 1937 oder „Auflösung und Verfall des III. Reiches" von 1960) in: *E. Fraenkel* Gesammelte Schriften, Bd. 2: Nationalsozialismus und Widerstand, hrsgg. v. A. v. Brünneck, 1999.

[252] *F. Neumann* Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944, 1977. Die erste Auflage erschien 1942 gleichzeitig in den USA und in Großbritannien unter dem Titel: „Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism"; es folgte 1944 eine „second, revised edition", in der der Titel um den Zusatz „1933–1944" ergänzt wurde; diese liegt der deutschen Ausgabe von 1977 zugrunde. – Siehe jüngst *J. Bast* Totalitärer Pluralismus. Zu Franz L. Neumanns Analysen der politischen und rechtlichen Struktur der NS-Herrschaft, 1999, 238ff., 274ff.

[253] *T. Hobbes* Behemoth oder das Lange Parlament, hrsgg. und mit einem Essay von Herfried Münkler, 1991 (in England erschien die Erstausgabe 1682). – Vgl. auch die Bemerkungen zum Namen bei *Neumann* Behemoth (Fn. 252), 16.

[254] Das resultiert bereits aus ihrer Verschiedenheit, die freilich zum Gutteil auch mit den unterschiedlichen Zeiträumen ihrer Abfassung zusammenhängen; im übrigen bleibt Fraenkel stark Weimarer Vorstellungen von der Allgemeinheit des Gesetzes verhaftet und stellt Neumann wohl zu sehr auf „monopolkapitalistische" Erklärungsmuster ab. Aus jüngster Zeit außer der oben Fn. 252 genannten Arbeit von Bast instruktiv die Rezensionen von I. Staff zum zweiten Band von Fraenkels Gesammelten Schriften

wurde ein noch weitgehend unbeachtetes Kapitel deutscher Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus geschrieben: Staatsrechtslehre aus dem Exil.[255]

IV. Großraumordnung und Europa-Idee

Die Wandlungen der Staatlichkeit erfaßten nicht allein Staatsvolk und Staatsgewalt einschließlich der Staatsorganisation, sondern auch das Staatsgebiet. Infolge der territorialen Expansion Deutschlands[256] seit 1938 und dann verstärkt in den ersten Kriegsjahren stellte sich das Problem, das neue Gebilde mit seinen teils ein-, teils angegliederten Gebieten einschließlich des Verhältnisses zu den besetzten und verbündeten Staaten[257] begrifflich zu erfassen. Der seit 1936 politisch kaltgestellte *Carl Schmitt* war es, der hier bereits vor Kriegsbeginn weitreichende konzeptionelle Überlegungen vortrug und die entscheidenden – wie immer verschieden ausdeutbaren – Stichworte lieferte.[258] Die bisherige Zentral-

---

(*I. Staff* KritJ 33 [2000], 130ff.) und zu der Arbeit von Bast über Neumann (*dies.* KritJ 33 [2000], 312ff.). Zu Fraenkel noch *W. Luthardt* Unrechtsstaat oder Doppelstaat?, in: H. Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus (= ARSP-Beiheft 18), 1983, 197ff. (202ff.).

[255] Weitere Arbeiten und Schriften: *F. Morstein Marx* Government in the Third Reich, New York-London 1936, 2nd ed. 1937; *K. Loewenstein* Government and Politics in Germany, in: J.T. Shotwell (ed.), Governments of Continental Europe, New York 1940, 279ff.; *O. Kirchheimer* The Legal Order of National Socialism, in: Studies in Philosophy and Social Science IX (1941), 456ff., in dt. Übersetzung („Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus") in: *ders.* Funktionen des Staats und der Verfassung. 10 Analysen, 1972, 115ff.; *W. Ebenstein* The Nazi-State, Toronto 1943.

[256] Guter Überblick bei *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), vor allem wegen der unterschiedlichen rechtlichen Status der neuen Gebiete (S. 35ff.) und der sukzessive sich verändernden staats(bürger)rechtlichen Stellung der Juden (S. 15ff.).

[257] Den sehr unterschiedlichen rechtlichen wie faktischen Status untersuchen ebenfalls eingehend *Neumann* Behemoth (Fn. 252), 218ff., 583ff.; *L. Gruchmann* Nationalsozialistische Großraumordnung. Die Konstruktion einer „deutschen Monroe-Doktrin", 1962, 71ff.; *W. Benz* Typologie der Herrschaftsformen in den Gebieten unter deutschem Einfluß, in: ders./J. Houwink ten Cate/G. Otto (Hrsg.), Die Bürokratie der Okkupation, 1998, 11ff.

[258] *Schmitt* Völkerrechtliche Großraumordnung (Fn. 104). Dazu *Gruchmann* Großraumordnung (Fn. 257), insb. S. 20ff., 121ff.; *Hofmann* Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), 215ff.; *M. Schmoeckel* Die Großraumtheorie, 1994, 23ff. u.ö.; siehe noch *H. Ottmann* Carl Schmitt, in: K. Graf Ballestrem/H. Ottmann (Hrsg.), Politische Philosophie des 20. Jahrhunderts, 1990, 61ff. (74ff.); *F. Blindow* Carl Schmitts Reichsordnung, 1999. Ausführlicher Überblick über die gesamte zeitgenössische und spätere Diskussion bei *Maschke* aaO, 321ff., 341ff. Die Verbindung von Monroe-Doktrin und Großraumdenken findet sich bereits in einem 1934 unter Hochschullehrern verbreiteten Dokument:

vorstellung des Völkerrechts von der Koordination gleichberechtigter souveräner Staaten sei, so die These, hinfällig geworden, das Staatsgebiet nicht länger das entscheidende Raumordnungsprinzip.[259] Auszugehen sei nunmehr von verschiedenenen Großräumen, in denen jeweils *ein* Reich als politisch führende Macht agiert. Das Reich löse den Staat ab und werde Völkerrechtssubjekt erster Kategorie. Als konkrete Rechtsfolge leitete *Schmitt* in Anlehnung an die amerikanische Monroe-Doktrin ein Interventionsverbot für raumfremde Mächte ab.[260]

Es ist nicht möglich, hier auch nur annähernd die dadurch ausgelöste intensive und kontroverse Diskussion[261] wiederzugeben, die unter breitester Beteiligung erfolgte: von den stramm völkischen Juristen, die *Schmitts* Ansatz als noch zu etatistisch rügten,[262] über *Hans Peter Ipsen,* der für die Beziehungen zwischen deutschem Kernstaat und den anderen politischen Gemeinwesen im Großraum den Terminus „Reichsaußenverwaltung" ins Gespräch brachte,[263] bis hin zum späteren ersten Präsiden-

---

W. Daitz Denkschrift über die Errichtung einer Gesellschaft für europäische Großraumwirtschaft (1934), abgedruckt in: ders., Der Weg zur Volkswirtschaft, Großraumwirtschaft und Großraumpolitik, 1943, Teil I, 45ff. (46). Gegenüber solchen geopolitischen und völkischen Rezeptionen hebt sich Schmitts Arbeit indes als spezifisch völkerrechtliche ab: *Gruchmann* Großraumordnung (Fn. 257), 20f.

[259] Hierzu und zum folgenden insb. *Schmitt* Völkerrechtliche Großraumordnung (Fn. 104), 295ff., 300, 306, 307ff.; lesenswerte zeitgenössische Analysen bieten *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 1 (25ff., 36ff.), und *Neumann* Behemoth (Fn. 252), 198ff.

[260] Nach *Hofmann* Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), 219f. m. Fn. 68 hatte die „deutsche" Monroe-Doktrin den Zweck, „den Expansionsdrang des Deusches Reiches völkerrechtlich abzusichern", während *Gruchmann* Großraumordnung (Fn. 257), 22 auf den defensiven Charakter der ursprünglichen Monroe-Botschaft hinweist.

[261] Vgl. nur die Darstellung der Auseinandersetzung und das Schriftenverzeichnis bei *Schmoeckel* Großraumtheorie (Fn. 258), 152–240, 287–295; siehe auch den umfänglichen Literaturbericht bei *Maschke* (Fn. 258), 341ff. – *Schmoeckel* Großraumtheorie (Fn. 258), 237ff., 241ff., 251ff. macht im übrigen zutreffend auf die Vielfalt der vertretenen Positionen und einen gewissen Freiraum in der Diskussion aufmerksam.

[262] *R. Höhn* Reich – Volksordnung – Lebensraum I (1941), 256 (278ff.); siehe auch *W. Best* DR 1939, 1345 (1347f.); *ders.* DR 1940, 1006f. (zu Bests Kritik vgl. *Herbert* Best [Fn. 41], 275ff.); neben diesen einschlägig bekannten Autoren trat *G. Küchenhoff* ZaöRV 12 (1944), 34ff. hervor, der ausdrücklich Höhn und Best unterstützte und den man daher entgegen der Einordnung bei *Schmoeckel* Großraumtheorie (Fn. 258), 164, 177, 196f., 229 nicht zu den „Etatisten" rechnen kann. Geraffter Überblick bei *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 391f. – Gegenläufig zu Höhn und Best die These von *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 (264), die Notwendigkeit der Gestaltung des Großraumes erweise die „selbständige Bedeutung der staatlichen Form".

[263] *H.P. Ipsen* RVBl. 1942, 64ff. – *Schmoeckel* Großraumtheorie (Fn. 258), 226 will in dieser „scheinbar sauberen juristischen Erfassung, die Normalität simuliert und doch der Politik soviel Handlungsspielraum belassen konnte", „etwas geradezu Diabolisches" sehen.

ten der Bundesrepublik, der den Staatsrechtslehrern schon vor 60 Jahren prophezeite, sie würden anstelle des gewohnten harten Souveränitätsbegriffs eine „elastische Begrifflichkeit" ausbilden müssen.[264] Festgehalten sei hier lediglich der noch heute interessante Punkt der Debatte. Er besteht darin, daß *Schmitt* angesichts der geopolitischen Realitäten des 20. Jahrhunderts eine durchaus erklärungsträchtige These für die Existenz von Staaten anbietet, die jedenfalls faktisch einen höheren Rang einnehmen als andere,[265] und weiterhin, daß in der Diskussion zumindest ansatzweise das Problem einer den Nationalstaat transzendierenden Hoheitsgewalt thematisiert worden ist. Das Analysepotential der Großraumtheorie weist daher über die „irritierenden" konkreten Umstände[266] ihrer Genese hinaus.

Die aktuelle Relevanz wird vielleicht noch klarer und das Ganze um eine Nuance reicher, wenn man sich verdeutlicht, daß der in jenen Jahren entstandene Großraum ein *europäischer* Großraum war.[267] So überrascht es kaum, daß es seinerzeit durchaus „nationalsozialistische Europapläne" gab.[268] Erstaunlicher ist schon zu hören, daß Stellen des Außen- und

---

[264] *T. Heuss* Krieg um Räume, in: Die Hilfe. Zeitschrift für Politik, Wirtschaft und geistige Bewegung Nr. 23/24 v. 12. 12. 1940, 46. Jg., 353 (354): „Für die Theoretiker der Staatslehre, für Staatsrechtler und Völkerrechtler, wird es eine anregende Aufgabe werden, für die Erweichung des harten Souveränitätsbegriffes, mit dem sie bei der Betrachtung der Neuzeit zu arbeiten sich gewöhnt hatten, eine elastische Begrifflichkeit zu finden."

[265] Konkret gesprochen: die „Supermächte" USA und Sowjetunion, jedenfalls in der Zeit zwischen 1945 und 1989. Zur Bedeutung Schmitts insofern *H. Wagner* Staatenpluralismus und globales Mächtegleichgewicht, in: Klassenjustiz und Pluralismus. Festschrift für Ernst Fraenkel, 1973, 331ff. (332ff.).

[266] Vgl. *Hofmann* Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), Vorwort zur 2. Aufl., XXV.

[267] Das wird etwa angesprochen von *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (449); *G. Küchenhoff* ZaöRV 12 (1944), 34 (44). Repräsentativ *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 14 und 52, wo es heißt: „So ist die europäische Aufgabe des Reiches, mit deren Erfüllung wir an die Überlieferung des Ersten Reiches der Deutschen unmittelbar anknüpfen, zwar ein Ausdruck der deutschen Machtüberlegenheit, zugleich aber ein Ausdruck der deutschen Verantwortung vor Europa und der Welt." – Zu politischen Europa-Optionen im Sommer 1940 auch *Haffner* Anmerkungen (Fn. 248), 120ff., 127.

[268] *P. Kluke* VjhZG 3 (1955), 240ff.; *W. Lipgens* General Introduction, in: ders. (Hrsg.), Documents on the History of European Integration, Bd. 1: Continental Plans for European Union 1939–1945, Berlin/New York 1985, 1ff.; *M. Salewski* Ideas of the National Socialist Government and Party, ebd., 37ff.; *P. Krüger* Hitlers Europapolitik, in: W. Benz/H. Buchheim/H. Mommsen (Hrsg.), Der Nationalsozialismus, 1993, 104ff.; *J.K. Hoensch* Nationalsozialistische Europapläne im Zweiten Weltkrieg, in: R.G. Plaschka u.a. (Hrsg.), Mitteleuropa-Konzeptionen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, 1995, 307ff.; zahlreiche Dokumente außer im o.g. Band von Lipgens auch bei *H.W. Neulen* Europa und das 3. Reich. Einigungsbestrebungen im deutschen Machtbereich 1939–1945, 1987; W. Schumann/L. Nestler (Hrsg.), Weltherrschaft im Visier. Dokumente zu den Eu-

Wirtschaftsministeriums und Stäbe der SS eine Art von europäischer Wirtschaftsgemeinschaft bzw. eine „europäische Marktordnung"[269] planten, dabei einen besonderen Schutz der Land- und Forstwirtschaft intendierten, regelmäßige Konferenzen der Länderfachminister und die Einführung einer gemeinsamen Währung vorsahen.[270] Selbst eine Liste von Grundfreiheiten und Grundrechten wurde erstellt.[271] Dieser Verblüffungseffekt mag ein Grund für die etwas reflexhafte These eines britischen Autors gewesen sein, die Europäische Union unserer Tage speise sich aus vergifteter Quelle.[272] Doch bleibt demgegenüber dreierlei zu bedenken: Erstens variierten die Pläne und Memoranden in Abhängigkeit vom Kriegsverlauf erheblich, was zugleich ihren stark propagandisti-

---

ropa- und Weltherrschaftsplänen des deutschen Imperialismus von der Jahrhundertwende bis Mai 1945, 1975; weitere Nachweise bei *J. Laughland* The Tainted Source. The Undemocratic Origins of the European Idea, London 1997, 9ff. – Aktuell die Tagung „Perceptions of Europe and Perspectives on a European Order in Legal Scholarship During the Era of Fascism and National Socialism" (Florenz, 29.–30. 9. 2000), insbesondere die Beiträge von *C. Joerges* Conceptualising Public Governance for a European Grossraum, sowie *I. Hueck* Staaten – Reiche – Großräume: Die Völkerrechtsschulen und Europaideen im „Dritten Reich", publiziert im Internet unter <http://www.iue.it/LAW/staff/joerges/joerges_workshop.htm> (Stand: 17. 10. 2000).

269 *W. Daitz* Die Grundlagen europäischer Marktordnung (1941), in: ders., Volkswirtschaft (Fn. 258), Teil III, 123ff. (125). – Zur Person Daitz' vgl. *Neumann* Behemoth (Fn. 252), 216ff.

270 Als Stichwortgeber für ein ‚neues Europa': *A. Hitler* Neujahrsaufruf v. 31. 12. 1939, abgedruckt in: Deutsches Institut für Außenpolitische Forschung (Hrsg.), Europa. Handbuch der politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Entwicklung des neuen Europa, 1942, 243 („Wir kämpfen für den Aufbau eines neuen Europas ..."); *J. v. Ribbentrop* Geleitwort, ebd. – Zu Regierungskonferenzen über Forstwirtschaft vgl. *W. Parchmann* Europäische Forstwirtschaft als Vorbild kontinentaler Marktregelung, in: Nationale Wirtschaftsordnung und Großraumwirtschaft, Jahrbuch 1941, hrsgg. von der Gesellschaft für Europäische Wirtschaftsplanung und Großraumwirtschaft e.V., 1941, 25ff. (26). Für den Schutz der europäischen Landwirtschaft und eine europäische Währungspolitik: *W. Funk* Die wirtschaftliche Neuordnung Europas, in: Monatshefte für Auswärtige Politik, 1940, 630ff. (zur breiten internationalen Resonanz auf diese Rede vgl. die Berichterstattung in: Völkischer Beobachter vom 27. 7. 1940, 4; vom 28. 7. 1940, 2, 6.). Zum zollfreien Binnenmarkt vgl. auch das Memorandum der Reichskanzlei vom 9. 7. 1940, abgedruckt bei *Salewski* Ideas (Fn. 268), 57ff. Zu den noch weitergehenden Plänen des Außenministeriums über einen ‚Europäischen Staatenbund' vgl. die Dokumente von *J. v. Ribbentrop* und *C. v. Renthe-Fink* bei *Salewski* Ideas (Fn. 268), 122ff. und *Neulen* Europa (Fn. 268), 106ff., 128ff.

271 Vgl. Dokument Nr. 24 (SS-Hauptamt, Amtsgruppe D, Planungsstelle: Europacharta, 1944/45), in: *Neulen* Europa (Fn. 268), 169f.; überflüssig zu betonen, daß inhaltlich zu den heute geltenden Grundrechten und Grundfreiheiten gewaltige Differenzen bestehen.

272 *J. Laughland* The Tainted Source. The Undemocratic Origins of the European Idea, London 1997, 9ff.

schen und taktischen Charakter enthüllt; zweitens erhielten sie niemals das Plazet Hitlers; und drittens sind mit solchen Projekten anders motivierte, nicht-hegemoniale und letztlich erfolgreiche Europäisierungsprozesse natürlich nicht diskreditiert.

Treffend ist allerdings, daß die Pläne offenbar starke Unterstützung bei Vertretern von Wirtschaft und Industrie[273] sowie den „Verwaltungsspitzen" der SS fanden und man sich auf die gleichen zentralen Argumente für einen vereinigten Wirtschaftsraum stützte wie später:[274] für die komplexen Probleme der Zeit sei der Nationalstaat zu klein; angesichts der Revolution in der Verkehrs- und Kommunikationstechnik erwiesen sich nationale Grenzen als überflüssig und hinderlich; die wirtschaftliche Abhängigkeit der Märkte voneinander verlange nach einer neuen politischen Ordnung. Vielleicht zeigt sich in dieser völlig unideologischen Evidenz der Optimierung industrieller Wirtschaftsräume[275] etwas von der technokratischen Kälte des ganzen Projekts, die der Europäischen Gemeinschaft bis heute anhaftet und in der Charakterisierung als „Zweckverband" ihren adäquaten Ausdruck fand.[276] Unabhängig davon bleibt aber festzuhalten, daß wir es im Unterschied zu den Elementen von völkischer Idee, Bewegungs- und Führerstaat, die heute vollständig obsolet sind, bei *dieser* Veränderung tradierter Staatlichkeit mit einem hochgradig modernen Prozeß zu tun haben. Unverändert harrt hier das Sachproblem einer Lösung, wie eine oberhalb der Nationalstaaten etablierte eigenständige Hoheitsgewalt mit deren Souveränität zu vermitteln sowie völkerrechtlich einzuordnen und einzubinden ist.

---

[273] Vgl. die Beiträge in: Verein Berliner Kaufleute und Industrieller (Hrsg.), Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1942.

[274] Vgl. die Beiträge in: Gesellschaft für Europäische Wirtschaftsplanung und Großraumwirtschaft (Hrsg.), Wirtschaftsordnung (Fn. 270), etwa die Problemskizze von *G. Koenigs* Wasserstraßen und Binnenschiffahrt im europäischen Großwirtschaftsraum, 42ff. sowie *ders.* Europäische Verkehrsfragen, in: Verein Berliner Kaufleute und Industrieller (Hrsg.), Wirtschaftsgemeinschaft (Fn. 273), 140ff.; ausdrücklich auch *C. Pellizzi* The Idea of Europe, in: Civiltà Fascista, Dezember 1942, 63ff. (zitiert nach der Übersetzung bei Lipgens, Documents [Fn. 268], 190ff. [192]): „No single nation can ... hope even now, still less in the future, to compete in military, economic or cultural matters with the great forces that are coming to birth or are already in being outside Europe. Modern technology requires huge spaces and vast resources to achieve its utmost efficiency"; weitere Nachweise bei *Laughland* Source (Fn. 272), 20ff.

[275] Entsprechende Pläne für eine „Großraumwirtschaft" wiederum gab es bereits vor 1938 und auch vor 1933; vgl. Literaturhinweise bei *Maschke* Anhang des Herausgebers (Fn. 258), 364.

[276] *H.P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 196 (8/24ff.) hat die Gemeinschaften als „Zweckverbände funktioneller Integration" gekennzeichnet.

V. Ende und Neubeginn

So aktuell die Frage einer den Nationalstaat transzendierenden Hoheitsgewalt heutzutage fraglos ist – damals wurden die Großraum- und Europapläne zur Makulatur. Denn spätestens nach Stalingrad rückt das Ende unaufhaltsam näher. Staatsrechtliche Abhandlungen werden seltener, die Autoren verstummen oder wenden sich anderen Themen zu. Nun schreibt *Huber* über Goethe und den Staat,[277] *Maunz* handelt das Reich der spanischen Großmachtzeit ab,[278] während *Scheuner* über die Entwicklung des Waffenstillstandsrechts in der Gegenwart berichtet.[279] Und was tut *Carl Schmitt?* Er hält an verschiedenen Universitäten Europas, zuletzt im Dezember 1944 in Leipzig, einen Vortrag zur Lage der europäischen Rechtswissenschaft,[280] in der Savigny gepriesen, die Rechtswissenschaft zum letzten Asyl des Rechtsbewußtseins erklärt und der *due process of law* beschworen wird, ohne den es kein Recht gäbe.[281] Auch fehlt es nicht an ersten Stichworten für die später auf breiter Front wirkungsvoll ausgebaute Positivismuslegende[282] – also die Behauptung, daß der juristische Positivismus den legalen Übergang von der Republik in die

---

[277] *E.R. Huber* Goethe und der Staat, Straßburg 1944 (Vortrag v. 23. 1. 1944). Ferner *ders.* Adam Müller und Preußen (1943), in: ders., Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, 48ff.; *ders.* Lessing, Klopstock, Möser und die Wendung vom aufgeklärten zum historisch-individuellen Volksbegriff, in: ZgesStW 104 (1943/44), 121ff.

[278] *T. Maunz* Das Reich der spanischen Großmachtzeit, 1944. Diese Monographie ist mit der Siegelkennzeichnung „Deutsche Geisteswissenschaft" erschienen in der von Hermann Jahrreiß herausgegebenen Reihe „Wandel der Weltordnung. Gemeinschaftsarbeit deutscher Völkerrechtsforscher" und damit als Beitrag zur sog. „Aktion Ritterbusch", also dem Beitrag der deutschen Geisteswissenschaften im Kriege. Siehe *F.-R. Hausmann* „Deutsche Geisteswissenschaft" im Zweiten Weltkrieg. Die „Aktion Ritterbusch" (1940–1945), 1998, 248ff., 253ff.

[279] *U. Scheuner* Die Entwicklung des Waffenstillstandsrechts in der Gegenwart, in: Auswärtige Politik 11 (1944), 1ff.

[280] *C. Schmitt* Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/44), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 2. Aufl. 1973, 386ff.; als selbständige Schrift ist der Text ausweislich der Hinweise in diesem Band (S. 427) im Jahr 1950 erschienen.

[281] So jedenfalls *Schmitt* Lage (Fn. 280), 423; nicht ganz klar ist, ob diese Passage schon in den mündlichen Vorträgen enthalten war oder erst in die publizierte Schlußfassung von 1950 Eingang gefunden hat; dazu *Rüthers* Schmitt (Fn. 51), 88ff.

[282] *Schmitt* Lage (Fn. 280), 386ff. (juristischer Positivismus als Reduktion), 404ff. (Problematik des motorisierten Gesetzgebers), 408 (Savigny als Paradigma der Abstandnahme von der gesetzesstaatlichen Legalität). – Wüßte man nichts über die Zeit des Nationalsozialismus, so müßte man nach der Lektüre von Schmitts Text vermuten, ein aller Vernunft lediges Parlament habe den Staat durch eine Vielzahl unsittlicher Gesetzgebungsakte ins Verderben geführt.

Diktatur ermöglicht habe und zugleich entscheidender Faktor für die Hilflosigkeit der Juristen im Dritten Reich gewesen sei. Diese These hat bekanntlich viel mit dem Phänomen der Schuldverschiebung, aber wenig mit der historischen Wahrheit zu tun.[283]

Zur historischen Wahrheit gehört, daß der Nationalsozialismus in Deutschland ein Trümmerfeld hinterlassen hat – real, aber auch in politischer und rechtskultureller Hinsicht. Doch hatte dies durchaus positive Folgen, wie ein Vergleich mit der Situation nach dem Ersten Weltkrieg verdeutlicht. Anders als seinerzeit gab es keine Dolchstoßlegende, keine Verklärung des untergegangenen Reiches, keine bedeutsamen restaurativen Bestrebungen, keine bekennenden „Herzens-Nationalsozialisten". Das Dritte Reich hatte sich durch seine Taten und deren Folgen selbst vollständig entlegitimiert[284] – und damit zumindest mittelfristig alles ständische und nationalistische Denken. Beides hatte in Weimar sowie beim Machtwechsel 1933 noch eine zentrale Rolle gespielt[285] und selbst die Verfassungspläne des deutschen Widerstands maßgeblich bestimmt.[286] Der purgatorische Effekt des totalen Zusammenbruches mit allen seinen katastrophalen Begleit- und Folgeerscheinungen machte dem ein Ende; dieser Effekt und die stumme Einsicht[287] in das Verbrecherische des NS-

---

[283] *M. Walther* Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich" wehrlos gemacht?, in: R. Dreier/W. Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich", 1989, 323ff.; *W. Heun* Der Staat 28 (1989), 377ff.; *H. Dreier* Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: FS Robert Walter, 1991, 117ff.; *W. Ott* Der Rechtspositivismus, 2. Aufl. 1992, 187ff.; *K. Füßer* ARSP 78 (1992), 301ff.; *Lepsius* Begriffsbildung (Fn. 26), 365ff.; *A. Engländer* Jura 2000, 113 (115).

[284] *M.R. Lepsius* Das Erbe des Nationalsozialismus und die politische Kultur der Nachfolgestaaten des „Großdeutschen Reiches" (1989), in: ders., Demokratie (Fn. 3), 229ff. (235, 238 u.ö.); *H. Lübbe* Deutschland nach dem Nationalsozialismus 1945–1990, in: ders., Modernisierung und Folgelasten, 1997, 284ff. (286f.).

[285] *Lepsius* Machtübernahme (Fn. 3), 80ff., 90ff.

[286] Zu diesen sowie den antidemokratischen und antiliberalen Gehalten der Verfassungsvorstellungen der verschiedenen Widerstandskreise vgl. vor allem die einschlägigen Arbeiten Hans Mommsen aus den letzten Jahrzehnten, zusammengefaßt in: *H. Mommsen* Alternative zu Hitler. Studien zur Geschichte des deutschen Widerstandes, 2000, insb. die Beiträge S. 53ff. („Gesellschaftsbild und Verfassungspläne des deutschen Widerstandes") und S. 159ff. („Neuordnungspläne der Widerstandsbewegung des 20. Juli 1944"); ausführlich ferner *N. Hammersen* Politisches Denken im deutschen Widerstand, 1993, 13ff., 184ff.; partiell einschränkend *W. Graf Vitzthum* Eher Rechtsstaat als Demokratie. Zu Zielvorstellungen im deutschen Widerstand, in: FS Stern, 1997, 97ff. (107ff.).

[287] Das „stumm" bezieht sich auf den oft bemerkten Umstand, daß die Zeit des Nationalsozialismus einschließlich seiner Verbrechen nach 1945 lange Zeit tabuisiert und mit Schweigen belegt war. Dafür gibt es triftige Erklärungen, die nicht auf das denunziatorische Argument hinauslaufen, „die Täter" hätten über ihre Taten schweigen wollen; dafür gab es unter der schweigenden Bevölkerung zu viele Opfer. Vgl. *H. Lübbe*

Regimes dürften ausschlaggebend dafür gewesen sein, daß sich die Bundesrepublik anders als die von Weimar keinem Entwertungsdruck durch Idealisierung des vorangegangenen Systems ausgesetzt sah. Dieses Mal war der Neuanfang erfolgreich.[288]

Das zeigte sich auch in der Staatsrechtslehre. Sofern die in der NS-Zeit belasteten Autoren nicht *jetzt* die „Sicherheit des Schweigens"[289] vorzogen, widmeten sie sich dem neuen Staat und seiner westlichen Verfassung, die durchaus auf deutsche Rechtsüberlieferungen zurückgreifen konnte.[290] Bei einigen Personen traten zweifelsohne Glaubwürdigkeitsprobleme auf.[291] Aber wichtiger als die später oftmals skandalisierte personelle Kontinuität war, daß es keinen nennenswerten Versuch sachlich-legitimatorischer Rückanknüpfung an das Dritte Reich und keine substantiellen Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in der Staatsrechtslehre gab.[292] Etatistische oder konservative Positionen hielten sich im normalen Spektrum funktionierender Verfassungsstaaten. Doch dies und die weitere Entwicklung der Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz näher zu beleuchten wäre schon ein neues Thema. Ich bin somit am Ende meines Berichtes über die Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus angelangt. Wenn ich dessen wesentliches Ergebnis in einem einzigen Satz zusammenfassen müßte, könnte dieser wie folgt lauten: 1933 ersehnten sich viele Bürger und weite Teile der Staatsrechtslehre einen starken, autoritären Staat – den Leviathan; doch der Oberwolf bescherte ihnen Behemöth – den Unstaat.

HZ 236 (1983), 579ff.; *Lepsius* Erbe (Fn. 284), 243ff. – Kritisch zu Lübbe *J. Perels* Die Nachwirkungen der NS-Diktatur im demokratischen Rechtsstaat, in: ders., Das juristische Erbe des „Dritten Reiches", 1999, 11ff. (12ff.) m.w.N.

[288] Dabei sollte nicht vergessen werden, daß es für den Erfolg gewichtige grundgesetz-externe Gründe gab.

[289] *D. van Laak* Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik, 1993.

[290] Dazu Hin- und Nachweise bei *H. Dreier* DVBl. 1999, 667ff.; in historischer Gesamtbetrachtung *H.A. Winkler* Der lange Weg nach Westen, 2 Bde., 2000. – Der Nationalsozialismus hingegen hat bis heute (stärker denn je) die Funktion eines „Kontrastbezuges" (so *Lepsius* Erbe [Fn. 284], 230ff.) und bildet das politische „Layout" der Bundesrepublik (so *G. Roellecke* Der Staat 28 [1989], 505ff.).

[291] Hier herrschte dann im Kreise der Staatsrechtslehrer ein Klima des Verzeihens. Beispielsweise vermerkte *F. Giese* AöR 79 (1954), 372, in einer Rezension zu den neuen Staatsrechtslehrbüchern von Maunz (1952) und Koellreutter (1953): „Daß beide dann im ‚Dritten Reich' das damalige Staats- und Verwaltungsrecht in Forschung und Lehre sowie literarisch behandelt haben, kann ihnen nur von kleinen Geistern verübelt werden." Zur milden Haltung Walter Jellineks nach 1945 *G. Dilcher* NJW 1999, 3533 (3556).

[292] Einige Hinweise auch bei *R. Alexy* Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in Rechtslehre und Rechtsprechung nach 1945?, in: F.J. Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, 219ff.

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

I. Vorgeschichte

1. Die Weimarer Republik scheitert nicht an Konstruktionsfehlern ihrer Verfassung, sondern an der fehlenden Verankerung ihrer freiheitlich-demokratischen Prinzipien in den führenden Schichten der Gesellschaft.

2. Egalitäre Grundrechtsdemokratie, Parteienpluralismus und Parlamentarismus gelten auch in weiten Kreisen der Staatsrechtslehre als diskreditiert. Die Weimarer Reichsverfassung sieht sich in ihrem Status als verbindliche normative Letztentscheidung durch verschiedene Strategien der Distanzierung und Relativierung in Frage gestellt. Eine originär „protofaschistische" Staatsrechtslehre existiert freilich nicht.

II. Formierung und Orientierung der Staatsrechtslehre nach 1933

3. Nach dem Machtwechsel zerfällt die Staatsrechtslehrerschaft der Weimarer Zeit in drei Gruppen. Zur ersten Gruppe gehören die aus politischen oder „rassischen" Gründen ihres Amtes Enthobenen; eine zweite Gruppe bilden jene, die verstummen oder sich relativ unverfänglichen und abgelegenen Themen zuwenden; die dritte Gruppe der Systemkonformen stellt sich – auf je eigene Weise und mit unterschiedlicher Intensität – in den Dienst des nationalsozialistischen Systems. Neu tritt eine vierte Gruppe von SS-Juristen hinzu.

4. Die anfänglich breite Zustimmung zur „nationalen Erhebung" verdankt sich nicht zuletzt dem Umstand, daß die Unbestimmtheit des nationalsozialistischen Programmes Projektionsflächen für eigene Vorstellungen bietet und Illusionen über die Wahrung einer Art autoritärer Rechtsstaatlichkeit zu nähren vermag. Wahrnehmungsengführungen, Karrierestreben und Opportunismus fließen hier mit im Einzelfall nicht exakt fixierbaren Anteilen zusammen.

5. In der Leichtfertigkeit, mit der die formale Legalität der verschiedenen Schritte des Machtwechsels bejaht wird, spiegelt sich die Erleichterung über die Ablösung des Weimarer „Zwischenreiches" wider. Bald postuliert man ohnehin die selbsttragende Legitimität des nationalsozialistischen Regimes.

6. Vor allem in den ersten Jahren des Nationalsozialismus ist die systemkonforme staatsrechtliche Literatur durch einen überwiegend schon aus Weimarer Zeiten stammenden Negativkonsens gekennzeichnet, der Antiliberalismus, Antiparlamentarismus und Antiföderalismus umfaßt. Formelle rechtsstaatliche Garantien und gewaltenteilende Sicherungen werden Opfer einer diffusen Einheitsmetaphorik.

7. Ein neues Phänomen stellt der Antisemitismus im staatsrechtlichen Schrifttum dar, der von bekundetem Verständnis für die staatlichen Diskriminierungsmaßnahmen über allgemeine Formeln von der Art- und Rassegebundenheit des Rechts bis hin zu personenbezogenen antijüdischen Invektiven reicht. Einen Tiefpunkt markiert die dem ‚Kampf der deutschen Rechtswissenschaft gegen den jüdischen Geist' gewidmete Tagung von 1936.

III. Nationalsozialistische Staatsrechtslehre?

8. Die Frage nach einer originär nationalsozialistischen Staatsrechtslehre kann sich wegen der Negation aller liberal-demokratischen Verfassungsprinzipien nur auf neue Bauelemente richten. In Betracht kommt erstens die Idee des völkischen Staates, zweitens das Konzept der Einheit von Staat und Partei („Bewegung") und drittens das Prinzip der Führung, insbesondere die umfassende Hoheitsgewalt des „Führers". An jedem dieser vermeintlichen „Verfassungs"-Elemente läßt sich demonstrieren, daß der Nationalsozialismus zu einer Relativierung des Staates wie des Staatsrechts und letztlich zum Objektverlust der Staatsrechtslehre führt.

9. Das völkische Rechtsdenken zeitigt ungeachtet der Irrationalität seiner Prämissen konkrete Folgen in begrifflich-systematischer (Volksgemeinschaft) und sachlicher (volksgenössische Gliedstellung), vor allem aber in personeller Hinsicht. Es dient zur Rechtfertigung der Judendiskriminierung, an deren Ende das normlose Inferno der Judenvernichtung steht.

10. Das neuartige Konzept des Bewegungsstaates impliziert einen Dualismus zweier gleichgeordneter Hoheitsträger, deren ungeklärtes Verhältnis zueinander mit teils metaphysisch verbrämten Leerformeln überdeckt wird. Ungeachtet zahlreicher Personalunionen entwickelt sich das Nebeneinander in der Praxis oft zu einem Gegeneinander und endet – verstärkt durch eine Vielzahl von Sonderbehörden, Sonderbevollmächtigten und Sonderimperien – im Chaos der nationalsozialistischen Polykratie.

11. Das Wesen von Führung in Abgrenzung zu anderen Herrschaftsbeziehungen bleibt trotz unzähliger Bestimmungs- und Definitionsversuche letztlich ungeklärt, desgleichen ihre Erstreckung auf die Routinearbeit der Verwaltung. Im Führerstaat konzentriert sich die gesamte Hoheitsgewalt des Reiches in einer einzigen Person, deren Wille als maßgeblich und maßstäblich für die

Rechtsordnung gilt. Neben der Entwertung von Reichstag und Reichsregierung als eigenständigen Rechtsinstitutionen führt dies zur Formindifferenz, da der in beliebiger Gestalt rechtsetzende „Führerwille" jegliche Normhierarchie sprengt. Mit der fehlenden Publikation zahlreicher „Führererlasse" kommt es schließlich zum Formverlust der Normsetzung, was auf Kritik der Staatsrechtslehre stößt.

12. Insgesamt sind angesichts der Form- und Regellosigkeit des Regimes alle Versuche zum Scheitern verurteilt, auf der Basis der geschilderten Elemente eine dogmatisch durchstrukturierte Staatsrechtslehre des Nationalsozialismus zu entwickeln. Der Staatsrechtswissenschaft geht ein taugliches Objekt sukzessive verloren. Die Analyse des Zerfallsprozesses tradierter Rechts- und Ordnungsstaatlichkeit leistet die Staatsrechtslehre im Exil.

IV. Großraumordnung und Europa-Idee

13. Infolge der territorialen Expansion Deutschlands seit 1938 wird auch das Merkmal des Staatsgebietes Veränderungen unterworfen, welche die breit und anhaltend diskutierte Konzeption des völkerrechtlichen Großraums auf den Begriff zu bringen sucht. Das Analysepotential dieser Großraumtheorie weist über deren Entstehungszusammenhang hinaus.

14. Die nationalsozialistischen Europapläne muten auf den ersten Blick überraschend modern an, können ihre überwiegend propagandistische und taktische Funktion allerdings ebensowenig verhehlen wie ihren hegemonialen Charakter. Ungeachtet dessen dokumentieren sie in der Sache die überragende Evidenz der Idee eines vereinigten europäischen Wirtschaftsraumes.

V. Ende und Neubeginn

15. Der Nationalsozialismus hinterläßt ein Trümmerfeld. Wegen der vollständigen Entlegitimierung des NS-Regimes gerät die staatliche Ordnung der Bundesrepublik anders als die von Weimar nicht unter den Konkurrenzdruck eines idealisierten Vorgängersystems. Der purgatorische Effekt der Katastrophe erleichtert vielmehr die Wiederanknüpfung an freiheitlich-demokratische Verfassungsüberlieferungen. So bietet das Grundgesetz trotz personeller Kontinuitäten die Chance für einen inhaltlichen Neubeginn auch der Staatsrechtslehre.

Erster Beratungsgegenstand:

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

2. Bericht von Prof. Dr. *Walter Pauly*, Jena

Inhalt

		Seite
I.	Traditionsbrüche	74
II.	Das Spektrum der Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus	76
III.	Die Auflösung der rechtsdogmatischen Figuren	88
IV.	Schlußbetrachtung	100

I. Traditionsbrüche

Mit ihrem Niedergang im Nationalsozialismus hat sich die deutsche Staatsrechtslehre ihrer Tradition entfremdet. Die Staatsrechtslehre nach 1933 war nicht die Fortsetzung der Weimarer Wissenschaft am veränderten Gegenstand, sondern beruhte auf einer beispiellosen Deformation überkommener Theorien, Methoden und Dogmatik, die gerade dort als Aufbruch erlebt wurde, wo die Nachwelt Verfall registrierte. Finden sich auch zentrale Positionen und Begriffe der Staatsrechtslehre nach 1933 im breiten Spektrum der Diskussion vor 1933 eingeführt und vorbereitet, so erfolgt doch erst 1933 der wissenschaftliche Umsturz auf nahezu ganzer Linie – einhergehend mit einem geistigen Abwehrkampf sowohl gegen westliches wie Weimarer pluralistisches Verfassungsdenken als auch gegen die spezifisch deutsche bürgerlich-liberale Rechtsstaatstradition des 19. Jahrhunderts. An diese Traditionsbestände konnte dann nach 1945 wieder angeknüpft werden. Schon bald nach dem Zusammenbruch entstanden Kompendien zur Staatslehre, die im wesentlichen den Weimarer Diskussionsstand wiedergaben, oder, wie bei *Richard Thoma*, sogar direkt auf der Übernahme einer Weimarer Publikation beruhten.[1] Auch die die Verfassunggebung begleitende wissenschaftliche Diskussion stand ganz im Banne der besseren deutschen und der westlichen Tradition. Die Jahre vor 1945 betrachtete man als dunkle, unselige Zeit im Griff eines Unrechtssystems, das in der Wissenschaft wie in allen gesellschaftlichen Teilbereichen Tribut verlangt und erhalten hatte. Was dem Nationalsozialismus aus der Staatsrechtswissenschaft an Unterstützung, benötigt oder nicht, gefragt oder aufgedrängt, zu Teil geworden war, wurde jetzt als Verirrung und Verfehlung bezeichnet, an der selbstredend kein rechtswissenschaftliches Interesse bestehen konnte.[2] Die wissenschaftlichen Beiträge zum sog. „Dritten Reich" wollten sich nicht in die Tradition der deutschen Staatsrechtslehre fügen und schienen mit deutlich markierten Zäsuren 1933 und

---

[1] Im Vorwort vom Juli 1947 begründet *Thoma* Grundriß der allgemeinen Staatslehre, 1948, den Rückgriff auf seinen Artikel „Staat (Allgemeine Staatslehre)" im 1926 erschienenen 7. Band der 4. Auflage des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften mit den „Zeitumständen". Niederschlag der seit Sommer 1945 gehaltenen Vorlesung bei *Laun* Studienbehelf zur allgemeinen Staatslehre, 4. unveränderte Aufl. 1947. Im Schweizer Exil erschien *Nawiasky* Allgemeine Staatslehre, 1. Teil, 1945.

[2] Das Geleitwort von Herausgebern und Verlag „Zum neuen Jahrgang" des Archivs des Öffentlichen Rechts Bd. 74 (1948), 1, bezeugt „manche Verirrungen", und *Thoma* (Fn. 1), 3, spricht etwa davon, *Otto Koellreutter* habe sich 1933 von nationalsozialistischer Propaganda „in der damaligen Phase seiner wissenschaftlichen Entwicklung ... beirren lassen."

1945 aus der Wissenschaftsgeschichte des Öffentlichen Rechts herauszufallen. Oder sollte etwa in diesen Jahren, die wie ein überwundener Abgrund zurücklagen, die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht wirklich weitergegangen sein und sollten auch in ihnen Beiträge geleistet worden sein, die ebenso traditionsbildend gewirkt haben wie die Leistungen der Jahre davor und danach?

Mittlerweile hat die mit zeitlichem Abstand möglich gewordene Historisierung des Nationalsozialismus, übrigens nicht nur im Bereich der juristischen Wissenschaftsgeschichte, zu einer deutlich stärkeren Betonung der Kontinuitäten geführt, die über die Jahre 1933 und 1945 hinwegreichen.[3] Daß sich auch ein völlig diskreditiertes Unrechtssystem nicht als rechtsleerer Raum begreifen läßt und daß die Rechtswissenschaft dieser Zeit einen Vorlauf hatte und sogar Nachwirkungen zeitigte, haben wohl auch die Zeitgenossen gewußt – aber sie konnten und wollten dies auf Grund einer Tabuisierung nicht umstandslos sagen und schreiben. Die Frage von Kontinuität und Diskontinuität ist damit aber noch nicht richtig gestellt, geschweige denn beantwortet. Voraussetzung hierfür ist zunächst eine Bestimmung dessen, was überhaupt Staats-

[3] Für das Öffentliche Recht vgl. insbesondere *Lepsius* Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, 1994, 13ff., anhand eines „Begriffsvergleichs" hinsichtlich „Volk", „Gemeinschaft", „Rasse" und „Führer" mit Besprechung *Pauly* Juristische Methode und Nationalsozialismus, Neue Politische Literatur, 41. Jg. (1996), 285f.; die aufgezeigten Begriffsverwendungen vor 1933 waren in der Staatsrechtslehre jedoch eher randständig; so war insbesondere „Rasse" *Lepsius* ebd, 77, zufolge „vor der Machtübernahme kein im eigentlichen Sinne juristischer Begriff". Auch ist es von Bedeutung, daß beim Volksbegriff nach 1933 „im Verhältnis zu den neuen Volksbegriffen der Weimarer Republik" laut *Lepsius* ebd, 35, „nur" die für den Nationalsozialismus so zentrale „Blut- und Boden-Komponente neu" gewesen ist. Zum methodischen Vorlauf gehört für *Lepsius* ebd, 146f. u. 164ff., die u.a. auch bei *Kaufmann* und *Smend* aufweisbare ganzheitsorientierte, d.h. auf die Überwindung traditioneller Gegensatzpaare, wie Sein und Sollen, Wert und Wirklichkeit, angelegte Begriffsbildung. In der Tat müssen diese materialen Theorieentwürfe von einem neukantianischen Standpunkt, wie ihn in der Staatsrechtslehre insbesondere *Hans Kelsen* eingenommen hat, schon wegen der mangelnden Bestimmung des Erkenntnisgegenstands durch die Erkenntnismethode unwissenschaftlich erscheinen. Zur Kontinuitätsfrage vgl. weiter *Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 3. Bd., 1999, 246ff., unter Zurückweisung der von *Nörr* Zwischen den Mühlsteinen, 1988, 244, angestellten Überlegung, „das Dritte Reich als im Grundsatz rechtsleeren Raum zu betrachten". Zumindest mißverständlich ist auch die Einschätzung von *Kimminich* Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl., 1987, 541, die NS-Periode sei mangels Auswirkung auf die nachfolgende Verfassungsepoche „verfassungsgeschichtlich nicht ergiebig". Starke Betonung der geistesgeschichtlichen Kontinuitäten über das Jahr 1933 hinweg bei *Sontheimer* Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, Ausgabe 1983, 14ff., sowie *Dewey* Deutsche Philosophie und deutsche Politik, Neuausgabe 2000, 43ff.

rechtslehre im Nationalsozialismus gewesen ist. Fällt hierunter einfach all das, was in dieser Zeit gedruckt und vertreten wurde oder hat es eine nationalsozialistische Staatsrechtslehre gegeben? Einzelne Studien haben die Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus nicht hinreichend von Konservativismus oder autoritärem Staatsdenken als solchem abgesetzt und entsprechend diskreditierende Kontinuitätslinien gezogen.[4] In der Folge mußte hiernach jedwede Anknüpfung an solche Traditionen nach 1945 schon wegen der so gezogenen Verbindungslinien befremden, standen jene doch im Verdacht, das Desaster mit verursacht zu haben. Das Selbstverständnis der Staatsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik hängt folglich gleichfalls an der Frage, was Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus eigentlich gewesen ist.

II. Das Spektrum der Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus

Steht Nationalsozialismus ex post betrachtet für innen- wie außenpolitische Verbrechen, insbesondere für Angriffskrieg und Holocaust, so war der Charakter dieser Herrschaftsideologie ex ante zwar nicht unbekannt, aber doch vergleichsweise unbestimmt. Noch ein Jahr nach der sog. „Machtergreifung" leugnete der Freiburger Rechtsphilosoph *Erik Wolf*, daß „der Nationalsozialismus im Dritten Reich bereits eine vollkommen sichtbare abgeschlossene Gestalt gewonnen hätte" und „mit Begriffen ausdrückbar, als Idee in Worte zu fassen wäre."[5] Eben-

[4] Vgl. *Fangmann* Die Restauration der herrschenden Staatsrechtswissenschaft nach 1945, in: Reifner (Hrsg.), Das Recht des Unrechtsstaates, 1981, 211ff., sowie *Meinck* Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus, 1978, 10ff., die Antikapitalismus als Indikator für Antifaschismus nehmen. Neueste Darstellung des breiten Spektrums der politischen „Rechten" vor und nach 1933 bei *Breuer* Grundpositionen der deutschen Rechten (1871–1945), 1999, der *Mohlers* „Konstrukt einer ‚konservativen Revolution'" zurückweist (ebd, 8). Hierzu auch *ders.* Anatomie der konservativen Revolution, 1993; *v. d. Bussche* Konservatismus in der Weimarer Republik, 1998, 383; insofern abweichend *Sieferle* Die Konservative Revolution, 1995, 21 u. passim. Zur Frage der Fortwirkung nationalsozialistischer Doktrinen in der Staatsrechtslehre nach 1945 vgl. v. *Bülow* Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (1945–1952), 1996, 13ff., mit „Verriß" durch *Isensee* Buchbesprechungen, Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 52 (1998), 122ff.; zur Frage wissenschaftsgeschichtlicher Kontinuitätslinien vgl. weiter *Schefold* Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn, in: Acham u.a. (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, 1998, 567ff.

[5] *Wolf* Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate, 1934, 10. Daß die Inhaltsvielfalt des Nationalsozialismus eine starke partizipationsfördernde Wirkung zeitigte, betont zu Recht *Lepsius* Personengebundene oder strukturorientierte Bewertungskrite-

falls 1934 trat der Heidelberger und dann Berliner Staatsrechtslehrer *Reinhard Höhn* mit dem sonderbaren Vorschlag auf, „ruhig einmal ein Jahr alle unsere Forschungen einzustellen und sich über die grundlegenden Ordnungen unseres Lebens in der heutigen Zeit klar zu werden, wieder an die Quellen unseres Volkstums zurückzugehen."[6] Dieses Plädoyer verhallte in einer Zeit ungeheurer literarischer Produktivität, an der *Höhn* übrigens kräftig mittat. Abseits standen neben den von ihren Lehrstühlen Vertriebenen Gelehrte wie *Gerhard Anschütz*, die den neuen Gegenstand ablehnten und deswegen entweder schwiegen oder auf politisch unverfängliche Fragestellungen auswichen.[7] Schon im

---

rien für juristisches Verhalten im Nationalsozialismus, in: Nehlsen/Brun (Hrsg.), Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, 1996, 75, 83ff. u. passim, der zugleich einen Verlust inhaltlicher und methodischer Bewertungskriterien bei den zeitgenössischen Juristen feststellt (ebd, 102). Materialreiche Annäherung an die NS-Ideologie und ihr Rechtsdenken bei *Anderbrügge* Völkisches Rechtsdenken, 1978, 13ff. Zusammenfassung des heutigen Forschungsstandes zum Nationalsozialismus bei *Kershaw* Der NS-Staat. Geschichtsinterpretationen und Kontroversen im Überblick, Neuausgabe 1999, 39ff.; *Wippermann* Faschismustheorien, 7. Aufl. 1997; *ders.* Totalitarismustheorien, 1997, sowie *Linz* Totalitäre und autoritäre Regime, Neuausgabe 2000, 3ff.; zur Widerspiegelung der unterschiedlichen Erklärungsansätze zum Wesen des Nationalsozialismus in den Entnazifizierungskonzepten der vier Alliierten vgl. *Pauly* Die Entnazifizierung – Leitideen und Praxis, in: Diestelkamp u.a. (Hrsg.), Zwischen Kontinuität und Fremdbestimmung, 1996, 329ff. Schon die frühen Erklärungsansätze betonen den chaotischen, nihilistischen und terroristischen Grundzug dieser Ideologie; vgl. *Rauschning* Die Revolution des Nihilismus, 1938; *Fraenkel* The Dual State, 1941, sowie *Neumann* Behemoth, 1. Aufl. 1942, 2. Aufl. 1944; hierzu *Bast* Totalitärer Pluralismus, 1999, sowie *v. Brünneck* Vorwort zu diesem Band, in: Fraenkel, Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1999, 7ff.; zur politischen Geschichte vgl. immer noch *Bracher* Die deutsche Diktatur, 6. Aufl. 1979, *Broszat* Der Staat Hitlers, 14. Aufl., 1995, sowie jetzt *Frei* Der Führerstaat, 5. Aufl. 1997. Zur zeitgenössischen Abschichtung von nationalsozialistischem und faschistischem Verfassungsrecht vgl. *Scheuner* Staatstheorie und Verfassungsrecht des Faschismus, ZgesStW Bd. 101 (1941), 252ff.

[6] *Höhn* Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, 1934, 46. Daß keine „in sich geschlossene ‚Nationalsozialistische Staats(rechts)lehre'" erwartet werden kann, betont *Stolleis* Staatsrechtslehre zwischen Monarchie und Führerstaat, in: Harbordt (Hrsg.), Wissenschaft und Nationalsozialismus, 1983, 29. Zur zeitgleichen Entwicklungslage in Österreich vgl. *Funk* Die „österreichische" Staats(rechts)lehre in der nationalsozialistischen Ära, in: Davy u.a. (Hrsg.), Nationalsozialismus und Recht, 1990, 388ff.

[7] Abdruck des entsprechenden Emeritierungsgesuchs in *Anschütz* Aus meinem Leben, hrsg. von Pauly, 1993, 328. Aufgabe des Staatsrechtslehrers sei nicht nur die Vermittlung der Kenntnis des jeweils geltenden Staatsrechts, sondern ebenso die Erziehung der Studierenden in dessen Geiste, was einen hohen Grad „innerlicher Verbundenheit des Dozenten" erfordere. Zu innerdisziplinären Reaktionen auf dieses Gesuch und zur nahezu eingestellten Publikationstätigkeit von Anschütz vgl. *Pauly* Zu Leben und Werk von Gerhard Anschütz, in: Anschütz (ebd), XLII ff.; exemplarisch für eine

Frühjahr 1933 war eine Veröffentlichungslawine ohne klare Richtungnahme angerollt. Keineswegs fällt hier alles in eins, was sich selbst als nationalsozialistisch etikettierte – sei es um den Kurs aktiv zu bestimmen, jedenfalls rechtlich zu formieren, sei es um Traditionsbestände unter neuem Namen in die neue Zeit hinüberzuretten oder um sich einfach nur anzupassen. In diesem breiten Spektrum lassen sich zunächst Äußerungen, die auf einen radikalen Umbau der Staatsrechtswissenschaft zielten, von solchen Standpunkten abschichten, die an den bestehenden wissenschaftlichen Grundlagen festzuhalten gedachten und lediglich einzelne Veränderungen der Staatswirklichkeit lege artis einarbeiten wollten. So setzte sich insbesondere *Hans Helfritz*[8] dafür ein, „die neuen Erscheinungen dem bisherigen Bestande der Wissenschaft einzufügen und sie mit ihr zu verarbeiten." Es gehe nicht an, „Ausdrücke der Propaganda kritiklos in die Wissenschaft" zu übernehmen. Folge davon sei gegenwärtig eine „Verwirrung der Rechtsbegriffe, wie sie für die Wissenschaft nicht ärger gedacht werden" könne. In der Literatur wurde gegen *Helfritz* und gleichgesinnte Autoren sogleich „Kampfstellung" bezogen, liege es doch in der Konsequenz dieser Position, daß „der Wissenschaftler ... unberührt von der heutigen Zeit" weiterarbei-

---

von den Zeitumständen nahezu vollständig gelöste Publikationstätigkeit: *Triepel* Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht, 1942. *Ernst Friesenhahn* sowie die erst spät emigrierten Gelehrten *Erich Kaufmann* und *Gerhard Leibholz* lebten über Jahre „im Winkel"; vgl. *Stolleis* Im Bauch des Leviathan – Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus, in: ders., Recht im Unrecht, 1994, 139; zu Leibholz' Schicksal als refugee in England vgl. *Wiegandt* Norm und Wirklichkeit, 1995, 47ff.; zu Leibholz' Beschäftigung mit dem Faschismus vgl. *Leibholz* Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts, 1928, sowie *ders.* Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild, 1933, 54ff., und dazu *Benöhr* Das faschistische Verfassungsrecht Italiens aus der Sicht von Gerhard Leibholz, 1999. Dokumentation einer Vertreibung, die in den Tod führte, bei *Pauly* Max Fleischmann (1872–1943) und das Öffentliche Recht in Halle, in: ders. (Hrsg.), Hallesche Rechtsgelehrte jüdischer Herkunft, 1996, 49ff. Zum „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums" vom 7. April 1933, das in § 3 den berüchtigten „Arierparagraphen" enthielt, aber auch die Entlassung Andersdenkender vorsah, vgl. *Tarrab-Maslaton* Rechtliche Strukturen der Diskriminierung der Juden im Dritten Reich, 1993, 25ff., mit Bespr. *Pauly* SächsVBl. 1994, 246. Zur Wirkung der Entlassungs- und Vertreibungspolitik im Bereich der Staatsrechtslehre insgesamt vgl. *Limperg* Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in: Böckenförde (Hrsg.), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985, 44ff., sowie *Stolleis* (Fn. 3), 254ff.: „Vertreibung und Revirement an den Universitäten".

[8] *Helfritz* Rechtsstaat und nationalsozialistischer Staat, DJZ 1934, Sp. 427f.; grundlegend für die nachfolgende Darstellung einzelner Positionen und Personen *Stolleis* (Fn. 3), 246ff. mwN.

ten könne.[9] Man machte Front gegen „Juristen, die sich offenbar nicht an die Wirklichkeit des nationalsozialistischen Staates gewöhnen können"[10], warnte vor der Gefahr, überkommene „Denkweisen eines liberalen Jahrhunderts" könnten sich der neuen Begriffe bemächtigen, nannte juristisch angeblich falsche Positionen politisch einen „Sabotageakt"[11] und verdächtigte Kollegen, „die neue Gedankenwelt nur rein äußerlich" übernommen zu haben.[12]

Daß aber das, was die eifrigsten Vertreter einer radikalen wissenschaftlichen Erneuerung publizierten, so disparat und trotz des z.T. martialischen Tons in der Sache vergleichsweise vage ausfiel, liegt wesentlich in der politisch instrumentalisierten Unbestimmtheit und Phrasenhaftigkeit der richtunggebenden NS-Ideologie begründet. Angesichts des Strukturnihilismus des zunehmend polykratischen Führerstaates konnte auch die Staatswirklichkeit keine Vorgabe für eine kohärente Theoriebildung liefern. Das sich etablierende Herrschaftssystem war samt seiner Herrschaftsideologie für die Staatsrechtswissenschaft insbesondere deswegen schwer zu fassen, weil Staat und Staatlichkeit ihre dominante Stellung eingebüßt hatten. Der Staat ist „nur ein Organ des Führers der Bewegung"[13], schrieb *Carl Schmitt*, und seine Trias

---

[9] *Höhn* (Fn. 6), 43f.

[10] *C. Schmitt* Staat, Bewegung, Volk, 2. Aufl. 1934, 6.

[11] *C. Schmitt* Der 3. Oktober 1933, in: Schraut (Hrsg.), Deutscher Juristentag, 4. Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e.V., 1933, 244.

[12] *Höhn* (Fn. 6), 17.

[13] *C. Schmitt* Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934), 2. Aufl. 1993, 55. Zwischenbilanz zur Schmitt-Forschung bei *Hofmann* Legitimität gegen Legalität, 3. Aufl. 1995, I ff.; Gesamtdarstellung bei *Noack* Carl Schmitt. Eine Biographie, 1993; Einbettung Schmitts in die Methodengeschichte der Staatslehre bei *Badura* Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre, 2. Aufl. 1998, 199ff.; zu Schmitts Rolle im „Dritten Reich" vgl. umfassend *Koenen* Der Fall Carl Schmitt, 1995; vgl. weiter *Fijalkowski* Die Wendung zum Führerstaat, 1958; *Rüthers* Carl Schmitt im Dritten Reich, 2. Aufl. 1990; *Maus* Zur „Zäsur" von 1933 in der Theorie Carl Schmitts, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrechts-Staat, 1983, 47ff., sowie *Quaritsch* Positionen und Begriffe Carl Schmitts, 3. Aufl. 1995, 83ff.; zu Schmitts Positionen in der Krise der Weimarer Republik vgl. *Berthold* Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan am Ende der Weimarer Republik, 1999; *Pyta/Seiberth* Die Staatskrise der Weimarer Republik im Spiegel des Tagebuchs von Carl Schmitt, Der Staat Bd. 38 (1999), 423ff. u. 594ff., wonach Schmitt 1932 die „Hauptgefahr" in der „Hitler-Partei" erblickte (ebd, 439); *E.R. Huber* Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit, in Quaritsch (Hrsg.), Complexio Oppositorum, 1988, 33ff.; *Pauly* Die Krise der Republik: Hermann Heller und Carl Schmitt, in: Dicke/Kodalle (Hrsg.), Republik und Weltbürgerrecht, 1998, 311ff., sowie *Neumann* Verfassungstheorien politischer Antipoden: Otto Kirchheimer und Carl Schmitt, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrechts-Staat II, 1984, 31ff.; B. *Schlink* Why Carl Schmitt? Rechtshistorisches Journal Bd. 10

„Staat, Bewegung, Volk" ist symptomatisch für die zeitgenössische Relativierung dieses seit der frühen Neuzeit für die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht zentralen Leitbegriffs. Der notorische Etatist, der noch in der Krise der Republik auf den Reichspräsidenten und die Exekutive gesetzt hatte, erklärte nun binnen Jahres im Einklang mit der parteiamtlichen Lehre, der Staat sei der die beiden anderen Ordnungsreihen führenden und durchdringenden Bewegung nicht gleichgeordnet.[14] In der konkreten Zuordnung sah Schmitt dann aber die Verbindung der volks- wie staatstragenden Partei mit dem Staat „hauptsächlich" durch Personal-Unionen bewirkt.[15] Möglicherweise sollte durch diese Form der Verknüpfung der Einfluß der dynamischen Bewegung auf den eher statischen Behördenapparat kanalisiert werden. Immerhin versagte Schmitt der Partei die Stellung eines unmittelbaren Staatsorgans und betonte die Funktion eines starken Staates, das „Ganze der politischen Einheit" zu sichern.[16]

Geradezu im Mittelpunkt steht der Staat in der Konzeption des Schmitt-Schülers *Ernst Forsthoff*. Der totale Staat als Form der Totalität des Politischen ist dem 30jährigen „mehr als ein persönlicher Führungszusammenhang."[17] Die Bewegung könne in der Person ihres Führers aufgehen, der an Tradition, Gesetz und Ordnung gebundene Staat hingegen nicht. *Forsthoffs* Schrift „Der totale Staat" von 1933 stand wohl dem Parteiideologen *Alfred Rosenberg*[18] vor Augen, als dieser Anfang 1934 im Völkischen Beobachter rügte: „Würden wir fortlaufend vom totalen Staat sprechen, so würde nach und nach ... wieder der Begriff des Staates an sich ins Zentrum rücken". Statt von der Totalität des Staates sollte von der „Ganzheit (Totalität) der nationalsozialistischen Weltanschauung" und Bewegung die Rede sein. Mit gleichem Duktus äußerte sich der später so berüchtigte *Roland Freisler*[19], der den Termi-

(1991), 160ff., u. *ders.* Weimar – von der Krise der Theorie zur Theorie der Krise, in Erbguth u.a. (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand 'Heur, 1999, 43ff.; zu Schmitts Wirkung in der Bundesrepublik vgl. *van Laak* Gespräche in der Sicherheit des Schweigens, 1993.

[14] *C. Schmitt* (Fn. 10), 12.

[15] *C. Schmitt* (Fn. 10), 20.

[16] *C. Schmitt* (Fn. 10), 12f., 20 u. 33.

[17] *Forsthoff* Der totale Staat, 1933, 31 u. 29. Zum Begriff des totalen Staates aus Stärke, auf den Forsthoff rekurriert und der sich vom quantitativ totalen Staat aus Schwäche der Weimarer Republik unterscheiden soll, vgl. *C. Schmitt* Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (1933), in: ders., Positionen und Begriffe, 1940, 186f., u. *ders.* Die Wendung zum totalen Staat (1931), ebd, 146ff.

[18] *Rosenberg* Totaler Staat?, Völkischer Beobachter v. 9.1.1934, 1f.

[19] *Freisler* Totaler Staat? – Nationalsozialistischer Staat! Deutsche Justiz 1934, 43f.

nus „totaler Staat" für „ungeeignet" erklärte, weil die Betrachtung des Staates „als eines Lebewesens für sich ... dem Nationalsozialismus völlig fremd" sei. Dennoch hat *Forsthoff* unter selbigem Titel eine 2. Auflage herausgebracht, die den totalen Staat zum Staat des 20. Jahrhunderts deklarierte und gegen den Vorwurf eines überwundenen Etatismus verteidigte.[20] Staat und Bewegung rückte *Forsthoff* nun jedoch zu einer unlöslichen Einheit zusammen, begrenzte diese dann aber auf das „geistig-politische" Moment.[21] Der Staat selbst gliedere sich in eine Führungsordnung, die mit der Führungsordnung der Bewegung zusammenfalle, sowie in eine durch „Sachtreue" gekennzeichnete bürokratische Verwaltungsorganisation.[22] Als Führer des Staates trete der Führer der Bewegung allerdings unter ein „neues Gesetz" und erlange eine „transpersonale Rechtfertigung", da er über das jahrtausende alte deutsche Staatstum walte.[23] Die hier angelegte Abschichtung von Führung und administrativer Amtshierarchie hat *Forsthoff* ab 1935 zur zweigliedrigen Theorie des autoritären Verwaltungsstaates ausgebaut.[24] Letztlich ist hiermit der Schüler dem Diktum seines Lehrers gefolgt, demzufolge der totale Staat „seiner Natur nach ein Verwaltungsstaat" ist.[25] Nachdem die Errichtung des Führerstaates die Verfassungsfrage „erledigt" habe, bezeichnet die Verwaltung für *Forsthoff* den Raum, „in dem uns vornehmlich die Wirklichkeit des heutigen Staates begegnet, in dem das Gesicht des Staates seine eigentliche Prägung erfährt."[26] Die Partei will

---

[20] *Forsthoff* Der totale Staat, 2. Aufl. 1934, 10 u. 23.

[21] *Forsthoff* (Fn. 20), 10 u. 36.

[22] *Forsthoff* (Fn. 20), 38, 40 u. 42; hierzu und generell zum „Führungsbegriff" E. *Laux* Führung und Verwaltung in der Rechtslehre des Nationalsozialismus, in: Rebentisch/Treppe, Verwaltung contra Menschenführung im Staat Hitlers, 1986, 33ff.; aus der Zeit des Nationalsozialismus vgl. auch *Krüger* Führer und Führung, 1935, u. *Koellreutter* Führung und Herrschaft, RVerwBl. 1941, 445ff.

[23] *Forsthoff* (Fn. 20), 35. In seinen politisch abgeklärteren Schriften zu Beginn der vierziger Jahre, die auf den expliziten Aktionismus der früheren Schrift (Fn. 17, S. 8) verzichten, hebt Forsthoff neben der Ordnungsfunktion des Staates stärker die Friedensfunktion und den Gerechtigkeitsgedanken heraus. Gewalt bedeute mehr als Zwang und Staatlichkeit mehr als Ordnung; so *ders.* Recht und Sprache, 1940, 34ff.; aus diesem Grund warnt Forsthoff jetzt vor einem „Absinken der deutschen Rechtswissenschaft" in vordergründige „Technizität", vgl. *ders.* Grenzen des Rechts, 1941, 23.

[24] Hierzu *Storost* Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff, 1978, 80ff., der die Fortwirkung dieses Modells in Forsthoffs Nachkriegsverwaltungsrecht beschreibt (ebd, 81f. u. 93ff.); die konzeptionelle Kontinuität betont *Forsthoff* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 1. Aufl. 1950, VI, selbst.

[25] *C. Schmitt* Legalität und Legitimität (1932), 3. Aufl. 1980, 11.

[26] *Forsthoff* Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft, DR 1935, 331. Wenn *Forsthoff* (ebd, 332) hierbei den „etatistischen Charakter"

Forsthoff[27] dabei aus dem auf Präzision, Stetigkeit und Berechenbarkeit angelegten Verwaltungsvollzug heraushalten – angeblich um sie vor der Alltäglichkeit einer „Kleinarbeit nach Dienstvorschrift" zu bewahren.

Die zentrale Stellung des Staates im nationalsozialistischen Herrschaftssystem suchte auch der bei „Machtergreifung" 29jährige *Ernst Rudolf Huber* nachzuweisen, der ebenfalls der Schmitt-Schule zuzurechnen ist. Bei *Huber* liegt der Akzent auf der staatlichen Formung des politischen Volkes. Obschon damals, wie *Huber* schrieb, „eine lebhafte Abneigung" gegen seine Ansicht bestand, beharrte er noch 1939 darauf, daß das Volk erst in der „Gestalt" des Staates „wahrhaft politisches Volk" werde.[28] Der Staat ist hiernach jene „lebendige Form" und „konkrete Ordnung", die das Volk aus der „rein biologischen Existenz" in ein politisches Sein überführt.[29] Über die Ausdifferenzierung des NS-Staates in einen Bewegungs-, Führer- und totalen Staat wollte *Huber* zugleich ein dynamisches Element in seinen Staatsbegriff integrieren.[30] Dennoch gelangt *Huber* zu keiner äußeren Einheit von Staat und Partei.[31] Die NSDAP erklärt *Huber* vielmehr zum „politischen Stand des deutschen Bewegungsstaates" und beschränkt ihre Wirkkraft auf die ideologische Durchdringung aller „Bezirke des staatlichen Handelns".[32]

---

der Verwaltung leugnet, so geht es ihm um die Überwindung des Dualismus von Staat und Gesellschaft, der den Verwaltungsstaat des 19. Jahrhunderts gekennzeichnet hatte, sowie um die Abschichtung von politischer Führung und sachlich arbeitender Bürokratie. In der bundesrepublikanischen Entwicklung diagnostizierte Forsthoff dann einen durch nichtstaatliche Kräfte, insbesondere die auf technische Realisation drängende Industrie, bewirkten Rückgang von klassischer Politik und Staatlichkeit; hierzu *ders.* Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 11ff., sowie *Neumann* Der harte Weg zum sanften Ziel, in: Roßnagel (Hrsg.), Recht und Technik im Spannungsfeld der Kernenergiekontroverse, 1984, 88ff.

[27] *Forsthoff* Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft, DR 1935, 399f.; ebenso *Krüger* Die geistigen Grundlagen des Staates, 1940, 166. Zur ambivalenten Motivation der Trennung von „Führung" und Verwaltung, die sowohl der Reduktion des Parteieinflusses als auch der „Befreiung der Führung von bürokratischen Hemmungen" dienen konnte, vgl. *Stolleis* Verwaltungsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus, in: ders. (Fn. 7), 169.

[28] *E.R. Huber* Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 1939, 164.

[29] *E.R. Huber* Die deutsche Staatswissenschaft, ZgesStW Bd. 95 (1935), 29, 34f. u. 64.

[30] *E.R. Huber* (Fn. 29), 29, 37ff., 40ff. u. 43. Den *Smendschen* Begriff der „Integration" lehnt *Huber* Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, 1935, 24f., aber wegen seiner abstrakten und rein idealistischen Natur ab.

[31] *E.R. Huber* (Fn. 29), 37.

[32] *E.R. Huber* (Fn. 29), 37 u. 39. Trotz der programmatischen Formel der „Einheit von Partei und Staat" hielt *Huber* (Fn. 28), 304, an der organisatorischen Trennung von staatlichen Verfassungs- und Verwaltungsorganen einerseits und Partei andererseits

Mit dem Totalitätsprinzip kennzeichnet *Huber* dabei unter Bezugnahme auf „Ernst Jüngers Wort von der totalen Mobilmachung" die Erfassung eines jeden Lebensbereiches durch die völkische Idee einschließlich einer unbegrenzten „Führungsgewalt" zur Erfüllung des „politischen Lebensgesetzes des Volkes".[33] An dieser staatszentrierten Grundkonzeption hat *Huber* auch nach Übernahme des Reichsbegriffs, der über die binnendeutsche Ordnung hinausgreife,[34] festgehalten. „Reich" bedeutete für Huber eben die „konkrete politische Gestalt, in der das deutsche Volk zum Staat geworden" sei.[35]

---

fest. Die postulierte Einheit sollte sich anders als durch „gegenseitige Überwachungs- und Befehlsrechte" herstellen. Juristisch wurde die NSDAP als Körperschaft des öffentlichen Rechts eingestuft, als „Einrichtung des Verfassungslebens", jedoch als eine solche besonderen Charakters (ebd, 297); ebenso *J. Heckel* Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht im Dritten Reich, in: ders.u.a., Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts, 1935, 19. Von einer „Verfassungsgemeinschaft" zwischen Partei und Staat sprach *H.P. Ipsen* Vom Begriff der Partei, ZgesStW Bd. 100 (1940), 487; radikale Überordnung der nicht körperschaftlich aufgefaßten Partei über den Staat dagegen bei *Höhn* Partei und Staat, DR 1935, 474ff.; für *Maunz* Verwaltung, 1937, 114, ist mit der NSDAP sogar „ein neuer Träger öffentlicher Verwaltung entstanden."

[33] *E.R. Huber* Die Totalität des völkischen Staates, Die Tat 26. Jg. (1934), 30 u. 34ff.; *ders.* Vom Sinn der Verfassung, 1935, 21; *ders.* (Fn. 29), 44. *Jüngers* „prägnante Formel" hatte Jahre zuvor schon *C. Schmitt* Der Hüter der Verfassung, 1931, 79, aufgegriffen.

[34] *E.R. Huber* Bau und Gefüge des Reiches, 1941, 13. Dem Reich als Staat iwS., d.h. als umfassender politischer Gesamtordnung des Volkes, stellt *Huber* (Fn. 28, 166f.) den Staat ieS., d.h. die staatliche Verwaltungs- und Militärorganisation, gegenüber.

[35] *E.R. Huber* (Fn. 28), 167, unter Berufung auf einen Begriffsvorschlag von *Johannes Heckel.* Zu starke Akzentuierung einer entsprechenden „Wendung" *Hubers* bei *Walkenhaus* Konservatives Staatsdenken, 1997, 240ff., mit Bespr. *Pauly* Der Staat Bd. 38 (1999), 133ff.; Werkinterpretation auch bei *Norpoth* Norm und Wirklichkeit. Staat und Verfassung im Werk Ernst Rudolf Hubers, 1998. Hinsichtlich der Gründungssituation der sog. „Kieler Schule", der *Huber* zugehörte, zitiert *Erdmann* Wissenschaft im Dritten Reich, 1967, 24, Anm. 18, einen an ihn gerichteten Brief von *Karl Larenz.* Danach habe der von ministerieller Seite aus maßgeblich die Schaffung der Kieler Juristengruppe gestaltende *Wilhelm Ahlmann* „jeden von uns einzeln beiseite" genommen und etwa folgendes gesagt: „Nachdem der Nationalsozialismus nunmehr die Macht erlangt habe, käme es darauf an, ihn geistig so zu beeinflussen, daß die nun eingetretene Wendung letztlich zum Segen und nicht zum Unsegen werde. Unsere Gruppe sei nicht zufällig zusammengestellt. Sie solle in Kiel ein Geisteszentrum bilden, von dem wesentliche Impulse auf die Entwicklung ausgehen sollten. Meine spezielle Aufgabe sei es, mit dafür zu sorgen, daß der nun in der Entstehung begriffene Staat nicht auf dem bloßen Machtdenken, sondern auf den ethischen Fundamenten der idealistischen Rechts- und Staatsphilosophie ... errichtet würde. Mit großem Ernst sprach er von den Gefahren, die daraus resultierten, daß der Nationalsozialismus bisher eines solchen ethischen Fundaments ermangele. Er sprach auch von der Möglichkeit eines Fehlschlags unserer

Daß *Huber* dem Volk aus sich heraus keine eigenständige politische Stellung zubilligte, sondern es dafür auf die körperschaftliche Form des Staates verwies, attackierte namentlich der der SS zugehörige *Reinhard Höhn*.[36] Bei *Huber* bleibe das Volk aktionsunfähig, die Bewegung ohne „rechte Stelle" und der Führer letztlich doch nur ein Staatsorgan.[37] Damit werde die originäre Stellung von Volk, Bewegung und Führung verkannt. Indem *Huber* die Frage der „Rasse" auf die Ebene des naturhaften Volkes, das noch der staatlichen Formung harre, verlagere, habe er überdies dem nationalsozialistischen „Rassegedanken seine eigentliche Bedeutung" entzogen.[38]

Als Protagonist des Prinzips „Gemeinschaft" stellte der aus dem Jungdeutschen Orden hervorgegangene *Höhn* statt des Staates die „Volksgemeinschaft" in den Mittelpunkt.[39] Ohne staatliches Zutun bilde

---

‚Mission'". Hierzu auch *Eckert* Was war die Kieler Schule?, in Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus,1992, 37–70. Gesamtwürdigung Hubers bei *Böckenförde* Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag, AöR Bd. 98 (1973), 255ff., u. *Starck* Ernst Rudolf Huber, in: Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, 1991, 232ff.; vgl. weiter *Grothe* Eine „lautlose" Angelegenheit? Zur Rückkehr des Verfassungshistorikers Ernst Rudolf Huber in die universitäre Wissenschaft nach 1945, Zeitschrift für Geschichtswissenschaft 1999, 980ff., unter Auswertung der für die Wiedergründung der Staatsrechtslehrervereinigung äußerst ergiebigen, im Bundesarchiv befindlichen Nachlässe von *Hans Peters* und *Walter Jellinek*.

[36] *Höhn* Volk und Verfassung, Deutsche Rechtswissenschaft Bd. 2 (1937), 203f.; zu *Höhn* vgl. *v. Lösch* Der nackte Geist, 1999, 320ff. u. passim, sowie *Rüthers* Reinhard Höhn, Carl Schmitt und andere – Geschichten und Legenden aus der NS-Zeit, NJW 2000, 2866ff., der auch das Verhältnis zwischen *Höhn* und *Schmitt* beschreibt. Für ersteren sei letzterer lediglich ein „heuchlerischer Opportunist" gewesen, der sich „1933 nur aus Karrieregründen dem Nationalsozialismus zugewandt" habe (ebd, 2867). Geschildert wird auch die u.a. von *Höhn* betriebene und durch gezielte Angriffe in der SS Wochenzeitung „Das Schwarze Korps" vorbereitete Entmachtung *Schmitts* im Jahre 1936 (ebd, 2868). *Rüthers* warnt zugleich davor, Schmitt vereinseitigend zum „Retter" rechtsförmlicher Mindestbestände zu stilisieren und nur in *Höhn* deren „Zerstörer" zu sehen (ebd, 2870).

[37] *Höhn* (Fn. 36), 194, 201 u. 209.

[38] *Höhn* (Fn. 36), 195.

[39] *Höhn* (Fn. 6), 33; ähnlich *ders.* Vom Wesen des Rechts, in: Heymann (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937, 1937, 167ff., sowie *Ritterbusch* Die Volksgemeinschaft als Grundlage der deutschen Verfassung, DR 1936, 351, wonach die nationalsozialistische Weltanschauung „von jeher nicht im Staat, sondern im Volk das letzthin Wirkliche erblickt". Gegen *Höhns* „Auflösung oder doch zum mindesten ... Verzerrung des Staatsgedankens" *Merk* Der Staatsgedanke im Dritten Reich, 1935, 41ff.; etatistische Grundkonzeption auch bei *Gerber* Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches, 1933, woran *E.R. Huber* „Auf dem Wege zum neuen Reiche", ZgesStW Bd. 95 (1935), 547, allerdings eine ihm wohl zu „stark idealistische Blickrichtung" bemängelte. Zu Inhalt und Genese des

diese eine in sich „lebendige und aktionsfähige Einheit", welche ebenso die biologische wie die geistige Seite des Menschen umfasse.[40] Der hierfür erforderliche „Gemeinschaftsgeist" entstehe allerdings nur bei gleichem Blut und gleicher Rasse.[41] Die „Ichpersönlichkeit" des Individuums verschwinde im Gemeinschaftserlebnis, das seine zeitwirksame Vorformung im Frontsoldatentum des ersten Weltkrieges erhalten habe.[42] Zur Gemeinschaft rechnet *Höhn* die Führung, die sie gleichermaßen formiert und repräsentiert. Das bisherige Staat/Untertanen-Verhältnis sei dem Grundsatz von Führung und Gefolgschaft gewichen.[43] Gesetze sind für *Höhn* damit nicht länger Ausdruck staatlichen Willens, sondern Akte der Führung.[44] Der Staat, dessen sich die Bewegung bemächtigt habe, fungiert in diesem Konzept lediglich als Behördenapparat im Dienste der Volksgemeinschaft „in der Hand des Führers".[45] Seiner juristischen Persönlichkeit entkleidet soll der Staat weder eigene Herrschaftspersönlichkeit innehaben noch die maßgebliche Rechtsquelle abgeben.[46] An die Stelle staatlicher Allmacht sei die „Allmacht des Volkstums" getreten.[47] Auch der Reichsbegriff basiert hiernach

---

Gesellschaftsmodells „Volksgemeinschaft" aus heutiger soziologischer Sicht *Janka* Die braune Gesellschaft, 1997, 129ff., sowie *Nolte* Die Ordnung der deutschen Gesellschaft, 2000, 159ff.

[40] *Höhn* Volk, Staat und Recht, in: ders./Maunz/Swoboda, Grundfragen der Rechtsauffassung, 1938, 8 u. 22.

[41] *Höhn* Vom Wesen der Gemeinschaft, 1934, 9.

[42] *Höhn* (Fn. 41), 15 u. 17.

[43] *Höhn* (Fn. 6), 11f.

[44] *Höhn* (Fn. 6), 41.

[45] *Höhn* (Fn. 40), 22.

[46] Vgl. insbes. *Höhn* Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, 1935, 227f., u. weiter *ders.* (Fn. 40), 22, sowie *ders.* (Fn. 41), 23. Weil auch *Otto von Gierke* dem Staatsgedanken und in diesem Zusammenhang dem Körperschaftsbegriff verhaftet geblieben sei, lehnt *Höhn* Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit, 1936, 150ff., eine Gierke-Rezeption im NS-Rechtsdenken ab; hierzu auch *Helfritz* Otto v. Gierke und die neueste Lehre von der juristischen Staatsperson, RVerwBl. 1935, 485ff.; *Hubers* (Fn. 29), 32, Zurückweisung des juristischen Staatsbegriffs beruhte auf seinem integrationistischen Ansatz, der entgegen sog. „liberalem Trennungsdenken" auf eine „politische Gesamtwissenschaft" ausging. Danach umschloß der „politische Begriff des Staates" zwar auch die „normative Ordnung", aber ebenso Macht, Sittlichkeit und Wirtschaft. Zur Genese der Theorie einer juristischen Staatspersönlichkeit vgl. *Pauly* Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, 77ff.

[47] *Höhn* (Fn. 41), 24. Auch für *Maunz* Staatsbegriff und Verwaltung, DR 1935, 395, sollte es im Recht nicht mehr um die Beziehung von Rechtssubjekten und im Verwaltungsrecht daher nicht mehr um die Beziehung einer Staatsperson zu „Untertanensubjekten" gehen. Im Mittelpunkt stünden vielmehr „der Rechtsbegriff der konkreten Gemeinschaft" gemäß den „Ordnungen der Gemeinschaften".

nicht auf dem Staatsgedanken, sondern auf der Volksgemeinschaft.[48] *Höhn* plädiert daher 1938 konsequent dafür, „das deutsche öffentliche Recht als ‚Volksrecht' und nicht als ‚Staatsrecht' zu betrachten."[49]

Die Heterogenität der zeitgenössischen Grundpositionen belegt schließlich das organizistische Staatsmodell des eher randständigen Rostocker Staatsrechtslehrers *Edgar Tatarin-Tarnheyden*, der in vermeintlicher Erfassung des werdenden Staatsrechts einen ständestaatlichen Verfassungsneubau favorisierte, in dessen Rahmen ein Ephorat sogar den „Führer" bei Amtsmißbrauch oder Dauererkrankung absetzen können sollte.[50] Wie *Höhn* und übrigens auch der in München lehrende *Otto Koellreutter*[51] lehnte *Tatarin-Tarnheyden* jeden Eigenwert des Staates ab. Sein genossenschaftlich aufgebauter Volksstaat sollte einer rassisch wie kulturell bestimmten Volksgemeinschaft dienen, die allerdings der autoritären Führung bedürfe.[52] Ein „Zellenbau von Selbstverwaltungskammern gesamtpolitischen und berufsständischen Gepräges" sollte von den Führerräten der unteren gemeindlichen Ebene bis hinauf zu einem „Großen Rat" reichen, um die Gemeinschaft prinzipiell gleichberechtigter Volksgenossen gegenüber den jeweiligen „Führern" zu repräsentieren.[53] Dagegen findet sich der Selbstverwaltungsgedanke etwa bei

---

[48] *Höhn* Reich – Großraum – Großmacht, 1942, 75f. u. 81. Zu den weitreichenden völkerrechtlichen Konsequenzen vgl. *Stolleis* (Fn. 3), 383, 386 u. 391 mwN., u. *Herbert* Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft, 1903–1989, 3. Aufl. 1996, 271ff.

[49] *Höhn* (Fn. 40), 26f.; schon hierdurch verläßt Höhn die Tradition staatsrechtlicher Neubegründungsversuche, die die Geschichte des Öffentlichen Rechts kennzeichnet; hierzu *Pauly* „Die ersten Staatsrechtslehrer des Reiches", in: Lieberwirth (Hrsg.), Rechtsgeschichte in Halle, 1998, 17ff.

[50] *Tatarin-Tarnheyden* Werdendes Staatsrecht, 1934, 77.

[51] *Koellreutter* Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus, 1935, 15. Die von *Koellreutter* Grundriß der Allgemeinen Staatslehre, 1933, 61ff., betonte „Staatsautorität" ergibt sich folglich auch erst aus der „seelische[n] Verbindung des Volkes mit dem Staate als Ganzheit". Zur Biographie *Schmidt* Otto Koellreutter 1883–1972, 1995, mit Bspr. *Pauly* Der Staat Bd. 35 (1996), 472ff.

[52] *Tatarin-Tarnheyden* (Fn. 50), 5 u. 28; besondere Betonung des „autoritären Führerstaates" bei *Koellreutter* Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933, 30.

[53] *Tatarin-Tarnheyden* (Fn. 50), 59ff. u. 72ff.; den „Führerräten" sollte eine nur beratende Funktion eignen (ebd, 63). In vielem vergleichbar ist die „völkisch-organische" Staatsauffassung von *Herrfahrdt* Werden und Gestalt des Dritten Reiches, 1933, 9ff., der die „Bedeutung der Frontgeneration" hervorhebt und sich in die Tradition von *Moeller van den Bruck* Das dritte Reich, 3. Aufl. 1931, stellt; zu letzterem *Stern* Kulturpessimismus als politische Gefahr, 1986, 223ff.; *Breuer* Arthur Moeller van den Bruck, in: Hübinger/Hertfelder (Hrsg.), Kritik und Mandat, 2000, 138ff., sowie *Petzinna* Erziehung zum deutschen Lebensstil. Ursprung und Entwicklung des jungkonservativen „Ring"-Kreises 1918–1933, 2000, 11ff.

Huber in sektoraler Begrenzung, wenn er ihn auch auf wirtschaftlichem Gebiet zur Gestalt eines von ihm sog. „deutschen Sozialismus" monographisch ausgearbeitet hat.[54]

Was all diese, zum Teil realitätsfremden, gleichwohl auf Formung der Wirklichkeit angelegten Lehrmeinungen jenseits ihrer Divergenzen zusammenführte, war die Anerkennung und staatsrechtliche Ausgestaltung sowohl des Führer-, Rasse- als auch völkischen Prinzips. In unterschiedlichster theoretischer Einkleidung variierten die Autoren diese Grundbegriffe und verstiegen sich, insbesondere bei Behandlung des Rasseprinzips, zu inhumanen und abstoßenden Positionen.[55] Hierdurch haben zeitgenössische Staatsrechtslehrer sich und die durch sie repräsentierte Wissenschaft unbestreitbar und nachhaltig diskreditiert. Die einzelnen Prinzipien hatten zwar schon vor dem Nationalsozialismus Aufmerksamkeit und Ausformung erfahren, nun aber standen sie geschlossen – wie nie zuvor und danach – im Zentrum der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht. Hierin liegt das Spezifikum der systemangepaßten Teile der Staatsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus, das sie von der wissenschaftlichen Tradition vor 1933 und nach 1945 deutlich abhebt.

Die beschriebene Offenheit der Staatsrechtslehre war dem NS-Herrschaftssystem in den Anfangsjahren wohl ähnlich nützlich wie die integrative Wirkung der inhaltlichen Unbestimmtheit der eigenen Ideologie. Mit zunehmender Konsolidierung der NS-Herrschaft sollte jedoch jedwede auf normative Bindung öffentlicher Gewalt angelegte Wissenschaft nicht nur verzichtbar, sondern lästig werden. Der spätere Präsident des Reichsverwaltungsgerichts *Walter Sommer* hat diesen Bedeutungsverlust 1937 lakonisch formuliert: „Müßig" sei es, „gelehrte

---

[54] *E.R. Huber* Die Gestalt des deutschen Sozialismus, 1934, 5ff.

[55] Exemplarisch *Scheuner* Der Gleichheitsgedanke in der völkischen Verfassungsordnung, ZgesStW Bd. 99 (1939), 267: „Aussonderung der artfremden Elemente, insbesondere der Juden, aus dem deutschen Volkskörper". Vgl. weiter insbesondere *C. Schmitt* Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, DJZ 1936, Sp. 1193ff., und auch etwa *Tatarin-Tarnheyden* Der Einfluß des Judentums in Staatsrecht und Staatslehre, Das Judentum in der Rechtswissenschaft 5, 1937, sowie *Höhn* Die Juden im Staatsrecht, Jugend und Recht. Zeitschrift für Neugestaltung des deutschen Rechts 1936, 33ff. Zu Schmitts Antisemitismus jetzt *Gross* Carl Schmitt und die Juden, 2000. „Rasseprinzip" und „Führerprinzip" bilden *Lepsius* (Fn. 3), 108 u. 111, zufolge den materiellen „Kernbereich" der nationalsozialistischen Weltanschauung, während „Volk und Gemeinschaft" mangels materiellen Mindestgehalts in dieser Hinsicht ausscheiden würden. Das völkische Prinzip spezifizierte jedoch die Herrschaftsideologie; die Formel „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" gehörte zu den zentralen Doktrinen, kam letztlich auch dem Führer ein Interpretationsmonopol hinsichtlich der Gemeinwohlbestimmung zu, wie *Lepsius* ebd, 124, zutreffend betont.

Abhandlungen über das Wesen des neuen Staates zu schreiben, auch hier kratzen die Federn vergebens. Wie der neue Staatsaufbau nach 10 Jahren aussehen wird, weiß heute nur einer, der Führer allein, und er wird sich in diesem Wissen von noch so gelehrten Schreibern nicht beeinflussen lassen."[56] Sichtbarster Ausdruck des Niedergangs der Staatsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus war denn auch ihr vorzeitiges Ende, das sie mit ihrem weitgehenden Verstummen ab 1939 ein halbes Jahrzehnt vor dem totalen staatlichen Zusammenbruch nahm.[57]

III. Die Auflösung der rechtsdogmatischen Figuren

Der dem Kreisauer Kreis zugehörige Berliner Staatsrechtslehrer *Hans Peters* berichtet in einem Gutachten über *Carl Schmitt* aus dem Jahre 1946, dieser habe ihm gegenüber etwa 1936 geäußert, vom Nationalsozialismus her werde „das ganze Staatsrecht ruiniert".[58] *Schmitt* zielte mit

---

[56] *Sommer* Die NSDAP als Verwaltungsträger, in: Frank (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, 175.

[57] Die „dritte und letzte Phase der Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus" habe „aus Schweigen" bestanden, äußern *Kohl/Stolleis* Im Bauch des Leviathan, NJW 1988, S. 2852. „Die Staatsrechtslehrer schrieben alsbald nicht einmal Lehrbücher über ihr ureigenstes Gebiet; nur Huber und Koellreutter taten dies", vermerkt *Voigt* Die Staatsrechtslehre und das Dritte Reich, in: ders., Schriften zur Rechts- und Verfassungsgeschichte, 1993, 285.

[58] *Peters* Gutachten vom 17. 6. 1946, 2, Bundesarchiv Koblenz, NL Hans Peters (N 1220/78); vgl. dazu auch *v. Trott zu Solz* Hans Peters und der Kreisauer Kreis, 1997, 31 mit Fn. 81. In seinen Nachkriegsaufzeichnungen (Eintrag vom 1. 7. 1948) hat *C. Schmitt* Glossarium, 1991, 174, dann eine entsprechende „Selbsttäuschung" erwogen, wenn nicht gar eingeräumt. Auf ein Interview, in dem Schmitt nach 1945 die alleinige rechtswissenschaftliche Maßgeblichkeit des positiven Rechts in der Situation des sog. „Ermächtigungsgesetzes" herausstellte, verweist *Weber-Fas* Über die Staatsgewalt, 2000, 263: „Ich möchte gerne wissen, was Hans Kelsen in meiner Lage getan hätte, der ja überzeugter Positivist ist. Ich weiß es: Er hat immer betont, seit dem Augenblick, in dem dieser Würfel gefallen sei, gebe es für einen positivistischen wissenschaftlichen Juristen überhaupt keine Frage mehr. Natürlich hätte man gehen können. Aber daß das, was damals geschah, Recht war im Sinne dessen, womit der Jurist sich wissenschaftlich zu beschäftigen hat (wie der Mathematiker mit seinen Zahlen), darüber sei gar nicht zu diskutieren; sonst gebe es überhaupt keine positive Rechtswissenschaft. ... Nun bin ich selber kein Positivist im Sinne dessen, was Kelsen unter Wissenschaftlichkeit versteht; aber andererseits gibt es auch kein anderes als positives Recht." Die Auflösung des Systems positiver Normen und weithin von Normativität überhaupt erfolgte sukzessive. Für *Wilms* Die Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus, DVBl. 2000, 1249, ist der Staatsrechtswissenschaft in der Zeit des Nationalsozialismus sogar der wissenschaftliche Gegenstand zur Gänze „abhanden gekommen".

dieser Bemerkung wohl weniger auf den äußeren Bedeutungsverlust des Faches als auf die Zersetzung der Disziplin durch ihren Gegenstand. Hatte *Schmitt*[59] es 1934 bei Übernahme der Herausgabe der Deutschen Juristen-Zeitung noch ausdrücklich als „falsch" bezeichnet, die „neuen Aufgaben" der Rechtswissenschaft „als etwas ‚Unjuristisches' hinzustellen", wolle die Jurisprudenz sich nicht zum belanglosen „Nachläufer der Rechtsentwicklung" machen, so war er mittlerweile jedenfalls im privaten Gespräch in Zweifel geraten. 1934 warnte er den Juristenstand „zu spät" zu kommen: Die Rechtsentwicklung würde ohnehin nicht gestoppt, sie ginge „nur in andere Hände als die des deutschen Juristentums über."[60] Dem veränderten Gegenstand wollte *Schmitt* mittels des konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens nun auch in methodischer Hinsicht genügen. Nicht zufällig hob *Schmitt* in seiner Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens" als Kennzeichen des neuen Staats- und Verwaltungsrechts den „Führergrundsatz" hervor, der sich eben nicht „normativistisch", sondern ausschließlich in Rückbindung an eine konkrete Ordnung und Gemeinschaft fassen ließe.[61] Daß die Rechtfertigung jedweden brutalen Machtspruchs eines rechtlich schrankenlos agierenden Diktators in dieses Konzept einbegriffen war, zeigt *Schmitts* Beitrag „Der Führer schützt das Recht", mit dem er nach dem sog. Röhm-Putsch die Ermordung der SA-Füh-

---

Begründet wird dies mit einem Rekurs auf den gerechtigkeits- und wertorientierten Rechtsbegriff von *Radbruch* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: ders., Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, 345f.; gegen Radbruchs These (ebd, 344), der Positivismus habe mit seiner Doktrin „Gesetz ist Gesetz" den „deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen oder verbrecherischen Inhalts", vgl. überzeugend *Walther* Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich" wehrlos gemacht?, in: Dreier/Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich", 1989, 323ff., mit dem Nachweis, daß der Juristenstand weder vor noch nach 1933 dem Rechtspositivismus frönte; ebenso *Franssen* Positivismus als juristische Strategie, JZ 1969, 775. Zum völkischen Naturrecht vgl. *Walther* ebd, 337f., sowie *Anderbrügge* (Fn. 5), 179ff.; abgesehen von der historischen Richtigkeitsfrage ist zudem auf den rechtsstaatssichernden Wert positivistischer Formbindung und Rechtstechnik zu verweisen. Zu Radbruchs Gerechtigkeitskonzeption vgl. jetzt auch *Buchholz-Schuster* Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln, 1998, 40ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Roellecke* Rechtsstaat – Nichtrechtsstaat – Unrechtsstaat, Rechtstheorie Bd. 28 (1997), 299ff., der Kriterien formuliert, nach denen etwa das absolutistische Preußen ein Nichtrechtsstaat, das NS-Regime hingegen ein Unrechtsstaat zu nennen ist.

[59] *C. Schmitt* Der Weg des deutschen Juristen, DJZ 1934, Sp. 697.

[60] *C. Schmitt* (Fn. 59), Sp. 698.

[61] *C. Schmitt* (Fn. 13), 52.

rung als Akt „echter Gerichtsbarkeit" legitimierte.[62] Theoretisch noch weiter überhöht zeigte sich das Führeramt im Verständnis des Münchener Staatsrechtslehrers *Johannes Heckel*. Die Einordnung des „Führers" als Staatsorgan, auch in Form des Diktators, wurde verworfen. Gegen Schmitts Klassifizierung als „konkrete Ordnungsfigur" wandte *Heckel* ein, der von Gott erwählte „Volksführer" sei doch der Schöpfer der „Volksordnung" und kein von ihr erzeugtes und getragenes Organ.[63] *Heckel* zufolge sollte sich das „providentielle" und kompetentiell schrankenlose Führeramt jedweder „juristischen Technisierung" entziehen.[64] Spätestens an diesem Punkt hatte sich eine Staatsrechtswissenschaft, die Kompetenzen begründet und begrenzt, erledigt. Mit überlieferter Staatsrechtsdogmatik, Weimarer oder spätkonstitutionalistischer Prägung, hatte dies nichts mehr gemein.

Angesichts des tiefen Umbruchs in Staatsrecht und Staatsdenken lehnte die Mehrzahl der publizierenden Staatsrechtslehrer auch entschieden Versuche ab, die Weimarer Reichsverfassung „als Brücke zum neuen Recht" aufzufassen.[65] Zwar könne man, schrieb *Hans Julius Wolff* nach dem „Ermächtigungsgesetz", „eine fehlerfreie Chronik des deutschen Staatsrechts seit der Jahreswende 1932/33 schreiben, ohne ahnen zu lassen, daß es die Epoche einer Revolution ist, die dargestellt wird."[66] Von einer echten Revolution als „Durchbruch eines neuen politischen Prinzips"[67] und Bereitung eines neuen Rechtsbodens gingen in der

---

[62] *C. Schmitt* Der Führer schützt das Recht, DJZ 1934, Sp. 945ff.

[63] *J. Heckel* Die Führerrede und das sog. Ermächtigungsgesetz vom 30. Januar 1937, DVerwBl. 1937, 58f.

[64] *J. Heckel* (Fn. 63), 60.

[65] So insbes. *J. Heckel* (Fn. 63), 51f., der den entsprechenden Ansatz von *Hachenburg/Bing* Juristische Rundschau, DJZ 1933, Sp. 481f. (WRV als „Brücke zum Uebergang in ein neues Recht"), als dreiste „juristische Geschichtsfälschung ... von jüdischer Seite" hinstellte.

[66] *Wolff* Die neue Regierungsform des Deutschen Reiches, 1933, 5. Wolff war *Lepsius* (Fn. 5), 76, zufolge „kein Nationalsozialist"; vgl. auch *Battis* Ein deutscher Staatsrechtslehrer in der NS-Zeit, NJW 1989, 884f.

[67] *Scheuner* Die nationale Revolution, AöR N.F. Bd. 24 (1934), 169; ähnlich *ders.* Die staatsrechtliche Bedeutung des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, XXVII Jg. (1933), Sp. 899; ebenso *Koellreutter* Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933, 10; *Herrfahrdt* (Fn. 53), 7 u. passim, sowie *Walz* Das Ende der Zwischenverfassung, 1933, 20; vgl. weiter *Poetzsch-Heffter/Ule/Dernedde* Vom Deutschen Staatsleben (vom 30. Januar bis 31. Dezember 1933), JöR Bd. 22 (1935), 5ff., u. *Walz* Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat? DJZ 1933, Sp. 1336, der die „W. ZwVerf" als „tot" bezeichnet, aber einzelne ihrer Bestimmungen als eine zweite „Verfassungsschicht" fortgelten sieht; so entstehe das Phänomen einer „Verfassungsüberlagerung".

Sache aber neben *Wolff* u. a. *Ulrich Scheuner, Heinrich Herrfahrdt, Gustav Adolf Walz, Koellreutter, Huber, Schmitt* und auch der dem Nationalsozialismus durchaus fernstehende *Heinrich Triepel* aus, der das Oxymoron „legale Revolution" prägte.[68] Die nach herrschender Weimarer Auffassung inhaltlich unbegrenzte Verfassungsänderungskompetenz gemäß Art. 76 WRV diente jetzt lediglich noch dazu, einen nützlichen äußeren Legalitätsgewinn zu erzielen.[69] *Schmitt*, der in Weimar noch eine materielle Begrenzung der verfassungsändernden Gewalt vertreten hatte, erklärte, es sei „nicht ohne Wert, daß ein System sich in aller Form gemäß seiner eigenen Legalität selber aufgibt",[70] und *Heckel* sah darin die Kapitulation eines überwundenen politischen Gegners in der

---

[68] *Triepel* Die nationale Revolution und die deutsche Verfassung, Deutsche Allgemeine Zeitung vom 2. April 1933 (72 Jg., Nr. 157); hierzu *Gassner* Heinrich Triepel. Leben und Werk, 1999, 398ff.; zu Triepels kritischer Haltung vgl. *Becker* „Schritte auf einer abschüssigen Bahn", 1999, 60ff. u. passim. Triepels „Bereitschaft zu Verständnis und Verständigung war dem Dritten Reich gegenüber nach kurzer Zeit erschöpft", schreibt *Smend* Heinrich Triepel, in ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, 607; Gesamtwürdigung bei *Hollerbach* Zu Leben und Werk Heinrich Triepels, AöR Bd. 91 (1966), 417–441. Gemessen an den Vorschriften der WRV war das sog. „Ermächtigungsgesetz" laut BVerfGE 6, 309/331, „ungültig". Die Illegalität dieses Gesetzes sieht *Schneider* Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, 2. Aufl. 1961, 45, jedenfalls durch das Ausbleiben der vorgeschriebenen Mehrheit im Reichsrat begründet; ebenso *Grawert* Die nationalsozialistische Herrschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, 146. Einen „klaren Bruch mit der Verfassungssubstanz" und verfassungsrechtliche Mängel beim Zustandekommen des Gesetzes diagnostiziert *Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2000, 781. Gegen die insbesondere von Hitler selbst instrumentalisierte Legalitätsbehauptung auch *Bracher* Stufen der Machtergreifung, Ausgabe 1979, 235.

[69] Laut *E.R. Huber* (Fn. 28), 49, bedeutet Legalität hier eine „äußere Überbrückung der Kluft, die in Wahrheit zwei wesensverschiedene Ordnungen trennt. Rücksichten auf das technische Funktionieren des Justiz- und Verwaltungsapparates sind die eigentlichen Gründe für die Methode der Legalität." Nur einzelne Bestimmungen der abgedankten Verfassung sollten auf Grund und im Rahmen der neuen Herrschaftsordnung Anwendung finden. Zur Debatte um „Konstruktionsfehler" der Weimarer Reichsverfassung vgl. *Böckenförde* Weimar – Vom Scheitern einer zu früh gekommenen Demokratie, DÖV 1981, 946ff.; *Pauly* Die neue Sachlichkeit der Staatsrechtslehre in der Demokratie, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, Nachdruck 1998, 13ff., sowie *Roellecke* Konstruktionsfehler der Weimarer Reichsverfassung, Der Staat Bd. 35 (1996), 599ff. mwN.

[70] *C. Schmitt* (Fn. 10), 8; zum Meinungswechsel bei Schmitt vgl. einerseits *ders.* Verfassungslehre, 1928, 16ff. u. 102ff., sowie andererseits *ders.* Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, DJZ 1933, Sp. 455. Hierzu *Pauly* Die Stellung der Weimarer Reichsverfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte, in: Eichenhofer (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?, 1999, 19ff. mwN.

Sprache, „die für ihn amtlich ist".[71] Die Geltung der revolutionär begründeten Ordnung sollte hiernach gleichwohl auf vollkommen neuer Grundlage stehen und keiner legitimatorischen Schützenhilfe seitens der abwertend sog. „Zwischenverfassung" bedürfen, deren Scheitern an Parlament und Parteien den Beteiligten noch deutlich vor Augen stand.

Mit dem Ende des Weimarer Systems waren zugleich Aufgabe und Auflösung der überlieferten rechtsdogmatischen Begriffe und Figuren verbunden. Parallel zur Apotheose des „Führers" verlief zunächst der Verfall des Gesetzesbegriffs. Entkleidet seiner Allgemeinheit sowie seiner rechtsstaatlich-gewaltenteiligen und demokratisch-parlamentarischen Funktion bedeutete „Gesetz" nun in den Worten *Hubers* einen „Entscheid des Führers, der den Willen in einem förmlichen Befehl zum verbindlichen Rechtssatz erhebt."[72] Die „Artgleichheit" von „Führer" und Volk sollte dabei ein Abgleiten in Kommandieren und Diktieren, in Despotie und Tyrannei verhindern.[73] Jeder Akt gesetzgebender Gewalt mußte sich auf den „Führer" als ihren „Träger" zurückführen lassen,[74] der im Wege der Delegation zur Absicherung seiner exklusiven Stellung ein System der „geplanten Strukturlosigkeit" errichtete.[75] Diskutiert wurde allerdings ein „Vorbehalt des Führerentscheids", demzufolge die „Entfaltung der völkischen Lebensordnung durch Rechtsgebote obersten Ranges ... nur durch Entscheid des Führers" oder aufgrund einer „besonderen Ermächtigung" des Führers durch einen „Unterführer" zulässig sein sollte.[76] Die zunächst verblichene Frage nach einem „Vorbehalt des Gesetzes" griff *Huber* erst 1944 auf, und er forderte nunmehr, daß der „Aufbau und die Funktionen des Staates wie die Rechts- und Pflichtenstellung des Einzelnen durch Rechtssätze und in der Form des Gesetzes geordnet sind."[77] Zu den Gesetzen rechnete er dabei aller-

---

[71] *J. Heckel* (Fn. 63), 54f.

[72] *E.R. Huber* (Fn. 28), 242.

[73] *C. Schmitt* (Fn. 10), 41f.; Gesetzgebung sei nicht nur ein herrschaftlicher Akt, sondern auch ein Mittel der Führung, äußert *Ule* Herrschaft und Führung im nationalsozialistischen Reich, VerwArch. Bd. 45 (1940), 39ff. mwN.

[74] *E.R. Huber* (Fn. 28), 237.

[75] Hierzu *Kirschenmann* ‚Gesetz' im Staatsrecht und in der Staatsrechtslehre des NS, 1970, 133ff.; daß Huber in einem späteren Beitrag laut *Kirschenmann* ebd, 117f., „unvermittelt" mehrere Gesetzgeber anerkannt habe, leuchtet nicht recht ein: Auch insoweit beruft sich *Huber* Reichsgewalt und Reichsführung im Kriege, ZgesStW Bd. 101 (1941), 571, auf „Delegation".

[76] *E.R. Huber* (Fn. 28), 254 mwN.

[77] *E.R. Huber* Schrifttum. Weber, Werner: Die Verkündung von Rechtsvorschriften, ZgesStW Bd. 104 (1944), 338. Zuvor hatte *Huber* (Fn. 28), 253f., einen Vorbehalt des Gesetzes noch abgelehnt.

dings im Einklang mit der herrschenden Auffassung und Staatspraxis neben Reichstags- und volksbeschlossenen Gesetzen auch Regierungsgesetze, Führererlasse sowie gesetzeskräftige Ministerratsverordnungen. Die dem Konstitutionalismus vertraute Unterscheidung von Gesetzen im formellen und materiellen Sinne war schon frühzeitig aufgegeben worden,[78] wenn auch die alte Terminologie insbesondere mit der Abschichtung von abhängigen und selbständigen Führerverordnungen imitiert wurde.[79] Was das Gesetz in diesem weiten Sinne von Maßnahmen anderer Art abheben sollte, war neben der Selbstetikettierung ein im einzelnen vergleichsweise unbestimmtes „Minimum an Form", in der Regel Publizität durch Verkündung.[80] Bezeichnend ist der Appell *Werner Webers*, die „Ordnung des Verkündungswesens, auch dort, wo sie verschüttet ist, wieder zur vollen Anerkennung zu bringen".[81]

In der zeitgenössischen wissenschaftlichen Diskussion blieben gerade auch solche Begriffe der alten Staatsrechtsdogmatik präsent, die eng mit der liberal-rechtsstaatlichen Tradition verbunden waren. Umkämpft waren insbesondere der Rechtsstaatsbegriff selbst, die Gesetzesbindung der Verwaltung und das subjektive öffentliche Recht – Begriffe, die einzelne beibehalten und umformen, andere aber aufgeben und ggf. erset-

---

[78] Vgl. nur *Höhn* Das Gesetz als Akt der Führung, DR 1934, 435, sowie *E.R. Huber* (Fn. 28), 247, demzufolge der „politische Sinn der Unterscheidung von Sachbegriff und Formbegriff des Gesetzes weggefallen" ist. Das Parlament diente ohnehin nur noch als „Resonanzboden für Maßnahmen der Führung" und sollte in dieser Form als das „modernste" der Welt gelten; vgl. *Köttgen* Vom Deutschen Staatsleben (vom 1. Januar 1934 bis zum 30. September 1937), JöR Bd. 24 (1937), 78.

[79] *E.R. Huber* (Fn. 28), 252.

[80] Hierzu im einzelnen *Kirschenmann* (Fn. 75), 28, 97 u. 129ff.

[81] *Weber* Die Verkündung von Rechtsvorschriften, 1942, 50. Im Falle einer „existentiellen Gefährdung von Volk und Staat" sollten *E.R. Huber* (Fn. 77), 338, zufolge allerdings form-, verfahrens- und verkündungsbefreite Maßnahmen an Stelle eines Gesetzes ergehen dürfen. Erheblich weiter *Maunz* Gestalt und Recht der Polizei, 1943, 27, wonach die Polizei auch jenen Willen des „Führers" zu erfüllen habe, der in anderer Weise als in Gesetzesform kundgetan sei und sei es auch nur „in sehr allgemeinen Umrissen". Dagegen hatte *Huber* (Fn. 28), 242, etwa „Führerreden" lediglich den Rang eines verbindlichen Auslegungsmaßstabes zugemessen. Unterstützung hat Werner Weber insbesondere durch *Koellreutter* Recht und Richter in England und Deutschland, Verwaltungsarchiv Bd. 47 (1942), 228ff., erhalten, der sich entsprechend seines Konzeptes eines „nationalen Rechtsstaates" für ein Mindestmaß juristischer Formwahrung einsetzte, um eine „kalte Bolschewisierung" zu verhindern. Neben der Gesetzesverkündung betraf Koellreutters Plädoyer gegen die Lehren von Walter Sommer und Werner Best die Aufrechterhaltung der Scheidung von Rechtsprechung und Verwaltung sowie der Rechtsbindung – jedenfalls in „normalen" Zeiten.

zen wollten. So wollte *Koellreutter* wegen der „völkischen Sinneinheit von Staat und Recht“[82] sein 1932 entstandenes Konzept des nationalen Rechtsstaates im Nationalsozialismus fortschreiben.[83] Die seit 1933 eingerichteten Konzentrationslager hielt *Koellreutter* für keine „betont rechtsstaatliche Einrichtung“, aber zur Absicherung der „neuen Staats- und Rechtsgrundlagen“ zeitweilig unentbehrlich.[84] Weil der Rechtsstaat keinen „Ewigkeitswert“ darstelle, sondern untrennbar mit seiner liberalen Genese verbunden sei, bezichtigte *Forsthoff Koellreutter* liberaler Reminiszensen.[85] In diesem „Streit bloß um Worte“, wie *Helfritz* urteilte,[86] sperrte sich auch Schmitt gegen die Begriffsübernahme; allenfalls könne das Wort in der Formel „der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers“, die der Reichsminister Frank vorgegeben hatte, fortgeführt und schließlich überwunden werden.[87] Gleichwohl pochten *Schmitt* und zur Erhaltung der Effektivität der Verwaltungsmaschinerie auch *Forsthoff* auf die Wahrung der Gesetzesbindung der Verwaltung,[88] während etwa der ihnen in der etatistischen Grundposition verbundene *Huber* für eine Ersetzung der Gesetzes- durch eine spezifisch nationalsozialistische Rechtsbindung plädierte.[89] Im Rahmen dieser Rechtsbindung sollte *Theodor Maunz* zufolge vor allem die „Lebensordnung der Volks-

---

[82] *Koellreutter* Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat, DJZ 1934, Sp. 626.

[83] *Koellreutter* Der nationale Rechtsstaat, DJZ 1933, Sp. 517ff., und zuvor *ders.* Der nationale Rechtsstaat. Zum Wandel der deutschen Staatsidee, 1932. Zustimmend *Tatarin-Tarnheyden* Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat, AöR Bd. 24 N.F. (1934), 348.

[84] *Koellreutter* Der Deutsche Führerstaat, 1934, 21.

[85] *Forsthoff* Schrifttum. Otto Koellreutter: Der deutsche Führerstaat, JW 1934, 538.

[86] *Helfritz* (Fn. 8), 433: „Strittig war nicht die Sache, sondern ihr Name.“

[87] *C. Schmitt* Der Rechtsstaat, in: Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, 10, wieder abgedruckt in *C. Schmitt* Staat, Großraum, Nomos, hrsg. v. Maschke, 1995, 108ff.; ähnlich zuvor *ders.* Nationalsozialismus und Rechtsstaat, JW 1934, 717, wonach man nur noch vom „nationalsozialistischen deutschen Rechtsstaat“ sprechen dürfe. Einen Abschluß bildet dann *ders.* Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat“?, ZgesStW Bd. 95 (1935), 189ff., wiederabgedruckt in *C. Schmitt* Staat, Großraum, Nomos, a.a.O., 121ff.

[88] *C. Schmitt* Nationalsozialismus und Rechtsstaat (Fn. 87), 716f., E. *Forsthoff* (Fn. 27), 399, u. ebenso *Koellreutter* (Fn. 82), Sp. 629. Das „Anlehnungsbedürfnis der Verwaltungspraxis gegenüber der positiven Weisung“ betrachtete *Köttgen* Deutsche Verwaltung, 3. Aufl. 1944, 15, ähnlich wie Forsthoff zunächst als ein „rein technisches Phänomen“, um die Verwaltungsmaschinerie im Massenbetrieb am Laufen zu halten.

[89] *E.R. Huber* Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, in: Dahm u.a., Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 177; ähnlich *Maunz* Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1934, 47; zum Streitstand *Jerusalem* Gesetzmäßigkeit der Verwaltung oder Rechtmäßigkeit der Verwaltung? FS Hedemann, 1938, 108f., Fn. 8.

gemeinschaft" als Rechtsquelle zum Tragen kommen.[90] Letztlich drehte sich aber auch dieser Streit eher um Worte, weil die Anhänger der Gesetzesbindung eine Auslegung gerade der älteren Gesetze im „nationalsozialistischen Sinne" verlangten[91] und die Befürworter der Rechtsbindungslehre die unbedingte Befolgung von „Führergesetzen" forderten.[92] So sorgte auf einmal statt des Rechtsstaats- das Führerprinzip für die Aufrechterhaltung der Gesetzesbindung der Verwaltung. In die Defensive geriet schließlich auch die Rechtsfigur des subjektiven öffentlichen Rechts. Wer sie aufrechterhalten wollte, wie zunächst *Koellreutter*, deformierte sie, indem er sie bedingungslos und unkonturiert den Belangen des neuen Systems unterordnete.[93] Weil an die Stelle des „isolierten, abstrakten Individuums", das sich dem „Volksganzen" entgegenstellt, die in die Gemeinschaft eingeordnete „Persönlichkeit" getreten sei,[94] fordern u.a. *Huber*, *Höhn*, *Maunz* und *Scheuner* die Verabschiedung der subjektiven öffentlichen Rechte einschließlich der Grundrechte zugunsten einer „volksgenössischen Rechtsstellung".[95] Diese vor allem pflichtgebundene Rechtsstellung sollte den „Wirkungsraum" bemessen, den der einzelne „Volksgenosse" nach seinen „Anlagen und Kräften, nach seiner Einsatzbereitschaft und nach seinen Lei-

---

[90] *Maunz* Die Rechtmäßigkeit der Verwaltung, in: Frank (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, 65. Damit erfaßte der Rechtsbegriff inhaltlich noch mehr als der aufgelöste Gesetzesbegriff. Zu Maunz vgl. *Stolleis* Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, 1998, 323 ff., sowie *Roellecke* Theodor Maunz und die Verantwortung des Öffentlichrechtlers, ebd, 333 ff.

[91] *C. Schmitt* (Fn. 88), 717.

[92] *E.R. Huber* (Fn. 89), 177 f., u. *Maunz* (Fn. 32), 40, sowie *ders.* (Fn. 90), 62 f.; der markige Satz von *Sommer* Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Deutsche Verwaltungsblätter Bd. 85 (1937), 427, „Eine gesunde Verwaltung hat mit Paragraphen überhaupt nichts zu tun", blieb insofern ohne Gefolgschaft.

[93] *Koellreutter* (Fn. 51), 83; Ablehnung dieser Rechtsfigur dann bei *dems.* Deutsches Verwaltungsrecht, 1938, 19. Zaghafte Versuche einer ausnahmsweisen Anerkennung bei *Köttgen* (Fn. 88), 115 u. 191 ff.

[94] *Scheuner* Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft, in: Frank (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, 83 u. 90.

[95] So in der Sache noch vor Hubers Begriffsprägung: *Höhn* Das subjektive öffentliche Recht und der neue Staat, DRW 1. Jg. (1936), 49 ff., mit entsprechendem Angriff auf *Koellreutter* (ebd, 65); *Maunz* Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts, ZgesStW Bd. 96 (1936), 71 ff.; in diese Richtung hatte sich zuvor schon der Dresdner Oberverwaltungsgerichtsrat Heinrich Krüger geäußert, der die „Volksgemeinschaft" an die Stelle der subjektiven öffentlichen Rechte treten lassen wollte; vgl. *Krüger* Volksgemeinschaft statt subjektiver Rechte, DV Bd. 12 (1935), 37 ff., insbes. 41. Zum Ende des subjektiv-öffentlichen Rechts vgl. weiter *Stolleis* Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974, 241 ff.

stungen verdient."[96] Bezugspunkt war dabei die je konkrete Ordnung, in welcher das „artgleiche"[97] Glied auf Grund seiner Abstammung, Heimat, Erziehung, Beruf und politischem Dienst „darinnensteht".[98] Aufgrund der „Einheit des Gemeinschaftsrechts" wurden die ordnungsimmanenten Restriktionen auch auf privatrechtliche Positionen erstreckt.[99] Die Verwirkung der „volksgenössischen Rechtsstellung" sollte dabei keinen Eingriff von außen, sondern eine wesensnotwendige Folge der apriori bestehenden Gemeinschaftsbindung darstellen.[100] Soweit aus der Gliedstellung Rechte resultierten, dienten diese und der entsprechende Rechtsschutz in erster Linie dem Schutz der „völkischen Ordnung" als Ganzem und nicht dem Individualinteresse.[101] Vorgeschlagen wurde sogar eine gänzliche Einstellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit,[102] daneben aber auch eine „Arbeitsteilung" zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, wonach die Gerichte nicht länger „aufheben" und „verurteilen", sondern nur noch Feststellungen treffen sollten.[103] Überdies forderte man von der anfangs zum Teil noch

---

[96] *E.R. Huber* Die Rechtsstellung des Volksgenossen, ZgesStW Bd. 96 (1936), 445. Auf eine Objektivierung der Grundrechtsposition in Richtung „öffentlicher Ordnung" hatte Huber schon in einem Archivaufsatz Ende der Weimarer Republik hingearbeitet, den er nun als Vorstoß ohne durchschlagenden Erfolg verbuchte (ebd, 440); vgl. *E.R. Huber* Bedeutungswandel der Grundrechte, AöR Bd. 23 N.F. (1933), 1. Zur „volksgemeinschaftlichen Pflichtenordnung" vgl. weiter *Weber* Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen, 1943, 5ff.

[97] Ausrichtung des Gleichheitsgedankens auf „blutmäßige Artgleichheit" mit der Konsequenz der „Absonderung der artfremden Elemente, insbesondere der Juden," u.a. bei *Scheuner* (Fn. 55), 267; vgl. weiter *Walz* Artgleichheit gegen Gleichartigkeit, 1938, 9ff.; zum nationalsozialistischen Begriff der „völkischen Ungleichheit" und zum Prinzip des Sonderrechts *Majer* Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems, 1987, 156ff. mwN.

[98] *Scheuner* (Fn. 94), 84 u. 89. In gewiß verändertem Sinne findet sich der Grundrechtsabschnitt bei *Maunz* Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl. 1951, 70ff., unter den Titel „Grundrechte und Ordnungen in der Bundesrepublik" gefaßt.

[99] *E.R. Huber* (Fn. 89), 150f.

[100] *E.R. Huber* (Fn. 96), 447.

[101] *E.R. Huber* (Fn. 96), 450; *ders.* Justiz und Verwaltung, DR 1935, 401; *Scheuner* (Fn. 94), 96.

[102] *Höhn* (Fn. 95), 61f. Entsprechend dient laut *Jerusalem* Das Verwaltungsrecht und der neue Staat, FS Hübner, 1935, 148, auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht der Verteidigung subjektiver Rechte, sondern der staatlichen „Ordnung".

[103] *Maunz* Die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DR 1935, 480f.; zur Einordnung vgl. *Stolleis* Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, in: ders. (Fn. 7), 190ff.; Gesamtdarstellung der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im „Dritten Reich" bei *Kohl* Das Reichsverwaltungsgericht, 1991, 399ff.; zur Rechts-

renitenten Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Zurücknahme der Nachprüfung politischer Akte in einem weiteren Umfange, als es für den Bereich der Gestapo seit 1936 für Preußen gesetzlich angeordnet war.[104]

Nach 1945 ist immer wieder die Frage gestellt worden, ob neben diesen Verfallsprozessen nicht wenigstens durch die Konzentration der Wissenschaft auf die Verwaltungszwecke, die Betonung von Verwaltungslehre und Planung sowie schließlich durch die Entwicklung der „Daseinsvorsorge" Fortschritte erzielt worden sind.[105] In der Tat erfaßten Teile der Verwaltungsrechtswissenschaft „Langzeitentwicklungen" des 20. Jahrhunderts, insbesondere im Verhältnis von Interventionsstaat und Industriegesellschaft, die, wie man gesagt hat, „durch den Nationalsozialismus hindurch" gingen.[106] Sehschärfe und Innovationsvermögen verdankten sich dabei nicht zuletzt einer Öffnung für die Verwaltungswirklichkeit, zu der die rein juristische Methode nicht befähigte, und einem Bruch mit der überkommenen Rechtsformenlehre, die auf die Entstehung neuer Tätigkeitsbereiche der Verwaltung wenn überhaupt, dann nur mittels ihrer begrenzten Formsprache zu reagieren vermochte.[107] Wenn die Betonung der Verwaltungslehre unter Berufung auf *Lorenz von Stein* auch weitgehend programmatisch blieb,[108] die Be-

---

schutzfunktion der Gerichte insgesamt *Echterhölter* Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat, 1970, 85ff.

[104] *Scheuner* Die Gerichte und die Prüfung politischer Staatshandlungen, RVerwBl. 1936, 441; vgl. weiter *H.P. Ipsen* Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte, 1937, mit zustimmender Besprechung durch *Scheuner* Literatur, AöR Bd. 30 N.F. (1939), 363ff., sowie *E.R. Huber* „Politik und Justiz", ZgesStW Bd. 98 (1938), 193ff., demzufolge „diejenigen Hoheitsakte der direkten oder indirekten richterlichen Nachprüfung entzogen werden müssen, die die Lebensordnung des deutschen Volkes, einschließlich der Partei- und Staatsverfassung, gegen existentielle Gefährdung (insbesondere Verrat und Zersetzung, offenen und verdeckten Angriff, aber auch gegen wirtschaftliche Not) verteidigen" (ebd, 200). Vgl. hierzu auch *Stolleis* Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, in: ders. (Fn. 7), 201.

[105] Vgl. *Meyer-Hesemann* Modernisierungstendenzen in der nationalsozialistischen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, ARSP Beiheft 18, 1983, 140, insbes. 145ff., sowie *Stolleis* (Fn. 3), 366ff. Zur historischen Debatte allgemein vgl. Prinz/Zitelmann (Hrsg.), Nationalsozialismus und Modernisierung, 2. Aufl. 1994, sowie *Mommsen* Nationalsozialismus als vorgetäuschte Modernisierung, in: ders., Der Nationalsozialismus und die deutsche Gesellschaft, 1991, 405ff.

[106] *Stolleis* (Fn. 3), 351.

[107] *Meyer-Hesemann* Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, 81; *ders.* (Fn. 105), 145; *Stolleis* (Fn. 3), 366f.

[108] So fehlte es laut *Wacke* Zur Arbeit an der Verwaltungswissenschaft, ZAkDR 1942, 83, „noch immer an der Entwicklung einer eigentlichen Verwaltungswissenschaft", und *Köttgen* Aufgaben und Methoden der verwaltungsrechtlichen Forschung, Jahrbuch für

deutung der Planung in engem Zusammenhang mit dem Führerprinzip stand,[109] das Interesse an Raumordnung geopolitische Motive hatte[110] und schließlich die Zweckorientierung der Verwaltungsrechtslehre auch Ausdruck einer politischen Instrumentalisierung war,[111] so sind einzelne Entwicklungsschritte doch von überdauerndem Charakter gewesen. Zu nennen ist hier zunächst *Arnold Köttgen*, der in seinem Lehrbuch „Deutsche Verwaltung" die Verwaltungsaufgaben nach dem zukunftsweisenden Schema „Polizei" als Synonym für „Eingriff", „Lenkung", „Fürsorge" und Finanzbedarfsdeckung systematisierte.[112] Besondere Hervorhebung verdient in diesem Zusammenhang *Ernst Forsthoff* mit seinem Konzept der „Daseinsvorsorge", das ihmzufolge die primäre Verwaltungsfunktion bezeichnete.[113]

Was *Forsthoff* mit einem Wort *Karl Jaspers* zunächst Daseinsfürsorge nannte,[114] galt einer „sozialen Bedürftigkeit", in die der moderne

---

Kommunalwissenschaften Bd. 6 (1938), 223, zufolge konnte man kaum behaupten, „daß bereits heute eine methodisch hinreichend gesicherte Verwaltungslehre vorhanden wäre". Zumindest einen Zuwachs an „Aufsätzen" konzediert *Peters* Der Stand der deutschen Verwaltungswissenschaft, Beamten-Jahrbuch 1939, 146. Vgl. auch *Wacke* Lorenz von Stein als Begründer des Verwaltungsrechts, ZgesStW Bd. 102 (1942), 259ff. und hierzu insgesamt *Stolleis* Die „Wiederbelebung der Verwaltungslehre" im Nationalsozialismus, in: ders. (Fn. 7), 171ff.

[109] Vgl. nur *Forsthoff* Führung und Planung, DR 1937, 48f.

[110] Vgl. *Stolleis* (Fn. 3), 369, der neben der Ressourcennutzung in Bau- und Siedlungspolitik den Zusammenhang mit Schmitts Konzept einer Großraumordnung betont.

[111] Insbesondere bei *Höhn* Das Führerprinzip in der Verwaltung, DR 1936, 305f., der den Verwaltungsapparat ganz in den Dienst der „Führung" stellt.

[112] *Köttgen* (Fn. 88), 1. Aufl. 1936, 140ff., sowie 3. Aufl. 1944, 147ff., wo nun allerdings Forsthoffs „Daseinsvorsorge" den Platz der „Fürsorgeverwaltung" eingenommen hat; aufgegriffen bei *Badura* Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, 20f.

[113] *Forsthoff* Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, 46. Hierzu *Storost* Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells, in: Heyen (Hrsg.), Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime, 1984, 169ff.

[114] *Forsthoff* (Fn. 27), 400; die Vokabel findet sich zuvor bei *Jaspers* Die geistige Situation der Zeit, 2. Aufl. 1931, 31 u. 100, der die „Situation der neuen Gebundenheit jedes Einzelnen an die Orte der soziologischen Maschinerie" beschreibt und dabei von einer „Massenversorgung in rationaler Produktion auf Grund technischer Erfindungen" handelt. Auf tiefere geistesgeschichtliche Wurzeln der „Vorsorge für das Dasein", die über Lorenz von Stein zu Hegel reichen, der u.a. die „polizeiliche Vorsorge" in § 249 seiner Rechtsphilosophie behandelt, vgl. *E.R. Huber* Vorsorge für das Dasein, FS Forsthoff, 1972, 139ff.; demgegenüber kritisch *Scheidemann* Der Begriff Daseinsvorsorge, 1991, 20ff. u. 91ff.

Mensch auf Grund einer permanenten Verengung des vom einzelnen selbst beherrschten Lebensraums geraten sei.[115] Niemand verfüge autark über elementare Lebensgüter wie beispielsweise Wasser, Gas, Elektrizität, „Telephonie" und „hygienische Sicherung" – alles Güter, die nur durch solidarische Veranstaltungen vorgehalten werden könnten.[116] Daß es *Forsthoff* hierbei gerade nicht um Hilfe in individueller Not ging, sollte der 1938 in der Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger" eingeführte Terminus „Daseinsvorsorge" verdeutlichen.[117] Jeder Mensch habe sich im modernen Staat durch die Teilhabe an den vorsorgenden Einrichtungen und Leistungen der Verwaltung zu behaupten, womit der „Teilhabe" im Vergleich zur Garantie individueller Freiheit ein höherer Stellenwert zukomme. *Forsthoff* wollte die Teilhabe deswegen zu einem Recht verfestigt sehen, für das sogar „ein geordneter Rechtsschutz zwingend vorzuschreiben" sei.[118] Mit gewachsenen Ordnungen „volklichen Lebens", die ohne staatliche „Zutat" in sich ruhen, hatte diese institutionelle Reaktion auf die „soziale Empfindlichkeit des modernen Massendaseins"[119] nichts zu schaffen.[120] Ebenso wie durch die wirkungsmächtige moderne Technik und das schicksalbestimmende Arbeits- und Wirtschaftsleben sah *Forsthoff* den Verwaltungsstaat hier zur Sozialgestaltung gefordert. Ein „Rückzug des Staates aus der Daseinsvorsorge" könnte von daher „unter keinen Umständen je ein vollständiger sein"; die „erststellige" Verantwortung des Staates für eine „sozialgerechte Gestaltung der Leistungsbeziehungen" ließe sich allenfalls in eine „subsidiäre" mittels einer „Oberaufsicht" verwandeln.[121] Vielsagend urteilte *Huber* 1941, in der Schrift von *Forsthoff* sei „eine der

---

[115] *Forsthoff* (Fn. 113), 4ff.

[116] *Forsthoff* (Fn. 113), 6f.; das Verständnis der Daseinsvorsorge als „eine Art von Ersatz für jene überholten Sicherungen ..., welche die Grundrechte in sich beschlossen" (ebd, 46), weist *Friedrich* Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, 408, zu Recht „als der Zeit der Diktatur und der damaligen Liquidierung des Rechtsstaates verhaftet" zurück.

[117] Absetzung von der „Fürsorge" bei *Forsthoff* (Fn. 113), 5 Anm. 6, 41 u. 47; *Koellreutter* Die Verwaltung als Leistungsträger, Reichsverwaltungsblatt 1941, 650, lobte die Schrift als „Verwaltungslehre im besten Sinne". Schilderung des zugrundeliegenden „soziologischen" Befundes auch bei *Köttgen* Deutsche Verwaltung, 1936, 159, der hieran die Notwendigkeit einer „Fürsorge" knüpft.

[118] *Forsthoff* (Fn. 113), 19, 38, 45 u. 50; wohl zu Unrecht leugnet *Meyer-Hesemann* (Fn. 105), 150f., die bei Forsthoff angedachte Rechtsschutzbewährung. Betonung der „Teilhabe" auch bei *E.R. Huber* (Fn. 96), 446, bezogen auf sein Konzept der volksgenössischen Rechtsstellung.

[119] *Forsthoff* (Fn. 27), 398.

[120] *Forsthoff* (Fn. 113), 48.

[121] *Forsthoff* (Fn. 113), 49.

wenigen Leistungen von dauerndem Wert zu sehen, deren sich die Verwaltungsrechtslehre unserer Zeit rühmen"[122] könne. Völlig zu Recht hat *Michael Stolleis* den Erfolg, den das Konzept der „Daseinsvorsorge" trotz seiner Entstehung im nationalsozialistischen Kontext in der bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre hatte, auch auf die „einleuchtende Begriffsprägung" durch einen „glücklichen Griff" zurückgeführt.[123]

IV. Schlußbetrachtung

So wie *Ernst Friesenhahn* gelegentlich der Aussprache der Staatsrechtslehrertagung 1954 in Tübingen zwischen Staatsrechtslehrern unterschied, die den Nationalsozialismus hochgebracht, ja ihm „propagandistische Fanfaren geblasen haben", und solchen, „die nichts anderes getan haben als das, was das Schicksal des Staatsrechtslehrers ist," nämlich „das positive Verfassungsrecht der jeweiligen Zeit auszulegen",[124] so lassen sich auch Texte bzw. die von ihnen behandelten Gegenstände scheiden. Entsprechend konnten auch einzelne Leistungen, die zwar in der Zeit der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft entstanden waren, aber der bundesrepublikanischen Staatsrechtswissenschaft Anknüpfungspunkte boten, für die Disziplin traditionsbildend wirken.

---

[122] *E.R. Huber* Schrifttum. Forsthoff, Ernst: Die Verwaltung als Leistungsträger, ZgesStW Bd. 101 (1941), 411.

[123] *Stolleis* (Fn. 3), 367.

[124] *Friesenhahn* Aussprache: Die Berufsbeamten und die Staatskrise, VVDStRL 13 (1955), 169: „Ich unterscheide sehr genau zwischen denjenigen, die dazu beigetragen haben, den Nationalsozialismus hochzubringen, ihn ideologisch unterstützt haben und propagandistische Fanfaren geblasen haben, und denen, die nichts anderes getan haben als das, was das Schicksal des Staatsrechtslehrers ist, das positive Verfassungsrecht der jeweiligen Zeit auszulegen." Hierin kommt die Gegenstandsgebundenheit der insoweit eben nicht vollkommen autonomen Staatsrechtsdogmatik zum Ausdruck; vgl. auch *Stolleis* (Fn. 3), 316, mit der treffenden Kapitelüberschrift „Zerstörung und Selbstzerstörung eines Faches" und mit Hinweis auf den „Substanzverlust des positiven Staatsrechts" (ebd, 343) sowie auf die von den Autoren durchaus erkannte „Anomie des NS-Staates". Die „kooperierende Funktionselite, bei der es gerade auf die emotionale Innenseite nicht ankommt", wird durch Friesenhahns Unterscheidung allerdings nicht von Verantwortung reingewaschen; wohl bestehen Abstufungen im Hinblick auf die gezeigte „Nähe zum System" wie die Intensität der Unterstützung; vgl. *Stolleis* ebd, 407ff., der zunächst historische Analyse und moralische Beurteilung deutlich voneinander absetzt (ebd, 248). Zur Einbettung von Friesenhahns Äußerung in ihren damaligen Diskussionszusammenhang vgl. *Kirn* Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? 1972, 253ff.

Dem Gros der Schriften fehlte jedoch schon wegen der behandelten Gegenstände die Anschlußfähigkeit; viele Ausführungen, insbesondere zum Rasseprinzip, erscheinen im Rückblick überaus beschämend. In dem Maße, in dem sich die Wissenschaft der faktischen Gewaltstrukturen des Maßnahmestaates unter Aufgabe normativer Orientierungs- und Bewertungsmuster angenommen hatte, war nicht nur die Differenz zwischen Recht und politischer Macht, sondern zugleich die Distanz zwischen der Wissenschaft und ihrem Gegenstand verlorengegangen. Mit ihrem Gegenstand degenerierte auch die Staatsrechtswissenschaft. So gesehen, lebt auch sie von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

I. Traditionsbrüche

1. Anfang und Ende der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft bilden in der Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft tiefe Zäsuren. 1933 brach die große Mehrheit der publizierenden Fachvertreter radikal mit dem Weimarer Verfassungsdenken wie überhaupt mit der liberalen Rechtsstaatstradition des 19. Jahrhunderts. Hieran knüpfte die Disziplin erst 1945 wieder an, jetzt unter deutlicher Absetzung von dem, was in den vorausgegangenen zwölf Jahren zu ihrer Geschichte geworden war.

2. Die mit dem zeitlichen Abstand möglich gewordene Historisierung des Nationalsozialismus hat zu einer stärkeren Betonung sachlicher Kontinuitäten geführt, die über die Jahre 1933 und 1945 hinwegreichen. Finden sich hiernach auch zentrale Positionen und Begriffe der Staatsrechtslehre nach 1933 im breiten Spektrum der Diskussion vor 1933 eingeführt und vorbereitet, so erfolgte doch erst 1933 der wissenschaftliche Umsturz auf nahezu ganzer Linie.

3. Die auch wissenschaftsgeschichtlich nachwirkende Verunsicherung über die deutsche Tradition kann nur durch Aufklärung über das verarbeitet werden, was für die nationalsozialistische Durchdringung charakteristisch und bestimmend gewesen ist.

II. Das Spektrum der Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus

4. Die inhaltliche Unbestimmtheit der nationalsozialistischen Herrschaftsideologie sowie der Strukturnihilismus des zunehmend polykratischen Führerstaates begünstigten die Entstehung eines breiten Spektrums inhomogener staatsrechtlicher Deutungsversuche.

5. Eine grundsätzliche Differenz zeigt sich zunächst in der Positionierung zum tradierten Arsenal an Methoden, rechtsdogmatischen Begriffen und Figuren. Während einige Autoren die Identität der Disziplin zu wahren suchten, indem sie Veränderungen in der neuen politischen Ordnung mit dem herkömmlichen Handwerkszeug einholen wollten, propagierten an-

dere einen abrupten Neubeginn der Wissenschaftsdisziplin, um das neue Regime in seinen originären Voraussetzungen erfassen zu können.

6. Eine weitere grundlegende Differenz läßt sich in der Positionierung zur Staatlichkeit finden. Ein Teil der Staatsrechtslehrer hielt am Staat als Inbegriff der politischen Einheit fest und sah in der staatlichen Exekutive das die politische Ordnung stabilisierende Kontinuum. So gliedert sich der Staat Ernst Forsthoff zufolge in eine Führungsordnung sowie in eine durch Sachtreue gekennzeichnete bürokratische Verwaltungsorganisation, aus der sich die Partei heraushalten sollte. Auch Ernst Rudolf Huber hielt an der organisatorischen Trennung von Staat und Bewegung fest, um letztere auf die ideologische Durchdringung aller Bezirke des staatlichen Handelns zu beschränken. Obschon Carl Schmitt den Staat zu einem „Organ des Führers der Bewegung" degradierte und in der Trias „Staat, Bewegung, Volk" stark relativierte, reduzierte er die Verbindung von Staat und Partei auf personelle Koppelungen.

7. Von diesen etatistisch geprägten Ansätzen setzte sich prononciert ein völkisch-vitalistisch orientierter Teil der Staatsrechtslehre ab. So plädierte Reinhard Höhn für eine institutionelle Offenheit der neuen politischen Ordnung, in der der Staat nicht den zentralen Bezugspunkt darstellen sollte. Den Fixpunkte erblickte Höhn in einer auf „Artgleichheit" und „Gemeinschaftsgeist" basierenden „völkischen" Lebensordnung, die sich durch „Führung" konstituieren und organisieren sollte. Der seiner juristischen Persönlichkeit entkleidete Staat fungierte in diesem Konzept lediglich als Behördenapparat. Andere vertraten schließlich ein ständestaatliches Verfassungsmodell, in dessen Rahmen vornehmlich berufsständische Selbstverwaltungseinheiten über Führerräte in einen genossenschaftlichen Gesamtorganismus eingefügt werden sollten.

8. Über alle inhaltlichen Divergenzen hinweg verband diese Lehrmeinungen die staatsrechtliche Anerkennung und Ausgestaltung von Führerprinzip, Rasseprinzip und völkischem Prinzip. In unterschiedlichster theoretischer Einkleidung variierten die Autoren diese Grundbegriffe und verstiegen sich, insbesondere bei der Behandlung des Rasseprinzips, zu inhumanen und abstoßenden Positionen. Die einzelnen Prinzipien hatten zwar schon vor dem Nationalsozialismus Aufmerksamkeit und Ausformung erfahren, nun aber standen sie geschlossen – wie nie zuvor und danach – im Zentrum der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht.

III. Die Auflösung der rechtsdogmatischen Figuren

9. Den Niedergang der Staatsrechtswissenschaft in der Zeit des Nationalsozialismus kennzeichnet neben der Ablehnung normativ-präskriptiven

Rechtsdenkens die Auflösung der überkommenen rechtsdogmatischen Figuren. Nach Einsetzen der Ernüchterung formulierte Schmitt 1936 unter vorgehaltener Hand die Einsicht, durch den den wissenschaftlichen Gegenstand prägenden Nationalsozialismus werde „das ganze Staatsrecht ruiniert". Die kompetentiell schrankenlose Stellung des Führers, die sich Johannes Heckel zufolge jedweder „juristischen Technisierung" entziehen sollte, ließ sich danach selbst mittels des konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens nicht mehr hinlänglich erfassen. Eine Staatsrechtswissenschaft, die Kompetenzen begründet und begrenzt, hatte sich spätestens damit vollends erledigt.

10. Parallel zur Apotheose des „Führers" verlief zunächst der Verfall des Gesetzesbegriffs, der weitgehend seiner formalen Kriterien wie Allgemeinheit, kompetentielle Zuordnung und Publikationsform entkleidet wurde. Heftig umkämpft in der Literatur waren der Rechtsstaatsbegriff, die Gesetzesbindung der Verwaltung und das subjektive öffentliche Recht. So wollte Otto Koellreutter sein 1932 entstandenes Konzept des nationalen Rechtsstaates im Nationalsozialismus fortschreiben, während Schmitt allenfalls die Formel vom „deutschen Rechtsstaat Adolf Hitlers" vorübergehend gelten lassen wollte. Umstritten blieb die Ersetzung der mit dem Verfall des Gesetzesbegriffs ohnehin rechtsstaatlich entwerteten Gesetzesbindung der Verwaltung durch eine reine Rechtsbindung, um die „Lebensordnung der Volksgemeinschaft" als Rechtsquelle nutzen zu können. Schließlich drängten maßgebende Teile der Staatsrechtswissenschaft auf die Eliminierung der subjektiven öffentlichen Rechte zugunsten der „volksgenössischen Rechtsstellung", mit der die Position der gemeinschaftsgebundenen Person in einer konkreten Ordnung wie Beruf, Heimat, Familie oder politischem Dienst beschrieben wurde. Diese vor allem pflichtgebundene Zuordnung des Individuums zu einem Lebenszusammenhang vermittelte einen in erster Linie objektiv ausgerichteten Rechtsschutz zur Sicherung der „völkischen Ordnung". In die Schußlinie geriet dabei die Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren gänzliche Einstellung ebenso gefordert wurde wie ihre Begrenzung auf eine rein feststellende Tätigkeit.

11. Die Staatsrechtswissenschaft hat gleichwohl auch in der Zeit des Nationalsozialismus auf einzelnen Gebieten, insbesondere im Verwaltungsrecht, innovativ und traditionsbildend gewirkt. Dabei verdankte sich die Sehschärfe nicht zuletzt der Öffnung für die Verwaltungswirklichkeit und dem Bruch mit der überkommenen Rechtsformenlehre, die auf die Entstehung neuer Tätigkeitsbereiche der Verwaltung wenn überhaupt, dann nur mittels ihrer begrenzten Formsprache zu reagieren vermochte. Hervorzuheben ist neben Arnold Köttgens Systematisierung der Verwaltungsaufgaben insbesondere Forsthoffs Konzept der „Daseinsvorsorge".

IV. Schlußbetrachtung

12. So wie Ernst Friesenhahn 1954 zwischen Staatsrechtslehrern unterschied, die den Nationalsozialismus hochgebracht haben, und solchen, die dem „Schicksal des Staatsrechtslehrers" entsprechend das positive Verfassungsrecht ihrer Zeit ausgelegt haben, lassen sich auch Texte bzw. die von ihnen behandelten Gegenstände scheiden. Einzelne Leistungen, die zwar in der Zeit der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft entstanden waren, aber der bundesrepublikanischen Staatsrechtswissenschaft Anknüpfungspunkte boten, konnten durchaus für die Disziplin traditionsbildend wirken. Dem Gros der Schriften fehlte jedoch schon wegen der behandelten Gegenstände die Anschlußfähigkeit; zahlreiche Publikationen wirken im Rückblick beschämend.

13. In dem Maße, in dem sich die Wissenschaft der faktischen Gewaltstrukturen des Maßnahmestaates unter Aufgabe normativer Bewertungsmuster angenommen hatte, war sowohl die Differenz zwischen Recht und Macht als auch zwischen Wissenschaft und Politik verlorengegangen. Mit ihrem Gegenstand war auch die Staatsrechtswissenschaft degeneriert. So gesehen, lebt auch die Staatsrechtswissenschaft von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann.

3. Aussprache und Schlußworte

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

Vorsitzender (Frowein): Der erste Diskussionsteilnehmer ist Herr Kollege Starck.

Starck: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, zunächst müssen wir den Referenten für die beiden ausgezeichneten, sich ergänzenden Analysen danken, und zwar für staatstheoretische Analysen eines entarteten Rechtssystems, was die Schwierigkeit der Analyse ausmacht. Herr *Pauly* hat in seinem Vortrag unterschieden zwischen zwei Gruppen von Staatsrechtslehrern, die sich damals mit dem nationalsozialistischen System zustimmend beschäftigt hatten: die einen stellten die Partei, besser die neue Bewegung, in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen, die anderen blieben staatsorientiert und propagierten den faschistischen Staat. Sehr schön kam heraus, daß die Verwaltungsrechtslehre während der nationalsozialistischen Zeit etwas hervorgebracht hat, was später weiterentwickelt werden konnte. Bemerkenswert war das, was Herr *Dreier* am Ende seines Referates über die Europaidee in der nationalsozialistischen Zeit gesagt hat.

Nach These 2 von Herrn *Dreier* gab es kein protofaschistisches Staatsrecht. Man müßte auch nach protonationalsozialistischem Staatsrecht fragen, weil wir zwischen beiden Phänomenen – Herrn *Pauly* folgend – unterscheiden müssen. Weder das eine noch das andere lag 1933 ausgearbeitet vor. Aber es waren deutliche Tendenzen in beide Richtungen erkennbar. Denn wie hätte es anders passieren können, daß die nationalsozialistische Revolution – so muß man sie wohl nennen – die Gesellschaft so überrollt hat und die Resistenz, die man sonst immer bei Juristen findet, relativ kümmerlich gewesen ist. Aber wenn man – und insoweit sind die beiden Vorträge zu ergänzen – sich einmal nach den geistigen Strömungen umsieht, die die nationalsozialistische Revolution möglich gemacht haben, die ihr Grundlagen und Denkformen geliefert haben, sind nur genannt worden der Antisemitismus und die Rassenhygiene. Darüber hinaus möchte ich an drei Dinge erinnern, die wir wohl auch immer im Blick behalten müssen, wenn wir über die geistigen Grundlagen des Nationalsozialismus sprechen: Das eine ist die Forde-

rung, unwertes menschliches Leben müsse vernichtet werden können. *Binding* und *Hoche*, die dieses 1920 in einer gemeinsamen Veröffentlichung gefordert haben, empfinden dies nicht als etwas Inhumanes, sie sagen vielmehr, das sei eine neue Humanität, nämlich eine biologische Humanität und setzen sich ausdrücklich von der „veralteten" christlichen und aufklärerischen Humanität ab. Ich halte das für so bemerkenswert, daß das eigentlich nicht fehlen darf, wenn man über eine Entartung des Rechts spricht, wie wir sie hier vorgeführt bekommen haben, zumal gerade in der letzten Woche ähnliche Gedanken von dem Nobelpreisträger *James D. Watson* bezüglich behinderter Föten in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (26.9.2000, S. 55) geäußert worden sind. – Das zweite ist die große Bedeutung, die das Werk von *Spengler* gehabt hat, insbesondere „Preußentum und Sozialismus" (ebenfalls 1920). Immerhin hat *Thomas Mann*, wie man in seinen Tagebüchern lesen kann, es mit großer Begeisterung gelesen. Er hat sich dann später von diesen Gedanken gelöst, aber immerhin hat er es zunächst überzeugend gefunden. In der Gedankenwelt *Spenglers* geht der Einzelne einerseits im Gesamtwillen auf, andererseits aber ist der Raubtiermensch die höchste Form des frei entwickelten Lebens. Damit ist Cäsarismus und Diktatur in der schlimmsten Weise begründet. – Ich will nicht sagen, daß *Spengler* ein Protagonist des drittens hier zu erwähnenden Sozialdarwinismus gewesen ist, der schon vorher propagiert worden ist. Aber den ganzen Sozialdarwinismus müssen wir unbedingt auch in Betracht ziehen, der aus einer kausalen naturwissenschaftlichen Lehre etwas sozusagen geisteswissenschaftlich Axiomatisches, Axiologisches gemacht hat. Damit sind meines Erachtens antihumanistische Denkmodelle geliefert worden, die auch Teile des moralisch desorientierten liberalen Bürgertums fasziniert haben und die es erleichtert haben, die Machtübernahme der nationalsozialistischen Bewegung zu begründen. Das ist in erschreckender Deutlichkeit in einem Buch von *Oskar Hertwig*, einem Biologen, vorausgesehen worden, das den Titel trägt „Zur Abwehr des ethischen, des sozialen, des politischen Darwinismus", erschienen 1918 (2. Aufl. 1921). Ich zitiere einen einzigen Satz aus diesem Buch: „Man glaube doch nicht, daß die menschliche Gesellschaft ein halbes Jahrhundert lang Redewendungen wie unerbittlicher Kampf um das Dasein, Auslese des Passenden, des Nützlichen, des Zweckmäßigen, Vervollkommnung durch Zuchtwahl usw. in ihrer Übertragung auf die verschiedensten Gebiete wie tägliches Brot gebrauchen könne, ohne in der ganzen Richtung in ihrer Ideenbildung tief und nachhaltig beeinflußt zu werden."

Gestatten Sie mir noch eine letzte Bemerkung, die sich auf den Ort bezieht, an dem wir uns hier treffen. Anfang Oktober1933, also genau

vor 67 Jahren, fand hier ein Juristentag statt, zwar nicht ein Juristentag, den die Deputation des Juristentages organisiert hat, diese hatte es abgelehnt, 1933 einen Juristentag zu organisieren, sondern ein von Nationalsozialisten organisierter Juristentag. Auf diesem Juristentag – und deswegen erwähne ich ihn auch nur – hat auch ein Staatsrechtslehrer, ein Mitglied unserer damaligen Vereinigung, gesprochen über „Staat, Bewegung, Volk – Neubau des Staats- und Verwaltungsrechts". Ich glaube, diesen Umstand sollten wir erwähnen. Insoweit ist es eigentlich ganz glücklich, daß wir uns auf der Leipziger Tagung mit diesem Thema beschäftigen.

Stolleis: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, Herr *Starck* hat den Dank an die beiden Referenten ausgesprochen. Ich möchte mich dem sehr nachdrücklich anschließen. Es waren offene, mutige und gewisser Weise befreiende Referate. Viele aus der jüngeren Generation haben das wohl so empfunden. Es ist verdienstvoll, daß über den Gegenstand überhaupt einmal gesprochen wird. Darin liegt auch ein Dank an den vorhergehenden und an den heutigen Vorstand, daß er sich zu diesem Thema entschlossen hat.

Die Vereinigung hat über das Thema bislang nicht wirklich gesprochen. Gewiß ist über das Berufsbeamtentum und die Staatskrisen gesprochen worden, man hat auch über den Fortbestand des Deutschen Reichs diskutiert, aber in Wirklichkeit schwelte das Problem der NS-Vergangenheit unter uns mehr oder weniger verdeckt. Es mußte einmal offen behandelt werden, ebenso wie die Kunsthistoriker, die Soziologen und nun auch die Historiker es getan haben. Das NS-Staatsrecht ist – das wissen wir alle – die größte Herausforderung an unser Fach gewesen und man kann nun fragen, ob diese Herausforderung bestanden wurde oder nicht. Bei der Antwort darauf sollte man allerdings nicht mehr die alte Frage nach dem Entnazifizierungsmuster stellen, also die Frage nach der „Schuld", sei es im strafrechtlichen, sei es im moralischen Sinne. Das ist alles weitgehend behandelt und inzwischen aufgearbeitet worden, manchmal sogar unbeachtet von der Zunft bzw. unter deren „beredtem Schweigen".

Wichtiger ist heute die konsequente Historisierung des Vorgangs, ohne die Frage der Verantwortung zu vernachlässigen. Beide Referenten haben dies hier vorgeführt. Selbstverständlich geht es nicht um eine Entlastungsstrategie, sondern um die Schaffung einer Basis für die Analyse von strukturellen Prozessen. Da ist die entscheidende Frage – und das ist heute auch mehrfach angesprochen worden, von Herrn *Dreier* eher in einer Mischung von Verfassungsgeschichte und Wissenschaftsgeschichte, von Herrn *Pauly* mehr mit dem Akzent auf der Wis-

senschaftsgeschichte und der Dogmengeschichte, letzter übrigens dankenswerterweise unter Einschluß der Wissenschaftsgeschichte der Bundesrepublik, die ja auch nochmal geschrieben werden muß. Hierzu hat er ein paar gute Andeutungen gemacht.

Jedenfalls geht es m.E. nicht mehr um persönliche Schuld oder Nichtschuld und ich hoffe, daß wir das in der Diskussion nicht allzu sehr ausbreiten, sondern es geht um die Frage, wie erklärt werden kann, daß eine nichtnationalsozialistische bürgerliche Herrschaftselite, wie es Staatsrechtslehrer nun einmal sind, sich auf die Pressionen eines solchen Systems eingelassen hat, und warum sie dies tat. Auch Herr *Starck* hat dazu einen Erklärungsansatz geliefert.

Meine erste Frage an Herrn *Dreier* ist die: Er hat in einem Nebensatz gesagt, der Vorgang sei „beispiellos" gewesen. Nun gut, der Nationalsozialismus als solcher ist beispiellos und jedes historische Ereignis ist einmalig. Aber gibt es nicht doch im Panorama antidemokratischer, speziell antiparlamentarischer Regierungssysteme des 20. Jahrhunderts ganz erhebliche Parallelen? Etwa im faschistischen Italien, im frankistischen Spanien, in Portugal, in Frankreich, sogar im besetzten Dänemark und anderswo. Wie haben sich die Staatsrechtler dieser Länder verhalten? Ich glaube man sollte ohne Scheu auch diese Punkte einmal ansprechen; denn es geht nicht um Be- oder Entlastung der deutschen Staatsrechtslehre, sondern um Analyse und da sollten wir die europäischen Prozesse mit einbeziehen.

Eine zweite Frage, die sich mehr an Herrn *Pauly* richtet, zielt auf die Einbeziehung des Völkerrechts. Der Übergang nach 1933 und vor allem nach 1939 vom Staat zum Reich, vom Reich zum Volk in der Höhn'schen Variante hat erhebliche Konsequenzen im Völkerrecht gehabt und ist dort intensiv diskutiert worden. Ich habe den Eindruck, daß dort ähnliche dogmatische Zerfallsprozesse stattgefunden haben – bei erstaunlicher institutioneller Resistenz im einzelnen. Ich schaue Herrn *Frowein* an und meine damit z.B. das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, aber auch andere Institutionen haben da sich eher im etatistischen Sinn zurückgehalten. Es gab also eine personell und institutionell zerklüftete Landschaft im Völkerrecht, auf die ich wenigstens hinweisen möchte.

Hans-Peter Schneider: Ich wollte direkt an die Anregung von Herrn *Stolleis* anknüpfen, die internationalen Auswirkungen aus dieser Zeit einmal näher zu untersuchen. Es ist bemerkenswert, daß beispielsweise in Südafrika diese Schriften sogar noch nach 1958, als *Verwoerd* zur Macht kam, mit der Idee der „Artgleichheit" zur Rechtfertigung des Apartheidregimes ausgiebig zitiert worden sind, also auch noch nach der

Erfahrung des Nationalsozialismus. Das ist, glaube ich, ein ganz wichtiger Aspekt. Im übrigen empfinden wir eine gewisse Betroffenheit oder besser: Beklommenheit bei diesen Zitaten deshalb, weil wir fünfzig Jahre bundesrepublikanische Erfahrung mit einer freiheitlichen Demokratie haben. Wir müssen immer berücksichtigen, daß diese Arbeiten zu einer Zeit von Autoren geschrieben wurden, die diese Erfahrung nicht hatten. Ich denke nur an *Gustav Radbruch*, den nun wirklich niemand nationalsozialistischer Tendenzen verdächtigen kann; auch er hat in seiner „Kulturlehre des Sozialismus" den Begriff „nationaler Sozialismus" gebraucht und damit in Abgrenzung zum sowjetischen Bolschewismus den eigenen deutschen Weg zu beschreiben versucht. Vielen Dank.

Doehring: Die dogmatische Aufarbeitung des NS-Regimes haben die Referenten glänzend bewältigt und dem ist nichts hinzuzufügen. Was sie nicht gemacht haben und was sie nicht machen konnten – meine Vorredner haben schon darauf hingewiesen – das ist, die Atmosphäre zu erzeugen, in der der NS-Staat und seine Staatslehre entstanden sind. Dazu muß man wahrscheinlich über 80 Jahre alt sein, denn wer nicht gesehen hat, wie ein Aufbruch des deutschen Volkes entstand, kann es kaum nachvollziehen. Es scheint wirklich kaum möglich, das alles noch einmal geistig entstehen zu lassen. Aber keine Staatsrechtslehre kann am realen Volksempfinden vorbeigehen. Ich sage nicht gesundes Volksempfinden, weil das zu den Schlagworten der NS-Zeit gehört, aber Volksempfinden besteht nun einmal. Wir können heute in Europa auch nicht leugnen, daß es ein europäisches Volk nicht gibt, doch die Dogmatiker des Europarechts scheinen es zum Teil fingieren zu wollen. Wer die Begeisterung des Jahres 1933 nicht gesehen hat, kann sie nicht nachvollziehen. Der Aufbruch kam nicht zuletzt, weil Kriegsschuld als Vorwurf und Versailles als eine Unverschämtheit empfunden wurden. Die Freikorps haben im Baltikum noch für Deutschland gekämpft und auch am Annaberg in Oberschlesien. Das waren diejenigen, die die SA dann bildeten und vorher schon den Stahlhelm. Wer die nahezu 7 Millionen Arbeitslose nicht gesehen hat, wie sie auf den Straßen standen und stempeln gingen, der weiß nicht, was Arbeitslosigkeit ist. Das hat mit der heutigen Arbeitslosigkeit nichts zu tun, sie wäre damals als Witz empfunden worden. Die Staatsrechtslehre wurde mit hineingerissen in diese Begeisterung. Sie endete im Teufelskreis und übrig blieben die Opportunisten. Das weiß heute jeder, nur der Beginn war eben doch ein völlig anderer als oftmals dargestellt. Der Beginn war dieser Aufbruch, den es damals gab. Ich habe den Reichstag brennen sehen, ich weiß auch, was die Menschen vor dem Reichstag gesagt haben. Ich habe Hindenburg noch gekannt, und ich sehe ihn noch vor der Garnisons-

kirche, vor mir in Uniform und Hitler im Frack. Dieser Anblick war für das deutsche Volk ein Symbol. Manche dachten, Hitler werde vielleicht die Hohenzollern wieder holen. Bei dem angeblichen Röhmputsch, bei dem die SA-Führer erschossen wurden, hätte man in Berlin einen Taxifahrer oder einen Kneipenwirt fragen können, ob das nicht Mord sei. Das war doch der erste Moment, in dem man merken konnte, daß ein Rechtsstaat nicht mehr bestand. Die Befragten hätten gesagt, daß mag Mord sein, aber die Hauptsache ist doch wohl, daß die Revolutionäre erschossen wurden, denn die wollten das, was aufgerichtet wurde, wieder vernichten und da war ein schnelles Eingreifen unseres Führers (1934 war er das) wohl geboten. So haben die Menschen gedacht. *Sebastian Haffner* hat vollkommen richtig geschrieben, wer 1935 gesagt hätte, Hitler sei unser Unglück, der wäre vielleicht gar nicht denunziert worden. Die Menschen hätten ihn ausgelacht. Sie hätten ihn ausgelacht, weil sie meinten, das könne nicht stimmen, denn es gehe doch aufwärts mit uns. Was dann aus der Staatsrechtslehre wurde, das haben wir alles gehört. Hier kam es mir nur darauf an, ihnen einmal zu sagen, wie es damals real aussah. Natürlich waren nicht alle begeistert, sehr viele haben vorher gemerkt, wohin dieses System führt. Aber viele haben es auch nicht gemerkt, und die Masse des Volkes hat es überhaupt nicht gemerkt. Dann kam natürlich die Ernüchterung. Aber ich würde doch sagen, wer 1932 Mitglied der NSDAP wurde, ist mir lieber als einer, der als Opportunist 1938 noch in die Partei eingetreten ist, nachdem er in der Reichskristallnacht die Angriffe auf die Juden erleben konnte und was dann daraus wurde. Ich wollte nur diese kleine Ergänzung geben, damit ein wenig gezeigt wird, wie diese Vergangenheit entstanden ist.

Bachof: Ich kann an die eben gehörten Worte anschließen. In der Tat, die Begeisterung war vorhanden, so habe ich es erlebt. Ich konnte auch verstehen, wenn sich junge unerfahrene Juristen davon haben hinreißen lassen. Daß aber kluge Leute wie *Carl Schmitt* und *Ulrich Scheuner* sich auch hätten hinreißen lassen, glaube ich nicht. Sie hatten andere Gründe.

Ich bin beiden zu sehr früher Zeit begegnet. *Carl Schmitt*, als ich als 20jähriger Student 1933 in Berlin in seinem Seminar war. Ich wußte von ihm noch wenig, aber er galt damals als der große Mann, und es hieß, man habe Glück, wenn man in sein Seminar komme. Mir gelang es, aber ich bin nach zwei Sitzungen unter Protest ausgetreten. Warum? Weil man gewisse vom Assistenten mitgeteilte Namen nicht erwähnen durfte, vor allem solcher Professoren, die *Schmitt* als Konkurrenz um die Gunst der Nazis fürchtete. Dazu gehörte u.a. *Koellreutter*. Da mir ein Referat zugeteilt wurde, das ich ohne Erörterung *Koellreutters* nicht

hätte halten können, teilte ich Schmitt mit, ich bedauere, aus seinem Seminar austreten zu müssen. Daß war ihm wohl noch nicht passiert, er wunderte sich sehr. So viel zu *Carl Schmitt.*

Meine nur schriftliche „Begegnung" mit *Ulrich Scheuner* (1939) bestand darin, daß er ursprünglich meine kirchenrechtliche Freiburger Dissertation in den von ihm herausgegebenen „Neuen deutschen Forschungen" veröffentlichen wollte, aber nach längerem Zuwarten äußerte, er könne sie nicht bringen, weil sie dem in jener Schriftenreihe gepflegten Geist nicht entspreche. Das war verständlich, weil in meiner Arbeit der Name Hitler, der Begriff Nationalsozialismus und der Ausdruck Führer nicht vorkamen. Aber das allein war es wohl nicht. Zur Zeit jener Ablehnung kannte ich *Scheuners* fürchterlichen Aufsatz „Der Gleichheitsgedanke in der Völkischen Verfassungsordnung" (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 99. Band 1939, S. 245–277) noch nicht. Ich las ihn erst nach dem Krieg: mit Entsetzen über die von *Scheuner* geforderte „Absonderung der Juden vom deutschen Volk"; über seine Ablehnung der Grundrechte als Rechte der Einzelnen gegen den Staat, sie könne es bei dem allein maßgeblichen „Grundrecht des Staates" nicht geben: Infolgedessen, auch keine „Kompetenzen" verschiedener Staatsorgane, nur der Führer habe die einzige allgegenwärtige Kompetenz für alle staatlichen Akte. Als ich diesen Unsinn später las, war eine Auseinandersetzung damit überflüssig geworden.

Tomuschat: Die bisherigen Redebeiträge haben schon gezeigt, daß es vielleicht weniger um die Staatsrechtslehre geht als um das Schicksal einzelner Staatsrechtslehrer, die sich in jene neue Ordnung eingefügt haben, die keine Ordnung war, denn schon im Jahre 1933, in der ersten Jahreshälfte, war ja der Rechtsstaat zerbrochen, und damit war letztendlich auch die Staatsrechtslehre zerbrochen. Damit gab es zwei oder vielleicht drei Optionen. Die erste Option war, auf den Wagen des Opportunismus zu springen und nun im positiven Sinne das positive Recht zu kommentieren. Die Diktatur, das war das Recht der neuen Ordnung, und es gab einige, die als Opportunisten oder als Begeisterte mitmachten. *Reinhard Höhn* ist da sicher an erster Stelle zu nennen. Eine fundamentale Opposition auf der anderen Seite war natürlich nicht zu führen. Diese Möglichkeit war ausgeschlossen. *Ernst Friesenhahn* schied dementsprechend aus und betätigte sich in der Folgezeit als Anwalt. Die dritte Möglichkeit, ich weiß nicht, ob es sie gegeben hat, und dazu hätte ich mir von den Referaten noch etwas mehr an Informationen erhofft: Konnte man dabei bleiben, und konnte man versuchen, sozusagen Schlimmerer zu verhindern? Dabei bleiben, aber dann auch doch eintreten für gemeineuropäisches Gedankengut am Vorbild der amerikani-

schen, der französischen, der englischen Verfassung zu retten, war noch zu retten war. Hat man immer beachtet, daß letzten Endes das Ziel eines jeden Staates die Sicherung des Lebens und der Freiheit des Einzelnen sein muß? Sind gegen die Politik des NS-Regimes zumindest Proteste erhoben worden? Ich glaube, das sind entscheidende Fragen. Hat es in unserer Zunft Männer – Frauen waren ja damals nicht in der Staatsrechtswissenschaft vertreten – gegeben, die versucht haben, solche elementaren Grundsätze einer Rechtsstaatlichkeit aufrechtzuerhalten unter den sehr schweren, fast unmöglichen Bedingungen der Diktatur? Meiner Ansicht nach kam es weniger auf die Fragen einer rechtsdogmatischen Konstruktion an. Man kann ja den Staat auch letzten Endes durch das Volk ersetzen. Die Demokratie ist der Boden des Staates, und das Völkerrecht konstruiert den Staat heute vom Selbstbestimmungsrecht her. Man kann das machen, man kann den Staat als eine Sekundäreinrichtung sehen. Nur darf man nicht das Volk ausgrenzend definieren, indem man den Artungleichen aus dem Volk ausmerzt. Die Ersetzung des Staates durch das völkische Element ist an sich dogmatisch durchaus akzeptabel, nur kommt es natürlich darauf an, wie die völkische Grundlage konstruiert wird. Sie ist offensichtlich in einer ganz schlimmen Weise definiert worden durch die Ausgrenzung der Juden. Und das ist es, was man vielen ankreiden muß, daß sie sich an diesem schlimmen Spiel – es war ja kein Spiel –, an dieser schlimmen Diskriminierung, die bis zum Massenmord geführt, beteiligt haben.

Gröschner: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, wir nach dem Kriege geborenen Mitglieder dieser Vereinigung brauchen zum Glück die Frage nicht zu beantworten, ob wir widerstandsfähiger gewesen wären als unsere angepaßten, vielleicht verstrickten oder aktiv nationalsozialistischen wissenschaftlichen Urgroßväter. Wir sollten uns aber fragen, was wir in unserer eigenen Lehre und Forschung tun können, um die Widerstandsfähigkeit der uns anvertrauten angehenden Juristinnen und Juristen zu stärken. Meine Antwort für die Lehre wäre die Stärkung der Grundlagenfächer, insbesondere der Rechtsgeschichte und der Rechtsphilosophie; für die Forschung die Anreicherung der Grundbegriffe unseres Staatsrechts mit dem ihnen zukommenden dogmengeschichtlichen und dogmenphilosophischen Inhalt. Auf diese Weise, so glaube ich, könnte der Entleerung dieser Grundbegriffe entgegengewirkt werden, die *Hermann Heller* 1929 für den Rechtsstaatsbegriff diagnostiziert und als potentiell diktaturfördernd prognostiziert hat. Gänzlich entleert ist seit Weimarer Zeiten ja auch der Begriff der Republik. Mit einem zum bloßen Monarchieverbot verkümmerten Republikprinzip kann man dogmatisch aber weder gegen das Führerprin-

zip argumentieren, noch gegen den Führungsanspruch einer Einheitspartei, während ein gehaltvoller, mit dogmengeschichtlichem und dogmenphilosophischem Extrakt angereicherter Republikbegriff als Prinzip der Legitimation einer freiheitlichen Ordnung hier eine ganz hervorragende Handhabe böte. Mit entleerten Begriffen mag man hohle Köpfe füllen, aber hohle Köpfe leisten keinen geistigen Widerstand. Meine Frage an die beiden Referenten wäre nun – und ich denke, das ist eine Frage, die sich auch in den vorangegangenen Wortmeldungen angedeutet hat –, wie sie zum Problem solch geistiger Widerstandsfähigkeit gegen freiheitsfeindliche Tendenzen stehen und ob sie glauben, daß unsere Zunft zur Problemlösung etwas beitragen kann.

Schuppert: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte zwei ganz kleine Bemerkungen machen, die in sieben Minuten gut unterzubringen sein dürften. Und zwar sind dies zwei miteinander zusammenhängende Bemerkungen, die sich beide mit der Rolle der Staatsrechtslehre zwischen Protokollinstanz und eigener Gestaltungsmacht beschäftigten. Ich möchte anders als Herr *Tomuschat* nicht das Augenmerk auf einzelne Personen und ihre Verstrickungen richten, sondern auf die Rolle der Disziplin selbst. Die erste Bemerkung besteht in einer Frage an die beiden Referenten, eine Frage, die sich mir beim Zuhören geradezu aufgedrängt hat. Herr *Dreier* hat ja in seinem schönen Referat eindrucksvoll dargelegt, wie nahezu bedeutungslos die deutsche Staatsrechtslehre angesichts der tatsächlichen Entwicklungen ab 1933 gewesen ist. Er hat das Regierungs- und Verwaltungssystem des NS-Staates als ein System der Regellosigkeit gekennzeichnet und von einem sich jeder Systematik entziehenden Wildwuchs gesprochen. Diese Entwicklung war also primär auf den politischen Gestaltungswillen der Machthaber zurückzuführen, nicht aber auf den Wunsch, Ratschläge aus dem staatsrechtlichen Schrifttum umzusetzen. Wenn also die Rolle der Staatsrechtslehre nach 1933 offenbar darin bestand, nicht beeinflußbare Entwicklungen zu kommentieren bzw. zu claquieren, so stellt sich doch die Frage, wie es vor diesem Datum vom Januar 1933 aussah. Gab es eine Vorprägungsfunktion der Staatsrechtslehre gegenüber den späteren politischen Entwicklungen? Gibt es irgendwelche empirischen Untersuchungen, die dokumentieren, ob das Denken der deutschen Staatsrechtslehre einen Niederschlag in den Köpfen der politischen Akteure des Nationalsozialismus gefunden hat? Oder geht es nur um die Ausleuchtung eines allgemeinen philosophischen Hintergrundes und dergleichen mehr. Meine Frage an die beiden Referenten lautet also: Gab es eine solche Vorprägungsfunktion und – falls ja – welche Bedeutung ist ihr zuzumessen?

Meine zweite, sich daran anschließende Bemerkung ist mehr allgemeiner Natur. Geben nicht – so frage ich mich – die beiden Referate Anlaß, darüber nachzudenken, wie es überhaupt mit der Gestaltungsmacht der Staatsrechtslehre bestellt ist oder ob es nicht überhaupt ihrer Natur entspricht, eher protokollierend und kommentierend tätig zu sein. Wenn wir jetzt die NS-Zeit einmal verlassen, um auf die Bundesrepublik Deutschland und auf die europäische Entwicklung zu schauen, so scheint es mir auch da mit der Gestaltungsmacht der Staatsrechtslehre nicht übermäßig üppig bestellt zu sein. Die Staatsrechtslehre hat sich teilweise zu einer Art Hofberichterstattung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt, indem sie überwiegend nur noch nacherzählt, was dort entschieden worden ist. Dazu paßt der Befund, daß Gesetzesentwürfe in den Ministerialbürokratien überwiegend daraufhin durchgesehen werden, ob sie „karlsruhefest" sind. Also – so lautet der Befund – scheint die Maßstäblichkeit der Staatsrechtslehre zunehmend zu erodieren. Und wie ist es mit Europa? Die Europarechtler kommentieren erstaunt, was in den jeweiligen Regierungskonferenzen herausgekommen ist und versuchen dann – wie etwa am Gegenstand der Europäischen Union leicht zu demonstrieren ist – das ungewohnte Gebilde angemessen zu erfassen. So stellt sich auch hier die Frage, ob die Staatsrechtslehre überhaupt über die Maßstäbe verfügt, die sie in die Lage versetzen, prospektiv Entwürfe zu liefern und maßstäblich zu wirken. Und damit komme ich zu meiner Schlußbemerkung: Ist es nicht vielleicht an der Zeit darüber nachzudenken, ob man nicht einer Renaissance der Staatswissenschaft das Wort reden sollte. Das ist eine verkümmerte Disziplin und vielleicht bedürfte sie der Wiedererweckung wie weiland Dornröschen mit einem Kuß.

Vogel: Daß ein Ausbau von Maßstäben notwendig ist, kann ich nur nachdrücklich unterstützen. Vor allem möchte ich aber zu Ihrer ersten Frage nach einer Vorprägung des Denkens in der Weimarer Zeit darauf hinweisen, daß unser Kollege *Oliver Lepsius* unter uns ist, der über diese Frage am besten Auskunft geben kann. Er hat in seiner Dissertation über die Staatslehre in der Weimarer Zeit gezeigt, wie damals schon vieles angelegt war, was dann in die dogmatischen Versuche zur Zeit des Nationalsozialismus eingeflossen ist.

Mußgnug: Ich möchte auf einen Vorgang hinweisen, der das Klima fühlbar werden läßt, das während der ersten Monate des Jahres 1933 an den Juristen-Fakultäten geherrscht hat. Er betrifft die Heidelberger Habilitation von *Reinhard Höhn.* Sie zielte exakt in die Richtung, über deren beherrschendes und das eigentliche Staatsrecht verdrängende Gewicht in der NS-Zeit Herr *Dreier* und Herr *Pauly* so eindrucksvoll be-

richtet haben, nämlich auf das Abschwenken vom Staats*recht* zur Staats*lehre* und dort vom Staat, der die neuen Machthaber weniger interessierte, zum Volk, das sich besser in ihr Theoriengebäude einfügte. *Höhn* hat dem Austausch des Staats gegen das Volk als dem neuen Angelpunkt des staatsrechtlichen Denkens bereits im Jahre 1929 eine Schrift mit dem Titel „Der bürgerliche Rechtsstaat und die neue Front. Die geistesgeschichtliche Lage einer Volksbewegung" gewidmet, die ich in die Rubrik der Sektenliteratur einordnen würde. 1933 ist sie vom Sekten-Traktat zur Programmschrift der neuen Mehrheit aufgestiegen. Die Lektüre dieser Schrift wirkt für den heutigen Leser quälend; was *Höhn* in ihr ausbreitete, empfinden wir als verquasten Unsinn. Ihrem Vorwort zufolge diente die Broschüre der Selbstdarstellung einer „neuen Front" und des „gesamten Kampfes des Jungdeutschen Ordens als Träger dieser neuen Front gegen bürgerliches Denken und seine geistesgeschichtliche Stellung", der „ein Kampf gegen ein ganzes Zeitalter, das Zeitalter des bürgerlichen Menschen" sein sollte. Das hat *Höhn* zu seiner Habilitationsschrift ausgeweitet, um sie bei *Koellreutter* in Jena einzureichen. Es kam aber zu einem Zerwürfnis zwischen ihm und *Koellreutter.* Daraufhin wandte sich *Höhn* im April 1933 an die Heidelberger Fakultät. Dort wurde *Walter Jellinek*, der noch im gleichen Jahr von seinem Lehrstuhl vertrieben worden ist, zum Erstgutachter über die Habilitationsschrift bestellt. Die Heidelberger Fakultät hat eine Stellungnahme zur Person *Höhns* von *Koellreutter* angefordert, in der sich dieser ungewöhnlich scharf von ihm distanzierte. Es drängt sich freilich der Eindruck auf, daß dies mehr auf persönlichen als auf wissenschaftlichen Gründen beruhte. *Jellinek* hat deutliche Kritik an der Arbeit geübt. Nach dieser Kritik hätte man erwarten sollen, daß am Ende des Gutachtens steht: Aus diesen Gründen vermag ich der Fakultät die Annahme der Arbeit als Habilitationsschrift nicht zu empfehlen. *Jellinek* schloß sein Gutachten aber (sinngemäß aus der Erinnerung wiedergegeben) folgendermaßen ab: Gleichwohl stellt die Arbeit ein beachtliches wissenschaftliches Werk dar, dessen Annahme ich der Fakultät empfehle. Die weiteren Gutachten, darunter eines von *Heinrich Mitteis*, fielen ähnlich aus: Nach ausführlicher Kritik abschließend dann doch das Resultat „Geht in Ordnung!" Nur zwei Votanten haben sich gegen die Arbeit ausgesprochen, der wenig später in seine Schweizer Heimat vertriebene International-Privatrechtler *Gutzwiller* und der in die USA emigrierte Romanist *Levi.*

Wer diesen Vorgang heute studiert, neigt zu dem Schluß, daß die Heidelberger Fakultät von 1933 besser daran getan hätte, *Höhn* die Habilitation zu verweigern. Die Begründung dafür drängt sich geradezu auf: Statt eines überzeugenden Nachweises gründlicher Bewandertheit in der

Dogmatik des Staatsrechts nichts als nur vom Zeitgeist infizierte Verfassungslyrik, angereichert mit einem gerüttelten Maß Ideologie, also kein brauchbarer akzeptabler Ausweis im Öffentlichen Recht. Aber das ist natürlich das Urteil, das wir heute fällen würden und auch unschwer fällen könnten. Das Urteil von 1933 dagegen mußte anders ausfallen. Die Fakultät stand unter schwerem Druck, allen voran *Walter Jellinek*, dem mit der Begutachtung der Höhn'schen Habilitationsschrift eine kaum erträgliche Last aufgebürdet worden war. *Höhns* Gesinnungsfreunde waren dabei, *Walter Jellinek* von seinem Lehrstuhl zu vertreiben, und *Höhn* akzeptiert ihn als Erstgutachter! Ich bin sicher, *Höhn* wußte, warum er sich ausgerechnet *Walter Jellinek* ausgesucht hat. Er hat übrigens in Heidelberg nur ganz kurz als Privat-Dozent Vorlesungen gehalten. Sein Erfolg war unaufhaltbar. Er ist rasch nach Berlin berufen worden.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Mußgnug, für diesen Vorgang, den Sie uns ausgebreitet haben. Ich möchte nur darauf hinweisen, daß man bei dem Votum von *Walter Jellinek* das Problem der Selbstgefährdung natürlich im Kopf haben muß. Er war – wie Sie wissen – mit einer Nichtjüdin verheiratet, er hatte eine große Familie. Er konnte, wie sich dann herausstellte, in Heidelberg überleben. Dies war aber keineswegs sicher, und das war für jeden, der sehen konnte, im Sommer 1933 als Problem sehr deutlich. Der nächste ist Herr *Battis*.

Battis: Zwei kurze Bemerkungen und eine kritische Rückfrage: In beiden sich ausgezeichnet ergänzenden Referaten ist klar geworden, daß es eine Staatsrechtlehre in der NS-Zeit nicht geben konnte mangels Substanz, mangels Vorhandenseins von verfassungsrechtlich gebundener Staatlichkeit. Nur darf dieser Befund nicht – wie dies nicht heute, aber teilweise in den 50er Jahren geschehen ist – dazu verführen, alle Juristen schon deshalb als geborene Widerstandskämpfer einzustufen, weil Hitler ja in den Tischgesprächen immer gesagt hat, was er von Juristen hielt. Das, was Vertreter der Staatsrechtslehre in der NS-Zeit zum Wirken oder vielfachen Wüten der Staatlichkeit beigetragen haben, kann auf diese Weise nicht ausgeblendet werden. Ich möchte doch deutlich darauf hinweisen – das klang ja bei Herrn *Pauly* auch an – daß es manifeste Staatlichkeit gab. Auschwitz und die Züge, die dorthin aus ganz Europa gefahren sind, und die Massenvernichtung, die stattgefunden hat, hätte kein Privater und hätte auch keine wildwuchernde Parteiorganisation geschehen machen können, sondern das konnte nur mit einer ausgezeichnet funktionierenden Staatsmacht vollzogen werden. Ohne Staatlichkeit ist m.E. Auschwitz nicht denkbar. Aber selbstverständlich war diese Staatlichkeit keine verfassungsrechtlich gebundene.

Im Gegenteil, gerade weil sie nicht verfassungsrechtlich gebunden war, konnte es dazu kommen, wozu es gekommen ist.

Die zweite Bemerkung zur Staatsrechtslehre: Wenn man sich Schriften aus der NS-Zeit anschaut, wird deutlich, daß die juristische Definition des Artfremden eine Schlüsselrolle für das nachfolgende Geschehen hatte. In beiden Referaten wird dies zu Recht betont. Wer artfremd war, durfte ausgemerzt werden und der sollte auch ausgemerzt werden. Das ist nicht nur einmal und beiläufig geschrieben worden und auch sehr viel entschiedener und zielgerichteter als etwa bei *Binding* oder in Schweden oder anderswo in den 20er und 30er Jahren. Natürlich hat es Ausnahmen in der Staatsrechtslehre gegeben. *Friesenhahn* ist angesprochen worden, der sich in vorbildlicher Weise verhalten hat. Aber man sollte auch *Hans Peters* nicht vergessen, der offen einen Aufsatz mit dem Schlußsatz gipfeln ließ: „Dann bleibt nur noch der Widerstand." Anschließend ist er wirklich in den Kreisauer Kreis gegangen. Insofern haben wir einen Ausnahmefall unter allen Staatsrechtslehrern.

Nun die kritische Rückfrage: Herr *Dreier*, mein allergrößtes Kompliment, aber die These 14, die gefällt mir nicht. Dort heißt es: „Ungeachtet dessen dokumentieren sie in der Sache die überragende Evidenz der Idee eines vereinigten europäischen Wirtschaftsraumes." Das ist nun wirklich der Geist von „Fatherland". Diese in konservativen Kreisen Großbritanniens, speziell Englands, zum Teil recht populären Vorstellungen der Umsetzung alter Nazi-Träume durch die deutsch dominierte Europäische Union sind nun wirklich vergiftete Quellen. Sie haben gesagt, die EU ist letztlich nur ein Zweckverband. Also ich will und kann nicht der morgigen Diskussion vorgreifen, aber die Idee der europäischen Vereinigung in Westeuropa ist natürlich mehr gewesen als eine Stahlunion und mehr als ein Zweckverband, und zwar von Anfang an und nicht nur im geschlagenen und orientierungslosen Deutschland. Sie ist zumindest auch wesentlich zu erklären aus dem Widerstand gegen die Bedrohung durch den Kommunismus im Osten. Das zeigt nicht zuletzt die jüngste Sinnkrise der EU. In dem Moment, in dem die Bedrohung weggefallen ist, stellt sich die Sinnfrage erneut. Aber wieder einmal kann man, glaube ich, sagen, ex oriente lux. Die trotz mancher demütigender Zurückweisung immer noch große Bereitschaft in Mittel- und Osteuropa sich dieser Gemeinschaft anzuschließen, zeigt, daß es den Menschen nicht nur um Bananen ging und geht, wie während der deutschen Wiedervereinigung von dem einen oder anderen suggeriert. Ich meine, man sollte in dieser Stadt der Montags-Demonstrationen ruhig sagen, daß es den Menschen sehr wohl um Freiheit und Demokratie geht. Das wissen viele Menschen in Mittel- und Osteuropa vielleicht nur besser als wir. Schönen Dank.

Schiedermair: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Sowohl das Thema des heutigen Nachmittags wie auch die beiden soeben gehörten Referate haben mich außerordentlich bewegt, weil ich mich daran erinnert habe, daß *Hermann Mosler*, mein verehrter akademischer Lehrer, im Jahre 1966 eine vierstündige Vorlesung im Rahmen des Studium generale in Heidelberg über die Staatsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus gehalten hat. Im Gegensatz zu einem vielfach gehörten und weit verbreiteten Vorurteil kann man also feststellen, daß nicht erst heute über dieses heikle Thema gesprochen wird. Ich hatte damals das Glück, zur Vorbereitung der Vorlesung etwa vier Monate lang Quellenstudien zu betreiben, und ich freue mich darüber, daß uns beide Referenten in einer Frage Erkenntnisse vorgetragen haben, die ich auch in meinen Quellenstudien gewonnen habe, und an denen ich bis heute festhalte. Diese Erkenntnis besteht darin, daß es ein spezifisch nationalsozialistisches Verfassungsrecht nicht gegeben hat. Man war sich zwar einig in der Abkehr von liberaldemokratischen Vorstellungen, doch gab es hierfür keinen positiven verfassungsrechtlichen Ersatz. Dies lag nicht etwa daran, daß es keinen nationalsozialistischen Staat gegeben hat. Den nationalsozialistischen Staat gab es in der Tat, und man kann ihn mit dem Begriff des totalitären Bewegungsstaates gut charakterisieren. Nicht die Rivalität zwischen Partei und Staat, sondern die Unterwerfung des Staates unter die Partei war das typische Kennzeichen auch dieses totalitären Bewegungsstaates. Daß es keine nationalsozialistische Staatsrechtslehre gab, hat also einen anderen Grund. Das Fehlen einer nationalsozialistischen Staatsrechtslehre hatte seinen Grund in der Tatsache, daß es keine nationalsozialistische Verfassung gab. Dies wurde von den damaligen Anhängern des Systems auch so gesehen. So begründete *Reinhard Höhn* das Fehlen einer nationalsozialistischen Verfassung mit der kurzen und überdies von den Kriegsjahren geprägten Dauer der neuen Herrschaft. Dies führte *Höhn* zu dem Schluß, daß eine neue nationalsozialistische Verfassung erst nach dem Krieg geschaffen werden könne. Er selbst hielt sich zusammen mit seinen im liberaldemokratischen System großgewordenen Kollegen für unfähig, diesen Schöpfungsprozeß maßgeblich zu gestalten. Dazu bedürfte es erst einer neuen Generation, die im reinen nationalsozialistischen Gedankengut aufgewachsen und mithin in der Lage sei, eine echte nationalsozialistische Verfassung zu schaffen. In diesen Tönen wurde das Fehlen einer nationalsozialistischen Verfassung und damit auch einer nationalsozialistischen Staatsrechtswissenschaft begründet; denn was ist die Staatsrechtswissenschaft ohne eine Verfassung?

Mit meiner zweiten Bemerkung will ich auf einen Tatbestand hinweisen, der mich ebenfalls bewegt. Ich glaube, daß man bei der Be-

schäftigung mit dem Problem der Staatsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus auch den Versuchen oppositioneller Stimmen – *Hans Peters* wurde erwähnt – ein besonderes Augenmerk schenken sollte. Dies kann unter dem Blickwinkel von heute ungemein schwierig sein. So erinnere ich mich, daß *Wilhelm Grewe*, dessen wir heute gedacht haben, einmal in einem gemeinsamen Seminar darauf hingewiesen hat, daß die Sprache, die man damals zu sprechen und zu schreiben gezwungen war, um Opposition herüberzubringen, nur von Eingeweihten, von später Geborenen aber oft nicht mehr verstanden werden konnte. Man gab, schon um das Druckpapier und die Druckerlaubnis zu erhalten, im Vorwort ein Weihrauchopfer und dann wurde Wissenschaft betrieben. Die Eingeweihten verstanden dies. Auch will ich an *Ernst Friesenhahn* erinnern, der 1934 an einem versteckten Ort, nämlich der Festschrift für eine Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie, eine Arbeit über den politischen Eid veröffentlicht hat, ohne die Worte Adolf Hitler oder Nationalsozialismus überhaupt zu erwähnen. Jeder Eingeweihte wußte jedoch, daß allein schon in der Wahl des Themas eine Mahnung an den Führer der nationalsozialistischen Revolution enthalten war, wie er es denn mit seinem Eid auf die Weimarer Verfassung gehalten habe. Es gab noch andere Beispiele, zu denen *Hans Helfritz* gehört, der dankenswerterweise auch von Herrn *Pauly* erwähnt worden ist. Dazu sollte man anmerken, daß *Helfritz* als Monarchist ein wilder Gegner der Weimarer Republik und ein ebenso entschiedener Gegner der Nationalsozialisten gewesen ist, die er für hergelaufenes Gesindel hielt. Der Staatsakt in Potsdam, der die Versöhnung der Nationalsozialisten mit der preußischen Tradition symbolisieren sollte, war für ihn ein schlichter Greuel. So zog er denn auch Mitte der dreißiger Jahre zur Verteidigung des Rechtsstaates mit zwei Artikeln in der Juristenzeitung und in der Kölnischen Zeitung gegen die Nationalsozialisten zu Felde. Dies nahm der nationalsozialistische Rechtswahrerbund zum Anlaß, um in seiner Zeitschrift Deutsches Recht eine Kampagne gegen *Helfritz* anzuzetteln. Im Deutschen Recht kann man dann lesen: Wo kommen wir hin, wenn wir die Errungenschaften unserer Revolution von den Altnationalen im Bündnis mit den Zentrumskatholischen – gemeint war hier die Kölnische Zeitung – in Frage stellen lassen? *Carl Schmitt* war dann auch gleich zur Stelle, um für die Gleichgestaltung der Juristenzeitung zu sorgen und selbst deren Herausgeberschaft zu übernehmen. Später ist dann die Juristenzeitung in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht aufgegangen.

Ernst Friesenhahn hat einmal bei Gelegenheit eines goldenen Doktorjubiläums in nachdenklicher und feinsinniger Weise beschrieben, daß es unter den Professoren neben den nationalsozialistischen Gesinnungs-

tätern eben auch viele gegeben hat, denen nach der Festigung des Regimes nichts anderes übrig blieb, als sich „durchzuschmuggeln, ohne sich zu verkaufen". Eine dritte Gruppe hat er dabei allerdings nicht erwähnt. Zu dieser Gruppe gehörten jene, die ohne Rücksicht auf ihre Überzeugung aus reiner Eitelkeit nach Karriere und Macht in der neuen Zeit gestrebt haben. Die Eitelkeit aber ist eine große Versuchung, die nicht nur bei Professoren und Juristen, sondern bei allen Menschen stets anzutreffen ist, wenn es um den Aufbruch in eine vermeintlich neue Zeit geht.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schiedermair.* Erlauben Sie mir zwei Bemerkungen zur Klarstellung. Erstens, das Manuskript von Herrn *Mosler* liegt beiden Referenten vor, und ich nehme an, sie werden es zitieren. Herr *Mosler* hat es, als er von dem Thema hörte, sofort mit mir besprochen und ist völlig damit einverstanden, daß dieses Manuskript verwertet wird. Zweitens, die Arbeit von *Friesenhahn* über den politischen Eid war seine Dissertation, ist ungefähr 1928 erschienen. Der Aufsatz, von dem Sie sprechen, ist mir nicht deutlich, aber die Arbeit über den politischen Eid war veröffentlicht, das war völlig bekannt. Vielen Dank. Herr *Häberle,* bitte.

Häberle: Verehrte Kolleginnen und Kollegen. Die beiden Referate sind mit Recht überaus positiv gewürdigt worden. Ich möchte sogleich auf drei Diskussionsthemen eingehen, die in den letzten 20 Minuten auch dank der eindrucksvollen Referate angeschnitten worden sind. *Erstens* ein Wort zu der von Herrn *Schuppert* aufgeworfenen, wohl zentralen Frage nach der „Maßstäblichkeit" unserer Wissenschaft. Sie ist zum einen von der Rechts- bzw. Verfassungsgeschichte her zu gewinnen, zum anderen von der substantiellen Verfassungsvergleichung aus. So hätten die Federalist Papers der USA, die rule of law-Idee, die französische Erklärung von 1789, das Prinzip Öffentlichkeit schon in der Weimarer Zeit von der Staatsrechtslehre als Klassikertexte fruchtbar gemacht werden müssen und können – als Orientierungswerte, und es ist mir unbegreiflich, warum die sonst so hochstehende Weimarer Staatsrechtslehre, auf deren „Schultern als Riesen" wir Zwerge von heute stehen, nicht im in Raum und Zeit rechtsvergleichenden Ansatz erfolgreich wissenschaftliche Vorratspolitik getrieben hat, um die Degeneration unseres Volkes in den 30er Jahren zu verhindern. – Die *zweite* Frage knüpft an den Beitrag von Herrn *Starck* an: Wir sollten nicht vergessen, daß unsere nationale Staatsrechtslehre eingebettet war in die geistige Situation aller Wissenschaften und Künste jener Zeit. Namen wie *Spengler, Ernst Jünger* oder *George* bleiben relevant, als Hinweis auf

den Irrationalismus jener Jahre. Ich zitiere ungern *Richard Wagner*: aber nicht sein geniales Wort aus dem Parzival „Zum Raum wird hier die Zeit", sondern seine unsägliche Schrift „Das Judentum in der Musik", das fatal Pamphlete anderer vorweg nimmt. Im übrigen: Wie konnten nur so hochgebildete Juristen der Weimarer Zeit versagen? Warum haben sie nicht ihr eigenes humanistisches Bildungsideal als alteuropäisches Erbe in Stellung gebracht? Im Verbund mit den jedermann bekannten Klassikertexten wie der Ring-Parabel von Lessing oder dem Wahrheits- und Wissenschaftsideal eines *W. von Humboldt*. Damit hätte sich z.B. der ganze Rassenwahn erledigt. Auf einer unvergesslichen Israel-Reise mit *Ernst Friesenhahn* (1962), Herr *Hans Meyer* war damals ebenfalls dabei, fragte dieser große Verfassungsrichter der ersten Stunde in einem Kamingespräch, warum die meist klugen, besten Juristenköpfe seinerzeit so versagten. Freilich haben wir Juristen kaum eine persönliche Garantie dafür, daß wir nicht aus Opportunimus angesichts ähnlicher Fehlentwicklungen ebenso versagen. – Meine *dritte* Frage knüpft an das Votum von Herrn *Stolleis* an. Wir sollten eine Art vergleichender Umschau in ganz Europa leisten. Manch andere Staatsrechtslehrergemeinschaft versagte auf ihre Weise. Bei allen Unterschieden zwischen dem NS-Regime und dem italienischen Faschismus, etwa dem dort fehlenden Rassismus bzw. Antisemitismus (freilich sind die Kollegen *Schefold*, *Denninger* und Frau *Staff* die besseren Kenner): In Italien mußten alle Professoren in den 30er Jahren einen Eid auf Mussolini bzw. den faschistischen Staat leisten, aus Opportunismus taten dies fast alle italienischen Staatsrechtslehrer (ich hätte vermutlich ebenfalls versagt). Darunter sind große Namen von Juristen, die später in der verfassunggebenden Versammlung Italiens 1947 ihr Bestes gaben als Beitrag zu der damals so geglückten neuen Verfassung. Zuletzt ein Blick auf Franco-Spanien. Viele Staatsrechtslehrer, Politologen und Rechtsphilosophen nahmen zum Glück die Möglichkeit wahr, nach Lateinamerika ins Exil zu gehen. Diese Juristen-Elite kam nach dem Ende der Franco-Diktatur nach Spanien zurück und baute dort die heute blühende Universitäts- und Wissenschaftslandschaft auf. Andere wurden nach einem Bürgerkrieg Opportunisten, andere verstummten oder wandten sich (wie in Deutschland) Spezialgebieten wie dem Verwaltungsrecht oder der Verfassungsgeschichte zu. In bezug auf den mit *Leibholz* später zusammenarbeitenden berühmten *Sanchez Agesta*, einen Vater der vortrefflichen Verfassung von 1978, ist verbürgt, daß er in Madrid seine Vorlesung Verfassungsgeschichte immer mit dem Jahr 1936 enden ließ. Wir sehen, wie ergiebig „Parallelwissenschaftsgeschichte" sein könnte. So müssen wir auch einen vergleichenden Blick auf das Salazar-Portugal und das Papadopolus-Griechenland werfen

bzw. auf die dortigen nationalen Wissenschaftlergemeinschaften. Auch dort gab es korrupte Mitläufer und die ganze Palette der Formen von menschlichem Versagen, da wir eben alle halbe Sünder sind, auch vom „Fach" aus.

Bullinger: Meine sehr verehrten Damen und Herren, die beiden Referate haben in beeindruckender und bedrückender Weise aufgezeigt, was nach 1933 gedacht und geschrieben wurde. Aber sie haben nicht die Frage beantwortet, woher diese Ideen kamen und wo sie geblieben sind. Diese Frage mußte ich mir zum ersten Mal stellen, als ich als Dekan einen Nachruf auf einen sympathischen Kollegen halten mußte, auf *Hans Gerber*, meinen Vorvorgänger. Bei der Durchsicht seiner Schriften habe ich festgestellt: Was er nach 1933 geschrieben hatte, entsprach dem, was unsere Referenten aufgezeigt hatten. Fast dasselbe aber hatte er schon seit 1919 geschrieben. Das, meine sehr verehrten Damen und Herren Kollegen, hat mich zutiefst erschreckt und zu der Frage gebracht, wo dieses Denken herkam. *Hans Gerber* war von einer deutschkonservativen, durch die deutsche Romantik geprägten Grundhaltung bestimmt. *Achim von Arnim* etwa hatte schon im 19. Jh. einen Antisemitismus bis hin zur Forderung nach einer Ausmerzung dieses Geschwürs am deutschen Volkskörper vertreten. Das Unmenschliche dieses Denkens kam erst später voll zum Bewußtsein. Im vergangenen Jahr habe ich in der Juristenzeitung die Herkunft des Vertrauensschutzes aus einem germanistisch-romantischen Denken, seine Übernahme in der Hitler-Zeit und seine Fortführung heute dargestellt. Wir dürfen uns nicht allzu sehr erheben über ein Denken, das wir in mancher Weise fortführen, ohne es zu wollen und oft ohne es zu wissen. Wie weit ist unser Denken zu unkritisch von dem übernommen worden, was vor 1945 gedacht oder von einer älteren Denkschicht weitergeführt wurde? Erst wenn dies geklärt ist, kann man die Zwischenphase des Nationalsozialismus richtig einordnen.

Bayer: Ich habe zwei Bemerkungen. Meine erste Bemerkung, Herr *Stolleis*, Sie haben davon gesprochen, daß das Thema, das uns hier heute beschäftigt, heute zum ersten Mal auf die Tagesordnung der Vereinigung gekommen wäre. Ich darf dieses ein ganz klein wenig korrigieren. Diese Vereinigung hat sich mit dem Thema nolens volens schon im Jahre 1968 beschäftigen müssen. Die Initiative ging freilich nicht von der Vereinigung selbst aus, sondern von den rebellierenden Studenten der 68er Generation. Wir tagten damals in Bochum und auf der Balustrade vor unserem Tagungsraum hatten sich Studenten versammelt, die nun vehement nur die eine Forderung stellten: Diskussion, und

zwar vor allem Diskussion über das, was Staatsrechtslehrer wie *Scheuner* und *Maunz* geschrieben hatten. Herr *Frowein* gehörte damals der Bochumer Juristenfakultät an, Rektor war zur damaligen Zeit der jetzige Ministerpräsident des Freistaates Sachsen. Sowohl Herr *Biedenkopf* wie auch Herr *Frowein* haben sich nach meiner Erinnerung redlich bemüht, die Atmosphäre zu beruhigen, vor allem die Versammlung zu beruhigen und die Studenten dazu zu bewegen, die Balustrade zu verlassen. Letzten Endes ist das dann auch – Einzelheiten können hier nicht interessieren – gelungen, nur mit dem Thema als solchem waren wir damals ganz unmittelbar, nämlich ganz persönlich konfrontiert. Meine zweite Bemerkung: Es ist hier dem Vorstand Dank dafür gesagt worden, daß er das Thema auf die Tagesordnung gesetzt hat. Man kann die Dinge natürlich nun auch ein bißchen rumdrehen und kann sich die Frage stellen, warum geschieht das erst jetzt im Jahre 2000. Ich gehöre der Generation an, die die meisten der heute hier Zitierten noch persönlich erlebt hat und meine Antwort auf die Frage, warum nicht schon früher, würde wie folgt lauten: Ich glaube, diese Vereinigung hat über Jahrzehnte hinweg nicht den Mut gehabt, die, um die es hier heute ging, direkt vor die Frage zu stellen, Ihr habt geirrt, warum gebt Ihr nicht zu, daß Ihr geirrt habt? Ich habe in der Literatur nur einen einzigen Hinweis dieser Art gefunden, nämlich *Ottmar Bühler* hat sich einmal in „Steuer und Wirtschaft" in einer Fußnote sehr förmlich dafür entschuldigt, daß er in den späten 30er Jahren dem nationalsozialistischen Steuerrecht gehuldigt hätte. Ich kenne die Literatur im ganzen nicht, bis jetzt gehe ich davon aus, daß es keine weiteren diesbezüglichen Entschuldigungen gibt. Danke schön.

Böckenförde: Meine Damen und Herren, ich möchte den Dank an den alten und den neuen Vorstand nochmals unterstreichen. Herr *Starck* hat dieses Thema angeregt in Heidelberg und der neue Vorstand hat es dann aufgenommen. Das war in der Tat eine mutige Entscheidung. Ich selbst habe ja 1993 aus Anlaß des 50. Jahrestags der Machtergreifung in einem Seminar in zwei Semestern das Thema aufgegriffen und ich weiß, ich war damals ein Einzelkämpfer und welchen Schwierigkeiten das ausgesetzt war. Vielleicht hätte es auch früher kommen können, aber wir sollten dankbar sein, daß es gekommen ist.

Ich möchte dann auch den beiden Referenten besonders danken für die sehr kundige Behandlung dieses schwierigen Themas, und zwar als Sachproblem und als Zeitproblem in der historischen Dimension. Sie sind der Versuchung nicht erlegen, das Thema aus der Perspektive eines selbsternannten moralischen Gerichtshofs zu behandeln. Ich glaube, daß dadurch gerade die Sache und das, was uns alle ja irgendwie betrifft,

fruchtbar diskutiert werden kann. Wenn man die Fragen moralisch stellt, dann findet man den Schuldigen, dann ist das Problem erledigt, oder man findet ihn nicht, dann ist es auch erledigt und die Sache bleibt undiskutiert. Die Analyse und Beschreibung, die gegeben worden ist, war nach meinem Dafürhalten eine sehr differenzierte. Sie hat auch gar nicht versucht, das Thema damit sozusagen schon voll abzuarbeiten, aber beide Referenten haben einen sehr fruchtbaren Einstieg geliefert für die weitere Diskussion und Behandlung.

Ich möchte dazu drei Gesichtspunkte einfach einmal in den Raum stellen. Erster Gesichtspunkt: Welche Situation und Gestimmtheit muß es am Ende der Weimarer Republik gegeben haben, daß ein so weitgehender antiliberaler und antirechtsstaatlicher Grundzug zu vernehmen ist bei einem großen Teil der Staatsrechtslehre, und zwar auch von Personen, deren Qualifikation als Juristen und Rechtswissenschaftler unbestritten ist. Das ist ja das, was einen immer zum Nachdenken anregt. Ich komme damit zurück auf das, was Herr *Doehring* schon erwähnt hat. Was war das damals für eine Situation, was war das für eine allgemeine Gestimmtheit, daß so ein breiter Strom auch mit Emphase auftritt, wenn man das liest, man merkt ja, daß mehr als das, was nun wie immer geltendes Recht geworden ist, interpretiert wird. Nein, es steckt eine Emphase dahinter, ich möchte sagen, ein ideologischer Überspann. Woher kommt das? Und das ist auch wieder die Frage nach den Grundlagen und Wurzeln. Das ist ja nicht vom Himmel gefallen 1933.

Zweiter Gesichtspunkt: Was tut eine Staatsrechtslehre in einer Herrschaftsform, die auf Staatsrechtsaufhebung und generell auf Feindschaft zu formalem freiheitsschützenden Recht zielt? Sie kann einmal resignieren und verstummen, ausweichen in Geschichte oder Randprobleme. Sie kann versuchen, die staatsrechtlichen Elemente, wobei zum Staatsrecht immer Differenzierung, Begrenzung, Kompetenzunterscheidung usw. gehört – ich erinnere mich auch an den Vortrag von Herrn *Mosler*, ich habe ihn in Heidelberg mit angehört –, zu erhalten und insofern retardierend zu wirken gegenüber dem wachsenden Zugriff etwa der Partei. Oder aber, sie kann aufspringen auf den neuen Wagen. Wenn sie das tut und soweit sie das getan hat, hat sie natürlich einen Beitrag geleistet, um das Staatsrecht in dieser begrenzenden und ordnenden Funktion selbst mit aufzuheben und zu zerstören. Der dritte Gesichtspunkt ist schon angesprochen worden in beiden Referaten, aber bedarf, glaube ich, noch der weiteren Erörterung: Wie weit kommt es trotzdem zu einer Aufnahme und Verarbeitung neuer Entwicklungen und Herausforderungen? Man kann nicht das ganze abtun, ja das war ein Abfall oder Rückfall oder irgendwie eine Katastrophe, sondern da liegt Mehreres ineinander. Ich darf nur an das erinnern, was zum analytischen Potential

der völkerrechtlichen Großraumordnung und der Daseinsvorsorge gesagt worden ist. Das sind Hervorbringungen auch aus und in dieser Zeit.

Abschließend sollten wir uns fragen, welcher Gefährdung unterliegt denn die Staatsrechtslehre als notwendig politisch affizierte Wissenschaft. Kaum ein Fach der Rechtswissenschaft ist der Politik so nahe und so eng mit ihr verbunden vom Gegenstand her, wie die Staatsrechtslehre. Und die Gefährdungen heute sind natürlich andere. Man sagt, der Teufel kommt niemals zweimal durch die nämliche Tür. Das führt zu den Fragen nach den Maßstäben und Grundfesten. Hat also die Staatsrechtslehre in der NS-Zeit – ja, man kann die Frage so stellen – hat sie die Rechtskultur bewahrt oder hat sie sie verraten? Aber diese Frage, die müssen wir auch für die Gegenwart stellen. Wo liegen die Gefährdungen, daß *wir* möglicherweise Rechtskultur nicht bewahren und stärken, sondern vielleicht aufgeben. Das liegt heute nicht im politischen Bereich, sondern wenn, dann in anderen Bereichen. Jeder kann sie benennen.

Thieme: Ich erinnere mich noch sehr deutlich an die Mitgliederversammlung der Staatsrechtslehrertagung des Jahres 1955 in Hamburg. Da die Diskussionen der Mitgliederversammlung nirgends öffentlich dokumentiert werden, ist es sicherlich gut, wenn das, was ich heute berichte, durch diesen Diskussionsbeitrag der Öffentlichkeit bekannt wird.

Auf dieser Mitgliederversammlung – ich war damals gerade als Privatdozent in die Vereinigung aufgenommen worden – spielte sich eine harte und erregte Diskussion über die Aufnahme einiger Staatsrechtlehrer ab, die eine braune Vergangenheit hatten. Vor 45 Jahren ist das Thema, über das wir heute sprechen, auch Gegenstand der Diskussion gewesen. Es ist damals durchaus nicht totgeschwiegen worden – im Gegenteil. Man hat damals in der Mitgliederversammlung in aller Klarheit gesagt, daß *Schmitt, Höhn, Koellreuter* und einige andere für eine Aufnahme in die Vereinigung nicht in Frage kämen. Über andere Professoren ist lange gerungen worden. Die Namen sind damals deutlich genannt worden. Manche haben die Aufnahme geschafft, obwohl es sachlich zweifelhaft war. Vor allem unsere Schweizer Kollegen haben die deutschen Kollegen damals sehr klar auf die Grenzen hingewiesen, die zu ziehen waren.

Ich möchte noch etwas Zweites sagen. Das ist das Schicksal der jungen Wissenschaftler, die in der Mitte der dreißiger Jahre Nachwuchs waren. Ich darf das am Beispiel meines verehrten Lehrers, des verstorbenen Ehrenpräsidenten unserer Vereinigung *Hans Peter Ipsen* darlegen.

Ipsen hatte 1932 bei dem jüdischen Professor *Kurt Perels* eine Dissertation geschrieben und hat *Perels* bis zu dessen Freitod die Treue gehalten. Angesichts der Qualität der Arbeit wurde *Ipsen* aufgefordert, sich zu habilitieren. Die Arbeit über „Justiz und Politik" war für jeden, der lesen konnte, in einer Zeit des Unrechts der Versuch, den Rechtsstaat zu bewahren – soweit es ging, sicherlich nicht nach den Maßstäben des Grundgesetzes. Damals hatte *Ipsen* deswegen Schwierigkeiten, auf einen Lehrstuhl berufen zu werden; die Gauleitung der NSDAP legte sich quer. Nach 1945 haben ihn Jüngere, die die Zeit vor 1945 nicht bewußt miterlebt hatten, angegriffen, weil er die Probleme in der Mitte der dreißiger Jahre nicht nach den Maßstäben des Grundgesetzes bewertet hat. Das Urteil überlasse ich Ihnen.

Gallwas: Herr *Pauly*, ich habe ein Problem mit Ihrer These 13 und mit Ihrem Schlußsatz: Sie schreiben, so gesehen lebe die Staatsrechtswissenschaft von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren könne. Ich hätte überhaupt keine Einwendungen, wenn Sie statt dessen formuliert hätten, daß die Staatsrechtswissenschaft von 1933 bis 1945 von Voraussetzungen gelebt habe, die sie selbst nicht garantieren konnte. So wie Sie es formuliert haben, wirkt es indessen in einem ganz spezifischen Sinn demoralisierend. Ich meine, den Verzicht auf normative Bewertungsmuster können wir uns als Staatsrechtslehrer nicht leisten. Dafür haben wir auch einen positiv-rechtlichen Ansatz. Ich erinnere an die Formel, daß die Freiheit der Lehre nicht von der Treue zur Verfassung entbindet. Das war vor 1933 eine Selbstverständlichkeit und als solche nicht normierungsbedürftig. 1949 hat man sie in das Grundgesetz geschrieben, weil man erleben mußte und erlitten hat, daß es keine Selbstverständlichkeit mehr gewesen war. Ich meine, daß angesichts dieser Formel des Grundgesetzes Ihr letzter Satz vielleicht doch einer Relativierung zugänglich wäre und sein müßte.

Meyer: Herr *Dreier*, Sie haben in der These 2 auf das hingewiesen, was Herr *Starck* vermißt hat, daß es vor 1933 und nachher Kontinuitätslinien gibt. Liest man nach, so sind es immer negative Einstellungen. Egalitäre Grundrechtstheorien gelten ebenso als diskreditiert wie der Parteienpluralismus usw. Es muß aber doch irgend etwas Positives gegeben haben, das die Kollegen damals dazu gebracht hat, sich dem neuen System zuzuwenden, sich ihm anzudienen, und zwar jenseits des Opportunismus. Ich frage mich, was war denn das Positive. Herr *Doehring*, die Begeisterung für die Bewegung des Aufbruchs allein kann es ja nicht gewesen sein. Herr *Bachof* hat schon darauf hingewiesen, daß die Leute klug genug waren, zu differenzieren zwischen emotionaler Be-

wegung und rationalen Überlegungen. Meine Frage ist, ob nicht ein Punkt – und das wäre vielleicht der Übergang zur morgigen Sitzung – die Tatsache ist, daß *Forsthoff* im „Totalen Staat" zum Schluß geschrieben hat, der totale Staat sei der Höhepunkt des Nationalstaates, seine Erfüllung. Müssen wir uns nicht überlegen, ob nicht unsere Vorstellungen vom Nationalstaat differenzierter sein müssen, als sie es möglicherweise sind?

Sachs: Mir scheint, ein Teil des Problems liegt einfach darin, daß unser Gegenstand, das uns beschäftigende Dogmatische der Staatsrechtslehre, in vielem innerlich sehr offen ist und vom jeweiligen Zeitgeist dann durchdrungen und umgeprägt wird. Beispielsweise hat mir das der Gleichheitssatz gezeigt, wo es heute immer heißt, Gleiches muß gleich behandelt werden; ein mir persönlich nicht zusagender zweiter Teil heißt dann: Ungleiches muß auch ungleich behandelt werden. Das galt auch in der Weimarer Republik, das galt auch nach 1933. Es wurden Doktorarbeiten geschrieben, die haben genau das in dieser Phase vertreten, auch natürlich: Das, was nicht mehr artgleich war, mußte eben ungleich behandelt werden. Das ging fugenlos in der Kontinuität der Staatsrechtsdogmatik so weiter. Auf der anderen Seite gab es Kontinuitäten über 1945 hinaus: Denken wir an § 175 StGB, durchaus aus der NS-Zeit herzuleiten, wenn auch da nicht in seinen frühesten Ursprüngen angelegt. Das Bundesverfassungsgericht hat bis Ende der 50er Jahre gesagt, Homosexualität ist ein eindeutiger Verstoß gegen das Sittengesetz, und solche Leute im Gefängnis belassen; es war also gar kein Problem. Nur ein zweiter Punkt, der jetzt gar nichts mehr mit dem Vorigen zu tun hat: Wo wir hier in Leipzig zu diesem Zeitpunkt sind, wäre es ja auch vielleicht einen Vergleich wert gewesen, ohne in Totalitarismusparallelität zu verfallen, über die Staatsrechtslehre in der DDR nachzudenken, deren Protagonisten ja noch leben, wenn sie auch nicht unter uns sind. Vielen Dank.

Eckart Klein: Ich habe eine Frage an die Referenten und möchte eine Bemerkung machen. Die Frage ist die folgende: Wir haben gehört, daß es keine nationalsozialistische Staatsrechts- oder Staatslehre gab und deswegen heißt ja unser Thema auch „Staatslehre in der oder Staatsrechtslehrer in der Zeit des Nationalsozialismus". Trotzdem, auch wenn uns gesagt wurde, daß der Staatsrechtslehre ihr Gegenstand abhanden kam, vielleicht weil es keine Verfassung gab, trotzdem die Frage, gab es Überlegungen über die Zeit des Führers Adolf Hitler hinaus? Gab es überhaupt ein Nachdenken über diese Zeit danach oder war alles derartig personalfixiert, daß man überhaupt den Aufbau einer Verfassung,

die ja eigentlich personenunabhängig ist, nicht ins Auge gefaßt hat. Es gab ja „objektive" Elemente, die personenunabhängig waren, etwa die Rassenideologie oder auch das Großraumdenken, aber auch das läßt sich letztlich auf einen Punkt zurückführen. Und das entscheidet ja vielleicht auch über die Bedeutung einer Verfassung. Die Bemerkung ist die folgende: Der Nationalsozialismus oder seine Protagonisten waren nicht die ersten, die die europäische Idee für sich vereinnahmt haben. Wenn man etwa die Biographie von *Emil Ludwig* über Napoleon liest, dann sieht man, daß auch hier beklagt wird, daß der Versuch der Einigung Europas scheiterte, der natürlich der Versuch war, Europa unter französischer Hegemonie zu einigen. Ich wollte mit dieser Ergänzung darauf aufmerksam machen, daß die politische Vereinnahmung der europäischen Idee durch den Nationalsozialismus keine einmalige Erscheinung gewesen und daß alle diese hegemonialen Bestrebungen natürlich nichts mit der europäischen Einigung unserer Tage zu tun haben.

Küchenhoff: Ich möchte anknüpfen an das, was am Anfang der Diskussion Herr *Doehring* und Herr *Bachof* gesagt haben, insbesondere etwas über die unterschiedlichen Altersgruppen sagen, die vor die Probleme der Jahre 1932/33 gestellt waren. Ich habe lange überlegt, ob ich mich melden sollte. Es geht natürlich um meinen Vetter Günther, der 15 Jahre älter ist als ich, Jahrgang 1907, von dem ich weiß, wie sehr er auch emotional getönt war. Er hat mir einmal gesagt, als ich ihn auch nach diesem Bereich fragte, er sei also ein leidenschaftlicher Anhänger von *Stefan George* gewesen und hat alles dieses Emotionale dann aufgenommen und dann eben auch in dem, was Sie von ihm kennen und was hier in Anspruch genommen wurde, verarbeitet. Ich wollte dann aber etwas ausführlicher Stellung nehmen zu dem, was die Referenten ja in hervorragender Weise in der immer noch zu kurzen Zeit solcher Referate haben sagen können. Ich möchte Sie alle hinweisen auf eine gerade erschienene Dissertation von einem *Lothar Becker*. Sie ist veröffentlicht bei Mohr in den Beiträgen zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts und behandelt das Geschehen, das Werden des AöR nach der Machtübernahme ganz ausführlich, wo also drinsteht, wie die einzelnen Mitglieder der alten Redaktion und mit welchen Begründungen und nach welchen Auseinandersetzungen insbesondere *Triepel* und *Smend* ausgeschieden sind. Eine ausführliche Arbeit mit zahlreichem wissenschaftlichen Apparat. Dann will ich zu einer Erinnerung geben, die mit unserem Thema nichts zu tun hat, aber da wurde ja die Bochumer Tagung erwähnt. Da wissen ja nun die meisten nicht mehr, wie es da zugegangen war. In der Tat, das war die Zeit der sog. Studentenbewegung, wo die in der Pause, als die Fenster geöffnet wurden, die Fenster blockiert

haben. Die Studenten brüllten im Sprechchor Öffentlichkeit, direkte Öffentlichkeit und es ging also gar nicht weiter. Da wurde versucht, den damaligen Rektor zu bitten, die Polizei auf den Campus zu holen, das hat aber Herr *Biedenkopf* abgelehnt. Daraufhin fand die Diskussion an dem Nachmittag dieses Tages nicht statt und am nächsten Tag zogen wir um in das Polizeipräsidium am Bochumer Bahnhof und dort ging es um die Studentenschaft, was womöglich aber die inhaltlichen Einstellungen zu dem Thema der verfaßten Studentenschaft und Staatsrecht mitbeeinflußt hat. Ich wollte nur aus dieser persönlichen Erinnerung, weil das schon angesprochen war, darauf hinweisen, denn die meisten hier, die waren da nicht und haben es so vielleicht auch nicht gehört. Danke schön.

Vogel: Da ich schon einen Zwischenruf gemacht habe, habe ich mir lange überlegt, ob ich mich überhaupt noch zu Wort melden sollte. Aber mir scheint es doch geboten, auf einen Gesichtspunkt hinzuweisen, der in den Referaten nicht behandelt wurde, und das ist die unterschiedliche Qualität der Beiträge von Staatsrechtlern zu nationalsozialistischen Theorien. Gewiß, „Qualität" ist ein sehr schwierig zu bestimmender Begriff (siehe *Pirsig*), aber wir beurteilen ständig Qualität, wenn wir Examensarbeiten, Dissertationen und Habilitationen bewerten, also gibt es sie offenbar und eine Aussage über sie ist möglich, auch wenn Unschärfe dabei nicht zu vermeiden ist.

Wenn ich nun an meine lange zurückliegende Lektüre der hier behandelten Schriften als Student und Doktorand zurückdenke: mir ist damals aufgefallen, daß zwar alles sehr ideologisch, aber doch von höchst unterschiedlicher Qualität war. Vieles war, wie Herr *Mußgnug* vorhin sagte, ganz einfach „verquast". Anderem sah man den Opportunismus, das Ziel, sich einen Lehrstuhl zu „erschreiben", geradezu an. Aber es gab doch auch Staatsrechtler, die versuchten, die neue Situation von deren Voraussetzungen her konsequent zu durchdenken. Als Studenten hatten wir in einer Übungsarbeit die Einordnung einer Richtlinie des Reichsministers Rust von 1934 unter die Kategorien des Grundgesetzes zu beurteilen: galt sie nach Art. 123 fort und mit welchem Rang? Damals bin ich auf *Ernst Rudolf Hubers* „Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches" gestoßen. Das Buch hat mich nicht zum Nationalsozialisten gemacht; davor schützte mich schon die Erziehung, die ich genossen hatte. Aber ich fand es doch in sich konsistent, von seinen Voraussetzungen her scharf durchdacht, und ich konnte mit ihm etwas anfangen, was ich mit anderer Literatur jener Zeit nicht konnte. Das wollte ich gern hinzufügen, wenn es gewiß auch nur ein nachgeordneter Gesichtspunkt ist.

Preuß: Ich möchte mich nicht zu der Frage der Staatsrechtslehrer, sondern der Staatsrechtslehre, d.h. der wissenschaftlichen Disziplin und ihrer Maßstäblichkeit äußern. Hier haben wir vor allem von Herrn *Dreier* gehört, daß das Versagen der Staatsrechtslehre aus dem Fortfall ihres Gegenstandes erklärbar ist, weil Staatlichkeit nach 1933 nicht mehr existierte. Andere haben das bestritten und mehr darauf hingewiesen, daß im Nationalsozialismus nicht so sehr der Staat untergegangen sei, sondern das Recht. Dies ist eine wichtige Frage, denn wenn wir sagen, daß die Staatsrechtslehre ihre Rationalität verliert, wenn sie in Gestalt des Staates ihren Gegenstand verliert, dann müssen wir skeptisch über unsere eigene Zukunft denken. Denn wir werden ja morgen, wenn wir über Europa sprechen, hören, daß hier eine Transformation spezifisch staatlicher Herrschaft in einen anderen Typus von nichtstaatlicher Herrschaft stattfindet. Wenn das mit einem Verlust an Rationalität unserer Wissenschaft einhergehen würde, dann hätten wir allen Anlaß, über den Gegenstand unserer Wissenschaft noch einmal nachzudenken. Eine zweite Bemerkung, die damit zusammenhängt: Wir sollten nicht vergessen, daß auch die Vorgängerordnung, nämlich Weimar, keineswegs der klassische liberale Rechtsstaat war, im Sinne dessen, was Herr *Häberle* schon erwähnte, nämlich im Sinne z.B. der Federalist Papers. Das war sozusagen das Modell liberaler Demokratie. Aber Weimar war ja im Grunde genommen auch diesem Modell gegenüber etwas historisch ganz Neues. Hier sollte das erste Mal eine moderne industrielle Massendemokratie nach den normativen Maßstäben des 19. Jahrhunderts verfaßt werden. Das bedeutet, daß der Bruch mit den Prinzipien der liberalen Demokratie epistemologisch und wissenschaftsgeschichtlich gar nicht unbedingt 1933, sondern möglicherweise bereits 1919 stattfand. Die Weimarer Verfassung war mit schwierigsten Herausforderungen konfrontiert, weil hier eine klassengespaltene Massengesellschaft als politische Nation konstituiert werden sollte, die Nation aber nicht mehr als gleichsam ideelle Gegebenheit vorausgesetzt werden konnte. Die Schwierigkeiten beginnen also im Grunde 1919 und damit auch das Problem von Kontinuität und Diskontinuität. Das ist eine Ergänzung zu dem, was Herr *Schuppert* vorhin zu der Suche nach den Maßstäben für unsere Wissenschaft sagte. Vielen Dank.

Zacher: Ich möchte mir alle Wiederholungen versagen, noch einmal zu formulieren, was an Gutem heute nachmittag schon gesagt worden ist. Aber eines kann ich mir nicht versagen, Ihnen allen, die für diesen Nachmittag verantwortlich sind, Dank zu sagen. Für ein Mitglied der Vereinigung meines Alters, das ja auch noch sehr vielen Menschen nahestand, die auf der einen und der anderen Seite an dem Geschehen, das skizziert

worden ist, beteiligt waren, war es eine Notwendigkeit. Vor allem war es gut, wie es geschehen ist, wie heute nachmittag diskutiert wurde.

Aber ein Detail grummelt noch in mir, das jetzt mit dem Allgemeineren gar nichts zu tun hat, sondern das auf die Intervention von Herrn *Doehring* zurückgeht. Er rekurrierte auf das Volk von Berlin. Auf die Begeisterung des Volkes von Berlin. Und als aufgewachsener Niederbayer muß ich da Herrn *Doehring* sagen: Sie haben Berlin genauso beschrieben, wie wir es uns in Niederbayern immer vorgestellt haben. Dies ist sozusagen der heitere Teil meiner Bemerkung. Der ernste Teil ist: Es gab auch Teile im Reich, die diese Begeisterung im Frühjahr 1933 noch nicht geteilt haben. Und meine niederbayerische Heimat hat dazu gezählt. Meine Eltern haben dazu gezählt und viele Leute meiner persönlichen Erfahrungsumgebung haben dazu gezählt. Die haben immer noch gehofft, daß es irgendwelche Leute gibt, die widerstehen. Natürlich haben sie auf so falsche Pferde gesetzt wie den Hindenburg. In Bayern haben sie auf so ein extrem falsches und abwegiges Pferd wie den Ritter von Epp gesetzt usw. Aber denen hätte es gutgetan, wenn es auch noch Staatsrechtslehrer gegeben hätte, die auch versucht hätten, noch etwas zu halten. Aber ich möchte noch eine andere Sicht hinzufügen. Auch Bayern hat ja seinen eigenen Zwiespalt gehabt. Bayern war ja die Hauptstadt der Bewegung, nicht nur hintennach von Hitler her dazu ernannt, sondern von vornherein als Ordnungszelle Bayern hat es seine eigene Trächtigkeit gehabt in diese Richtung. Der Schluß, den ich daraus ziehen möchte, ist, daß die Staatsrechtslehre nicht unmittelbar in dieser Weise, wie Sie, Herr *Doehring*, es beschrieben haben, auch dem Volk aufs Maul schauen darf und sich vom Volk nicht entmutigen lassen darf. Ich glaube, auch das gehört zu den Lehren, nach denen gefragt worden ist. Die Staatsrechtslehre muß aus all den Erfahrungen die Lehre ziehen, daß sie das Richtige aus sich heraus sucht.

Hollerbach: Ich habe zwei Fragen zu stellen und eine Bemerkung zu machen. Die erste Frage knüpft an die schon mehrfach aufgeworfene Frage nach den Wurzeln und Prägungen an. Dabei darf wohl ein Gesichtspunkt nicht außer acht gelassen werden, nämlich die Frage nach Prägungen, die möglicherweise aus Konfession, Kirche und Religion folgen. Es ist ja *Carl Schmitt* erwähnt und als Katholik vorgestellt worden. Auf der anderen Seite sind auch *Hans Peters* oder *Ernst Friesenhahn* diesem Themenkreis zuzuordnen. Zugleich wird mit der Nennung dieser Namen auch die ganze Spannungsgeladenheit in dieser Frage deutlich. Ich möchte dazu keine These vertreten, wollte aber ausdrücklich auf diesen Gesichtspunkt aufmerksam machen und fragen, ob die Referenten dazu etwas sagen können. In einem gewissen Zusammenhang

damit steht meine zweite Frage. Zum Staatsrecht gehört auch das Staatskirchenrecht, wenn wir das üblicherweise so richtig verstehen. Es gab in der Zeit des Dritten Reiches ja durchaus auch einige interessante staatskirchenrechtliche Publikationen, etwa von *Forsthoff* oder von *Werner Weber*, der heute schon in einem anderen Zusammenhang erwähnt worden ist. Mich würde interessieren, ob und inwieweit Sie in Ihren Zusammenhängen auf diese Publikationen gestoßen sind und wie Sie sie einordnen würden in die Würdigung der Entwicklung der Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Ich habe bei mir nicht durch Zufall – ich will gleich erklären, warum nicht durch Zufall – die Schrift von *Ernst Friesenhahn* „Staatsrechtslehrer und Verfassung". Ich möchte gerne eine einleitende Passage daraus zitieren dürfen, weil sie – wie ich finde – in mustergültiger Klarheit, wie sie *Friesenhahn* ohnehin eigen war, zeigt, wie sich die Staatsrechtslehrervereinigung 1949 dargestellt hat bei ihrer Wiedergründung. Darauf nimmt er nämlich Bezug: „Da fanden sich nun Professoren ein, die schon die Bismarcksche Verfassung in ihren Vorlesungen behandelt und, monarchisch konservativ geprägt, das Recht der Weimarer Verfassung nur mit Abneigung vorgetragen hatten. Andere Staatsrechtslehrer, die als begeisterte Vorkämpfer der Demokratie Kronjuristen der Weimarer Zeit waren, solche, die nach 1933 trotz grundsätzlicher innerer Ablehnung des Regimes im Amt geblieben waren und in kühler Distanz ihren Hörern die Kenntnis des positiven nationalsozialistischen Rechts vermittelt hatten und andere, die begeistert in die neuen Fanfaren eingestimmt und aus Überzeugung nationalsozialistisches Staatsrecht traktiert hatten. Solche, die in dieser Zeit aus dem Amt entfernt, kaltgestellt oder nicht zum Lehramt zugelassen waren, einige, die sogar die Gefängnisse und Konzentrationslager kennengelernt hatten und andere, die sich glücklich durch alle Wechselfälle hindurchgerettet hatten." Eine, wie ich finde, klassische Beschreibung der damaligen Situation. Warum ich diese Schrift nicht zufällig in Händen habe: Ich beschäftige mich gerade mit *Fritz Freiherr Marschall von Bieberstein*, einem weniger bekannten Freiburger Gelehrten, der aber 1925 sozusagen Furore gemacht hat mit seiner Rede in Reimform „Der Kampf des Rechtes gegen die Gesetze." Er gehört ja insofern auch in die Vorgeschichte dessen, was wir heute hier verhandeln. Da spielt natürlich genau die Frage, die vorhin von Herrn *Battis* in die Debatte geworfen worden ist, die Frage nach der Treue zur Verfassung eine nicht unwichtige Rolle, und deshalb habe ich mir diese Schrift von *Friesenhahn* wieder einmal zu Gemüte geführt.

Hohmann: Selten haben mich Referate so nachdenklich gemacht. Es gab Momente, da ist mir fast der Atem gestockt. Ich möchte erstmal da-

für danken. Ich will deswegen den Vorschlag, den zuerst Herr *Schuppert* gemacht und dann auch Herr *Preuß* angedeutet hat, aufgreifen und unterstützen, nämlich daß wir uns bemühen, auch Maßstäbe zu klären. Herr *Sachs* hat z.B. angedeutet, daß einige Argumentations-Figuren sehr beliebig sind. Ich frage mich und Sie, ob vielleicht folgendes praktikabel wäre, so etwas wie eine Ethik der Staatsbürgerbeziehung im Rahmen von Staatsrecht – ganz konkret etwa bei den allgemeinen Grundrechtslehren – zu inkorporieren. Einen gewissen Ansatzpunkt dafür haben wir etwa mit Art. 79 Abs. 3 GG. Man könnte versuchen, in diesem Rahmen auch historisch, oder, wie Herr *Häberle* vorgeschlagen hat, rechtsvergleichend auszuloten, ob und inwieweit dem Verfassungsrecht eine solche Minimal-Ethik zugrundeliegt (vgl. auch die Radbruch'sche Formel). Dies ist eine offene Frage, die ich an mich und Sie habe. Danke.

Lepsius: Ich danke vielmals für die mehrfache Nachfrage zu den Thesen meiner Dissertation, die ich Ihnen heute natürlich nicht im einzelnen vorstellen kann und insofern auf rege Lesebereitschaft hoffe. Vielleicht einen Punkt aufgreifend: Die Frage nach positiven Kontinuitätslinien war mehrfach gestellt worden. Meiner Beobachtung nach hat ein Punkt besondere Aufmerksamkeit verdient, nämlich die philosophische Gesamtsituation der Zeit. Meines Erachtens ist schon die Weimarer Republik durch eine Aufbruchsstimmung in der Philosophie und Erkenntnistheorie bestimmt worden. Lassen Sie es mich so formulieren: Es entsteht der Glaube, durch eine neue Form der Begriffsbildung auf eine höhere Stufe der Erkenntnis zu gelangen mit dem Ziel, über bekannte Aussagen von Rechtsbegriffen hinaus zu kommen. Dieses verbindet sich dann mit dem Nationalsozialismus, mit einer politischen Umwälzung, die dieses höhere Denken als politisch umsetzbar erscheinen läßt. Das vielleicht als Appetizer, den Rest müßten Sie dann selbst lesen. Lassen Sie mich bitte noch die Gelegenheit zu zwei Fragen nutzen. Die erste an Herrn *Dreier.* Herr *Dreier* hat uns ja eindrucksvoll geschildert, wie die Staatsrechtslehre in die Bedeutungslosigkeit versank. Auf der anderen Seite, das haben Sie gleichfalls erwähnt, gibt es ein Sammelsurium an Flugschriften. Also haben wir das interessante Phänomen, daß die tatsächliche Bedeutungslosigkeit mit einer Inflationierung des Schrifttums korrespondiert. Kann man die These wagen, daß die Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus um so bedeutungsloser wird, je mehr Engagement sie entfaltet? Je stärker sie politisch gestalten möchte, desto einflußloser wird sie, wenn es um ihr Hausgut, nämlich das Recht geht. Das wäre die Frage an Herrn *Dreier.* Die Frage an Herrn *Pauly,* ein bißchen muß ich auch sagen zu Herrn *Schuppert,* ist:

Ich habe mich gewundert, daß Sie, wenn ich Sie richtig verstanden habe, den Staatsbegriff als einen Erklärungsansatz zur Bestimmung gewählt haben, was nun NS-Recht ist, oder was im NS-Recht passiert ist – und nicht etwa den Begriff der Verfassung. Dieses Verständnis von Staatsrechtslehre sucht also die Bewahrung der spezifisch rechtlichen Kategorien im Staatsbegriff selbst. Das erstaunt mich. Denn wir wissen, daß der Staatsbegriff typischerweise diejenige Kategorie ist, die der Öffnung der Staatsrechtswissenschaft über das Rechtliche hinaus dient: in den Bereich des Sozialen, des Ökonomischen, des Historischen, des Politischen. Mir scheint, gerade die NS-Juristen haben diese Öffnung vorangetrieben. Ist dann jedoch der Staatsbegriff die beste Kategorie, um die Veränderungen im Nationalsozialismus konturenscharf herauszupräparieren? Sollte man nicht besser auf klassische Kategorien des Verfassungsrechts zurückgreifen, beispielsweise die Grundrechte, beispielsweise Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Demokratie- und Repräsentationsprinzip? Bei der Inanspruchnahme dieser Kategorien wäre die Frage zu stellen, ob die Zäsur in der Tat 1933 gesetzt werden kann. Es ginge um die Endphase von Weimar, in der diese Fragen diskutiert wurden. Meines Erachtens ist dann die entscheidende Frage, was passierte mit den Grundkategorien der Weimarer Verfassung, nicht so sehr, was passierte nach 1933 und in den darauffolgenden Jahren. Das ist eigentlich schon viel zu spät gedacht. Wenn Sie allerdings den Staatsbegriff als Kategorie heranziehen, dann können Sie in der Tat die Weimarer verfassungsrechtlichen Debatten ausblenden und machen es sich dann ein wenig zu einfach. Danke schön.

Heun: Ich möchte zwei Bemerkungen zu der Diskussion machen. Erstens zu der Frage der Einflußlosigkeit der Staatsrechtswissenschaft, die Herr *Schuppert* verglichen hat mit der heutigen Einflußlosigkeit. Ich meine, daß beides inkommensurabel ist, und zwar aus dem Grund, daß in der Frühzeit des Nationalsozialismus die Staatsrechtswissenschaft ihre Funktion als normative Wissenschaft, die normativ der Politik Vorgaben macht, im Grunde genommen bereits aufgegeben hat. Sie hat – und das kann man auch, wenn man die ganzen Schriften liest, sehr gut nachprüfen – die Entwicklung, die sich im politischen Raum vollzogen hat, beschreibend nachvollzogen. Ganz klassisch kann man das etwa bei *Scheuner* sehen. Sie hat aber darauf verzichtet, Vorgaben von sich aus zu machen, auch gerade, weil der Vorrang der Politik gegenüber einer positivistisch verstandenen Normativität anerkannt wurde. Damit hat sie natürlich ihre eigene Aufgabe von vornherein reduziert und sich in eine deskriptive und nachvollziehende, den Vorrang der Politik des Führers anerkennende Verhaltensweise zurückgezogen. Ich meine,

daß hier der wesentliche Unterschied zu heute liegt, so sehr man natürlich über die Einflußmöglichkeiten der Staatsrechtswissenschaft auch gegenüber dem Verfassungsgericht sonst streiten könnte. Der zweite Punkt ist veranlaßt durch die Frage von Herrn *Meyer*, nämlich die Frage, was eigentlich das Positive ist, das als Ziel verfolgt worden ist. Wenn man die zeitgenössischen Schriften auch schon in der Weimarer Republik liest, dann muß man einfach sagen, daß die Vorstellungen außerordentlich diffus sind. Es ist gerade nichts Konkretes. Man kann hier das sehen, was Herr *Doehring* uns geschildert hat, nämlich ein ganz diffuses Gefühl von Aufbruch, von Neuheit. Die neue Ordnung muß materiell sein, sie muß anders sein als bisherige Ordnung, als die positivistische Ordnung, als die liberale Ordnung, aber man hat eigentlich keine sehr konkreten Vorstellungen darüber, wie die neue Ordnung wirklich aussehen soll, und das ist der Hintergrund dafür, daß die Nationalsozialisten, weil sie relativ klare Vorstellungen hatten, was sie machen wollten, dieses, wenn man so will, hohle Gefäß ausfüllen konnten und auf Widerstandslosigkeit gestoßen sind, eben deswegen, weil keine konkreten Vorstellungen über das Neue vorhanden waren und man dann einfach das Neue, wie es kam, akzeptiert hat. Danke.

Lege: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich hatte 1983 das Glück, an dem Seminar teilzunehmen, das Herr *Böckenförde* zu Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich veranstaltete. Ich hatte mich damals mit den methodologischen Fragen beschäftigt und dabei den Eindruck gewonnen: Man kann dieses verquaste Denken der NS-Zeit, von dem die Rede war, durchaus noch genauer bezeichnen. Herr *Lepsius* hat dieses Denken in seiner Dissertation, wenn ich das nachtragen darf, die „gegensatzaufhebende Begriffsbildung" genannt – eine Begriffsbildung, mit deren Hilfe man unter „Aufhebung" der niedrigeren Stufe des Verstandes auf eine höhere Stufe der Erkenntnis gelangen wollte: *Hegel* ohne Metaphysik. Meiner Ansicht nach war die Art, in der damals argumentiert wurde, letztlich ein Verzicht auf juristische Methode. Und der Effekt war – das macht das Verquaste aus – ein Realitätsverlust, der auf unklaren Verheißungen beruhte (auch das wurde bereits angesprochen). *Carl Schmitt* hat damals formuliert: „Wir denken die Rechtsbegriffe um", denn „wir sind auf der Seite der kommenden Dinge".

Ich möchte deshalb durchaus anknüpfen an die Warnungen von Herrn *Bullinger* und Herrn *Böckenförde*. Wir sollten uns vielleicht fragen, und das wäre Aufgabe für die Jüngeren, wo sich heute Realitätsverluste im juristischen Denken ausdrücken könnten – vielleicht schon in der juristischen Literaturfülle, die Herr *Lepsius* angesprochen hat? –

und wo heute die Verheißungen liegen könnten, für die wir die Rechtsbegriffe umdenken. Denn eine Gefahr, ja die Hauptgefahr für das Recht besteht darin, daß es sich instrumentalisieren lassen kann. – Herr *Böckenförde*, Sie haben die Frage, woher denn heute die Gefahren für das Recht drohen könnten, offengelassen. Ich will deshalb nur vorsichtig fragen: Vielleicht drohen sie mittlerweile weniger von der Politik als von der Wirtschaft? Vielleicht droht von dorther eine Instrumentalisierung, die wir kaum wahrnehmen?

Herrn *Paulys* letzte These knüpft an das berühmte Böckenförde-Diktum an. Ich möchte ihr entgegenhalten: Vielleicht gibt es für die Staatsrechtslehre doch auch Voraussetzungen, die *nur sie* garantieren kann. Und als letzte Bemerkung: Wenn das Recht und das Staatsrecht instrumentalisiert werden sollen, dann können *nur wir* uns wehren.

Funk: Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Damen und Herren! Da ich aus Wien komme, habe ich, ob ich will oder nicht, zum Thema des heutigen Tages eine besondere Beziehung. Vor mehr als 10 Jahren habe ich an einer Studie mitgewirkt, die sich mit dem Nationalsozialismus in Österreich befaßt hat. Mein Beitrag betraf die Staatsrechtslehre dieser Zeit und deren Vertreter. Es hat sich gezeigt, daß sämtliche Denk- und Verhaltensmuster, von denen wir heute in den Vorträgen gehört haben, auch in Österreich, das es damals offiziell nicht gegeben hat, verbreitet waren. Es wäre überraschend, wenn es anders wäre. Mehrfach ist heute die Frage gestellt worden, woher diese Art des Denkens und publizistischen Handelns gekommen und wo sie geblieben ist. Das Dilemma der Thematik liegt darin, daß das Rechtsdenken des Nationalsozialismus im Grunde genommen auf eine Negation des Rechts und all dessen hinausläuft, was das Recht ausmacht, was ihm Dignität und Kraft, kurz: Existenz, verleiht: Es ist die Achtung vor der conditio humana, vor der Würde und Gleichheit des Einzelnen, und zwar eines jeden Einzelnen nach dem Motto: „Der Mensch ist ein Mensch und jeder Mensch ist ein Mensch" (auch Tautologien haben ihre Orientierungsfunktion, wie *Ludwig Wittgenstein* gezeigt hat). Im Nationalsozialismus ist diese Verknüpfung geleugnet und aufgehoben worden. Dies hat im Ergebnis zu einer Art HIV-Infektion des Rechts und des Rechtsdenkens und in weiterer Folge zu einem Zusammenbruch des Immunsystems geführt, das die grundlegenden Rechtswerte schützt. Drastisch formuliert: Das Recht und das Rechtsdenken wurden von einer tödlichen Krankheit des Geistes und der Seele heimgesucht. Die Krankheitserreger waren immer da. Dies hat vor allem die österreichische Historikerin *Brigitte Hamann* in ihrem Buch über „Hitlers Wien. Lehrjahre eines Diktators" (zuletzt 1997) in beeindruckender Form gezeigt. Selbst

die unglaublichsten Dinge, wie das Zusammentreiben von Menschen in Konzentrationslagern, das Kennzeichnen durch Tätowieren und schließlich deren industriell organisierte physische Vernichtung als „Nichtmenschen", waren bereits im 19. Jahrhundert sehr konkret gedacht und gefordert worden. Innovativ ist der Ungeist des Nationalsozialismus nicht gewesen. Von den vernichtenden Worten zu den vernichtenden Taten ist es nur ein kleiner Schritt, wenn die Verhältnisse danach sind. Die Psychologie geht davon aus, daß es Parallelen in der Entwicklung des Einzelnen und der Gesellschaft gibt. Die Individualpsychologie und die Sozialpsychologie haben es zum Teil mit den gleichen Phänomenen zu tun und kommen zu ähnlichen Erklärungen. Wie beim Einzelnen kann es auch in Gesellschaften emotionale und kognitive Störungen geben, die zu destruktiven Verhaltensweisen führen. Es handelt sich um Störungen im Wechselspiel von physis und nomos, um Störungen in der Beziehung zwischen Wirklichkeitssinn, Möglichkeitssinn und Wunschdenken. Die Phänomene sind gut beschrieben, ihre Ursachen und Wirkungen sind weitgehend erforscht. Ich frage mich, ob das heutige Thema ein geeigneter Gegenstand für die Staatsrechtslehre und deren Methoden ist. Mir scheint, daß die Sozialpsychopathologie im gegebenen Zusammenhang mehr zu sagen hätte als die Staatsrechtslehre, die höchstens einen Befund geben, nicht aber in die Tiefe der Wirkungszusammenhänge eintreten kann. Man sollte sich die Grenzen zumindest bewußt machen und bedenken, daß sich staats- und rechtswissenschaftliche Methoden nicht zur Behandlung von etwas eignen, was den Staat und das Recht pervertiert hat. Anderenfalls besteht die Gefahr, daß methodische Seriosität – ungewollt – zur Legitimation von etwas beiträgt, was nicht legitimierbar ist. Nationalsozialismus sollte nicht wie eine normale politische Ideologie behandelt werden.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Funk*. Bevor ich jetzt den beiden Referenten das Schlußwort erteile und gleichzeitig Sie alle schon in ihrem Namen, nämlich dem Namen der beiden Referenten, um Verzeihung dafür bitte, daß es unmöglich sein wird, diese reiche Diskussion voll in der Weise aufzunehmen, daß auf alles geantwortet wird, will ich eine präzise Frage stellen, ohne Erwartung, daß sie beantwortet wird. Nämlich die Frage, ob man nicht die *Carl Schmitt'sche* Demokratietheorie, vor allem die Akklamationstheorie, die schließlich 1928 erschienen ist, bevor die eigentlich wichtige Krise in Weimar einsetzte, als einen sehr wichtigen Vorläufer für das, was hinterher gekommen ist, ansehen muß. Ich habe es jedenfalls offengestanden immer so gesehen. Ich gebe jetzt zunächst Herrn *Pauly* und dann Herrn *Dreier* das Wort. Herr *Pauly*.

Pauly: Meine sehr geehrten Damen und Herren, ich bedanke mich für die Vielzahl von Anregungen und Schilderungen von Atmosphäre, persönlichen Erlebnissen, Perspektivenreichtum, Details und die grundsätzlichen Überlegungen und Nachfragen. Ich kann, wie der Herr Vorsitzende bereits gesagt hat, jetzt nicht auf jede einzelne Wortmeldung der Reihe nach eingehen, weshalb ich mich zunächst mit den direkten Nachfragen beschäftigen möchte. Der Reihenfolge nach ist zuerst auf Herrn *Lepsius* einzugehen, in systematischer Hinsicht betrifft dies die Staatszentrierung meiner Themenbehandlung. Sie verdankt sich nicht dem Umstand, Herr *Lepsius*, wie Sie es sagen, daß ich damit hätte herausfinden wollen, was das NS – Recht ist, sie verdankt sich vielmehr der Fragestellung, womit sich die NS – Staatsrechtslehre beschäftigt hat. Das ist ein Unterschied, ein wichtiger Unterschied, und zwar ein Unterschied für die historiographische Fragestellung. Insofern meine Beschäftigung mit dem Insistieren von *Huber* und *Forsthoff*. Bei dieser Gelegenheit eine Bemerkung zu der Anfrage von Herrn *Stolleis* nach den völkerrechtlichen Implikationen der Unterscheidung von Staat und Gemeinschaft, die evident und damals auch diskutiert worden sind, die ich aber deswegen nicht behandelt habe, weil die Absprache der Referenten so lautete, daß Herr Kollege *Dreier* das Völkerrecht übernimmt. Bei der Behandlung der Diskussion des Staatsbegriffes, da muß ich Herrn *Preuß* zustimmen, darf natürlich nicht übersehen werden, daß es der Disziplin um das Recht geht, und das, was in seinem Schwinden die Sache so problematisch macht, ist das Staatsrecht als Recht. Es ist die Normativität, die überhaupt verloren geht, und es ist ein Schwund an ethisch – humanistischen Gehalten des Rechts. Das möchte ich sogleich noch einmal aufgreifen. Zunächst weiter zu Herrn *Gallwas*: Sie haben meine These 13 angegriffen und eine Relativierung vermißt, die ich an sich mit dem Wort „sogesehen" schon vorgenommen zu haben dachte. Deswegen kann ich die Apodiktik, die Sie rügen, nicht sehen. Sie haben von einer demoralisierenden Lösung gesprochen. Dies liefert in der Tat einen Anknüpfungspunkt. Es geht Ihnen hier um Moral. Das positive Recht hingegen ist eine Vorgabe für den positiv – rechtlich arbeitenden Staatsrechtslehrer, die ihn als Positivisten auch ins Verderben stürzen kann. Daneben gibt es sicher ethische Prägungen und Fragestellungen, die den Staatsrechtslehrer, wie etwa einen *Gerhard Anschütz*, davon abhalten können, sich weiterhin als Positivist mit diesem positiven Recht in den Hörsälen zu beschäftigen. Sie haben auch das Grundgesetz genannt, aber das ist dann positives Recht, das heute jene moralischen Gehalte, um deren Verlust es Ihnen ja gegangen ist, beinhaltet. Nur, wie soll die Lösung aussehen, wenn wir zu einem Naturrecht zurückkehren, wer sollte das herleiten und begründen? Wäre es nicht vielmehr ange-

zeigt, das ist hier mehrmals angesprochen worden, das Problem über einen gewiß zeitgebundenen Diskurs über moralische Grundsätze einzuholen? Genauso wie es eine Medizinethik gibt, kann es auch eine Juristenethik geben, also eine fachbezogene Spezialethik. In dieser mag man sich dann über die Grundregeln dessen verständigen, was ein Staatsrechtslehrer zu seiner Zeit machen und mitmachen darf. Aber das ist dann nicht der Gegenstand, den der positiv – rechtlich arbeitende Staatsrechtslehrer sich vorlegt, sondern etwas, was ihn von außen stützt und bei seiner Arbeit begleitet und was ihn, wie *Anschütz* oder *Peters*, dazu leiten kann, sich gegebenenfalls aus einer bestimmten Beschäftigung und Behandlungsart zurückzuziehen. Zum Schluß möchte ich die Frage nach der Anfälligkeit der so klugen Köpfe im deutschen Staatsrecht aufgreifen, und das ist eine Frage, die viel breiter anzugehen wäre, indem man sich mit den Intellektuellen überhaupt beschäftigt und mit ihrer Anfälligkeit im Dritten Reich. Was war das für ein Klima, was waren die geistigen Vorprägungen? Das Staatsrecht ist viel zu akzessorisch, um hier isoliert betrachtet werden zu können. Da gibt es nun den Ansatz von Herrn *Lepsius* in seinem Buch über die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Er hat uns hier ja vorhin schon ein bißchen Appetit gemacht. Ich stimme in vielem zu, gerade was die Begründung der Anfälligkeit angeht, würde aber trotzdem im Sinne historischer Differenzierung darauf hinweisen wollen, daß viele der von Herrn *Lepsius* behandelten Phänomene nur als Vorläuferphänomene verbucht werden können. So kam etwa zum Gemeinschaftsdenken noch das rassische Element hinzu, wie Herr *Lepsius* in seinem Buch betont. Aber das sind eben wichtige Zutaten und es sind auch Unterschiede, die Unterschiede machen, und das sollte man sich auch verdeutlichen. Ich hoffe, zumindest knapp zu den sachlichen Grundfragen Stellung genommen zu haben, gewiß ohne jedes Diskussionsdetail zu beantworten.

Dreier: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich darf mich ebenfalls zunächst für die Vielzahl und inhaltliche Fülle der Redebeiträge bedanken und jetzt das kleine Kunststück vollbringen, auf mehr als 25 Redner in gut 15 Minuten zu antworten. Das mache ich einfach dadurch, daß ich im folgenden sechs verschiedene sachliche Schwerpunkte bilde, und wenn ich nicht jeden einzelnen Redner persönlich mit Namen anspreche oder nenne, dann heißt das nicht, daß der Beitrag nicht angekommen wäre. Vorweg erlauben Sie mir in Ergänzung zu dem Beitrag von Herrn *Starck* einen Hinweis auf den genius loci. Herr *Starck* hat ja zutreffend darauf hingewiesen, daß hier im Oktober 1933 der sogenannte „Deutsche Juristentag" stattgefunden hat, auf dem *Carl Schmitt* einen Vortrag hielt, der dann später unter dem Titel „Staat, Bewegung, Volk"

publiziert worden ist. Eigentlich wollte ich in einer bestimmten Phase der Vorbereitung meines Referates mit diesen Vorgängen beginnen. Aber als genau das dann in der NJW-Beilage zum diesjährigen 63. Juristentag breit dargestellt wurde, habe ich den Neuigkeitswert nicht mehr für so groß gehalten und den Gedanken fallengelassen. Aber ich kann vielleicht einen weniger bekannten Punkt ergänzen. 1940 hat hier in Leipzig eine Tagung von Staatsrechtslehrern im Zuge der sogenannten „Aktion Ritterbusch – Deutsche Geisteswissenschaft im Kriegseinsatz" stattgefunden. Ergebnis war ein zweibändiges Werk, herausgegeben von *Ernst Rudolf Huber*, mit dem Titel „Idee und Ordnung des Reiches", und im Vorwort schreibt *Huber*, das erste Mal nach neun Jahren hätte wieder eine Arbeitstagung deutscher Staatsrechtslehrer stattgefunden. Das ist vielleicht auch ganz interessant.

Nun komme ich zu den sachlichen Schwerpunkten. Zunächst ist in einer Reihe von Beiträgen die Frage des historischen Überganges 1933 angesprochen worden, illustriert mit persönlichen und biographischen Hinweisen. Von Bedeutung ist natürlich die Frage des „Warum", und das kann und muß man als gesamtgesellschaftliche, politisch-historische Frage angehen. Daß man diese Frage „Wie konnte es dazu kommen?" nicht in einem solchen Referat umfassend beantworten kann, ist ganz klar. Ich glaube aber, daß *ein* ganz wichtiger Faktor die Erfahrung fast aller damaligen Zeitgenossen war, sozusagen vom Taxifahrer bis zum Staatsrechtslehrer, die Erfahrung, daß man es mit der Weimarer Republik mit einer nicht funktionierenden Form staatlicher Ordnung zu tun hatte. Daran hatten die politischen Parteien, übrigens auch diejenigen, die nicht zu den extremen gehörten, ein gerüttelt' Maß an Mitschuld, weil sie nämlich im wesentlichen negative Politik betrieben haben. Und immer, wenn sie versucht haben, positive Politik zu betreiben und auch einmal den Reichskanzler zu stellen und sich dann in Koalitionen auch einmal etwas abringen lassen zu müssen, dann sind sie von den Wählern dafür bestraft worden. Es kommt hinzu, daß die verfassungsrechtliche Lage ab dem Sommer 1932 hoffnungslos verfahren war. Es war letztlich keine Lösung in Sicht, die nicht entweder Verfassungsbruch bedeutet hätte und dann möglicherweise Bürgerkrieg – Hitler hatte mit der SA eine bürgerkriegsfähige Truppe – oder aber seine Ernennung zum Reichskanzler mit den folgenden Schritten. Das ist wirklich eine verfahrene Situation gewesen, aus der niemand einen Ausweg gewußt hat, auch die Positivisten nicht, von denen ich ja sonst viel halte. Aber dieser Konflikt war eben nicht aufzulösen. Diese allgemeine Bewußtseinslage hat *Ernst Rudolf Huber*, auf den ich noch ein paar Mal zu sprechen kommen werde, weil er die zentrale und – wie ich finde – die eigentlich tragische Figur unter den Staatsrechtslehrern des Dritten

Reiches ist, auf dem von *Quaritsch* veranstalteten Symposion „Complexio Oppositorum" sehr schön geschildert, wie man nur die Krisen im letzten Kriegsjahr und dann die Krisenjahre der Republik erlebt hat und nie das Gefühl gehabt habe, es könne sich die Weimarer Republik jemals zu einem funktionierenden Staatswesen entwickeln.

Das erklärt auch schon etwas den zweiten Punkt, den u.a. von den Herren *Starck*, *Schuppert*, *Vogel*, *Meyer*, *Bullinger*, *Hollerbach* und *Funk* angesprochenen Komplex der geistigen Vorarbeiten und Vorprägungen: was gab es denn eigentlich in Weimar oder vielleicht noch vor Weimar, was die spätere Entwicklung ermöglicht hat. Es gab eine große Bereitschaft alles aufzusaugen, was auf Verneinung dieses ja sehr rationalen, liberalistischen, westlich geprägten, aber eben überhaupt nicht funktionierenden Systems gerichtet war. Und da war die Bereitschaft sehr groß, und das ist wirklich aus der heutigen Sicht ganz erstaunlich, sich bewußt der Irrationalität anheim zu stellen: also nicht auf rationale Formen zu setzen, wie wir dies als Juristen ja zunächst gern tun, sondern bewußt der Irrationalität Raum zu geben.

Es gibt eine schöne Stelle aus *Hans Freyers* „Staat" von 1925, an der er etwas über den Führer schreibt, was dann später auch immer wieder rezipiert worden ist. Dort heißt es in aller Offenheit, für den sozusagen an Vernunft und ratio orientierten Geist klinge dies alles natürlich völlig unverständlich und nicht nachvollziehbar; aber für den, der es fühlt, sei es von der allerüberzeugendsten Kraft, daß man sich einem Führer anvertraut und ihm folgt. Das würde ich übrigens nicht mit Psychopathologie erklären wollen. Dieser Ansatz läuft mir zu sehr darauf hinaus, daß man dem anderen ein Krankheitsbild zuschreibt. Eben diese Strategie hat es ja unter den Nazis auch gegeben, und vor einer schlichten Inversion dieses strukturellen Arguments möchte ich warnen. Aber bewußte und bejahte Irrationalität ist ein wichtiger Punkt. Und ein weiterer Punkt ist natürlich, daß diese geistigen Vorläufer und Grundlagen außerordentlich breit und diffus gewesen sind und später von den Nationalsozialisten gebündelt werden konnten. Zwar nicht so stark, daß nun alle für die NSDAP votierten: ich darf noch einmal daran erinnern, daß auch bei den Wahlen am 5. März 1933, die keine freien Wahlen mehr waren und die nach einem wochenlangen Terror in Preußen und in anderen Ländern stattfanden – Göring hatte 50000 SA-Leute im Februar zu Hilfspolizisten ernannt –, daß auch bei diesen Wahlen die NSDAP nicht mehr als 43% der Stimmen errungen hat. Also daß sich hier das gesamte deutsche Volk dem Nationalsozialismus ergeben hätte, kann man wirklich nicht sagen. Aber die Bereitschaft breiter Kreise, auch und gerade der Intellektuellen, zur Abkehr von Weimar war insgesamt zweifelsohne sehr groß. Es gab eine unglaubliche Vielzahl von

konservativen Gruppen, und verschiedene Namen sind ja bereits genannt worden, etwa der von *Spengler.* Es gab ferner die Altgermanen und die monarchistischen Richtungen, den Kreis um *Stefan George,* insgesamt eine große Breite von Gruppen, darunter beileibe nicht nur rückwärtsgewandte, restaurative, sondern sehr nach vorne gerichtete, sehr modern denkende Kreise, nicht restaurativ, aber antidemokratisch modern. *Ernst Jünger* ist so ein Beispiel dafür. Über diese Vielfalt kann man in einigen schönen Büchern von *Stefan Breuer* genauer nachlesen. Philosophisch scheint mir eines wichtig zu sein, und da komme ich wieder auf *Huber* zu sprechen, es trägt natürlich staatsphilosophisch ganz schön der Rechtshegelianismus. Er trägt viel besser als der Neukantianismus, das muß man einfach sagen. Und diese sozusagen hegelianische Sicherheit trägt nach meinem Dafürhalten und nach monatelanger Lektüre einschlägiger Schriften auch und gerade *Ernst Rudolf Huber* sehr weit hinein in das neue System. Er hat das sehr früh schon in einer Rezension im AöR 1934 zum Ausdruck gebracht, wo es heißt: „Die Autorität des Staates beruht darauf, daß er seine objektive Idee, sein Lebensgesetz erfüllt, und die Wiedergeburt der deutschen Staatlichkeit geht darauf zurück, daß endlich die Gestalt der nach außen und innen einigen, kraftvoll geschlossenen Nation wieder zum Ziel und Inhalt des Staates geworden ist." Jetzt hat sozusagen die Geschichtsmächtigkeit einer bestimmten Idee ihre Verkörperung gefunden, und das läßt sich auf dem Hintergrund einer hegelschen Geschichtsphilosophie viel besser mittragen und nachvollziehen als von anderen, ohne daß damit der Hegelianismus diskrediert sei.

Der nächste Punkt und vorletzte Punkt, was den Nationalsozialismus im engeren Sinne angeht, ist die Staatsrechtslehre *im* Nationalsozialismus. Das ist mehrfach angesprochen worden, etwa von Herrn *Schiedermair,* Herrn *Tomuschat,* Herrn *Battis,* Herrn *Bullinger,* Herrn *Böckenförde,* Herrn *Klein.* Gibt es so etwas wie eine Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus? Das ist nun das zentrale Thema gewesen, sowohl bei Herrn *Pauly* als auch bei mir. Ich glaube, eine erste Antwort muß lauten, natürlich kann es so etwas geben unabhängig davon, ob es eine geschriebene Verfassung im Sinne einer Verfassungsurkunde gibt. Das ist ganz klar. Aber gab es das und konnte es das geben im Nationalsozialismus? Hier ist mir ein Punkt außerordentlich wichtig, der vielleicht in einigen Redebeiträgen ein bißchen zu kurz gekommen ist, nämlich der Zeitfaktor. Es ist keineswegs schon alles 1933 entschieden, sondern bei allen drei Elementen – und so würde ich bitten, meine Thesen 8ff. zu lesen – spielt der Zeitfaktor eine ganz wichtige Rolle. Das entwickelt sich so im Laufe der Zeit und radikalisiert sich und mit jeder Radikalisierung verliert die Staatsrechtslehre gewissermaßen ein Stück weit ihr

Objekt, auf allen drei Ebenen: völkisches Denken, Führer, Bewegungsstaat. Aber nichts ist 1933/34 schon endgültig vorbei. Und auch was man zum Teil hören und lesen kann, im Grunde genommen hätte es ja damals auch gar keine Staatsrechtslehre mehr gegeben, schon 1934/35 nicht, stimmt so nicht, das hört auch nicht 1939 auf, sondern da beginnt eine neue Welle von Publikationen, die ungefähr überschrieben ist „Das Reich und die Kriegsführung" oder das „Staatsrecht im Kriege". Jetzt fragt man sich, was bedeutet denn die Kriegssituation für das Staatsrecht? Also an Publikationen fehlte es auch in der Zeit nicht, man muß nur den Zeitfaktor berücksichtigen. In diesem Kontext vielleicht auch der wichtige Hinweis von Herrn *Vogel*, ob nicht die Beiträge höchst unterschiedliche Qualität aufweisen. Natürlich, das tun sie, ganz eindeutig. *Huber*, deswegen ist er für mich sozusagen die tragische Figur, ist mit Abstand die überragende intellektuelle Gestalt mit einem Maß an Stoffbeherrschung, von scharfer Begrifflichkeit und prägnanter Formulierungskraft, daß man nur traurig darüber sein kann, daß er diese seine Fähigkeiten an dieses Objekt gewandt hat. Auch *Scheuner* liegt von der wissenschaftlichen Qualität her deutlich höher als viele andere; das macht einen Riesenunterschied. Vielleicht das insofern nur als Andeutung. Nun zu dem Hinweis von Herrn *Tomuschat*, ob es nicht so etwas wie ein gemeineuropäisches Gedankengut gab, an das man vielleicht auch nach 1933 hätte anknüpfen können. Hier muß man sich vielleicht deutlicher klarmachen, daß es in der Zeit zwischen den Kriegen, also zwischen Erstem und Zweitem Weltkrieg, möglicherweise gemeineuropäische Entwicklungen gegeben hat. Sie liefen nur leider alle in Richtung Faschismus, Totalitarismus und Kommunismus. Die Ausnahmen waren Großbritannien und die Schweiz. In den meisten anderen Ländern, das hat *Horst Möller* in seinem Buch über die Zeit zwischen den Kriegen sehr schön geschildert, haben wir eine Entwicklung weg von Parlamentarismus und Demokratie. Es ist consensus omnium, daß das nicht funktioniert. Der italienische Faschismus ist das große Vorbild, und damit bin ich bei meinem vierten Schwerpunkt. Von Herrn *Stolleis*, auch von Herrn *Häberle* und Herrn *Schneider* ist die Frage der Beispiellosigkeit des Nationalsozialismus und der Vergleich mit anderen Formen angesprochen worden. Solche Vergleiche und Parallelen sind natürlich immer wichtig und sicher auch ertragreich. Der Punkt ist nur, daß schon 1933 ff. in der deutschen staatsrechtlichen Literatur ganz deutlich die gravierenden Differenzen zwischen Nationalsozialismus und italienischem Faschismus betont werden. Wenn man von Faschismus gesprochen hat, hat man in der Literatur immer nur den italienischen Faschismus gemeint; da brauchte man keinen Zusatz. Er setzte sich vom deutschen Nationalsozialismus durch zwei wesentliche Diffe-

renzen ab. Erstens durch das völlige Fehlen des völkischen Rechtsdenkens, also des rassischen Elementes. *Koellreutter* schreibt in der ihm eigenen robusten Art, der italienische Faschismus sei „avölkisch". Und zweitens gibt es keine Parallele zum Dualismus von Bewegung und Staat. Der italienische Faschismus ist staatszentriert: die Bewegung soll den Staat erobern und dann mit ihm verschmelzen, ihn besetzen; in Deutschland herrscht, wie beschrieben, Dualismus. Und das ist der einzige Punkt, Herr *Stolleis*, an dem ich von „beispiellos" und „ohne Parallele" gesprochen habe, nur in diesem Punkt. Daß man sich jetzt auch anderen Systemen, kommunistischen oder totalitären, zuwenden könnte, liegt nahe, wäre aber im Augenblick ein bißchen viel.

Zwei Punkte noch, dann komme ich zum Ende. Zunächst die u.a. von den Herren *Böckenförde*, *Heun* und *Lepsius* berührte Frage nach den Lehren und Aufgaben der Staatsrechtslehre: „Was lehrt uns das?", was können wir aus der Entwicklung für Lehren ziehen? Die Stärkung der Grundlagenfächer gemäß dem Vorschlag von Herrn *Gröschner* hat meine absolute Sympathie. Aber einige, ich glaube Herr *Schuppert* und auch Herr *Hohmann*, scheinen mir weitergehend in Richtung einer materialen Staatsethik argumentiert zu haben, die dann gewissermaßen als festes Fundament Schutz bietet gegen solche Herausforderungen oder Versuchungen. Ich bin sehr vorsichtig gegenüber allen materialen Ethiken. Denn wenn man sich die Weimarer Situation anschaut, stellt man fest, daß die Staatsrechtslehre dort zu weiten Teilen von materialen Ethiken geprägt war. Nur die Inhalte würden uns heute nicht gefallen. Ich halte es für einen gedanklichen Kurzschluß anzunehmen, nur weil wir heute glauben, die „richtigen" Inhalte zu kennen, könnten wir eine materiale Staatsethik entfalten, die gewissermaßen auch gegen das positive Staatsrecht der jeweiligen Zeit in Opposition gebracht werden kann. Das geht – glaube ich – nicht. Es wäre auch nicht mein Verständnis von der Aufgabe der Staatsrechtslehre und von Staatsrechtslehrern. Als solcher muß man sich dem Material, das einem vorgegeben ist, unterwerfen; wenn einem das Material nicht paßt, kann man ja schweigen. Die entscheidende Frage ist doch eigentlich, warum nach 1933 nicht viel mehr geschwiegen haben.

Nun zum sechsten und letzten sachlichen Schwerpunkt: Europa. Ich wundere mich, daß ich für meine Thesen nicht viel mehr kritisiert worden bin. Im Kern wollte ich dafür plädieren – das vielleicht zu Herrn *Battis* –, sich auch mit dieser Phase einmal unter Europagesichtspunkten zu beschäftigen. 90% unserer Europarechts-Lehrbücher sehen zur Zeit so aus: Randnummer 6 zur Europaidee vor dem Zweiten Weltkrieg, Randnummer 7 zur Europaidee nach dem Zweiten Weltkrieg. Mein Wunsch ist, daß wir demnächst noch eine Randnummer 6a oder

6b lesen können. Ich glaube auch, daß es eine Erklärung für diese Nichtbehandlung gibt. Es ist eine bestimmte Art der Verweigerung, sich mit dieser Zeit zu beschäftigen, indem man sie einfach tabuisiert und ignoriert: so etwas wie nationalsozialistische Europapläne darf es gewissermaßen nicht geben. Diese Einstellung halte ich nicht für richtig. Sehr gut ist die von Herrn *Klein* angesprochene Parallele dieses europäischen Großraumprojektes zu Napoleon, denn sie zeigt die Kraft des Hegemonialgedankens und sie zeigt auch, wie einmalig die Europäische Union ist, solange sie eine in jeder Hinsicht nichthegemoniale Veranstaltung bleibt. Im übrigen gab es damals in den 40er Jahren eine Parallele zu dem, was sich in Europa abspielte, nämlich den „großasiatischen Wirtschaftsraum". Da spielte sich das gleiche parallel ab mit Japan als führender Macht, und darüber wurde auch wechselseitig korrespondiert. Meine allerletzte Bemerkung gilt dem Beitrag von Herrn *Preuß*. In der Tat: wenn wir uns vom Staat als der ja einige Jahrhunderte gültigen Form politischer Vergesellschaftung und gesellschaftlicher Ordnung verabschieden und neue Formen suchen, dann müssen wir feststellen, daß bislang die einzige Organisationsform, die Freiheit, Demokratie und Menschenrechte verbürgt hat, der Nationalstaat war. Man sollte ihn vielleicht nicht vorschnell aufgeben, bevor man andere Formen gefunden hat, die das ebenso gut garantieren könnten.

Soweit zum Komplex der sachlichen Fragen. Jetzt gestatten Sie mir noch, mit einem Wort des Dankes zu schließen. Ich möchte dem Vorstand für die Betrauung mit dem Thema danken, das schwierig war, aber auch eine wichtige Herausforderung darstellte. Was ich Ihnen heute präsentiert habe, ist sozusagen der gegenwärtige Stand meiner Irrtümer zu diesem Thema. Möglicherweise war es auch kein Zufall, daß wir heute am Mittwochnachmittag, dem Zeitpunkt der Mitgliederversammlung, getagt haben und nicht wie sonst am Donnerstag oder Freitag, denn jedenfalls indirekt haben wir heute auch über die Vereinigung und damit letztlich über uns gesprochen. Es hat vielleicht stärker als sonst persönliche Fragen und persönliche Anmerkungen gegeben, aber das fand ich gut und wichtig. Vielleicht war unser heutiger Beratungsgegenstand auch gar kein normaler Beratungsgegenstand, sondern eher eine Art dislozierter Tagesordnungspunkt unserer Mitgliederversammlung. Und vielleicht war unsere heutige Diskussion nicht nur eine reine Fachdiskussion, wie es sie auf allen vergleichbaren Tagungen und Kongressen gibt, sondern das, was sie ausweislich unserer Veröffentlichungen eigentlich immer ist: eine echte „Aussprache". Vielen Dank.

Vorsitzender: Meine sehr verehrten Damen und Herren, die Zeit drängt, dennoch muß ich auch noch einen Dank anschließen. Einen

Dank vor allem und zunächst ganz besonders an die beiden Referenten, an Herrn *Dreier* und Herrn *Pauly*, die diesen Nachmittag in dieser Weise geprägt haben, aber auch an alle Diskussionsteilnehmer, die sich vorzüglich und dafür darf ich mich wirklich bedanken, an die zeitlichen Vorgaben gehalten haben, und die, ich glaube, das kann man danach sagen, eine reiche Diskussion und eine reiche Ernte dieser Vorträge uns in der Diskussion beschert haben. Ich freue mich sehr darüber, daß die Entscheidung dieses Vorstandes auf die Anregung des alten Vorstandes hier über dieses Thema in der Vereinigung zu sprechen, so positiv aufgenommen worden ist. Ich glaube, es stand uns gut an und ich glaube, es war wichtig, daß es im Jahr 2000, in diesem Schwellenjahr, passierte. Vielen Dank an Sie alle.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

1. Bericht von Prof. Dr. *Ingolf Pernice*, Berlin

Inhalt

		Seite
I.	Einleitung	149
II.	Der „Postnationale" Verfassungsbegriff	155
	1. Der Verfassungsbegriff im europäischen Vergleich	156
	2. Funktionen der Verfassung	158
	3. Verfassung als Prozeß organisierter Selbstbestimmung	160
III.	Europäischer Verfassungsverbund	163
	1. Die „Verfassung" der Europäischen Union als Prozeß	165
	2. Die Form des völkerrechtlichen Vertrags	168
	3. Materielle Einheit von europäischem und nationalem Verfassungsrecht	172
IV.	Rechtliche Konsequenzen	176
	1. Doppelwirkung der Vertragsänderung	178
	2. Die europäische Dimension des Art. 20 III GG	180
	3. Das Vorrangprinzip als Kollisionsnorm	182
	4. Mitverantwortung der nationalen Gerichte für das Schutzgut des Art. 6 I EUV	184
	5. Verfassungshomogenität und wechselseitige Stabilisierung	186
V.	Ausblick: Die Zukunft der Europäischen Verfassung	187

I. Einleitung

„Europäisches und nationales Verfassungsrecht": Wenn dieses Thema für deutsche Staatsrechtslehrer keine Provokation mehr ist, so symbolisiert es doch einen Wandel: „Verfassung" wird traditionell auf den Staat bezogen definiert,[1] Verfassungsrecht kann danach nur nationales Recht sein. Nach wie vor wird z.T. schon die Möglichkeit von „Verfassung ohne Staat" mangels Volk oder gemeinsamer Sprache ausgeschlossen.[2] Der Staat sei ihr „Gegenstand und ihre Voraussetzung".[3] Die Europäische Union ist aber kein Staat. Von europäischem Verfassungsrecht zu sprechen, soll auch kein Vorgriff auf eine Staatswerdung

---

[1] Vgl. den Überblick bei *Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, 61ff., 70ff. S. auch unten II. 3.

[2] Vgl. *Grimm* Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581, 587; *Koenig* Ist die Europäische Union verfassungsfähig? DÖV 1998, 268, 275.

[3] So *Isensee* Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 13 Rn 1: „Verfassung nicht zu verstehen ohne Staat. Dieser ist ihr Gegenstand und ihre Voraussetzung"; s. auch *Kirchhof* Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, ebd § 19 Rn 18: Staat als Voraussetzung und Gegenstand der Verfassungsgebung: „Die Verfassung formt und festigt eine vorgefundene Gewalt und Ordnungsstruktur zu einem verfaßten Staat"; *Böckenförde* Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 1999, 135ff.; *Murswiek* Maastricht und der pouvoir constituant, Der Staat 52 (1993), 161, 168ff.; *Widder* Österreichs Verfassungsentwicklung. Der heutige Stand der Verfassung. Konsequenzen, in: Köck (Hrsg.), Grundprobleme des österreichischen Bundesverfassungsrechts in rechtspolitischer und rechtsdogmatischer Schau, 1996, 11, 12; daß der Staat eine notwendige Voraussetzung der Verfassung ist, entspricht nach *Pauly/Siebinger* Der deutsche Verfassungsstaat, in: Ellwein/Holtmann (Hrsg.), 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland. Rahmenbedingungen – Entwicklungen – Perspektiven, 1999, 79 „einer spezifisch kontinentaleuropäischen Perspektive, die nicht zuletzt im Zuge der europäischen Integration in Frage gestellt wird". Für Frankreich: *Beaud* La puissance de l'Etat, 1994, 208f., und *ders.* Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel, in: Auer/Flauss (Hrsg.), Le référendum européen, 1997, 125, 126ff., 130. Die Wurzeln finden sich u.a. bei *C. Schmitt* Verfassungslehre, 1928, insb. 79, und ebd 3: „Das Wort ‚Verfassung' muß auf die Verfassung des Staates, d.h. der politischen Einheit eines Volkes beschränkt werden, wenn eine Verständigung möglich sein soll"; zur Kritik an dieser Verfassungslehre jüngst: *Hennis* Integration durch Verfassung?, JZ 1999, 485, 491f.; s. auch *Kägi* Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, 12, 36; weitere Nachw. bei *Hertel* Supranationalität als Verfassungsprinzip. Normativität und Legitimation als Elemente des Europäischen Verfassungsrechts, 1999, 46ff., und – rechtsvergleichend – *Gerkrath* L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, 1997, 51ff., 64ff.

Europas[4] sein, denn ein Super- oder Bundesstaat Europa ist nicht das Ziel.[5]

Der Gedanke, den Begriff der Verfassung auf die EG zu beziehen, ist aber keineswegs neu: *Kaiser* sprach 1960 von einem „zweiten Verfassungsgeber"[6], der in Art. 24 I GG instituiert sei. Die Konstituierung der EG durch das Mittel des völkerrechtlichen Vertrages „zusammen mit den Verfassungsgebern anderer Mitgliedstaaten" sei (internationale) Verfassungsgebung; Träger des „pouvoir constituant" seien „die Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten".[7] Dieser Gedanke findet sich auch in der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[8] und der EuGH spricht seit 1986 von der „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft".[9] Besonders *Ipsen* hat den verfassungsrechtlichen Ansatz fortentwickelt[10] und dabei den Staatsbezug des

---

[4] Vgl. dazu Wildenmann (Hrsg.): Staatswerdung Europas?, Baden-Baden 1991; *Schuppert* Zur Staatswerdung Europas. Überlegungen zu Bedingungsfaktoren und Perspektiven der europäischen Verfassungsentwicklung, Stw&Stp 5 (1994), 35ff.

[5] Vgl. auch *Piris* Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine?, EuR 2000, 311, 323ff., 337, 347; *Zuleeg* Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union, NJW 2000, 2846, 2851, mwN., den allerdings „die fast einhellige Aussage erstaunt". S. auch *Hertel* Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung. Ein Beitrag zur Entwicklung einer Europäischen Verfassungstheorie, JÖR NF 48 (2000), 233; *v. Bogdandy* Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses, Der Staat 39 (2000), 163, 183, nach dem „die europäische Einigung eben nicht auf eine Staatswerdung abzielt". S. auch *Pernice* Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung. Verfassungsrechtliche Ausgangslage und Vorschläge für die institutionelle Reform der Europäischen Union vor der Osterweiterung, JÖR NF 48 (2000), 205, 231; anders wohl: *Mancini* Europe: The Case for Statehood, ELJ 4 (1998), 29, mit der Entgegnung von *Weiler* Europe: The Case Against the Case for Statehood, ELJ 4 (1998), 43.

[6] *Kaiser* Zur gegenwärtigen Differenzierung von Recht und Staat, Staatstheoretische Lehren der Integration, Österr. Z. öff. Recht 10 (1960), 414, 416.

[7] *Kaiser* Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 34 (1964), 1, 17ff.; zum „verfassungsrechtlichen Charakter" der Begründung der europäischen Wirtschaftsverwaltung vgl. auch *Badura* Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, ebd 34, 64; *ders.* Die föderative Verfassung der Europäischen Union, in: FS Heckel, 1999, 695, 699, beschreibt heute die Verträge als „föderative Verfassung der Europäischen Union".

[8] BVerfGE 22, 293, 296 – EWG-Verordnung.

[9] EuGHE 1986, 1339, 1365f. – Les Verts; vgl. im weiteren EuGHE 1991 I 6079, 6102 – EWR I: „Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft" sowie EuGH 1996, I-1759, 1789 – EMRK-Gutachten.

[10] *H.P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 975ff.; s. auch zum Verfassungscharakter des primären Gemeinschaftsrechts ebd 64ff.

Verfassungsbegriffs als verengt bezeichnet.[11] Auch Autoren anderer Mitgliedstaaten sprechen von Verfassungsrecht in Bezug auf die EU.[12] Freilich variieren die Vorstellungen darüber, was dies ist oder sein sollte.[13] Ist es erst im Werden,[14] oder schon existent? Dabei wird regelmäßig das Primärrecht der EG oder der EU als Verfassung bezeichnet.[15]

---

[11] *H.P. Ipsen* Europäische Verfassung – nationale Verfassung, EuR 1987, 195, 196. Krit. zur „etatistischen Verengung des Verfassungsbegriffs" auch *Schwarze* Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, DVBl. 1999, 1677, 1682. Ähnl. *Tsatsos* Zum Prinzip einer gemeineuropäischen Verfassungsverantwortung – Am Beispiel der Revisionsproblematik der Europäischen Verträge, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung, 2000, 117, 123 ff.

[12] Zu Frankreich vgl. *Flauss* Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht, EuR Beiheft 1/2000, 31, und *ders.* Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen, RUDH 7 (1995), 357–468; zusammenfassend *ders.* Rapport français, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung. Das Ineinandergreifen von nationalem und europäischem Verfassungsrecht, 2000, 25, 103 ff., mwN.; *Boulouis* Droit institutionnel de l'Union européenne, 5. Aufl. 1995, 39; *Simon* Le système juridique communautaire, 1997, 33 ff., beschreibt das „système constitutionnel communautaire". Für *Chaltiel* La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français, 2000, 327 ff., allerdings ist auch der Vertrag von Amsterdam „en effet loin de consacrer une véritable Constitution européenne" (ebd 333). Zu Irland vgl. *Temple Lang* The Widening of Constitutional Law, in: Curtin/O'Keeffe (Hrsg.), Constitutional Adjudication in European Community and National law, Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins, 1992, 229 ff., u. ebd 244 f., wo im Blick auf die EMRK sogar von drei Verfassungen die Rede ist. Zu Großbritannien: *Harden* The Constitution of the European Union, Public Law 1994, 609, 613, als Beitrag zu einem britisch-französischen Kolloquium über „The European Constitution and National Constitutions" in London, 1994. Vgl. auch *MacCormick* Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth, 1999, 137 ff., 140 f., der sie als „mixed constitution" bezeichnet (ebd 145 ff.); vorsichtiger, aber im Blick auf die Entwicklung ähnl. *Lord Slynn of Hadley,* The Contribution of National Constitutions to the Development of a Bi-Level Constitutional System: United Kingdom, in: Battis/Kunig/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, 37 ff., 42.

[13] Vgl. die Unterscheidungen und Nachweise bei *Gerkrath* Bibliographie de droit constitutionnel européen, RUDH 1995, 451 ff.

[14] So angedeutet bei *Häberle* Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung, EuGRZ 1992, 429, 434: „das werdende ‚Europaverfassungsrecht'"; *Constantinesco* L'émergence d'un droit constitutionnel européen / Rapport de synthèse, RUDH 1995, 445 ff.; *Gerkrath* L'émergence (Fn. 3).

[15] Vgl. etwa BVerfGE 22, 293, 296; *Oppermann* Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn 475: „EG-Verfassung", u. ebd Rn 617: „verfassungsrechtliche Gründungsakte"; *Bieber* Verfassungsentwicklung der Europäischen Union: Autonomie oder Konsequenz staatlicher

Andererseits fehlt es nicht an Initiativen, u.a. des Europäischen Parlaments,[16] eine neue, „echte" Verfassung für Europa zu schaffen.[17] Schließlich entwickeln sich – unter dem Einfluß der EMRK,[18] Standards

---

Verfassungsentwicklung, in: Müller-Graff/Riedel (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 1998, 209ff.; *Ress* Les incidences du droit constitutionnel de la Communauté européenne sur les droits constitutionnels nationaux, en particulier sur la Loi fondamentale allemande, RUDH 1995, 434, 435; *Schwarze* Auf dem Wege (Fn. 11), 1681; *Badura* Die föderative Verfassung der Europäischen Union, in: FS M. Heckel, 1999, 695, 699; *Tsatsos/Schiffauer* Parlamente und Wissenschaft im Prozeß der Verfassungsgebung, in: Kloepfer/Pernice (Hrsg.), Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam, 1999, 76, 78f.: „Verfassungsqualität"; *Öhlinger* Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG, 1988, 14f.; *Pernthaler* Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 2. Aufl. 1996, S. 29; *Fernandez Esteban* The Rule of Law in the European Constitution, 1999, 7ff., mwN.; *Jacqué* La Constitution de la Communauté européenne, RUDH 1995, 397ff., 423; *Boulouis* Droit institutionnel (Fn. 12), 3: „La constitution de l'Union européenne est formée par l'ensemble des règles qui la fondent, aménagent ses organes, déterminent ses compétences et garantissent les libertés de ses citoyens"; s. auch *Weiler* The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union, 2000; *Rodríguez Iglesias* Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1, 2, speziell zu EuGHE 1996, I-1759 – EMRK-Gutachten: „Änderung der Gemeinschaftsverfassung nicht durch Gesetzgebung aufgrund der Generalklausel des Art. 235 EGV". S. auch *Piris* L'Union européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?, RTDeur. 35 (1999), 599, 605f.; *Schorkopf* Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV, 2000, 219 mwN. in Fn. 694. Nach *Pauly/Siebinger* Der deutsche Verfassungsstaat, in: Ellwein/Holtmann (Hrsg.), 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland. Rahmenbedingungen – Entwicklungen – Perspektiven, 1999, 79, 88, entspricht dies indessen „dem modernen Verfassungsbegriff bei weitem nicht". Krit. auch *Beaud* Propos sceptiques (Fn. 3), 157: „wishful thinking".

[16] Vgl. insbes. den *Spinelli*-Entwurf von 1984, EA 1984 D, 209ff.; vgl. dazu: *Dastoli/Pierlucci* Verso una costitutzione democratica per l'europa. Guida al trattato di unione europea, 1984; Schwarze/Bieber (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, 1984; *Pernice* Verfassungsentwurf für eine Europäische Union, EuR 1984, 126. Krit. insbes. *H.-P. Ipsen* Europäische Verfassung (Fn. 11), 211f.; vgl. auch *Schneider* Der Vertragsentwurf und der Föderalismus, Integration 1/1984, 3, 9, für den die „schlichte Übernahme nationalstaatlicher Modelle problematisch" ist. Ein zweiter Entwurf wurde mit dem Bericht von *Herman* vom 9.2.1994 vorgelegt (RUDH 1995, 457ff.); dazu die Resolution des Europäischen Parlaments v. 10.2.1994 mit dem Text des Entwurfs einer Verfassung der Europäischen Union, RUDH 1995, 461ff.

[17] Vgl. den Überblick bei *Hertel* Normativität (Fn. 5), 22f.

[18] Vgl. dazu *Flauss* La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen, RUDH 1995, 373ff., 375: „La promotion d'une superconstitutionnalité". S. auch die Entscheidung des EGMR, *Loizidou/Türkei*, A. 310, §§ 70, 75, 93, der die Konvention im

eines „gemeineuropäischen Verfassungsrechts",[19] die ihrerseits auf die Auslegung des nationalen Verfassungsrechts zurückwirken.

Meine These ist, daß es eine Europäische Verfassung schon gibt. Damit bezeichne ich die Verbindung von nationaler und europäischer Verfassungsebene. Europäisches und nationales Verfassungsrecht bilden zwei Ebenen eines materiellrechtlich, funktional und institutionell zu einer Einheit verbundenen Systems. Dabei verstehe ich die primär intergouvernemental strukturierten und die supranationalen Elemente der Europäischen Union als zwei sich ergänzende Komponenten der europäischen Verfassungsebene.[20]

Diese „Einheitsthese" stützt sich auf einen erweiterten, eher funktionalen Verfassungsbegriff. Seit der Kieler Tagung von 1964 wird eine „integrierte Wissenschaft von den Trägern öffentlicher Gewalt, von den Gemeinschaften wie von den Staaten"[21] gefordert, ein „Neudurchdenken des Verfassungsbegriffs" (*Badura*),[22] neue theoretische Mo-

---

Anschluß an die EMRK (RUDH 1991, 201, Ziff. 22) als „constitutional instrument of European Public order" bezeichnet. S. auch *Ress* Die EMRK und das europäische Gemeinschaftsrecht, ZEuS 1999, 471 ff.; *Hoffmeister* Die EMRK als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung für Deutschland, Der Staat (2001) iE. Von „Europäisierung durch die EMRK" spricht *v. Bogdandy*, Zweierlei Verfassungsrecht (Fn. 4), 169 f.

[19] Grundlegend: *Häberle* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261 ff.; vgl. auch *ders.*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in: Bieber/Widmer (Hrsg.), L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area, 1995, 361 ff.; *Heintzen* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, EuR 1997, 1 ff.

[20] Zur Betrachtung des Gesamtwerks als Einheit vgl. *v. Bogdandy/Nettesheim* Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, EuR 1996, 1; iE. ähnl. *de Witte* The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral, in: Heukels/Blokker/Brus (Hrsg.), The European Union After Amsterdam. A Legal Analysis, 1998, 51 ff.; krit. *Koenig* Die Europäische Union als bloßer materiellrechtlicher Verbundrahmen, in: v. Bogdandy/Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam, EuR Beih. 2/1998, 139 ff.: „kohärenter Unionsrechtsverbund"; *Kadelbach* Einheit der Rechtsordnung als Verfassungsprinzip der Europäischen Union?, in: v. Bogdandy/Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung, ebd 51, 59 ff. *Vedder* Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Müller-Graff/Schwarze (Hrsg.), Rechtsschutz und Rechtskontrolle nach Amsterdam, EuR Beih. 1/1999, 731 ff., 39 f. *Griller* Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach Amsterdam, ebd 45 ff., 72, sieht die Union zwar als Rechtspersönlichkeit, aber beharrt auf der Trennung von Unions- und Gemeinschaftsrecht.

[21] *Kaiser* Bewahrung (Fn. 7), 26 f.

[22] Vgl. *Badura* Bewahrung (Fn. 7), 95: der Vorgang der Begründung der EG als Rechtsgemeinschaft fügt „auch der Verfassung ein nichtstaatliches und übernationales Konstruktionselement ein, verlagert damit den Verfassungsprozeß partiell auf eine

delle[23] und, wie *Hesse* sagt, „neue Wege der Verfassungstheorie".[24] Im Blick auf Europäisierung und globale Herausforderungen in der „postnationalen Konstellation" (*Habermas*)[25] möchte ich im Anschluß an Arbeiten irischer und britischer Autoren[26] eine „postnationale Verfassungstheorie" entwerfen, die die „etatistische Verengung"[27] überwindet und nationales sowie europäisches Verfassungsrecht einfängt.[28] Auf dieser Basis erläu-

---

nichtstaatliche und übernationale Ebene und zwingt so zu einem Neudurchdenken des Verfassungsbegriffs"

[23] Vgl. auch *H.P. Ipsen* Verfassung (Fn. 11), 211; *Thürer* Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 97, 99, fordert eine „das Staatsrecht, Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht zusammenordnende Theorie"; auch *Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, 139, sieht die EU als „Objekt theoretischer Durchdringung ... wie kein zweites".

[24] *Hesse* Die Welt des Verfassungsstaates. Einleitende Bemerkungen zu dem Baden-Badener Kolloquium am 13./14. Mai 1999 zum 60. Geburtstag von Peter Häberle, Manuskript, 6, iE. In diesem Sinn auch *Häberle* Europäische Verfassungslehre – ein Projekt, in: ders./Morlok/Skouris, Staat und Verfassung in Europa, 2000, 9.

[25] *Habermas* Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation. Politische Essays, 1998, 91 ff. Stichworte für den Gedanken mögen sein: Globalisierung (101 ff., 105 ff.), Selbstgesetzgebung (100, 152 f.) auf der Basis der Inklusion, d.h. einer „Politik der Anerkennung" und Einbeziehung des Anderen (112 ff.), Solidarität auf der Grundlage des Verfassungspatriotismus (114 ff.), postnationale Demokratie (134 ff.), keine „Nation Europa", aber Solidarität der Bürger Europas (149 f., 154), für die EU eine „Charta in der Art eines Grundgesetzes" als Legitimitätsbedingung für postnationale Demokratie (151), europäischer Bundesstaat (137, 150, 156) in der Annahme, daß „kollektive Identität jenseits der Grenzen einer Nation" als „Legitimitätsbediungung(en) für eine postnationale Demokratie" möglich ist (ebd 136). S. auch *Zürn* The State in the Post-National Constellation – Societal Denationalization and Multi-Level Governance, ARENA Working Papers WP 99/35, im Internet unter: www.arena.uio.no; *Schuppert* Demokratische Legitimation jenseits des Nationalstaates. Einige Bemerkungen zum Legitimationsproblem der Europäischen Union, in: Heyde/Schaber (Hrsg.), Demokratisches Regieren in Europa? Zur Legitimation einer europäischen Rechtsordnung, 2000, 65, 76 ff.: „Die postnationale Konstellation oder die EU als dynamisches Mehrebenensystem".

[26] Vgl. *Curtin* Postnational Democracy. The European Union in search of a political philosophy, 1997, 5, 48 ff., 51 ff.: „‚postnational' is meant to express the idea that democracy is possible beyond the nation-state"; weitergehend, mit einem prozeduralen Ansatz: *Shaw* Postnational constitutionalism in the European Union, Journal of European Public Policy, 1999, 579, 586 ff., mwN.

[27] So die Kritik bei *Schwarze* Auf dem Wege (Fn. 11), 1682.

[28] In dieser Richtung vgl. schon die Ansätze bei *Morlok* Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Verfassungstheorie, in: Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (Hrsg.), Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften, Bd. 1, 1998, 113, 118 ff. S. auch *Häberle* Europäische Verfassungslehre – Ein Projekt, in: ders., Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien, 1999, 11. Zu eng, weil nur auf die EU bezogen: *v. Bogdandy* Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, in: v. Dan-

tere ich im zweiten Schritt das Konzept des Verfassungsverbundes und will schließlich einige der rechtlichen Konsequenzen daraus aufzeigen.

II. Der „Postnationale" Verfassungsbegriff

Eine Verfassungstheorie oder einen Verfassungsbegriff als „postnational" zu bezeichnen, soll die Abkehr vom traditionellen Begriff der Verfassung deutlich machen und dem Wandel, den das klassische Bezugsobjekt von Verfassung, der Staat, erlebt hat, Rechnung tragen: Der „postnationale" Verfassungsbegriff läßt Staat und Nation im klassischen Sinne hinter sich, so wie die Globalisierung neue Instrumente der Steuerung fordert, Politik also über den nationalen Rahmen hinausgeht.

Über letzteres herrscht Einigkeit: Staatlichkeit ist faktisch und rechtlich relativiert.[29] Für *Tomuschat* ist die Idee vom souveränen Staat ein Anachronismus.[30] Ein „europäischer Entstaatlichungsprozeß" macht nach *Hofmann* aus den Mitgliedstaaten „integrierte Verfassungsstaaten", der Staat ist zwar „noch nicht tot, aber entmythologisiert, entzaubert".[31] Entsprechend pflanzt sich der Gedanke der „offenen Staatlichkeit" (*Vogel*)[32] fort in Formeln, wie derjenigen des „Kooperativen Verfassungsstaates" (*Häberle*), der „integrierte(n) Staatlichkeit" (*Hilf*)[33] – „als Staatsstrukturprinzip" (*Kaufmann*)[34]. Der Verfassungsbegriff kann hier-

witz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993, 9, 24ff.; ebenso der „Beitrag zur Entwicklung einer Europäischen Verfassungstheorie" von *Hertel* Normativität (Fn. 5), 233ff. Für einen gewandelten Verfassungsbegriff auch *U. Di Fabio*, Eine europäische Charta, JZ 2000, 737, 739.

[29] *Isensee* Nachwort: Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in: ders. (Hrsg.), Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 1993, 103, 134.

[30] *Tomuschat* Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), 1, 20: „Die wachsende Interdependenz zwischen allen Staaten und Völkern läßt den souveränen Staat, der seine Entscheidungen in selbstverantworteter Herrlichkeit trifft, zunehmend zu einem Anachronismus werden". Vgl. auch *Walter* Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, 1, 7.

[31] *Hofmann* Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung, JZ 1999, 1065, 1067.

[32] *Vogel* Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, 1964, 33ff.

[33] *Hilf* Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz, VVDStRL 53 (1994), 7, 8.

[34] *Kaufmann* Integrierte Staatlichkeit als Staatsstrukturprinzip, JZ 1999, 814ff.; zum Begriff der „integrierten Staatlichkeit" vgl. schon *Hilf* Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten, GS E. Grabitz, 1995, 157, 164f.; *ders.* Europäische Union:

von nicht unberührt bleiben. Ist der Bezug allein auf den Staat nur historisch bedingt?[35] Wenn sich die Verfassung der Europäischen Union nach *Isensee* von einer Staatsverfassung „in Form und Inhalt" unterscheidet,[36] so könnte sie doch Verfassung sein. Daß der alleinige Bezug auf den Staat nicht begriffsnotwendig ist, ergibt sich aus einem Blick in andere Mitgliedstaaten und der Frage nach den Verfassungsfunktionen.

1. Der Verfassungsbegriff im europäischen Vergleich

„Verfassung" ist nach verbreiteter deutscher Lehre die rechtliche Grundordnung des Staates[37]. In anderen Ländern Europas hat der Staat nicht dieselbe zentrale Bedeutung: In Frankreich steht die „nation" im Mittelpunkt, in Großbritannien ist es die „society"[38], der Staat hat in Großbritannien keine rechtliche Identität, ist kein rechtliches Konzept[39]. Je nach Akzentsetzung ist insofern auch der Begriff der Verfas-

---

Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 7, 8; s. auch *Badura* Föderative Verfassung (Fn. 15), 697.

[35] So insbesondere *Hertel* Supranationalität (Fn. 3), 34ff., 59; s. aber auch *Grimm* Verfassung (Fn. 2), 584; *Tsatsos/Schiffauer* Parlamente (Fn. 15), 78.

[36] *Isensee* Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte, FS Stern, 1997, 1239, 1263 mit Fn. 83;

[37] Vgl. *Kägi* Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945; *Grimm* Die Zukunft der Verfassung, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, 1994, 277, 291; *Stern* Staatsrecht (Fn. 1), 70f., 75, 78: „Verfassung ist die höchstrangige normative Aussage über die Grundprinzipien der Herrschafts- und Wertordnung im Staat". *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Neudruck 1999, Rn 17ff., bezieht den Begriff auf das Gemeinwesen, also auf Staat und Gesellschaft; ihm folgend u.a.: *Schwarze* Deutscher Landesbericht, in: ders. (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 109. Nach *Maurer* Staatsrecht, 1999, Rn 32, wird Verfassung ein „besonderes Gesetz" genannt, in dem das Staatsrecht geregelt ist. S. auch oben, Fn. 3.

[38] Vgl. dazu näher *Allott* The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe, CMLRev. 34 (1997), 439, 444ff.; ähnl. *Venter* Constitution Making and the Legitimacy of the Constitution, in: Jyränki (Hrsg.), National Constitutions in the Era of Integration,1999, 9, 11; vgl. auch *Pernice* Fondements du droit constitutionnel européen, 2001 i.E., WHI-Paper 5/00, www.whi-berlin.de bei Fn. 13, 16ff.

[39] *Birkinshaw* British Report, in: Schwarze (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 205: „the peculiar position of the statues of constitutional law in the EU, the absence of a written constitution and entrenched Bill of Rights and the fact that in British law the ‚state' has no legal identity and is not a legal concept". Vgl. auch *ders.*, European Integration and United Kingdom Constitutional Law, in: Andenas (Hrsg.), English Public Law and the Common Law of Europe, 1998, 241, 242, 260; *Allott* Crisis (Fn. 38), 451: "no conception of the *State* in the internal sense. There is no 'British State'". S. aber *Dicey* Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885), 10. Aufl. 1959, 23: „Con-

sung unterschiedlich zentriert. Das Wort „constitution" deutet dabei stärker auf einen schöpferischen Akt, als das Wort „Verfassung", das sich auf etwas schon Bestehendes zu beziehen scheint.

So stehen in der britischen Literatur die Regeln und „arrangements" zur Regierung des Landes – „government" – im Vordergrund.[40] Verfassung sei ein Instrument, das ein neues Rechtssystem schafft, welches nicht in seiner Geltung von einem anderen Rechtssystem abgeleitet ist; entscheidend ist ihr schöpferischer, originärer Charakter.[41] Es gibt keine geschriebene Verfassung, weil die Briten keine öffentliche Gewalt einführen wollen, die von jeder anderen gesellschaftlichen Macht systematisch getrennt oder unterschieden ist.[42] In Frankreich steht die „nation" im Mittelpunkt. *Sieyès* bezieht den Begriff „constitution" auf die Schaffung eines Körpers: „corps", der durch die Verfassung geschaffen wird.[43] Heute wird als „constitution" das Regelwerk über die Bedingungen der Machtausübung nach innen wie nach außen unter Beachtung der Souveränität des Volkes bezeichnet.[44] In Belgien findet sich zwar der Bezug zum Staat, doch wird dieser – gewiß historisch bedingt – durch die Verfassung konstituiert.[45] Wenn andere Stimmen im europäischen Schrift-

---

stitutional law, as the term is used in England, appears to include all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the state".

[40] Allgemeiner heute: *Munro* Studies in Constitutional Law, 2. Aufl. 1999, 1: „Constitution in the original sense of the word, by which is meant the body of rules and arrangements concerning the government of the country".

[41] *Hartley* Constitutional Problems of the European Union, 1999, 179. Noch weiter *Watson* The British Constitution and Europe, 1959, 65: „the whole complex of usages and practices governing the sovereignty of the British Parliament".

[42] So *Allott* Crisis (Fn. 38), 449.

[43] *Sieyès* Qu'est-ce que le Tiers Etat?, Ausgabe 1970, 66f.: „Il est impossible de créer un corps, pour une fin sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C'est que l'on appelle la constitution de ce corps. Il est évident qu'il ne peut pas exister sans elle. Il l'est donc aussi que tout gouvernement commis doit avoir sa constitution". Vgl. auch *Vattel* Le Droit des Gens, 1758, Kap. III § 27: „die grundlegende Regelung, welche die Art und Weise bestimmt, in der die öffentliche Autorität ausgeübt werden soll. In ihr wird die Form sichtbar, unter welcher die Nation als politische Körperschaft handelt; wie und durch wen ein Volk regiert werden soll, welches die Rechte und Pflichten der Regierenden sind. Die Verfassung ist im Grunde nichts als die Bestimmung der Ordnung, in welcher eine Nation sich vorsetzt, gemeinschaftlich die Zwecke und Vorteile der politischen Gesellschaft zu erreichen". S. dazu *Stern* Staatsrecht (Fn. 1), 69f.

[44] Vgl. *Beaud* La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht, RFDA 1993, 1046f.; s. auch *Flauss* Rapport français (Fn. 12), 26.

[45] *Delpérée* Droit Constitutionnel, tome I, les données constitutionnelles, 2. Aufl. 1987, S. 13ff.: Verfassung als „die originäre juristische Regel, die eine oder mehrere politische Gesellschaften, die einen Staat begründen wollten, sich gegeben haben, um

tum die Verfassung stärker auf den Staat bezogen definieren, so wird doch nicht immer klar, ob sie diesen erst konstituiert oder aber voraussetzt.[46] Das Schrifttum ist somit europaweit uneinheitlich, der Staatsbezug erscheint oft beiläufig, die Frage wird nicht eigens thematisiert. Der Focus muß sich daher auf die Funktionen der Verfassung richten.

2. *Funktionen der Verfassung*

Welches sind die wesentlichen Funktionen der Verfassung? Der klassische Konstitutionalismus setzt das Bestehen von Herrschaftsgewalt voraus, die sie ordnen und begrenzen soll, durch Gewaltenteilung und den Schutz der individuellen Freiheiten und anderen Grundrechte gegenüber dem Staat.[47] Ausdrücklich beschränkt sich *Stern* für die Staats-

---

eine wirksame Erfüllung des öffentlichen Wohls zu ermöglichen. Sie konstituiert den Staat rechtlich, ist Organisation, Grundgesetz des Staates, regelt die Entwicklung des Rechts, institutionalisiert die Gewalten und bestimmt das Verhältnis zu den Individuen" (übers. v. Verf.); vgl. auch *Fernandez Esteban* The Rule of Law (Fn. 15), 9f.: Verfassung als Metanorm der Schöpfung, Anwendung und Interpretation von Rechtsnormen, als *norma normarum*, sie konstituiert aber auch das Gemeinwesen, die „polity" und ist Ausdruck bestimmter fundamentaler Werte; ähnl. *Garrorena Morales*, Cuatro tesis y un cololario sobre el derecho constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional, 1997, 37: „Constitutión entendida como norma fundamental del Estado cuya hoy a veces preterida cualidad diferencial consiste precisamente en ‚costituir' la comunidad política".

[46] *Fernández Vega/Mariscal de Gante y Mirón*, Diccionario de la Constitución, 1983, 78: „designa el conjunto de reglas relativas a la organización y a la actividad del Estado". *Uttendaele* Institutions fondamentales de la Belgique, 1997, 11, weist darauf hin, dass der belgische Staat der Verfassung vorauslag. *Velu* Droit public, tome premier, 1986, 146: „la constitution est l'ensemble des règles juridiques essentielles régissant au sein de l'Etat l'organisation, le fonctionnement et les attributions des organes supérieurs de la puissance publique ainsi que le contenu et les garanties des droits fondamentaux". Zur Auswechselbarkeit der Begriffe von Verfassungs- und Staatsrecht vgl. *Kortmann* Constitutioneel recht, 1997, 3 mit Fn. 1, der dem Begriff des „constitutioneel recht" allerdings wegen der konstituierenden Funktion der Vorzug gibt. Zu Irland vgl. *Doolan* Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland, 3. Aufl.1994, 2: „The constitution will usually locate, confer, distribute and limit authority and power among the organs of government of a state". Ähnl. *Morgan* Constitutional Law of Ireland. The Law of the Executive Legislature and Judicature, 1990, 11; *Murphy/Twomey* Introduction, in: dies. (Hrsg.), Ireland's Evolving Constitution, 1937–97: Collected Essays, 1998, vii: „Constitutions are codes of norms, which aspire to regulate the allocation of powers, functions, and duties among the various agencies and officers of government, and to define the relationship between these and the public".

[47] *Turpin* British Government and the Constitution. Text, Cases and Materials, 4. Aufl. 1999, 18: „idea of *constitutionalism* – of a *constitutional order* which acknowledges the necessary power of government while placing conditions and limits upon its

rechtswissenschaft auf einen Verfassungsbegriff, „der für die Bewältigung der ihr gestellten Aufgaben wesentlich ist".[48] Dem Bild eines modernen Konstitutionalismus[49] entspricht demgegenüber die Funktion, erst einmal Herrschaft, Kompetenz, öffentliche Verantwortung und Gewalt, ggf. den Staat, zu konstituieren,[50] zu organisieren[51] und ihre Entscheidungen zu legitimieren.[52] Es gibt, so *Häberle*, „nur so viel Staat, wie die *Verfassung* konstituiert".[53] Treffend beschreibt *Kortmann* als die wesentlichen Funktionen der Verfassung: Eine konstituierende hinsichtlich der Institutionen, eine zuweisende hinsichtlich der Kompetenzen und eine regulierende, mäßigende Funktion hinsichtlich der Gewalten zueinander und zu den Bürgern.[54]

---

exercise". S. auch *Chubb* The Politics of the Irish Constitution, 1991, 5f. Zur Entwicklung vgl. *Stern* Staatsrecht (Fn. 1), 63ff., für den der Begriff der Verfassung „ein kongenialer Begriff" zum Staat wurde (ebd 69).

[48] *Stern* Staatsrecht (Fn. 1), 70, gegenüber dem auf *Vattel* zurückführenden „abstrakten, zeitlosen Verfassungsbegriff".

[49] Vgl. *Chubb* The Politics (Fn. 47), 6: „Modern constitutionalism, with the emerging liberalism whose ideology it shares, predicates naturally free, apolitical, and rights-bearing individuals who need and therefore establish governments that they can, may, and should control". Vgl. schon *Sieyès* Tiers Etat (Fn. 43), 66f.; s. auch *ders.*, Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen, in: ders., Ecrits politiques, 198: „La constitution embrasse à la fois la formation et l'organisation intérieures des pouvoirs publics".

[50] In diesem Sinne schon *Kelsen* La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), Revue du Droit Public et de la Science Politique, 1928, 197, 204: „principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier et l'essence de la communauté constituée par cet ordre". Vgl. auch *Grimm* Entstehung und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: ders. (Hrsg.), Die Zukunft der Verfassung, 1991, 31, 37; *Haverkate* Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992, 40ff.; *Morlok* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie, 1998, 114ff., 118; *Hesse* Grundzüge (Fn. 37), Rn 5ff., 16; besonders deutlich: *Häberle* Europa – Eine Verfassungsgemeinschaft?, in: ders. (Hrsg.), Einzelstudien (Fn. 28), 85, 90; *Doolan* Constitutional law (Fn. 46), 2: „The purpose of a constitution, apart from establishing the State and its institutions, is to limit the powers of government".

[51] Vgl. *Walter* Globalisierung (Fn. 30), 5, 8ff., mit der Unterscheidung insbes. von Organisations- und Legitimationsfunktion, Begrenzungsfunktion (Grundrechte) und Integrationsfunktion.

[52] S. etwa Swedish Riksdag (Hrsg.), Constitutional documents of Sweden, 1995, 9f.

[53] Vgl. *Häberle* Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, 620; *ders.*, Europäische Verfassungslehre (Fn. 28), 16. Ihm folgend: *Hofmann* Von der Staatssoziologie zur Soziologie der Verfassung?, JZ 1999, 1065, 1066; s. auch *Sobotta* Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, 30ff.

[54] Vgl. *Kortmann* Constitutioneel (Fn. 46), 21f., 25ff.; ähnl. mit Hinweis auf den klassischen Gedanken der Konstituierung von Staat und Institutionen durch eine Art von Gesellschaftsvertrag auch: *van der Pot/Donner* Handboek van het Nederlandse staats-

Ersetzt man den Begriff „Staatsgewalt", wie schon bei *Vattel*,[55] durch den der öffentlichen Autorität oder Gewalt, so bleiben die entscheidenden Elemente des Verfassungsbegriffs, funktional betrachtet,[56] doch bestehen: Originäre Konstituierung, Legitimation, Organisation und Be- oder Abgrenzung öffentlicher Gewalt unmittelbar gegenüber dem Bürger, als Statut der „Selbstgesetzgebung".[57] Das Merkmal der öffentlichen Gewalt unterscheidet ihn vom Begriff der Verfassung, wie er für private Verbände verwendet wird, die Qualität des originären, unmittelbare Rechtsbeziehungen zum Bürger schaffenden Rechts von der „Verfassung" internationaler Organisationen.[58] Verfassung konstituiert und legitimiert begrenzte Herrschaftsgewalt im Staat und über den Staat hinaus. Der Begriff ist offen für ergänzende, komplementäre, übergreifende Strukturen politischer Integration; als Antwort auf Zwecke, die Staat und Nation überfordern, er ist nicht mehr auf Staat und Nation zentriert, sondern auf die Selbstbestimmung des einzelnen – also „postnational".

3. *Verfassung als Prozeß organisierter Selbstbestimmung*

Wer vermittelt der Verfassung Legitimität? Legitimation kann heute nur in der Selbstbestimmung des Individuums begründet sein, getragen

---

recht, 13. Aufl. 1995, 141. S. auch *Majerus* L'Etat luxembourgeois, 1990, 43: „La Constitution a pour objet de déterminer les bases constitutives de l'Etat, de garantir les droits et les libertés des citoyens et d'organiser le pouvoirs publics"; *Cuocolo* Istituzioni di diritto pubblico, 6. Aufl. 1990, 140: „‚costituzione' si indica il complesso delle norme – anche non scritte – per le quali uno stato è quello che è un determinato momento storico, norme che, appunto, lo costituiscono"; *López Guerra* Derecho constitucional, vol. I, 3. Aufl. 1997, 19: traditionelle Aufgabe der Verfassung „... de organizar a la comunidad política espanola, de acuerdo con criterios que asigurasen la ordenación estable de los poderes públicos y la libertad de los ciudadanos" sowie heute: „sistema de valores" (ebd 20, 31 ff.).

[55] Vgl. oben Fn. 43.

[56] S. auch *Walter* Globalisierung (Fn. 30), 5 f.

[57] Zur Konstruktion der Selbstgesetzgebung vgl. auch *Stern* Staatsrecht (Fn. 1), 75 mwN.; *Habermas* Postnationale Konstellation (Fn. 25), 112, zur Konstruktion ebd 97: „Bevor eine Gesellschaft politisch auf sich selbst einwirken kann, muß sich ein Teilsystem ausdifferenzieren, das auf kollektiv bindende Entscheidungen spezialisiert ist"; *Morlok* Verfassungstheorie (Fn. 28), 116: „Das Bezugsproblem der Verfassung ist die Rechtfertigung und Begrenzung der institutionalisierten politischen Herrschaft".

[58] Zur Verwendung des Verfassungsbegriffs insofern vgl. *Gerkrath* L'émergence (Fn. 3), 99 ff.; *Hertel* Supranationalität (Fn. 3), 61 ff., je mwN. Zu den Vereinten Nationen vgl. *Faßbender* UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective, 1998, insbes. 37 ff., 89 ff.: „The UN Charter as a Constitution".

von der Achtung der Individualität und des Andersseins, der gleichen Rechte und Freiheiten der anderen.[59] Beides wurzelt in der Menschenwürde, beides findet in der Idee des Gesellschaftsvertrags über die demokratische Verfassung des Gemeinwesens die Grundlage.[60] Verfassung ist dabei nicht statisch, sondern die im „tagtäglichen Plebiszit"[61] dynamisch sich entwickelnde Ordnung politischer Integration (*Smend*)[62] oder „öffentlicher Prozeß", wie *Häberle* sagt, „immer neues Sich-Ver-

---

[59] In diesem Sinne, bezogen auf die Erfahrung der französischen Revolution *Hofmann* Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, JZ 1999, 1065, 1069: „Verfassung als das enthousiasmierende Pathos der Freiheit und der menschlichen Gleichheit. Diese Leidenschaft galt nur am Rande in einem negativen Sinne der Ausgrenzung und dem Schutz privater Freiräume, der Abwehr staatlicher Übergriffe. Was die Menschen überwältigte, war das positive Gefühl, durch eine Verfassung in einem allumfassenden Sinne zu Herren des eigenen Schicksals zu werden, allein und gemeinsam, jeder für sich und alle zusammen".

[60] Vgl. auch *Isensee* Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates. Stationen in einem laufenden Prozeß, JZ 1999, 265, 277: Ableitung der Staatsgewalt aus dem übereinstimmenden Willen aller Individuen über die Lehre vom Staatsvertrag. Der letzte und eigentliche Rechtfertigungsgrund ist der „Wille des Einzelnen", „Die Nation ist als Legitimationsgrund anerkannt. Dieser aber leitet sich ab aus der individuellen Selbstbestimmung ihrer Angehörigen, also aus menschenrechtlicher Freiheit". Bemerkenswert die Kritik von *Holme* Economic and Political Liberalism, in: Haseler (Hrsg.), Britain's Constitutional Future, 1991, 137, 139, am inflexiblen britischen System: „The reason is that we have in Britain a constitution which derives its main legitimacy from history and tradition rather than from any contractual notion of the people banding together for their common purposes". Krit. zum kontraktualistischen Ansatz: *Frankenberg* Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, 1997, 50ff., 56, mit der Nuance, statt dessen von einer „grundlegenden Konvention" zu sprechen, wobei die „Verpflichtung zur Zivilität" aber doch auch „Resultat einer Übereinkunft ist, die immer nur temporär eingegangen wird, also jederzeit revisibel davon abhängt, daß die Beteiligten für sie eintreten". Diese Sicht kommt allerdings der hier vertretenen Vorstellung sehr nahe.

[61] *Renan* Qu'est-ce qu'une nation?, Conférence faite en Sorbonne le 11 mars 1882, 1882, 26ff.: „plébiscite de tous les jours", der den Begriff freilich französischem Denken entsprechend (oben bei Fn. 38) auf die Nation bezieht.

[62] *Smend* Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, 119, 136ff., mit Verweis auf *Renan* hier freilich bezogen auf den Staat. Verfassung ist für ihn die „Rechtsordnung des Staats, genauer ... seines Integrationsprozesses. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates, und die Verfassung ist die gesetzliche Normierung einzelner Seiten dieses Prozesses" (ebd 187ff., 189). Zur Elastizität und Dynamik ebd 190f., wonach „ihr System sich gegebenenfalls von selbst ergänzt und wandelt". Mit Verweis hierauf s. auch *Isensee* Rechtfertigung (Fn. 60), 277: „Doch verbraucht sich der Wille des Einzelnen nicht unwiderruflich im gedachten Akt der Staatsgründung. Vielmehr muß er sich im tagtäglichen Plebiszit der nationalen Integration beweisen und erneuern, wenn er seine Legitimitätskraft bewahren soll".

tragen und sich Ertragen aller Bürger".[63] Sie ist „Anregung und Schranke"[64] der Einheitsbildung unter Anerkennung des Eigenwerts der gesellschaftlichen Vielfalt,[65] wie sie u.a. die Grundrechte garantieren.[66] Sie ist nicht einseitige Setzung, sondern, mit den Worten von *Haverkate*, „rechtlich vermittelte Gegenseitigkeitsordnung",[67] freilich in einem dynamischen Sinne: Sie ist Ausdruck eines Wertekonsenses als Verfahrensergebnis und zugleich Verfahren immer neuer Integration, in dem Differenzen sozialer Gruppen und Widersprüche offengelegt, verhandelt und einer Lösung zugeführt werden.[68]

Damit ändern sich auch die Begriffe von Souveränität und Staat: Souveränität ist nicht mehr die (monarchische) Voll-Macht des Staates oder die Urgewalt eines Mythos Volk,[69] sondern bedeutet heute Selbstbestimmung des einzelnen als Element der Menschenwürde:[70] Staat ist kein „Naturgebilde"[71], sondern Zweckverband,[72] ein Stück Selbstorga-

---

[63] *Häberle* Europa (Fn. 50), 90. S. auch schon *ders.* Verfassung als öffentlicher Prozeß, 3. Aufl. 1998.

[64] *Smend* Verfassung (Fn. 62), 195.

[65] Zur Änderung der Paradigmen in der Postmoderne von „liberté, égalité, fraternité" in diejenigen des Kommunitarismus: „sécurité, diversité et solidarité" vgl. *Denninger* Menschenrechte und Grundgesetz, 1994; umfassende Beiträge in: Bizer/Koch (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?, 1998; s. auch *Fleiner* Verfassungsbegriff, Verfassungsziele und Verfassungscharakteristika in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und in der Europäischen Union, in: Müller-Graff/Riedel (Hrsg.), Verfassungsrecht (Fn. 15), 17, 23, mit der Konsequenz des „Europa der Vielfalt der Kulturen" (ebd 30).

[66] Zur besonderen Funktion der Grundrechte für die „Verfassung der Vielfalt" vgl. *Pernice* Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, 847, 850f.

[67] *Haverkate* Verfassungslehre (Fn. 50), 47ff.

[68] Vgl. näher *Shaw* Postnational constitutionalism (Fn. 26), 586ff., mit einer Beschreibung der „postnational dimension". Die Gegensätzlichkeit von Recht als Wertekonsens und als Verfahrensergebnis, von der *v. Bogdandy*, Zweierlei Verfassungsrecht (Fn. 4), 181ff., ausgeht, besteht danach nicht.

[69] Vgl. *Haverkate* Verfassungslehre (Fn. 50), 37: „Mythos Volk" als „schneidende Absage an demokratische Selbstbestimmung, da das Volk ... als metaphysische Größe aufgeführt wird, gegen den empirischen Volkswillen".

[70] Vgl. auch *Rousseau* La France, in: Maus/Passelecq (Hrsg.), Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales, 1998, 38, 39: Nicht der Staat sei souverän, „c'est le peuple ou la Nation qui disposent de ce pouvoir ultime de décision libre".

[71] *Marcic* Recht – Staat – Verfassung. Eine Einführung in die Grundbegriffe und in die österreichische Lebensordnung, 1. Bd. Recht und Staat, 1970, 136f.

[72] Vgl. treffend *Saladin* Wozu noch Staaten. Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, 1995, 45: „gegen die Selbstzwecklichkeit des Staats", mwN., s. auch ebd 100: „Er ist nicht Selbst-

nisation der Gesellschaft.[73] Durch die Verfassung im kontraktualistischen Sinne, definiert sich eine auf einem Gebiet ansässige Menschengruppe als Bürger oder Volk[74] eines auf vereinbarte Werte gegründeten Gemeinwesens, schafft sich Organe, Verfahren etc. zur Erfüllung bestimmter oder nach den Verfahren zu bestimmender Zwecke und macht sich damit zugleich – selbstreflexiv – zum Träger des *pouvoir constituant.* Treffend sagt *Preuß*: „Erst der Prozeß der gemeinsamen Verfassungsgebung erzeugt, was die Verfassung voraussetzt, nämlich sich wechselseitig als Gleiche anerkennende ‚citizens'".[75]

III. Europäischer Verfassungsverbund

Was folgt hieraus für Europa? Daß die EU kein Staat ist, kein vorgegebenes Volk hat,[76] tut ihrer Verfassungsfähigkeit keinen Abbruch. Die europäischen Verträge erfüllen die wesentlichen Funktionen, die einer Verfassung zukommen: Sie konstituieren, legitimieren, organisie-

---

zweck ... Der moderne Rechtsstaat ist Zweckgebilde, und er ist gerechtfertigt vor allem, sofern und soweit er seine Zwecke erfüllt".

[73] Vgl. auch *Hesse* Grundzüge (Fn. 37), Rn 9, der von Industriegesellschaft spricht.

[74] Vgl. *Habermas* Postnationale Konstellation (Fn. 25), 99: „In den Grenzen des Territorialstaats konstituiert sich einerseits das Staatsvolk als potentielles Subjekt einer Selbstgesetzgebung demokratisch vereinigter Bürger, andererseits die Gesellschaft als das potentielle Objekt ihrer Einwirkung". S. schon *Sieyès* Reconnaissance (Fn. 49), 198: „La constitution d'un peuple n'est et ne peut être que la constitution de son gouvernement, et du pouvoir chargé de donner des lois, tant au peuple qu'au gouvernement ... ce n'est point la Nation qu'on constitue, c'est son établissement public. La Nation est l'ensemble des associés ...". Zum Verfassungskonzept des „new constitutionalism" in diesem Sinne *Preuß* Einleitung: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik, in: ders. (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, 1994, 7, 27ff. Der Einwand von *Böckenförde* Staat (Fn. 3), 136f., daß wegen der schon vorausgesetzten Einheit Volk hierin ein Zirkelschluß liege, trägt nicht, wenn man auf den rechtlichen Akt der Verfassung abstellt.

[75] *Preuß* Begriff der Verfassung (Fn. 74), 29. Krit. *Beaud* Propos sceptiques (Fn. 3), 155: Diese Überlegungen „relèvent plus du projet de la société que du droit positif" – aber was ist das positive Recht?, zur EU ebd 158f.: vor allem fehle es am pouvoir constituant, womit *Beaud* an Grimms Feststellung anschließt, daß es kein europäisches Volk gebe (s.u. bei Fn. 78).

[76] *Koenig* Verfassungsfähigkeit (Fn. 2), 274: Fehlen eines „demokratisch verfaßten und tatsächlich gelebten ‚Bürgerverbundes'", *ders.* Anmerkung zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden „Verfassungsbedürfnis", NVwZ 1996, 549ff.; daß der Begriff europäisches Volk als die Menge der Unionsbürger durchaus gebraucht werden kann, zeigt *Bryde* Le peuple européen and the European people, in Auer/Flauss (Hrsg.), Le Référendum Européen, 1997, 251 261ff., 273.

ren und begrenzen öffentliche Gewalt im Verhältnis der Organe zueinander und auch unmittelbar gegenüber dem einzelnen.[77] Für *Grimm* fehlt es am Volk, das sich durch die Verfassung selbst politische Handlungsfähigkeit beilegt; das primäre Gemeinschaftsrecht gehe auf die einzelnen Mitgliedstaaten zurück und bleibe von diesen abhängig: „Während Nationen sich selbst eine Verfassung geben", so führt er aus, „wird der Europäischen Union eine Verfassung von Dritten gegeben".[78] Aber: Die Staaten sind nicht Dritte gegenüber ihren Bürgern. Der demokratische Staat ist die Organisation seiner Bürger, nur sie können letztlich auch der supranationalen Gemeinschaft Legitimation vermitteln, von ihnen bezieht sie ihre Autorität.[79] Die EU ist wie der Staat Zweckverband, beides sind komplementäre Instrumente politischer (Selbst-) Steuerung der sich bildenden europäischen Gesellschaft.[80]

Dieser Komplementarität entspricht die verfassungsrechtliche Konstruktion. Im Maastricht-Urteil unterstreicht das Bundesverfassungsgericht die Offenheit des Grundgesetzes für Bindungen „in dem engeren *Rechtsverbund* einer zwischenstaatlichen Gemeinschaft".[81] Mehrfach hat es auf die funktionale Verschränkung bzw. normative Verklammerung europäischen und nationalen Rechts hingewiesen.[82] Ich möchte das dadurch begründete System trotz der notwendigen Unterscheidung und formalen Autonomie des nationalen und des europäischen Rechts als Europäischen Verfassungsverbund zu bezeichnen.[83] Das heißt, ich ver-

---

[77] Insoweit ebenso: *Grimm* Vertrag oder Verfassung, Stw&StP 6 (1995), 512, 514: „Allerdings fehlt es an einer solchen Rechtsbindung der von der Europäische Gemeinschaft ausgeübten öffentlichen Gewalt nicht"; *Steinberg* Grundgesetz (Fn. 132), 366ff., zeigt, daß auch die „fünf Stufen der Verfassung" gegeben sind: Sicherheit, Rechtsstaat, Demokratie, Sozialstaat, und Ökologiegrundsatz.

[78] *Grimm* Vertrag (Fn. 77), 516; *Koenig* Verfassungsfähigkeit (Fn. 2), 268.

[79] Anders im Akzent *Piris* Verfassung (Fn. 5), 327f.: „Die EU bezieht ihre Autorität nicht unmittelbar von den Bürgern, sondern vielmehr von den Mitgliedstaaten".

[80] S. dazu *Shaw* Postnational constitutionalism (Fn. 26), 587ff.

[81] BVerfGE 89, 155, 183 – *Maastricht* (Hervorhebung nur hier).

[82] Vgl. schon BVerfGE 52, 187 (200) – *Absatzfonds*: „Mitgliedstaatliche Rechtsordnung und Gemeinschaftsrechtsordnung stehen nicht unvermittelt und isoliert nebeneinander; sie sind in vielfältiger Weise aufeinander bezogen, miteinander verschränkt und wechselseitigen Einwirkungen ... geöffnet"; ähnl. BVerfGE 73, 339, 367 – *Solange II*: „funktionelle Verschränkung" und ebd 384: „normative Verklammerung". S. dazu jetzt *Zuleeg* Föderative Grundsätze (Fn. 5), 2849.

[83] Zum Begriff *Pernice* Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: Bieber/Widmer (Hrsg.), Verfassungsraum (Fn. 19), 225, 261ff., und *ders.* Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27ff.; weiterführend: *ders.* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Bd. 1998, Art. 23 Rn 20ff.; s. auch *Häberle* Gemeineuropäisches Ver-

stehe die Entwicklung des Primärrechts als Verfassungsprozeß (dazu 1.), trotz der völkerrechtlichen Form (dazu 2.), und das entstehende europäisches Verfassungsrecht bildet zusammen mit dem nationalen Verfassungsrecht materiellrechtlich eine Einheit (dazu 3.).

1. Die „Verfassung" der Europäischen Union als Prozeß

Nicht nur der Verfassungsbegriff, sondern auch die geltende Verfassung muß offen sein, wenn es um die Begründung supranationaler öffentlicher Gewalt geht, die den Staat mit seiner Verfassung ergänzt, aber nicht ersetzt. Dieser Wille findet in den Integrationsklauseln Ausdruck. Früher Art. 24 I GG, jetzt präziser und wegen des Verweises auf Art. 79 II und III GG adäquater Art. 23 I GG öffnet das Grundgesetz für die Übertragung von Hoheitsrechten[84] zur Gründung und Entwicklung der

---

fassungsrecht (Fn. 19), 396; *Scheuing* Zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, 87ff., 105; *Bieber* Die Europäisierung des Verfassungsrechts, ebd 71ff., 93ff.; *Heintzen* Verfassungsrecht (Fn. 19), 15f.; *v. Bogdandy* Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam, 1999, 13ff.; *Steinberg* Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrecht, in: Eichel/Möller (Hrsg.), 50 Jahre Verfassung des Landes Hessen, 1997, 356ff., 360, in bezug auf den Bundesstaat; allg. *ders.* Grundgesetz und Europäische Verfassung, ZRP 1999, 365, 373; *Kadelbach* Einheit (Fn. 20), 58; *Thürer* Föderalistische Verfassungsstrukturen für Europa – eine zweite Chance der Entfaltung, Integration 2000, 89, 92; zustimmend auch *Zuleeg* Frauen in die Bundeswehr, DÖV 1997, 1017, 1027; *Wahl* Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts, Der Staat 38 (1999), 495, 500f.; *Eijsbouts* Review Essay: Classical and baroque constitutionalisms in the face of Europe, CMLRev. 37 (2000), 213, 218 *Schorkopf* Homogenität (Fn. 15), 220; entsprechend: *Walter* Globalisierung (Fn. 30) 8; *Hergenhan* Le fédéralisme allemand et la construction européenne, Notre Europa (Hrsg.), Problématiques européennes n° 5, 2000, 31; *Gutiérrez Gutiérrez*, Un orden jurídico para Alemania y Europa, Teoría y Realidad Constitucional 3 (1999), 215, 218; *Biaggini*, Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung, ZSR 119 (2000), 445, 467f.; *ders.*, Eine Verfassung für Europa? Perspektiven europäischer Verfassungstheorie, NZZ Nr. 264 v. 11./12. 11. 2000, 57; *Pernice/Mayer*, De la constitution composée de l'Europe, RTDeur. 36 (2000), 623, 631ff.

[84] Zum Begriff die Arbeiten von *Flint* Die Übertragung von Hoheitsrechten. Zur Auslegung der Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG, 1998, 112ff., 135, der im Übertragungsakt nach Art. 23 I, 24 I GG eine dem Zivilrecht analoge Abtretung sieht: „Unter Übertragung von Hoheitsrechten ist die Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. ihre Abtretung zu verstehen"; *Rauser* Die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 24 I GG, 1991, insb. S, 45ff.; *Hufeld* Die Verfassungsdurchbrechung. Rechtsproblem der Deutschen Einheit und der

Europäischen Union. Ziel ist ein vereintes Europa, in welches sich das deutsche Volk nach der Präambel des Grundgesetzes eingliedern will. „Übertragung" kann vom Staat her gedacht werden, als Delegation von Herrschaft,[85] aber auch vom Individuum, vom Bürger her als Akt eines originären[86] Anvertrauens oder Zuweisens von Kompetenz[87] an die durch den Vertrag geschaffenen Organe.[88] Im Zustimmungsgesetz manifestiert sich dann der demokratisch gebildete Wille der Bürger, im Einklang mit dem Willen der Bürger der anderen beteiligten Staaten die

---

europäischen Einigung. Ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung, 1997; *Pernice* Art. 23 GG (Fn. 83) Rn 82ff.

[85] So insbes. *Flint* Übertragung (Fn. 84), passim, insbes. 141: „Übertragung von Hoheitsrechten bedeutet Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. Abtretung von Bestandteilen der Staatsgewalt ... ‚Übertragen' steht für Rechtsübertragung im klassisch privatrechtlichen Sinne" und ebd 151ff.: „Ausdeutung als Abtretung von Hoheitsrechten". Gegen den Delegationsgedanken, weil die EG-Kompetenz immer eine andere ist, als die ursprünglich staatliche: *Masclet* Diskussionsbeitrag in: Maus/Passalecq (Hrsg.), Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales, 1998, 46, 48f.

[86] Vgl. hierzu schon *Badura* Bewahrung (Fn. 7), 34, 57, mwN.; *H.P. Ipsen* Gemeinschaftsrecht (Fn. 10), 58ff.; *Oppermann* Europarecht (Fn. 15), Rn 616f.: „genuin europarechtliche" Begründung des Vorrangs; *v. Bogdandy/Nettesheim* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 1 EGV (Stand 1994), Rn 9; s. auch Nachw. bei *Pernice* Deutschland in der Europäischen Union, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII (1992), § 191 Rn 25, mwN.; *ders.* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 20; zuletzt *Walter* Globalisierung (Fn. 30), 12; *H. Dreier* Kontexte des Grundgesetzes, DVBl. 1999, 667, 677: „selbständige, originäre, also nicht-(mitglied)staatliche Hoheitsgewalt".

[87] Art. 7 VI der portugiesischen Verfassung formuliert: „Portugal pude ... convencionar o exercício à construçã da união europeia", die belgische Verfassung sagt in Art. 25bis a.F., noch treffender „attribuer", vgl. dazu *Delpérée* La constitution belge, la constitution luxembourgeoise et le traité sur l'Union européenne, Annuaire de droit luxembourgeois 1992, 15, 20. Zuweisung und Anvertrauen ist verstanden im Sinne von: *Hamilton/Madison/Jay* The Federalist Papers (1787/88), Federalist No. 46: „The federal and state Governments are in fact but different agents and trustees of the people, instituted with different powers, and designated for different purposes".

[88] Vgl. schon *Pernice* Art. 23 GG (Fn. 83) Rn 82ff.; *ders.* Konsolidierung (Fn. 5), 224ff.; s. auch BVerfGE 37, 271, 279f., wonach die Wendung „Übertragung von Hoheitsrechten" nicht wörtlich genommen werden kann; *v. Simson* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 (1973), 129: „grenzüberschreitende Kompetenz, die neu geschaffen wird"; *Schwarze* Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?, JZ 1999, 637, 638: „Einbringung zur gemeinsamen Ausübung". S. auch *v. Bogdandy* The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System, CMLRev. 36 (1999), 886, 899: „This original authority is based on a collective act of the citizens (now of the Union) in which they constituted this authority through the relevant procedures set out in their national constitutions"; s. auch *ders.* Die Europäische Union als einheitlicher Verband, in: ders./Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung (Fn. 20), 165, 166, 174.

Union zu gründen und zu entwickeln.[89] Unter den Bedingungen und nach den Verfahren, die die Integrationsklauseln festlegen, sind es die Bürger der Mitgliedstaaten, die durch sukzessive Vertragswerke supranationale Hoheitsgewalt konstituieren, indem sie Organe schaffen, einander zuordnen und mit bestimmten Kompetenzen ausstatten zur verbindlichen Entscheidung gegenüber Mitgliedstaaten, ihren Organe und Bürgern; sie legen Werte und Zielbestimmungen und Beschlußverfahren der europäischen Politik und Rechtsetzung fest, und sie definieren ihren rechtlichen Status als Unionsbürger und machen mit der Festlegung des Verfahrens der Vertragsänderung sich selbst zum Verfassungsgeber und Legitimationssubjekt der EU.

Die europäischen Verträge sind damit, weit weniger fiktiv als normale Verfassungen, Ausdruck eines europäischen *contrat social*.[90] Auch sie begründen eine Gegenseitigkeitsordnung zwischen den Menschen,[91] dokumentieren den Willen der Bürger der Mitgliedstaaten, sich zu vertragen, immer neu zu vertragen, für das gemeinsame Wohl, und organisieren den Prozeß einer immer engeren Union, also europäischer Integration. Die Verträge sind „Verfassungsvertrag", freilich nicht im Sinne von *Carl Schmitt*.[92] Sie konstituieren Hoheitsgewalt ebenso originär wie eine staatliche Verfassung.[93] Die Verfassung der EU thematisiert die Unionsbürgerschaft als ein zwischen den Bürgern der Mitgliedstaa-

---

[89] S. auch den Hinweis auf die „legitimierten Vertreter der europäischen Völker", die hinter dem übereinstimmenden Willen der Mitgliedstaaten bei Vertragsschluß stehen, bei *Tsatsos/Schiffauer* Parlamente (Fn. 15), 79.

[90] Vgl. schon *Pernice* Konsolidierung (Fn. 5), 210ff.; s. auch *Häberle* Europa (Fn. 50), 95; *Fleiner* Verfassungsbegriff (Fn. 65), 17ff., 31, fordert „übergeordnete Sozialkontrakte", freilich wohl für die Zukunft, nicht als Interpretation des Bestehenden.

[91] *Huber* Die politischen Parteien als Partizipationsinstrument auf Unionsebene, EuR 1999, 579, 592. S. auch schon *ders.* Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl/Kreutzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, 27, 52: Charakter der Unionsrechtsordnung als „wechselseitiger Auffang- und Gegenseitigkeitsordnung", wobei freilich wohl an eine Ordnung zwischen Staaten gedacht ist.

[92] Zur Unterscheidung treffend *Walter* Globalisierung (Fn. 30), 13.

[93] Zum originären Charakter des Gemeinschaftsrechts vgl. schon *Badura* Bewahrung (Fn. 7), 34, 57, mwN.; *Frowein* Die Verfassung der Europäischen Union aus Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, 315, 319: „unabhängige Ordnungen"; *v. Bogdandy/Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 1 EGV (Stand 1994) Rn 9; s. auch Nachw. bei *Pernice* Deutschland (Fn. 86), Rn 25; *ders.* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 20; zuletzt *Walter* Globalisierung (Fn. 30), 12; *v. Bogdandy* Unity (Fn. 82), 899: „... it is difficult to contest that they pass on to the institutions original authority through the relevant procedures set out in their national constitutions". S. auch *Weiler* Enlargment (Fn. 15), Rn 20ff.

ten „auf Dauer angelegtes rechtliches Band"[94] – und gestaltet sie als Statut rechtlicher Gleichheit aus,[95] aber auch als Inbegriff individueller Freiheits- und politischer Mitwirkungsrechte der „postnationalen Demokratie".[96]

2. *Die Form des völkerrechtlichen Vertrags*

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und verbreiteter Lehrmeinung dagegen ist die EU völkerrechtliche Schöpfung,[97] ihre Hoheitsbefugnisse sind abgeleitet[98] und die innerstaatliche Geltung des Gemeinschaftsrechts gründet sich für den jeweiligen Rechtsakt im Zustimmungsgesetz als Rechtsanwendungsbefehl.[99]

---

[94] So BVerfGE 89, 155, 184 – *Maastricht.*

[95] *Borchardt* Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, Neue Juristische Wochenschrift 2000, 2057; EuGHE 1998, I-7637, *Bickel und Franz*; s. auch *Rossi* Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, 197. Zur Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes als Grundlage des Europa der Bürger vgl. *Lenaerts* L'égalité de traitement en droit communautaire, CDE 1991, 3, 25: „principe d'égalité".

[96] Vgl. *Curtin* Postnational Democracy (Fn. 26), 48ff.; zum Begriff „Volk" als „rechtlich bestimmt" im Sinne Kants: vgl. auch *Steiger* Der Vertrag von Amsterdam: Auf dem Wege zu einer europäischen Republik?, in: Weick (Hrsg.), Competition or Convergence. The future of European Legal Culture, 1999, 43 „daß gerade durch die Konstituierung eines gemeinsamen Repräsentationsorgans das ‚Volk' aus vielen Menschen unterschiedlichster Völker sich konstituiert".

[97] S. insbes. BVerfGE 89, 155, 186: „Ermächtigung souverän bleibender Staaten", 107: „Text eines völkerrechtlichen Vertrages", 190: „Staatenverbund, dessen Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und ... nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann", 200: „Der Vertrag über die Europäische Union trifft eine völkerrechtliche Vereinbarung über einen auf Fortentwicklung angelegten mitgliedstaatlichen Verbund"; s. auch BVerfGE 73, 339, 367f. – *Solange II*; anders noch BVerfGE 37, 277f. – *Solange I*: „Der Senat hält – insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – an seiner Rechtsprechung fest, daß das Gemeinschaftsrecht weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht ist, sondern eine eigenständige Rechtsordnung bildet, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt (BVerfGE 22, 293 (296); 31, 145 (173f.)". Aus der Literatur vgl. *Kokott* Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), 599ff.

[98] Vgl. BVerfGE 89, 155, 190 – *Maastricht*; vgl. auch *Kirchhof* Der Staat im Prozeß europäischer Integration, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII (1992), § 183 Rn 66ff.; besonders deutlich *Flint* Übertragung (Fn. 84), 112ff., 135, der im Übertragungsakt nach Art. 23 I, 24 I GG eine dem Zivilrecht analoge Abtretung sieht: „Unter Übertragung von Hoheitsrechten ist die Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. ihre Abtretung zu verstehen".

[99] So seit BVerfGE 73, 339, 367f. – *Solange II*; besonders deutlich BVerfGE 89, 155, 188, 190 – *Maastricht*: „im deutschen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann". Auf der Basis des völkerrechtlichen An-

Dieser Ansatz liegt auch dem Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs zu Maastricht zugrunde,[100] ebenso wie der Rechtsprechung des italienischen[101] und des spanischen Verfassungsgerichts.[102] In der Tat läßt sich die im wesentlichen völkerrechtliche Form von Vertragsverhandlung, Vertragsschluß und Ratifikation nicht leugnen. Auch völkerrechtliche Verträge zwischen demokratischen Staaten beziehen ihre Legitimation letztlich aber aus dem Willen der Bürger der beteiligten Staaten. Aus diesem leiten sich Inhalt, Umfang und Adressaten der Bindungswirkung ab, die in der Regel auf das Rechtssubjekt Staat beschränkt ist.

Diese Distanz oder Mediatisierung[103] fällt bei der EU weitgehend weg. Der EG-Vertrag durchbricht den Souveränitätspanzer der Staaten[104] und begründet ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen den Einzelnen und der Union mit ihren Institutionen.[105] Art. 249 II und IV EGV sagt das für die Verordnung und die Entscheidung eindeutig. Art. 81 und 82 EGV zu Kartellverbot und Mißbrauch von Marktmacht

---

satzes vgl. *U. Fink*, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, DÖV 1998, 133, 138ff., 140f. Krit. zu Recht *U. Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217, 225f.

[100] Urteil v. 6.4.1998 – *Maastricht*, EuGRZ 1999, 49, 50, 52 (deutsche Übersetzung), ausgehend von einer Einordnung der EG als „internationale Organisation" (Ziff. 9.2), heißt es dort (Ziff. 9.6 aE.), daß in einer Ausnahmesituation europäische Rechtsakte außerhalb der vom Beitrittsgesetz bewirkten Souveränitätsübertragung von dänischen Gerichten für unanwendbar erklärt werden können. Positiv zu der hier gefundenen Lösung: *Schwarze* Hindernis (Fn. 88), 641.

[101] Corte Costituzionale, Entscheidung Nr. 183/73 – *Frontini*, Foro italiano, 1974, I, 314; CC Entscheidung Nr. 232/89 – *Spa Fragd*, Foro italiano, I, 1990, 1855

[102] Vgl. etwa *García de Enterría/Alonso García* Spanish Report, in: Schwarze (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 287, 297; ferner: *Estella de Noriega*, A Dissident Voice: The Spanish Constitutional Court Case Law on European Integration, EPL 1999, 269.

[103] Vgl. etwa *K. Ipsen*, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, § 7 Rn 1ff.; *Bleckmann* Nationales und europäisches Souveränitätsverständnis. Strukturalistisches Modelldenken im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im Völkerrecht, in: Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, 33, 37f., 48. Von „Impermeabilität der Souveränität der Staaten spricht *Stern* Staatsrecht (Fn. 1), 478. Zur internationalen Organisation als Union zwischen Staaten vgl. etwa *Verdross/Simma* Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, 462f.; *Nguyen Quock/Daillier/Pellet* Droit International Public, 5. Aufl. 1995, 558ff.; zur „Impermeabilität der Souveränität der Staaten" s. auch *Stern* Staatsrecht (Fn. 1), 478.

[104] Zum Begriff vgl. *Bleckmann* Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, 57; *ders.* Europarecht, 1. Aufl. 1976, 172 schreibt den Begriff noch *Ipsen* zu.

[105] Besonders deutlich EuGHE 1978, 629, 644 – *Simmenthal II*: die Bestimmungen des EG-Rechts sind „unmittelbare Quelle von Rechten und Pflichten".

weisen vom Wortlaut her in dieselbe Richtung.[106] Daß allein die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit[107] das Primärrecht im Sinne eines Konstitutionalisierungsprozesses vom Völkerrecht in Verfassungsrecht gewandelt habe,[108] trifft so im Ansatz nicht zu. Der den Charakter der neugeschaffenen Rechtsordnung prägende „Durchgriff", die Stellung des Bürgers als Rechts- und Pflichtensubjekt ist im Vertrag von Anfang an angelegt, wenn auch die folgende Rechtsprechung[109] und die Änderungen des Primärrechts die subjektiven Rechte und vor allem die Stellung des Bürgers unmittelbar als Legitimationssubjekt, aber auch als Hüter des Rechts[110] schrittweise verstärkt haben: Grundrechtsjudikatur und Staatshaftung,[111] Unionsbürgerschaft, Direktwahl und Mitentscheidung des Parlaments mögen als Stichworte genügen.

---

[106] Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 82 EGV vgl. EuGHE 1989, 803, 848 – *Ahmed Saeed*; Art. 81 EGV wurde noch in EuGHE 1962, 67, 111 – *Bosch* mangels Konkretisierung des Freistellungsverfahrens für nicht unmittelbar anwendbar erklärt, zur heutigen Situation vgl. *Pernice* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 87 EGV (Stand 1997), Rn 3ff.

[107] Grundlegend: EuGHE 1963, 1, 25 – *van Gend & Loos*. S. auch die Übersicht zuletzt bei *Oppermann* Europarecht (Fn. 15), Rn 556, 630 mwN.

[108] Vgl. *Weiler* The Transformation of Europe, Yale Law Journal 100 (1991), 2403, 2422ff. jetzt auch in *ders.* The Constitution of Europe, 1999, 10, 19ff.; s. auch *Oeter* Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 59 (1999), 901ff.; *Chalmers* European Union. Law and EU Government, vol. 1, 1998, 271ff., 276f., mit Kritik ebd 326ff.: „The Court of Justice has overstepped the functions of a court". Daß die These der „constitutionalisation" auf einem Mißverständnis des modernen Völkerrechts beruhe, argumentiert *Spiermann* The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order, EJIL 10 (1999), 763ff.

[109] Grundlegend: EuGHE 1962, 1, 24ff. *Van Gend & Loos*, mit einem Versuch der Dogmatik *Kingreen/Störmer*, Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, 263ff.; s. auch schon *Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, 25ff., 65ff., 70ff. passim. Zum Zusammenspiel mit den nationalen Gerichten bei der Verwirklichung dieser subjektiv-öffentlichen Rechte s. *Slaughter/Sweet/Weiler* The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence, 1998.

[110] Vgl. den Überblick bei *Rodriguez Iglesias* Judicial Protection of the Citizen under European Law, in: Markesinis (Hrsg.), The Coming Together of the Common Law and the Civil Law. The Clifford Chance Millennium Lectures, 2000, 195: Des Gerichtshofs „decisive role in shaping the European Community as a Community of law and as a Community of peoples and citizens who are each holders of a set of rights to be protected"; eingehend: *Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, 1997.

[111] Grundlegend: EuGHE 1991, I-5357 – *Francovich*; s. auch *Jarass* Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger, NJW 1994, 881; *Streinz* Staatshaftung bei Verletzungen primären Gemeinschaftsrechts durch die Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1993, 599.

Das nationale Zustimmungsgesetz ist damit nicht Rechtsanwendungsbefehl,[112] nicht die „Brücke", über welche allein das Europarecht die staatliche Rechtsordnung erreichen kann,[113] schon gar nicht Grundlage einer „Transformation" in das innerstaatliche Recht,[114] wohl aber Form der Teilnahme am europäischen Gesellschaftsvertrag über die Verfassung, deren Normen aus sich heraus unmittelbar gegenüber dem Bürger gelten. In diesem Sinne ist Art. 48 EUV ein Verfahren zur Verfassungsänderung, nicht zum völkerrechtlichen Vertragsschluß.[115] Er sieht nicht nur die Verhandlung durch eine Regierungskonferenz und die Annahme jeder Vertragsrevision gemäß den verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten vor, sondern auch die Mitwirkung der EG-Organe einschließlich des Parlaments.[116] Die Erweiterung der EG nach Art. 49 EUV bedarf sogar der Zustimmung des Europäischen Parlaments. Insofern führt das vom völkerrechtlichen Souveränitätsdenken geprägte Bild, die Mitgliedstaaten seien nach wie vor die „Herren der Verträge",[117] in die Irre; sie sind weder Herren, noch Herren der Verträge,[118] ja sie sind,

---

[112] So aber BVerfGE 89, 155, 190; ihm folgend die wohl hM., s. etwa *Streinz* Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn 203ff.; *P.M. Huber* Recht der europäischen Integration, 1996, § 5 Rn 24.

[113] In diesem Sinne aber *Kirchhof* Integration (Fn. 98), Rn 65. Dagegen treffend *Everling* Rechtsfortbildung (Fn. 100), 225f.

[114] So *Fink* Staatlichkeit (Fn. 99), 140; wie hier: *Oppermann* Europarecht (Fn. 15), Rn 616.

[115] Mit dem Hinweis auf Art. 48 EUV auch *Lenaerts* Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union, CJEL 6 (2000), 1, 2: „the Community legal order's constituent power – namely, the Intergovernmental Conference which has authority under Article 48 (ex Article N) of the Treaty on European Union to amend the Treaties on which the Union is founded". Treffender noch *v. Bogdandy* Supranationaler Föderalismus (Fn. 83), 42f.: „Dieses Verfahren führt zu einem Gesamtakt gem. Art. N EUV n.F., in dem die Unionsbürger über die einschlägigen Verfahren sämtlicher mitgliedstaatlicher Verfassungen ihre Zustimmung erklären".

[116] Vgl. schon *Thieme* Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften, VVDStRL 18 (1960), 50 72f.

[117] So etwa: BVerfGE 75, 223, 242 – *Kloppenburg*, BVerfGE 89, 155, 190 – *Maastricht*; ähnl. der dänische Oberste Gerichtshof, im Urteil v. 6.4.1998 – *Maastricht*, EuGRZ 1999, 49, 50 (deutsche Übersetzung), Ziff. 9.2; s. auch etwa *Steinberger* Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Union, VVDStRL 50 (1991), 9, 16f. mit Fn. 21; *Klein* Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 56, 59; *P.M. Huber*, Recht der europäischen Integration, 1996, § 5 Rn 4ff., 19, *Hertel* Supranationalität (Fn. 3), 119ff.; *Kaufmann* Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, Der Staat 36 (1997), 521, 532: „Herren der *Verfassung* der EU"; *Hartley* Constitutional Problems (Fn. 41), 163.

[118] Krit. auch *Everling* Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften noch Herren der Verträge?, FS Mosler, 1983, 173ff.; *ders.* Zur Stellung der Mitgliedstaa-

wie noch zu zeigen sein wird, nicht einmal mehr Herren ihrer eigenen Verfassungen.[119]

3. *Materielle Einheit von europäischem und nationalem Verfassungsrecht*

In völkerrechtlicher Tradition werden das Recht der EG und das nationale Recht als zwei getrennte, autonome Rechtsordnungen betrachtet.[120] Indessen betont der Gerichtshof schon im Urteil *Costa/ENEL*, daß die Rechtsordnung der EG mit dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags „in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist".[121] Trotz der Autonomie der verschiedenen Rechtsquellen sind wegen der unmittelbaren Geltung des Gemeinschaftsrechts[122] Legitimationssubjekt und Adressaten für jeden Mitgliedstaat dieselben Bürger. Europäische und nationale Verfassungen stellen Teilordnungen eines einheitlichen Systems dar, das für jeden Einzelfall letztlich eine rechtliche Lösung produziert. Wenn

---

ten der Europäischen Union als Herren der Verträge, in: FS Bernhardt, 1995, 1161 ff.; *v. Bogdandy* Skizzen (Fn. 28), 28; *Häberle* Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, DVBl. 2000, 840, 846; weitere Nachw. bei *Pernice* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 21.

[119] Vgl. schon *Pernice* Bestandssicherung (Fn. 83), 263.

[120] Grundlegend EuGHE 1963, 1, 25 – *Van Gend & Loos*: „Neue Rechtsordnung des Völkerrechts"; EuGHE 1964, 1253, 1270 – *Costa/ENEL*, spricht von einer „autonomen Rechtsquelle", *Frowein* Verfassung (Fn. 93), 319: „unabhängige Ordnungen"; s. auch *Grussmann* Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäische Integration, in: v. Danwitz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, 47, 56 ff., 58 ff., der das Nebeneinander zweier Grundnormen annimmt, womit ein Geltungskonflikt zwischen beiden Rechtsordnungen ausgeschlossen ist, ein „Verpflichtungskonflikt" aber durchaus bestehen kann. Sehr deutlich jetzt auch *Frank* Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht, ZÖR 55 (2000), 1, 3 ff.

[121] EuGHE 1964, 1253, 1269 – *Costa/ENEL*. Vgl. auch *Hallstein* Der unvollendete Bundesstaat, 1969, 35 f.: „Träger der Gemeinschaft ist auch der Einzelne. Ihre Rechtsordnung geht ihn immer stärker unmittelbar an. Sie verleiht ihm Rechte und legt ihm Pflichten auf, so daß er als Staatsbürger und als Angehöriger der Gemeinschaft Rechtsordnungen verschiedener Abstufung unterworfen ist – so wie das aus den bundesstaatlichen Verfassungen bekannt ist."

[122] Besonders deutlich in: EuGHE 1978, 629, 644 f. – *Simmenthal II*, wonach sogar „ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären"; daß die unmittelbare Geltung eine Kollision zwischen beiden Rechtsordnungen erst möglich macht, betont zu Recht *Mayer* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA, 2000, 74.

die Strukturicherungsklausel in Art. 23 I 1 GG fordert, daß die EU „föderativen Grundsätzen" entspricht, so ist damit nicht nur die Wahrung der nationalen Staatlichkeit und Identität gemeint, sondern auch der rechtliche Zusammenhalt, die Einheit, wie *Zuleeg* sagt, zweier Handlungsebenen im rechtlichen Verbund.[123]

Der Begriff Europäischer Verfassungsverbund soll die Staaten und ihre supranationalen Einbindungen in ihrer Gesamtheit erfassen.[124] Vom Bürger aus gesehen ist die europäische Verfassung ein Mehrebenensystem, verfaßt und strukturiert gemäß unterschiedlich umfassenden Aufgabenstellungen im Sinne eines „multilevel constitutionalism".[125] Nationale und europäische Verfassungsebene verbinden sich in ihrem Aufeinander-Angewiesensein[126] zu einem einheitlichen System, euro-

---

[123] In dieser Richtung jetzt *Zuleeg* Die föderativen Grundsätze (Fn. 5), 2846ff.; entsprechend kann *Steinberg* Landesverfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 83), 360, auch im Bund-Länder-Verhältnis von Verfassungsverbund sprechen. Treffend der revidierte Entwurf einer Entschließung der Kommission Institutionelle Fragen des Ausschusses der Regionen „Für eine Europäische Verfassung" Berichterstatterin *Bresco* CdR 152/99 rev. 1 (DE/IT) MV/DC/hi, vom 28. September 1999, Ziff. 5: „Die Hoheitsgewalt liegt in den Händen der Bürger, die das Recht haben, die Regierungsaufgaben den Institutionen zu übertragen, die sie am besten wahrnehmen können, sei es auf lokaler, regionaler, nationaler oder europäischer Ebene. Die Bürger Europas brauchen eine Union mit Institutionen, die imstande sind, die Aufgaben zu erfüllen, die die Mitgliedstaaten allein nicht mehr bewältigen können".

[124] Vgl. *Thürer* Verfassungsstaat (Fn. 23), 126, mit der Forderung nach einer Verfassungstheorie, Verfassungspolitik und Verfassungsdogmatik, die dies leistet. *H.P. Ipsen* Europäische Verfassung (Fn. 11), 211, spricht von einem: „Verfassungssystem der Politikverflechtung, wie es in dieser Weise bislang verfassungstheoretisch nicht beschrieben ist und sich in der Integration entwickelt".

[125] Vgl. *Pernice* Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and „Multilevel Constitutionalism", in: Riedel (Hrsg.), German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998, 1998, 40–65, auch veröffentlicht in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung, Forum Constitutionis Europae – Bd. 1, 2000, 11–36; *ders.* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 20ff.; *ders.* Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, CMLRev. 36 (1999), 703 ff.; s. jetzt auch *Schuppert* Legitimation (Fn. 25) 75; *Thürer* Verfassungsstrukturen (Fn. 83), 92; *Schuppert*, Anforderungen an eine Europäische Verfassung, in: Klingemann/Neidhardt, Zur Zukunft der Demokratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung, 2000, 237, 256ff.; vgl. auch *v. Bogdandy*, A Bird's Eye View on the Science of European Law: Structures, Debates and Development Prospects of Basic Research on the Law of the European Union in a German Perspective, ELJ 6 (2000), 208, 226f.; *Bauer*, Europäisierung des Verfassungsrechts, JBl. 2000, 749 (751).

[126] Vgl. auch *Schwarze* Einführung, in: ders. (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 11, 12: Das „Verhältnis sachlicher Verbindung und wechselseitiger Abhängigkeit von nationalem

päisches und nationales Verfassungsrecht bilden materiellrechtlich eine Einheit.[127] „Aus dem Zusammenspiel von nationalem Verfassungsrecht und grundlegenden Normen des europäischen Gemeinschaftsrechts" entsteht nach *Schwarze* eine „europäische Verfassungsordnung",[128] andere sprechen von einem „System der Verfassungsverflechtung",[129] von „Souveränitätsverbund",[130] oder „Verfassungsgemeinschaft",[131] und *Steinberg* nennt das Grundgesetz Teil der „Gesamtverfassung der Europäischen Union".[132]

Bauprinzip dieser Verfassung ist die Subsidiarität,[133] Ziel die Sicherung von Frieden, Freiheit und nachhaltiger Entwicklung, sowie der

---

und europäischem Verfassungsrecht ist zu einem, wenn nicht gar zu dem maßgeblichen Gesichtspunkt moderner Verfassungsentwicklung geworden"; s. auch *ders.* Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, ebd 463, 464ff.; ähnl. *Piris* Constitution (Fn. 15): „l'UE est, et demeurera sans doute, presqu'entièrement dépendante de ses Etats membres et de leurs instances législatives, exécutives, administratives et judiciaires en premier lieu, pour inspirer les règles qu'elle adopte et, en second lieu, pour appliquer des règles et veiller à leur application".

[127] Vgl. schon *Pernice* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 53 (1994), 247; in diesem Sinne auch *P.M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 1996, § 9 Rn 5ff., 12. Die Verbindung macht auch deutlich: *Masclet* Diskussionsbeitrag (Fn. 85), 49: Die Gemeinschaft „ne nous est pas étrangère, elle n'est pas ‚autre' par rapport aux États. Elle est une partie des États eux-mêmes, de même que les États sont présents dans les institutions de l'Union européenne.

[128] *Schwarze* Einführung (Fn. 126), 14. Anders *M. Kaufmann*, Permanente Verfassungsgebung (Fn. 117), 530ff., 546, der im Respekt der Staatlichkeit der Mitgliedstaaten ein „einheitliches System" nur aus der Sicht jeweils der Bürger der Mitgliedstaaten annimmt.

[129] *Bieber* Verfassungsentwicklung (Fn. 15), 215.

[130] *Magiera* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 53 (1994), 137, 138

[131] *Häberle* Werdende Verfassungsgemeinschaft (Fn. 118), 841, der den möglichen Schritt von den Teilverfassungen zur „europäischen Vollverfassung" aber erst für die Zukunft erwartet, „kraft des pouvoir constituant von mindestens 15 Völkern Europas, die ‚ein' (multiethnisches) Volk werden?" (ebd 846).

[132] *Steinberg* Grundgesetz (Fn. 83), 366ff., 371ff.

[133] Ähnl. *Chiti*, Das Ziel der europäischen Integration: Staat, internationale Union oder „monstro simile"? in: Nettesheim/Schiera, Der integrierte Staat, 1999, 177, 192. – Subsidiarität freilich als Zuweisungsregel, nicht allein als Kriterium der Kompetenzausübung iSd. Art. 5 II EGV, vgl. dazu das Protokoll Nr. 21 zum Amsterdamer Vertrag, über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit; s. auch *Hartley* Constitutional Problems (Fn. 41), 163.84ff., mit nützlichen Kriterien: mutual concessions, uniformity as an end in itself, transnational problems need transnational solutions, solidarity: joint action can achieve more (ebd 88ff.); zur praktischen Anwendung vgl. *v. Borries/Hauschild* Implementing the Subsidiarity Principle, ColJEL 5 (1999), 369ff.; eingehend *Calliess* Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union. Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex Art. 3b)EWGV nach dem Vertrag von Amsterdam, 2. Aufl. 1999.

(Rück-)Gewinn an Handlungsfähigkeit, Effizienz und demokratischer Kontrolle durch gemeinsames Handeln auf überstaatlicher Ebene. Die Ausübung der Souveränität wird auf zwei Ebenen verteilt: Geteilte Souveränität[134] heißt „gemeinsame Souveränität" der Bürger auf europäischer Ebene,[135] vertikale Gewalten- und Funktionenteilung, Aufgaben- und Arbeitsteilung im Dienste der Bürger, organisiert und strukturiert durch die europäische Mehrebenenverfassung.[136]

Der in der österreichischen Lehre verwendete Begriff der Doppelverfassung[137] trägt der gegenseitigen Ergänzung und Abhängigkeit, dem fragmentarischen Charakter beider Ebenen[138] ebenso wenig Rechnung, wie das in Irland verwendete Bild der „second constitution" oder das

---

[134] *Frowein* Verfassung (Fn. 93), 318, 320: „Ausgliederung von Teilsouveränitäten", die „Europäische Union soll echte eigene Zuständigkeiten, Teilsouveränitäten, ausüben ...". Von „Souveränitätsteilung von Europa und Nationalstaat" spricht *Fischer* Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union, 2000, 171, 177 (Rn 33f., 38), auch in: Integration 2000, 149, 153f.; aus irischer Sicht: *Whelan* National Sovereignty in the European Union, in: Murphy/Twomey (Hrsg.), Ireland (Fn. 46), 277, 287ff., 292: „arguments ... for acceptance in Irish constitutional law of the partial, autonomous sovereignty of the Community legal order". Krit. *Hobe* Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, Der Staat 37 (1998), 521, 545: Keine „Teilung von Souveränität bzw. Staatsgewalt; diese ist und bleibt, wie bereits *Jean Bodin* zutreffend erkannt hat, unteilbar".

[135] *Chirac* Notre Europe – Discours prononcé par Monsieur Jacques Chirac, Président de la République Française devant le Bundestag, 27.6.2000, www.botschaft-frankreich.de, 12., abgedr. in: FAZ Nr. 147 v. 28.6.2000, 10, 11: mit EZB, EuGH und Mehrheitsentscheidungen im Rat bestehen bereits jetzt in der EU „Elemente einer gemeinsamen Souveränität". *Masclet* Diskussionsbeitrag (Fn. 85), 49, regt ein Nachdenken über eine „souveraineté partagée" oder „l'exercice en commun de la souveraineté" an.

[136] Zur Nutzung der Mehrebenenmetapher im europäischen Rahmen vgl. *Jachtenfuchs/Kohler-Koch* Einleitung: Regieren im dynamischen Mehrebenensystem, in: dies. (Hrsg.), Europäische Integration, 1996, 15ff.; *Zürn* Regieren jenseits des Nationalstaats, 1998, 234f.; *Harding* The Identity of European Law: Mapping Out the European Legal Space, ELJ 6 (2000), 129, 144f.; zur ihrer Anwendung im juristischen Kontext s. jetzt *Mayer* Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 35ff.

[137] Vgl. *Pernthaler* Die neue Doppelverfassung Österreichs, in: FS G. Winkler, 1997, 773ff., und *Öhlinger* Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung, in: ders., Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, 165ff., 215f. Ähnlich zur „doppelten Verfaßtheit der Bürger Europas" *Läufer* Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union – Notwendigkeit einer offenen Debatte, Integration 1994, 204, 208, sowie *Schröder* Demokratie, Transparenz und die Regierungskonferenz – Überlegungen zur Legitimität der Europäischen Union, KritV 1998, 423, 439 – wobei freilich nicht die Bürger, sondern die Staaten bzw. die EU „verfaßt" sind.

[138] So besonders deutlich: *v. Bogdandy* Zweierlei Verfassungsrecht (Fn. 5), 166, 171.

der „dualen Verfassung" in Frankreich.[139] Als Komplementär-[140] oder Teilverfassung[141] verbindet das europäische Primärrecht die Vielfalt der nationalen Verfassungen zur Einheit der europäischen Verfassung. In jedem Mitgliedstaat gilt „zweierlei Verfassungsrecht",[142] aber als Komponenten eines Systems. Art. 79 III GG steht dem nicht entgegen,[143] denn nach der Präambel und Art. 23 I GG ist die im Grundgesetz vorausgesetzte Staatlichkeit diejenige eines Gliedes in einem vereinten Europa.[144]

IV. Rechtliche Konsequenzen

Was folgt aus all dem? Die wenigsten Bürger der sechs Gründerstaaten haben sich 1957 als Verfassungsgeber der neuen europäischen Ordnung gefühlt, vielleicht niemand. Und doch: Was entstand und sich entwickelte, kann in den beteiligten Demokratien niemand anders zugerechnet werden, als den Bürgern. In ihrer doppelten Identität sind sie Staats- und Unionsbürger, von ihnen geht in der „Mehrebenendemokratie"[145] die Legitimation für beide Ebenen aus.[146] Dem entspricht eine

---

[139] In diesem Sinne auch *O'Leary* The Reciprocal Relationship Between Irish Constitutional Law and the Law of the European Communities, in: Murphy/Twomey (Hrsg.), Ireland (Fn. 46), 293, mit Verweis auf *Henchy* The Irish Constitution and the EEC, DULJ 1977, 20, 21, 23: „It is as if the people of Ireland had adopted Community law as a second but transcendent Constitution". Zu Frankreich vgl. *J.F. Flauss*, Wechselwirkungen (Fn. 12), S. 34.

[140] Zum Begriff s. schon *Läufer* Verfassung (Fn. 137), 209.

[141] *Frowein* Verfassung (Fn. 93), 318: „Wir haben in allen Unionsstaaten eine gleichermaßen geltende Teilverfassung für die ausgegliederten Souveränitätsrechte". Von den staatlichen Verfassungen als „Teilordnungen" spricht auch *Häberle* Verfassungslehre (Fn. 24), 13; *ders.* Verfassungsgemeinschaft (Fn. 118), 841: „Teilverfassungen bzw. sektorenhafte Verfassungsverträge".

[142] Vgl. *v.Bogdandy* Zweierlei Verfassungsrecht (Fn. 5), 167.

[143] *Kaufmann* Permanente Verfassungsgebung (Fn. 117), 528, hält „diese Konstruktion aus Sicht des Grundgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 79 Abs. 3 GG (für) verfassungswidrig, da sie gegen dessen kardinales Schutzgut der souveränen Staatlichkeit verstößt". Ähnlich dürfte *Kirchhof* Integration (Fn. 98), § 183 Rn 57, denken, wenn er feststellt: „Die Staatlichkeit Deutschlands steht im Rahmen der europäischen Einigung nicht zur Disposition".

[144] Vgl. schon *Pernice* Deutschland (Fn. 86), Rn 20ff.; *ders.* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 18f.; vorsichtiger noch *H.P. Ipsen* Europäische Verfassung (Fn. 11), 198: „deutsche ‚Identität' ... als eine zur internationalen Öffnung bereite Staatlichkeit".

[145] Vgl. *Di Fabio* Recht (Fn. 23), 139ff.; *ders.* Eine europäische Charta, JZ 2000, 737, 741ff.

[146] Krit. noch *H.P. Ipsen* Europäische Verfassung (Fn. 11), 206; von den Staaten bzw. Völkern ausgehend: *Kaufmann* Demokratieprinzip (Fn. 34), insbes. 337ff., 347ff.; daß

doppelte Loyalität: Wie sich die nationalen Richter auch als europäische Richter verstehen müssen,[147] ist jeder Beamte der nationalen Verwaltung in der Anwendung des Gemeinschaftsrechts funktional auch europäischer Beamter,[148] jede Regierung verantwortet als Mitglied im Rat die europäische Politik mit, und als Kreations- und Kontrollorgane sind die nationalen Parlamente auch europäische Parlamente,[149] so wie die nationalen Parlamentswahlen je nach Bedeutung der europäischen

---

aber der einzelne, nicht ein Kollektiv „Volk" Bezugspunkt der Demokratie ist, betont treffend *P.M. Huber* Parteien (Fn. 91), 580f., 586. S. auch *Steinberg* Grundgesetz (Fn. 83), 368ff.; *Bryde* Le peuple européen and the European people, in: Auer/Flauss (Hrsg.), Référendum (Fn. 3), 251ff.; mit Verweis auf *Rousseau*: *Piris* Constitution (Fn. 15), 611: „Il n'y a plus, aujourd'hui, de Français, d'Allemands, d'Espagnols, d'Anglais même, quoi qu'on dise: il n'y a que des Européens" (Considérations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réformation projetée, avr. 1772).

[147] Vgl. *Pernice* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 26ff.; *ders.* Multilevel Constitutionalism (Fn. 125), 724; entsprechend benutzen *Weiler/Slaughter/Sweet* Prologue – The European Courts of Justice, in: Slaughter/Sweet/Weiler The European Court (Fn. 109), v. ausdrücklich den Plural „Courts of Justice"; s. auch *Nowak*, Das Verhältnis zwischen zentralem und dezentralem Individualrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Verwirrspiel zwischen Wechselwirkung und Beziehungslosigkeit –, EuR 2000, 724, 725: „nationale Gerichte als ‚Gemeinschaftsgerichte' im funktionalen Sinn"; s. auch *Hirsch* Kompetenzverteilung zwischen EuGH und nationaler Gerichtsbarkeit, NVwZ 1998, 907, 910; *Temple. Lang* The Duties of National Courts under Community Constitutional Law, ELRev. 22 (1997), 3: „Every national court in the European Community is now a Community law court"; *Rideau* Rapport introductif, in: Maus/Passalecq (Hrsg.), Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales, 1998, 12, 13. Folge ist etwa die Verwerfungsbefugnis bzw. -pflicht gegenüber gemeinschaftswidrigem nationalem Recht vgl. BVerfGE 31, 145, 174 – *Milchpulver.* Vgl. auch *Streinz* Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn 223a; *Pietzker* Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung, FS Everling, 1995, 1095.

[148] *H.P. Ipsen* Europäische Verfassung (Fn. 11), 210, spricht von „‚Indienststellung' des nationalen Systems für die Durchsetzung der Gemeinschaftsrechtsordnung"; zur „dual capacity", in der die nationalen Zentralbanken handeln, vgl. *Smits* The European Central Bank, 1997, 94; ähnl. *Louis* CMLRev. 35 (1998), 33, 50f., 73: „NCB's are agents of the System, in the implementation of tasks related to it". Die Folge der europäischen Loyalität nationaler Behörden ist, daß die Verantwortung bzw. Haftung für ihr Handeln „im Dienste der EG" auf die EG übergeht, vgl. EuGHE 1986, 753, 768 Rn 21ff. – *Krohn*: Handeln der BALM auf Weisung der Kommission. Vgl. EuGHE 1989, 1839, 1869ff. – *Costanzo.* Zur Verwerfungskompetenz der Verwaltung in diesem Sinne: *Streinz* Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII (1992), § 182 Rn 64; s. auch *Pernice* Deutschland (86), Rn 25; *ders.* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 23ff.; *Pernice/Kadelbach* Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, DVBl. 1996, 1100; ablehnend: *Frank* Vorrang (Fn. 120), 41ff.

[149] Über sie läuft, trotz des wachsenden Einflusses des Europäischen Parlaments, die primäre Legitimation für die Rechtsetzung der EG BVerfGE 89, 155, 185f. – *Maastricht.*

Gesetzgebung für das innerstaatliche Recht, mehr und mehr zu den wirklichen Europawahlen werden.[150] Nationale Loyalitätsverhältnisse verknüpfen sich mit europäischen,[151] nationale Werte und Grundrechte mit europäischen, nationale Politik mit europäischer. Es geht darum, diese Doppelung von Identität und Loyalität bewußt zu machen, verfassungstheoretisch zu erklären und die Konsequenzen auszuloten. Ich beschränke mich auf fünf Aspekte, für die die Deutung des europäischen Systems als Verfassungsverbund einen Erklärungswert haben könnte:

I. Doppelwirkung der Vertragsänderung

Erstens: Die Gründung und Entwicklung der EG bzw. EU bewirkt bekanntermaßen die materielle Änderung, eine Mutation der nationalen Verfassung.[152] Die Entwicklung der Europäischen Union wird daher als „Bestandteil des Verfassungsprozesses der Mitgliedstaaten" angesehen.[153] Nach *Frowein* besteht ein „dialektisches Verhältnis zwischen der nationalen und der europäischen Verfassungsentwicklung".[154] Konse-

---

[150] Daß Demokratie in Europa über zwei Stränge laufen muß und die nationalen Parlamente dabei eine wesentliche Rolle spielen, betonen etwa BVerfGE 89, 155, 184ff.; *Di Fabio* Charta (Fn. 145), 742; *P.M. Huber* Demokratie (Fn. 91), 53ff.; *ders.* Parteien (Fn. 91), 593ff.; s. auch schon *Pernice* Maastricht, Staat und Demokratie, Die Verwaltung 1993, 449, 488ff.

[151] Die „europäische Loyalität" schließt die Beachtung der „objektiven" Wirkung nicht umgesetzter Richtlinien ein, vgl. dazu EuGHE 1995, I-2189 – *Großkrotzenburg*, Rn 26; dazu *Erbguth/Stollmann* Die Bindung der Verwaltung an die FFH-Richtlinie, DVBl. 1997, 453, 455; *Calliess* Zur unmittelbaren Wirkung der EG-Richtlinie über die UVP und ihrer Umsetzung im deutschen Immissionsschutzrecht, NVwZ 1996, 339; *Epiney* Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBl. 1996, 409, 412.

[152] BVerfGE 58, 1, 36: „Eingriff in und eine Veränderung der verfassungsrechtlich festgelegten Zuständigkeitsordnung und damit materiell eine Verfassungsänderung". Zum Gedanken der Mutation: *H.P. Ipsen* Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, in: FS Hallstein, 1966, 248, 264; *ders.* Europäische Verfassung (Fn. 11), 202; *Tomuschat* Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII (1992), § 172 Rn 72: „Mutation der Staatsverfassung durch Integration"; konkret für das Kommunalwahlrecht der Unionsbürger in Belgien und Luxemburg, s. *Delpérée* La constitution (Fn. 87), 22ff.

[153] Vgl. *Badura* Bewahrung (Fn. 7), 95, s. das Zitat oben Fn. 22; *Frowein* Verfassung (Fn. 93), 322: „Der Verfassungsprozeß der Gemeinschaft, der gleichzeitig Verfassungsprozeß der Mitgliedstaaten ist".

[154] *Frowein* Wesentliche Elemente einer Verfassung, in: Bieber/Widmers (Hrsg.), Verfassungsraum (Fn. 19), 71, 83; ihm folgend *Badura* Föderative Verfassung (Fn. 15), 695, 696. S. auch *Schwarze* Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, in: ders. (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 463, dessen vergleichender Studie zufolge die „Ein-

quent nennt Art. 23 I 3 GG die Akte der Vertragsrevision „Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird, und unterwirft sie dem Verfahren des Art. 79 II GG.[155] Auch die Integrationsklauseln anderer, wenn nicht aller Mitgliedstaaten,[156] sehen erhöhte Anforderungen für die Zustimmung zu Vertragsänderungen vor.[157] In Österreich wurde der Beitritt zur EU *per se* als Gesamtänderung der Bundesverfassung behandelt und einem Referendum unterworfen.[158] Nationales Verfassungsrecht kann heute nicht mehr ohne den Blick auf das europäische Recht vollständig erfaßt werden.

Dabei ist bedeutsam, daß Art. 23 I GG nicht auf das Textänderungsgebot des Art. 79 I 1 GG verweist, also eine ausdrückliche Änderung des Verfassungstextes im Falle der Vertragsrevision nicht erforderlich ist. Die Anpassung der Art. 28 I (Kommunalwahlrecht für Unionsbürger) und 88 GG (Bundesbank) war als Klarstellung nützlich, aber nicht unentbehrlich.[159] Der Funktionszuwachs staatlicher Organe findet im Text der nationalen Verfassungen ebenso sporadisch seinen Niederschlag, wie die vielbeklagte Verlagerung der Kompetenzen auf die EG.[160] Zwar kann, anders als etwa in Deutschland und in den Nieder-

---

bindung der Mitgliedstaten in den europäischen Integrationsprozeß in allen nationalen Verfassungssystemen mehr oder minder zu einem zentralen Faktor oder gar einem Wesenselement der Verfassungsentwicklung geworden" ist.

[155] Vgl. dazu *Selmayr/Prowald* Abschied von den „Solange"-Vorbehalten – Die wahre Bedeutung des „Kooperationsverhältnisses" des BVerfG zum EuGH, DVBl. 1999, 269f., 271f.: „verfassungsändernde Qualität des Zustimmungsgesetzes".

[156] So etwa Großbritannien, die Niederlande: Gesetz (Art. 91, 2/3-Mehrheit bei Abweichung von der Verfassung); Portugal: Beschluß der Versammlung der Republik (Art. 164 lit. j iVm. Art. 169 V und 7 VI), Frankreich: Gesetz (Art. 53, bei Verfassungsverstoß nur mit Verfassungsänderung, Art. 54), Österreich: Gesetz oder Genehmigung durch Nationalrat (Art. 9 II, iVm. Art. 50 I; evtl. bei Gesamtänderung der Bundesverfassung: Art. 44 III).

[157] Vgl. Spanien: verfassungsausführendes Gesetz (Art. 93, bei Verfassungsverstoß Art. 95), Überblick bei *de Berranger* Constitutions nationales et construction européenne, 1995, 47ff.; *Pernice* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 10.

[158] Zur Frage der Anwendung des Art. 44 III österr. B-VG schon: *Öhlinger* Verfassungsrechtliche Aspekte (Fn. 15), 19ff.; s. auch *Pernthaler* Allgemeine Staatslehre (Fn. 15), 29; *ders.* Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Österreich, in: Battis/Tsatsos/Stephanou, Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 1995, 437, 444ff.

[159] Vgl. näher *Pernice* Implications (Fn. 125), 54–65; anders etwa: *Scholz* Europäische Union und Verfassungsreform, NJW 1993, 1690 (1691f.);

[160] Ansätze werden sichtbar etwa in Art. 23 II–VII, 45 und 53 IIIa GG, Art. 88.4 der französischen Verfassung, Art. 23a-f öst. B-VG. Die Kompetenzverteilung nach Art. 30, 73ff., 83ff. GG ist ggf. für die Umsetzung des EG-Rechts weiter von Bedeutung.

landen[161] die Zustimmung zu Vertragsänderungen, die mit dem Text der Verfassung unvereinbar wären, in Frankreich, Spanien und Portugal erst nach einer expliziten Verfassungsänderung erfolgen.[162] Doch der durch die Ausübung der Kompetenzen der EG bedingte Verfassungswandel auf nationaler Ebene läßt sich in keinem Falle textlich nachvollziehen.[163]

2. *Die europäische Dimension des Art. 20 III GG*

Die Auswirkung auf den Inhalt und auf den Begriff von „Gesetz und Recht" iSd. Art. 20 III GG ist, zweitens, unmittelbar. Er meint aufgrund der Gründung und Entwicklung der Europäischen Union neben dem deutschen Recht das gesamte Primär- und Sekundärrecht der EG, einschließlich der Kollisionsregel. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs, der nach Art. 220 EGV die Wahrung des „Rechts" sichert, wird zusammen mit der betreffenden Norm bindender Maßstab und Legitimationsgrundlage behördlichen und richterlichen Handelns in den Mitgliedstaaten. Der richterliche Dialog nach Art. 234 EGV gewährleistet eine abgestimmte, europaweit einheitliche Anwendung des Rechts durch die staatlichen Stellen.

Auch die „verfassungsmäßige Ordnung" iSd. Art. 20 III GG unterliegt dem besagten Inhaltswandel: Die Verfassung der Union mitsamt dem abgeleiteten Recht bindet als Teil der „verfassungsmäßigen Ordnung" auch den Gesetzgeber.[164] Das Zusammenspiel beider Normen begründet insofern die Einheit der europäischen Verfassung, für die das Grundgesetz offen und nur Teilverfassung ist. Diese „europäische" Auslegung des

---

[161] Vgl. Art. 91 III niederländ. Verfassung, dazu *Malanczuk* Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in den Niederlanden, in: Battis/Tsatsos/Stephanou (Hrsg.), Europäische Integration (Fn. 158), 346, 353. Dasselbe gilt für Belgien, vgl. *Wils* Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, ebd 13, 21 f.; zu Portugal s. *de Quadros* Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, ebd 375, 380ff.

[162] Vgl. zur betreffenden Rechtsprechung des französischen Conseil constitutionnel *Fromont* Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Frankreich, in: Battis/Tsatsos/Stephanou (Hrsg.), Europäische Integration (Fn. 158), 127, 131ff.; *Dutheil de la Rochère* The French Conseil Constitutionnel and the constitutional development of the European Union, in: Kloepfer/Pernice (Hrsg.), Entwicklungsperspektiven (Fn. 15), 43ff., *Pernice* Aspects (Fn. 38), § 3.2.d; *Gundel* Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung, 1997, 165ff. Zu Spanien s. Art. 95 I der span. Verfassung, dazu *Puente Egido* Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Spanien, in: Battis/Tsatsos/Stephanou (Hrsg.), ebd 391, 405ff.; *García de Enterría/ Alfonso García* Spanish Report, in: Schwarze (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 287, 297.

[163] S. auch *Machado* Espagne, in: Masclet/Maus (Hrsg.), Les constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe, 1993, 43, 63f.

[164] S. schon *Pernice* Implications (Fn. 125), 27.

Art. 20 III GG erklärt einen Prozeß, der unter dem Stichwort „Europäisierung" vielfach beobachtet und beschrieben wird: Die Einwirkung des Europarechts auf die innerstaatliche Rechts- und Verfassungsordnung.[165] Längst schon wurde die Europäisierung des Verwaltungsrechts,[166] des Privatrechts[167] oder des Handelsrechts[168] beobachtet. Ebenso wird die „Europäisierung der Staatsrechtslehre",[169] bzw. des deutschen Verfassungsrechts thematisiert,[170] *Rupert Scholz* faßt die Herausforderungen, vor denen das Grundgesetz heute steht, unter dem Stichwort der „Europäisierung der Verfassung" zusammen,[171] und auch in Frankreich wird man sich dieser Entwicklung bewußt.[172] Sogar das Staatsangehörigkeitsrecht könnte betroffen sein: Unionsbürger gelten in den Augen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im jeweils anderen Mitgliedstaat nicht mehr als Ausländer iSd. Art. 16 EMRK.[173]

---

[165] Vgl. den Überblick bei *Ress* Incidences (Fn. 15), 435ff.; s. auch *H. Dreier* Kontexte des Grundgesetzes, DVBl. 1999, 667, 677ff.: „Gemeinschaftsrechtlich induzierte und bewirkte Veränderungen des Grundgesetzes"; *Klein* Gedanken zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, in: FS Stern, 1997, 1301, 1303ff.

[166] Vgl. *Schmidt-Aßmann* Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive, ZÖR 55 (2000), 159, 165ff.; eingehend: Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union, 1996; *Kadelbach* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999; *Wahl* Zweite Phase (Fn. 83), 495ff.; *s.* auch *Zuleeg* und *Rengeling* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), 154ff. u. 202ff.; *Jarass* Europäisierung des Planungsrechts, DVBl. 1999, 945ff.; zuletzt: *P.M. Huber* Europarecht und Europäisierung in den Jahren 1998/99, DVBl. 1999, 1559, 1564ff.: „Europäisierung des deutschen öffentlichen Rechts".

[167] Vgl. dazu etwa *Müller-Graff* Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999 und die jährlichen Berichte der ZEuP über „Gemeinschaftsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahr ...".

[168] Vgl. *Grundmann* Europäisches Handelsrecht – vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung, ZHR 163 (1999), 635ff.

[169] *Häberle* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 50 (1991), 156f.

[170] *Klein* Gedanken (Fn. 165), 1301ff.

[171] *Scholz* Der Verfassungsstaat im Wandel: Europäisierung der Verfassung im Prozeß der Verfassung Europas, dargestellt am Beispiel des Grundgesetzes, in: Battis/Randelzhofer/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 12), 21.

[172] Nach *Flauss* Auf dem Wege (Fn. 12), 31, ist „seit langem ... die ‚Europäisierung' des französischen Verfassungsrechts nachweislich keine Utopie mehr, sondern eine feststehende Tatsache".

[173] EGMR, Urt. v. 27.4.1995 – *Piermont/France*, Série A.314; dazu die Anmerkung von *Flauss* Observations. Liberté d'expression politique des étrangers et protection des droits fondamentaux dans les Territoires d'Outre-mer, RTDH 1996, 364; s. auch *Constantinesco* Je t'aime, moi non plus! La société européenne en quête d'affection?, in: Mélanges en l'honneur de F. Borella, 1999, 143, 154. Zur „Europeanization of national

3. *Das Vorrangprinzip als Kollisionsnorm*

Drittens: Die Einheit des Rechtssystems bedingt die Anerkennung einer Kollisionsnorm für Konflikte zwischen europäischem und nationalem Normbefehl.[174] Auch die Konformauslegung[175] beruht auf dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung.[176] Das vom Gerichtshof in aller Schärfe verteidigte und im Grundsatz von allen Mitgliedstaaten anerkannte[177] Prinzip des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts[178] ist damit ein Grundpfeiler der Verfassungsarchitektur der EU.[179] Es wird in Ziff. 2 des Subsidiaritätsprotokolls von Amsterdam erstmals primär-

---

citizenship" vgl. *Kastakopolou* Nested „old" and „new" Citizenship in the European Union: Bringing out the Complexity, ColJEL 5 (1999), 389ff., 402.

[174] Vgl. schon *Pernice* Constitutional Law (Fn. 125), 43f.; skeptisch: *Stettner* Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle der Rechtsfindung deutscher Gerichte 1974–1984, AöR 111 (1986), 537, 540. *Frank* Vorrang (Fn. 120), 4, wendet sich ausdrücklich gegen das Bestehen einer geschlossenen Gesamtrechtsordnung oder Gesamtverfassung; trotz der Autonomie seien aber „im Hinblick auf die Identität des territorialen Anwendungsbereichs" Konflikte vorprogrammiert (ebd, 6f.).

[175] Vgl. dazu *Zuleeg* Verwaltungsrecht (Fn. 166), 165f., als Mittel der Konfliktvermeidung; *Jarass* Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211, 213ff., nimmt eine richtlinienkonforme Auslegung nur kraft nationalen Rechts an (ebd 217) und nach Ablauf der Umsetzungsfrist; krit. auch *Di Fabio* Richtlinienkonformität als ranghöchstes Auslegungsprinzip? NJW 1990 947ff., der eine richtlinienkonforme Auslegung bei nicht unmittelbar geltenden Richtlinien ablehnt (ebd 952f.).

[176] Vgl. etwa *Hesse* Grundzüge (Fn. 37), Rn 81; aA. wohl *Di Fabio* Richtlinienkonformität (Fn. 175), 949, der statt dem „monistisch zu verstehenden Verhältnis" beider Normensysteme bei der „These zweier Parallelrechtsordnungen" bleibt (ebd 951) und ein Gebot richtlinienkonformer Auslegung für verfassungsrechtlich „nicht zu legitimieren" ansieht (ebd 953).

[177] S. dazu den ausführlichen Überblick bei *Mayer* Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 140–271. S. auch *Rothley* Europa alle tedesca. Das Bundesverfassungsgericht, das Grundgesetz, die Gemeinschaft, in: 17. FIDE Kongreß, Bd. 1, Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne, 1996, 22, 36ff.; *Pernice* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 26ff.

[178] Vgl. EuGHE 1964, 1251, 1269f. – *Costa/ENEL*; EuGHE 1970, 1125, 1135 – *Internationale Handelsgesellschaft*; entgegenstehendes nationales Recht wird „unanwendbar": EuGHE 1978, 629, 644 – *Simmenthal II*; EuGHE 1990 I-2243, 2473 – *Factortame*; Anwendungsvorrang gegenüber einem diskriminierenden Tarifvertrag: EuGHE 1991, I-297, 321 – *Nimz*; eingehend dazu *Zuleeg* Verwaltungsrecht (Fn. 166), 159ff.

[179] Vgl. auch *O'Leary* Relationship (Fn. 139), 293: „The principle remains one of the fundamental pillars of the constitutional architecture of the European Communities". Vgl. auch *Frank* Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht, ZÖR 55 (2000), 1, 3, spricht von „Strukturprinzip", mwN.

rechtlich bestätigt.[180] Eine Entsprechung auf nationaler Ebene enthält nur Art. 29.4.5 der irischen Verfassung, wo der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ausdrücklich angeordnet ist, auch vor der Verfassung selbst.[181] Ein Widerruf ist nach irischer Lehre nur denkbar durch eine „domestic constitutional revolution".[182] Ähnlich räumt Art. 94 der niederländischen Verfassung in monistischer Tradition dem EG-Recht wie Völkerrecht überhaupt einen unbeschränkten Vorrang ein.[183]

Für den Vorrang kommt es auf die nationalen Verfassungen indessen nur an, soweit die Geltung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten auf sie begründet wird. Nach dem hier entwickelten Ansatz originärer Verfassungsgebung können nur Inhalt und Zweck der verfassenden Verträge selbst maßgeblich sein.[184] Dem entspricht die *Metten-*

---

[180] Vgl. auch: *Piris* Constitution (Fn. 15), 603, mit Verweis auf Ziff. 2 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, die Verfassungsrang besitzt; *ders.* Verfassung (Fn. 5), 321; auch für *Alber* Rechtsfragen der Europäischen Union, ZeuS 1999, 487, 495, wird im Protokoll zur Subsidiarität der Vorrang erstmals schriftlich von den Vertragsstaaten anerkannt; ähnl. *McCormick* Questioning Sovereignty (Fn. 12), 137ff.

[181] Vgl. auch *Beytagh* Constitutionalism in Contemporary Ireland. An American Perspective, 1997, 128. Zur Anerkennung des Vorrangs und dem Ausschluß der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Akten der EG nach der Rechtsprechung des Supreme Court in Irland: *Doolan* Constitutional law (Fn. 46), 17, mwN.

[182] *Whelan* National Sovereignty (Fn. 134), 292. Das Gemeinschaftsrecht, einschließlich des Vorrangprinzips wird so als besonderes Element des irischen Verfassungsrechts betrachtet, zur Problematik vgl. *Mayer* Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 206ff.

[183] Vgl. *Besselink* An open Constitution and European Integration: The Kingdom of Netherlands, in: 17. FIDE-Kongreß, Bd. 1, Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne, 1996, 361, 388ff.; für die anderen Mitgliedstaaten vgl. den Überblick bei *de Berranger* Constitutions (Fn. 157), 181ff.; s. auch *Pernice* Fondements (Fn. 38), 52ff.

[184] In diesem Sinne auch *Frank* Vorrang (Fn. 120), 18f., für den unter Verweis auf *Ipsen* die Vorrangregel ausschließlich im Gemeinschaftsrecht zu verorten ist. Tendenziell ähnl. das Zitat von *Jacobs* (1995) bei *Rothley* Europa alle tedesca (Fn. 177), 35: „the relationship cannot be looked at exclusively from the perspective of a national constitution. It must also be looked at from the perspective of the Community legal system itself". Hinsichtlich dieser Verortung des Vorrangprinzips im EG-Vertrag selbst unterscheide ich mich von denjenigen, die zwar eine Einheit von europäischem und nationalem Recht annehmen, diese aber von der staatlichen Verfassung her begreifen: *P.M. Huber* Recht der europäischen Integration, 1996, § 5 Rn 24, § 7 Rn 6 und 9, mit der Folge einer Normenpyramide, an deren Spitze das GG steht (ebd § 9 Rn 12); *Kaufmann* Permanente Verfassungsgebung (Fn. 117), 530ff., 538ff., für den die „genuin europarechtliche" Konstruktion die „Annahme einer supranationalen Grundnorm" voraussetzt, was er gegenüber der „Annahme staatlich abgeleiteter Geltung des Unionsrechts" für keine „rechtlich vertretbare Alternative" ansieht, s. auch ebd 545f. Auch für *Selmayr/Prowald* Abschied (Fn. 155), 271, ist das Gemeinschaftsrecht „heute integraler Bestandteil der Verfassungsordnung".

Entscheidung des niederländischen Staatsrats. Sie begründet den Vorrang – auch vor der Verfassung – zutreffend allein aus dem Gemeinschaftsrecht.[185] Sachlich liegt der Grund in der Sicherung der Funktionsfähigkeit der EG. Darauf sind Gründungs- und Beitrittsakte gerichtet,[186] sie zielen auf eine *Rechts*gemeinschaft, die den Bürgern effektiv gleiche Rechte und Pflichten gibt. Dies entspricht indessen zugleich dem Gegenseitigkeitsprinzip, wie es in den Integrationsklauseln einiger Mitgliedstaaten verankert ist.[187] Es bringt in der EU die berechtigte Erwartung jedes Unionsbürgers zum Ausdruck, daß das gemeinsam gesetzte Recht gemäß Art. 10 EGV in jedem Mitgliedstaat getreulich angewendet wird und die Berechtigung des Bürgers aus der EG-Norm allen gleich und effektiv zugute kommt.[188] Die Erwartung der Rechtstreue ist Grundlage des europäischen *contrat social.* Sie verlangt, daß das gemeinsam gesetzte Recht sich durchsetzt.

4. *Mitverantwortung der nationalen Gerichte für das Schutzgut des Art. 6 I EUV*

Zu fragen ist, viertens, ob nicht auf derselben Grundlage ein Vorbehalt zum Vorrang angenommen werden muß: Im extremen Fall evidenter genereller Mißachtung des unabdingbaren Grundrechtsstandards wäre damit als ultima ratio die innerstaatliche Anwendung eines Rechtsakts der EG durch ein nationales Verfassungsgericht auszusetzen, wenn selbst der richterliche Dialog nach Art. 234 EGV erfolglos war.[189]

---

[185] Afdeling bestuursrechtspraak Raad von State, Urt. v. 7.7.1995, Nr. RO1.093. 0067 – *Metten* Nederlands Juristenblad (NJB-katern) 1995, 426, engl. in MJ 3 (1996), 179; zur Bedeutung vgl. *Mayer* Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 191f.; die Kritik bei *Besselink* Open Constitution (Fn. 183), 390f., mit Fn. 80: „somewhat like Münchhausen", greift auf der Grundlage des hier vorgeschlagenen Ansatzes nicht.

[186] In diesem Sinne auch *Hirsch* Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, 2457, 2462ff.

[187] Vgl. Art. 20 I dän. Verfassung, Abs. 15 der Präambel der franz. Verfassung von 1946 und jetzt Art. 88-2 franz. Verfassung, Art. 28 III griech. Verfassung, Art. 7 VI portug. Verfassung, sowie mit der Bedingung der Gleichheit: Art. 11 ital. Verfassung. Vgl. allgemein *de Berranger* Constitutions (Fn. 157), 74ff.

[188] S. hierzu näher *Pernice* Fondements (Fn. 38), 56.

[189] Konsequent, aber ohne Anknüpfung an Art. 6 EUV, jetzt der Beschluß des BVerfG v. 7.6.2000, 2 BvL 1/97 – *Bananenmarkt,* insbes. Rn 62ff., www.bverfg.de/, EuR 2000, 799, 809; ähnl. restriktiv Ziff. 9.6 das dänische Oberste Gericht (Fn. 100). Treffend spricht *Scheuing* Europäisierung (Fn. 83), 105, von „Extremfallvorbehalt". Zum ultima ratio-Maßstab vgl. *Kaufmann* Permanente Verfassungsgebung (Fn. 117), 544, mwN.; s. auch *Pernice* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 29ff., 31, mit Hinweis ein ggf. notwendiges

Als Maßstab und Kriterium kann dafür freilich nicht jedes nationale Verfassungsrecht für sich gelten, sondern nur der in Art. 6 I EUV festgelegte Standard. Art. 6 I EUV drückt aus – als „ius cogens",[190] was der Kerngehalt „gemeineuropäischen Verfassungsrechts"[191] ist. Eine solche mitgliedstaatliche „Not-Kompetenz" wäre dann Teil des Systems wechselseitiger Verfassungsstabilisierung, wie es den Verfassungsverbund kennzeichnet.[192] Sie zwingt zur effektiven Achtung der gemeinsamen Grundrechte auf beiden Ebenen, ihre Ausübung kann Anstoß sein zur Überprüfung der gemeinsamen Politik, ohne daß die Gültigkeit des betreffenden Aktes in Frage gestellt würde. Die Entscheidung über die Gültigkeit bleibt allein Sache des EuGH bzw. EuG.[193]

Insofern impliziert das Prinzip des Anwendungsvorrangs auch kein Über- Unterordnungsverhältnis von europäischem und nationalem (Verfassungs-)Recht im Sinne einer Normenhierarchie.[194] Für den Verfassungs*verbund* ist gerade charakteristisch, daß er nicht hierarchisch strukturiert ist[195] – trotz seiner Mehrebenenstruktur.[196] Weder der Mitgliedstaat noch die EU tragen ihren Zweck in sich selbst, nicht Konkurrenz, sondern Kooperation[197] der Ebenen entspricht dem Interesse der Bürger in der Unionsrechtsordnung als „wechselseitiger Auffang- und Gegenseitigkeitsordnung".[198] Wenn das BVerfG jetzt im Bananen-Beschluß vom „Ineinandergreifen des gerichtlichen Grundrechtsschutzes auf europäischer Ebene durch nationale Gerichte und Gerichte der Ge-

---

politisches Schlichtungsverfahren. Art. 79 III GG als alleinigen Maßstab sehen an: *Selmayr/Prowald* Abschied (Fn. 155), 274, 276f.

[190] So *Harding* Identity (Fn. 136), 141.

[191] Vgl. oben, Fn. 19.

[192] Vgl. dazu unten, IV. 5.

[193] Vgl. EuGHE 1987, 4199, 4232 – *Foto Frost.*

[194] Krit. schon *Bieber/Salomé* Hierarchy of Norms in European Law, CMLRev. 33 (1996), 907, 912, mit dem Hinweis auf die übergeordnete Stellung der Mitgliedstaaten als „Gesetzgeber" der ihnen wieder hierarchisch übergeordneten Normen.

[195] Vgl. mit der Abgrenzung vom Verband: *v. Bogdandy* Die Europäische Union als supranationale Föderation, Integration 1999, 95, Fn. 4 und 5.

[196] Zur Betrachtung der Ebene als „Plattformen ..., die nebeneinander auf gleicher Höhe stehen können ...", vgl. *Mayer* Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 37; vgl. auch *Benz* Verwaltungskooperation in Mehrebenensystem der Europäischen Union – Das Beispiel der regionalen Strukturpolitik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, 45, 46f., mwN.

[197] Vgl. dazu *Pernice* Einheit und Kooperation: Das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und nationalen Gerichten. Randbemerkungen zu einem ungeklärten Verhältnis, in: GS Grabitz, 1995, 523, 527ff.

[198] *P.M. Huber* Demokratie (Fn. 91), 52; *ders.* Recht der Europäischen Integration, 1996, § 9 Rn 7f.

meinschaft" spricht,[199] so thematisiert es auch die Mitverantwortung der nationalen (Verfassungs-)gerichte für die kooperative Sicherung der essentiellen gemeinsamen Grundwerte iSd. Art. 6 I EUV. Das dient der Stabilität der Gesamtordnung.

5. *Verfassungshomogenität und wechselseitige Stabilisierung*

In dieser Gesamtordnung bilden, fünftens, die Struktursicherungsklauseln der nationalen Verfassungen einerseits (Art. 23 I 1 GG) und die Homogenitätsklausel des Art. 6 I EUV mit dem Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV andererseits ein System wechselseitiger Verfassungsstabilisierung,[200] es ist Existenzbedingung des europäischen Verfassungsverbunds.[201] Ein System, in dem die Willensbildung und auch der Vollzug des gesetzten Rechts ganz wesentlich über mitgliedstaatliche Institutionen laufen, kann überhaupt nur funktionieren, wenn ein gemeinsamer Standard betreffend Demokratie, Grundrechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten garantiert ist.[202] Die Gewährleistung der gemeinsamen Grundwerte, wie sie in Art. 6 EUV sowie in zahlreichen anderen Bestimmungen der europäischen Verträge verbürgt sind, setzt damit notwendig auch der nationalen Verfassungsautonomie Grenzen.[203] Daher und wegen der Zuweisung weitgehender Zuständigkeiten an die europäischen Institutionen sowie der unmittelbar anwendbaren Verbote im EG-Vertrag wird schließlich die Vorstellung staatlicher Kompetenz-Kompetenz in der EU zum Relikt überholten Souveränitätsdenkens.[204]

---

[199] BVerfG (Fn. 189), S. 810.

[200] Vgl. auch *v. Bogdandy* Europäische Union (Fn. 20), 1 ff.; s. auch *Zemanek* Mittel- und Osteuropa vor dem EU-Beitritt: Erwartungen an die Europäische Union und rechtliche Bedingungen für den Verzicht auf die nationale Souveränität, in: Kloepfer/Pernice (Hrsg.), Entwicklungsperspektiven (Fn. 15), 132, 136; *Machete* Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne, in: F.I.D.E 17 (1996), 394, 395. Näher *Pernice* Multilevel Constitutionalism (Fn. 125), 715 ff.; s. auch das Vorwort in: Battis/Kunig/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 12), 7 ff., sowie *Oppermann* Nationale Verfassungsautonomie und supranationale Bindung innerhalb der Europäischen Union, ebd 117, 119: „eine Realität".

[201] S. schon *Pernice* Bestandssicherung (Fn. 83), 261 ff.

[202] Schon nach *Badura* Bewahrung (Fn. 7), 95, muß deshalb der „demokratische Charakter dieser öffentlichen Gewalt bis zu einem gewissen Grade zur Funktion des demokratischen Charakters der Mitgliedstaaten werden".

[203] Vgl. zusammenfassend *Pernice* Grundrechte-Charta (Fn. 66), 852; näher s. *ders.* Fondements (Fn. 38), § 2.3.

[204] Schon *Grabitz* Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft, DVBl. 1977, 786, 790, folgert unter Bezugnahme auf Hermann Heller, Rudolf Smend und Konrad Hesse, in

V. Ausblick: Die Zukunft der Europäischen Verfassung

Nach einer Umfrage von Eurobarometer vom 24.7.2000 wünschen 70% der Unionsbürger eine Europäische Verfassung, selbst in England sind es 47%, bei 47% „weiß nicht"-Antworten und nur 6% Gegenstimmen.[205] Die politische Debatte hierüber ist in vollem Gange, *Schäuble/Lamers, Rau* und *Ciampi, Fischer, Chirac* u.a. haben das Thema aufgegriffen.[206] Eine neue Verfassung nach altem Muster aber wäre ein Rückschritt ins letzte Jahrhundert. Der Ruf nach ihr delegitimiert die EU. Tatsächlich ist der Prozeß europäischer Verfassungsgebung seit langem im Gang, nur erfüllen die Verträge nicht das traditionelle Vorstellungsbild von Verfassung. Es muß bewußt werden, daß die Reformen zusammen mit der Erweiterung ein revidierter *contrat social* werden, dann unter Einbeziehung der Bürger der neuen Mitgliedstaaten. Dabei sind, primär, bestehende Defizite an Transparenz,

---

Abgrenzung zu Carl Schmitt, daß am Begriff der Kompetenz-Kompetenz im Sinne einer unbeschränkten Aufgabenwahl für den modernen freiheitlichen Verfassungsstaat nicht mehr festgehalten werden kann. Krit. auch *H.P. Ipsen* Europäische Verfassung (Fn. 11), 202: „Die staatliche Kompetenz-Kompetenz hat sich durch den Beitritt zur Gemeinschaft selbst beschränkt". *Frowein* Verfassung (Fn. 93), 319: „Keine hat eine rechtlich anerkannte Kompetenz-Kompetenz"; s. auch *van der Tang* Soevereiniteit, in: Holterman u.a. (Hrsg.), Algemene begrippen staatsrecht, 1991, 5, 28f., hinsichtlich der Beschränkungen durch das europäische Recht.

[205] In Deutschland stimmten 68% für, 23% gegen eine Verfassung, bei 9% Unentschiedenen. In Frankreich war das Verhältnis 75:6:19, in Italien 84:3:13, in den Niederlanden 88:4:8; vgl. die 53. Eurobarometer-Umfrage v. 24.7.2000, zur Frage: Do you think that the European Union should or should not have a constitution, that is a core document which brings together the various current Treaties?, http://europa.eu.int/comm/dg10/epo/ch/eb53/highlights.html, s. auch EU-Verfassung findet breite Zustimmung, Financial Times Deutschland v. 25.7.2000.

[206] *Schäuble/Lamers* Europa braucht einen Verfassungsvertrag, FAZ Nr. 103 v. 4.5.1999; *Schäuble* Europa vor der Krise? FAZ Nr. 132 v. 8.6.2000, 10. *Rau* Die Quelle der Legitimation deutlich machen. Eine föderale Verfassung für Europa, FAZ Nr. 257 v. 4. Nov. 1999, 16; jetzt *ders.* „Wir brauchen eine europäische Verfassung", Die Welt v. 18.9.2000, www.welt.de/daten/2000,/09/15/0915eu1915eu-191092.htx. *Ciampi* Rede anläßlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Universität Leipzig (5.–6. Juli 2000): „Die europäische Integration ist im Begriff, sich aus einer wirtschaftlichen und monetären zu einem echten Band demokratischer Solidarität auszuweiten. Dieser Prozeß macht eine Europäische Verfassung erforderlich". *Fischer* Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, FCE-Spezial 2/2000, www.whi-berlin.de/fischer.htm, Rn 56; *Chirac* Mit Deutschland und Frankreich eine „Avantgarde-Gruppe" bilden. Die Europa-Rede des französischen Staatspräsidenten Jacques Chirac vor dem Deutschen Bundestag in Berlin, FAZ Nr. 147 v. 28.6.2000, 10, 11.

Rechtssicherheit und demokratischer Verantwortlichkeit abzubauen, etwa durch die Konsolidierung der Verträge zu einem einheitlichen Text mit Grundrechte-Charta,[207] systematischer Liste der Kompetenzen[208] und Stärkung des Europäischen Parlaments. Angesichts des auch internen Wandels des Staates zum „kooperativen Verwaltungsstaat"[209] und der wachsenden Bedeutung der Bürgergesellschaft auf allen Ebenen, sollten aber auch Überlegungen zum Tragen kommen, die auf neue Strukturen gerichtet sind, wie man sie unter dem Stichwort „governance" diskutiert und die hierarchisches Regieren noch stärker durch gesellschaftliche Selbststeuerung in kooperativen Netzwerken ergänzen sollen.[210] Darum sollte es gehen, wenn *Böckenförde* fordert, „Formen und Vorkehrungen zu installieren oder auszubauen, die den Völkern und Menschen in Europa die Erfahrung vermitteln, daß das Handeln der europäischen Institutionen, ja die europäische Politik, nicht etwas für sie Fernes und Fremdes ist, sondern auch ihre Sache, an der sie beteiligt sind, die sie mitkonstituieren (!) und auch kontrollieren".[211]

---

[207] Der vorläufige Text ist abgedruckt in: FAZ Nr. 181 v. 12.8.2000, 12; s. dazu *Tomuschat* Manche Rechte bedürfen der Konkretisierung, FAZ Nr. 181 v. 12.8.2000, 13; sehr krit. *Schachtschneider* Ein Oktroi, nicht die gemeinsame Erkenntnis freier Menschen von ihrem Recht, FAZ Nr. 206 v. 5.9.2000, 9f.; zur Diskussion im Vorfeld s. etwa *Däubler-Gmelin* Vom Marktbürger zum EU-Bürger, FAZ Nr. 7 v. 10.1.2000, 11; *Weber* Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537; *Pernice* Grundrechte-Charta (Fn. 66), 847; *Hirsch* Eine Grundrechtscharta für Europa?, in: Walter-Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung, 2000, 55ff.; *Di Fabio* Charta (Fn. 145), 737ff.

[208] Vgl. dazu *Pernice* Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 737 mwN.

[209] Vgl. *Schuppert* Legitimation (Fn. 25), 78f., mit Hinweis auf die Parallelität der Entwicklung an der „Innenfront" zum kooperativen Staat und an der „Außenfront" zum kooperativen Verfassungsstaat. S. auch *Schulze-Fielitz* Der Leviathan auf dem Wege zum nützlichen Haustier? In: Voigt (Hrsg.), Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?, 1993, 95ff., 119f.: „‚Abschied vom Staat' als Entwicklungsprozeß", der ebenso den Wandel im Inneren zusammen mit den Kompetenzverlusten an Europa sieht, die „das Problem der pluralistischen Vielfalt in der (über-) staatlichen Einheit ganz neu stellen".

[210] Hierzu hat Kommissionspräsident *Prodi* für das Frühjahr 2001 ein Weisbuch angekündigt: „Livre blanc sur la gouvernance: Approfondir la Democracie en Europe". In dieser Richtung auch die Empfehlungen: *Europäisches Beratendes Forum für Umwelt und nachhaltige Entwicklung*, Zukunftsfähiges Regieren. Institutionelle und verfahrenstechnische Aspekte der Nachhaltigkeit, 2000.

[211] *Böckenförde* Staat (Fn. 3), 91. Zur jüngsten Diskussion im „Post-Nizza Prozess" vgl. die öff. Anhörung des Europa-Ausschusses des Deutschen Bundestages v. 14. 3. 2001: „Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union".

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

I. Einleitung

1. Das Thema „Europäisches und nationales Verfassungsrecht" symbolisiert einen Wandel von Staatsfunktion und Verfassungsbegriff im Zuge der europäischen Integration, der – trotz früher Ansätze – in der Verfassungstheorie bislang noch nicht ausreichend berücksichtigt worden ist.

2. Europäische Verfassung ist die Verbindung von nationaler und europäischer Verfassungsebene im Europäischen Verfassungsverbund, in dem europäisches und nationales Verfassungsrecht aufeinander bezogen sind und materiellrechtlich als einheitliches System betrachtet werden.

II. Der „Postnationale" Verfassungsbegriff

3. Dem Wandel des Staates in der „postnationalen Konstellation" (Habermas) entspricht eine „postnationale Verfassungstheorie", in der der Begriff der Verfassung funktional bestimmt ist. Der „postnationale Verfassungsbegriff" geht über Staat und Nation als Bezugsobjekt von Verfassung hinaus, so wie Politik heute über den nationalen Rahmen hinausgeht.

1. Der Verfassungsbegriff im europäischen Vergleich

4. Der „Staat" hat in anderen Ländern Europas nicht dieselbe zentrale Bedeutung wie für die deutsche Lehre. Oft wird „Verfassung" auf „government", Nation oder Gesellschaft bezogen. Da das Schrifttum europaweit uneinheitlich und der Staatsbezug oft beiläufig ist, richtet sich der Focus auf die Funktionen der Verfassung.

2. Funktionen der Verfassung

5. Die wesentlichen Funktionen der Verfassung als Statut der „Selbstgesetzgebung" sind die originäre Konstituierung, Legitimation, Organisation und Be- oder Abgrenzung öffentlicher Gewalt unmittelbar gegenüber dem

Bürger im Staat oder auch über den Staat hinaus, jeweils in bezug auf Zwecke, die Staat und Nation erfüllen können oder überfordern.

3. Verfassung als Prozeß organisierter Selbstbestimmung

6. Die legitimierende Funktion der Verfassung gründet sich auf die Selbstbestimmung der durch sie im Gemeinwesen verbundenen Bürger; Verfassung als „contrat social" ist Verfahrensergebnis und Verfahren immer neuer Einheitsbildung, in dem bei Anerkennung des Eigenwerts gesellschaftlicher Vielfalt Widersprüche offengelegt, verhandelt und einer Lösung zugeführt werden.

7. Souveränität ist die in der Menschenwürde wurzelnde Selbstbestimmung des einzelnen. Durch die Verfassung wird ihre Ausübung nationalen oder anderen Trägern öffentlicher Gewalt anvertraut, durch die Verfassung definieren sich die einzelnen als Bürger und Träger des pouvoir constituant ihres Gemeinwesens.

III. Europäischer Verfassungsverbund

8. Verfassungsgeber der Europäischen Union sind nicht die Staaten, nicht Dritte, sondern die Völker, letztlich die Bürger der Mitgliedstaaten. Nur sie können ihr Legitimation vermitteln, von ihnen bezieht sie ihre Autorität. Sie ist wie der Staat Zweckverband, beides sind komplementäre Instrumente politischer (Selbst-)Steuerung der sich bildenden europäischen Gesellschaft.

1. Die „Verfassung" der Europäischen Union als Prozeß

9. „Übertragung von Hoheitsgewalt" ist vom Individuum her als Akt eines originären Anvertrauens oder Zuweisens von Kompetenz zu begreifen. Unter den Bedingungen und nach den Verfahren, die die Integrationsklauseln festlegen, sind es die Bürger der Mitgliedstaaten, die durch sukzessive Vertragswerke supranationale Hoheitsgewalt originär konstituieren.

10. Die europäischen Verträge sind, weit weniger fiktiv als staatliche Verfassungen, Ausdruck eines europäischen „contrat social". Sie begründen eine Gegenseitigkeitsordnung zwischen den Menschen, dokumentieren den Willen der Bürger der Mitgliedstaaten, sich zu vertragen, immer neu zu vertragen, im gemeinsamen Interesse, und organisieren den Prozeß einer immer engeren Union, also europäischer Integration.

11. Die Verfassung der EU thematisiert die Unionsbürgerschaft als ein zwischen den Bürgern der Mitgliedstaaten „auf Dauer angelegtes rechtliches

Band" (BVerfG) – und gestaltet sie als Statut rechtlicher Gleichheit aus, aber auch als Inbegriff individueller Freiheits- und politischer Mitwirkungsrechte der „postnationalen Demokratie" (Curtin).

2. Die Form des völkerrechtlichen Vertrags

12. Die völkerrechtliche Form steht der Begründung eines unmittelbaren Rechtsverhältnisses zwischen den Einzelnen und der EG und damit dem Verfassungscharakter der Verträge nicht entgegen. Der das europäische Recht prägende „Durchgriff" und die Stellung des Bürgers als Rechts- und Pflichtensubjekt sind im Vertrag von Anfang an angelegt.

13. Das Zustimmungsgesetz ist nicht Rechtsanwendungsbefehl, sondern Modus der Teilnahme der Bürger am europäischen „contrat social" über die Verfassung der Union, deren Normen aus sich heraus unmittelbar für die durch sie konstituierten Organe, die Mitgliedstaaten und für die einzelnen gelten.

3. Materielle Einheit von europäischem und nationalem Verfassungsrecht

14. Trotz der Autonomie der verschiedenen Rechtsquellen sind Legitimationssubjekt und Adressaten des europäischen und nationalen Rechts je in ihrem Staat dieselben Bürger. Europäische und nationale Verfassungen stellen Teilordnungen eines einheitlichen „föderativen Grundsätzen" entsprechenden Systems dar, zwei Handlungsebenen im rechtlichen Verbund.

15. Bauprinzip der europäischen Verfassung ist die Subsidiarität. Sie steuert die Verteilung der Funktionen und Befugnisse auf zwei Ebenen. Geteilte Souveränität heißt gemeinsam ausgeübte Souveränität durch europäische Rechtsetzung und idR. nationalen Vollzug, strukturiert im System von europäischem und nationalem Verfassungsrecht.

IV. Rechtliche Konsequenzen

16. Folge sind doppelte Identitäten und Loyalitäten der Bürger und Parlamente, der Gerichte, der Verwaltungen und der Regierungen, bis hin zur Funktion der nationalen Wahlen auch als „Europawahlen". Europäisches Verfassungsrecht ist auf die nationalen Verfassungen angewiesen, so wie diese ohne das europäische Recht nicht mehr vollständig erfaßt werden können.

1. Doppelwirkung der Vertragsänderung

17. Die Entwicklung der Europäischen Union durch Vertragsanwendung und -änderungen bewirkt eine materielle Änderung, eine Mutation des nationalen Verfassungsrechts, ohne daß dies textlich zum Ausruck käme. Die Interdependenz des Verfassungsprozesses beider Ebenen wurzelt in der Einheit des Gesamtsystems.

2. Die europäische Dimension des Art. 20 III GG

18. „Gesetz und Recht" sowie „verfassungsmäßige Ordnung" iSd. Art. 20 III GG umfassen neben dem deutschen Recht das gesamte Primär- und Sekundärrecht der EG, einschließlich der bindenden Rechtsprechung des EuGH sowie der Kollisionsregel. Die „Europäisierung" des nationalen Rechts ist der Reflex der Integration der nationalen Rechtskulturen auf europäischer Ebene.

3. Das Vorrangprinzip als Kollisionsnorm

19. Das Prinzip des Anwendungsvorrangs ist ein Grundpfeiler der Verfassungsarchitektur der EU. Es hat seine Grundlage in Inhalt und Zweck der Verträge selbst, als Verfassung einer Rechtsgemeinschaft. Das gegenseitige Vertrauen der Bürger auf die gleiche und effektive Geltung des Rechts ungeachtet aller Widersprüche zum nationalen Recht ist Grundlage des europäischen „contrat social".

4. Mitverantwortung der nationalen Gerichte für das Schutzgut des Art. 6 I EUV

20. Aus demselben Grund kann ein Vorbehalt für den Fall evidenter Mißachtung unabdingbarer Verfassungsgarantien angenommen werden, nach dem nationale Verfassungsgerichte die Anwendung einer EG-Norm aussetzen können. Der in Art. 6 I EUV vereinbarte Mindeststandard „gemeineuropäischen Verfassungsrechts" (Häberle) wäre damit Maßstab kooperativer Rechtswahrung im nichthierarischen System.

5. Verfassungshomogenität und wechselseitige Stabilisierung

21. Die Struktursicherungsklauseln der nationalen Verfassungen einerseits und die Homogenitätsklausel des Art. 6 I EUV andererseits bilden ein System wechselseitiger Verfassungsstabilisierung, das durch den Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV verstärkt wird. Mit ihm findet die nationale

Verfassungsautonomie rechtliche Grenzen und wird die nationale „Kompetenz-Kompetenz" vollends fragwürdig.

V. Ausblick: Die Zukunft der Europäischen Verfassung

22. Die institutionellen Reformen werden zusammen mit der Erweiterung zu einer neuen Stufe des europäischen „contrat social" führen, unter Einbeziehung der Bürger der neuen Mitgliedstaaten. Ziel ist, die Europäische Verfassung so fortzuentwickeln, daß das Staat und EU umfassende System als Form kooperativer „governance" für den Bürger durchschaubarer, kontrollierbarer und effektiver wird.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

2. Bericht von Prof. Dr. *Peter M. Huber*, Jena

Inhalt

		Seite
I.	Themenabgrenzung	196
II.	Der Verfassungscharakter des Primärrechts	196
III.	Die Einbindung der unionalen und der nationalen Ebene in einen Verfassungsverbund	199
	1. Die Erfüllung der Verfassungsfunktionen in der EU	199
	a) Ordnungsfunktion	200
	b) Bestandssicherungsfunktion	202
	c) Schutzfunktion	202
	d) Programmatische Funktion („Entwurfs"-Charakter)	204
	e) Legitimationsfunktion	206
	f) Integrationsfunktion	207
	2. Die Komplementarität von unionaler und nationaler Teilverfassung	208
IV.	Die Europäische Rechtsordnung als Auffang- und Kooperationsordnung	209
	1. Das Verhältnis von unionalem und nationalem Recht	211
	a) Dualismus vs. Monismus	211
	b) Autonomie der Unionsrechtsordnung	213
	c) Präponderanz des nationalen Rechtsanwendungsbefehls	214
	d) Eigene Stellungnahme	219
	2. Die wechselseitige Beeinflussung von unionsspezifischem und nationalem Verfassungsrecht	222
	a) Die Öffnung des nationalen Verfassungsrechts für seine Europäisierung	222
	b) Das nationale Verfassungsrecht als Bezugs- und Rezeptionsreservoir für das Unionsrecht	225
	c) Der wechselseitige Einfluß auf Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts	226

3. Die Kooperation zwischen den Verfassungsorganen als Charakteristikum 228
a) Das Kooperationsverhältnis im Bereich der Legislative 228
b) Das Kooperationsverhältnis im Bereich des Vollzuges 230
c) Das Kooperationsverhältnis im Bereich der Judikative 231
V. Konsequenzen für die Verfassungsentwicklung der EU . . . 233
1. Verfassungsvertrag statt Verfassung 234
2. Zur Zweiteilung der Verträge 235
3. Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten . 236
4. Institutionelles Gleichgewicht, Mehrheitsentscheidungen und Stimmgewichtung 236
5. Grundrechtscharta 239
VI. Der Staatenverbund als flexibler Ordnungsrahmen für die immer engere Union der Völker Europas 240

I. Themenabgrenzung

Über europäisches und nationales Verfassungsrecht zu sprechen, ist ein gewagtes Unterfangen. Das gilt weniger, wenn man den Quellen des „gemeineuropäischen Verfassungsrechts" (*Häberle*)[1] in den nationalen Verfassungsordnungen nachspürt, die Konvergenztendenzen[2] zwischen diesen zu skizzieren sucht oder ihre Europäisierung in den Mittelpunkt der Überlegungen stellt. Es gilt aber, wenn man – europäisches und unionales Verfassungsrecht gleichsetzend – dessen Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht thematisiert und damit zugleich unterstellt, daß es europäisches Verfassungsrecht bereits gibt.

II. Der Verfassungscharakter des Primärrechts

Für weite Teile des Schrifttums,[3] aber auch für den EuGH ist das eine bare Selbstverständlichkeit. Immer beherzter hat er zur Charakterisierung der EG auf eine Verfassungsrhetorik zurückgegriffen[4] und damit einen Paradigmenwechsel vollzogen, den die englischsprachige Literatur als „Constitutionalization"[5] beschreibt. Die Charakterisierung der

---

[1] *Häberle* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht und „Verfassung" der EG, in: Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, 11ff., 18f.

[2] Krit. dazu *Legrand* European legal Systems are not converging, The International and Comparative Law Quarterly 45 (1996), 52ff. aus erkenntnistheoretischem Blickwinkel.

[3] *Pernice* Europäisches Verfassungsrecht im Werden, in: Bauer u.a. (Hrsg.), Ius Publicum im Umbruch, 2000, 25, 30ff., *Flauss* Rapport français, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 25, 104, spricht von den „auteurs communautaristes"; *Steinberg* Grundgesetz und Europäische Verfassung, ZRP 1999, 365, 371f.; von einer europäischen Wirtschaftsverfassung spricht *Badura* Wandlungen der europäischen Wirtschaftsverfassung, EuR 2000, Beiheft 1, 45ff. Skrupulösere Stellungnahmen verwenden den Verfassungs-Begriff mit Blick auf das Primärrecht nur in Anführungszeichen (*Oppermann* Europarecht, 2. Aufl. 1999, § 6 Rn 464, 473ff.; *Iglesias* Zur „Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft, in: Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, 45) oder relativieren ihn in sonstiger Weise (BVerfGE 22, 293, 296: „gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar"; *Schuppert* Zur Staatswerdung Europas, StWiss 5 [1994], 35, 37).

[4] EuGHE 1986, 1339, 1365 – Les Verts, Rn 23: „mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag ...".

[5] *v. Bogdandy* Zweierlei Verfassungsrecht, Der Staat 39 (2000), 163, 176 – bezogen auf die Grundrechtsjudikatur des EuGH; *Weiler* The autonomy of the Community legal order: through the looking glass, in: ders., The constitution of Europe, 1999, 286, 295;

Verträge als Verfassung,[6] die Entdeckung des „institutionellen Gleichgewichts" als Chiffre für eine Art Gewaltenteilung, die Rede vom Demokratieprinzip,[7] vom „Gemeinschaftsgesetzgeber"[8] und nicht zuletzt die Selbstapostrophierung als „Verfassungsgericht"[9] sprechen insoweit eine unmißverständliche Sprache.

Es gibt aber – nicht nur in Deutschland[10] – auch eine schroffe Ablehnung dieser Begriffswahl.[11] Sie beruht auf der Annahme, daß eine Verfassung die Existenz eines Staates voraussetze[12] und die EU nun einmal kein Staat sei. Staat und Verfassung lebten zudem von Voraussetzungen, die sie selbst nicht schaffen könnten[13] und an denen es der EU fehle –

Mancini The Making of a Constitituion for Europe, CMLRev. 26 (1989), 595ff.; *Stein* Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, AJIL 75 (1981), 1ff.

[6] EuGHE 1986, 1339, 1365 – Les Verts, Rn 23: „mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag ..."; 1991, I – 6079, 6102 – EWR-Gutachten, Rn 21: der EWG-Vertrag stelle, obwohl er in der Form einer völkerrechtlichen Übereinkunft geschlossen wurde, nichtsdestoweniger die Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft dar; *Everling* Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217, 220.

[7] EuGHE 1980, 3333, 3360 – SA Roquette Frères/Kommission (Isoglucose), Rn 33; 1990, I – 2041, 2072ff. – Tschernobyl, Rn 21ff.; 1991, I – 2867, 2900 – Titandioxyd, Rn 20.

[8] *Badura* Supranationalität und Bundesstaatlichkeit durch Rangordnung des Rechts, in: Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, 63, 67; *Everling* Die Stellung der Judikative im Verfassungssystem der Europäischen Gemeinschaft, ZSR 112/I (1993), 337, 340f.

[9] EuGHE 1996, I – 1759, 1789 – Beitritt zur EMRK, Rn 34f.; *Everling* Die Gerichtsbarkeit in der erweiterten Europäischen Union, in: Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, 199, 219f. de lege ferenda; dazu paßt es, daß gegen eine Übernahme der EMRK durch die EU eingewandt wird, der EuGH würde dadurch zu sehr an die Rechtsprechung des EGMR gebunden; *Weber* Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537, 539; *Weiler* (o. Fn. 5), 286, 295.

[10] *Flauss* (o. Fn. 3), 25, 104: „terminologie incontrôlée"; *Favoreu* Quel(s) modèle(s) constitutionnelle(s), in: Flauss (Hrsg.), Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen, RUDH 1995, 359.

[11] *Pernice* (o. Fn. 3), 25, befürchtet, daß der Begriff „Europäisches Verfassungsrecht" für manchen deutschen Staatsrechtslehrer eine Provokation sei.

[12] *Grimm* Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581, 591; *Isensee* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 1987, § 13 Rn 1; *Kirchhof* ebd, § 19 Rn 18.

[13] *Böckenförde* Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 60; *Kirchhof* Die Einheit des Staates in seinen Verfassungsvoraussetzungen, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt u.a. (Hrsg.), Die Einheit des Staates, Symposion aus Anlaß der Vollendung des 60. Lebensjahres von Josef Isensee, 1998, 51f.; früher schon *Anschütz* Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1921, Einleitung 11, 14. Aufl. 1933 (Nachdruck 1968), Einleitung 6 unter Hinweis auf *G. Jellinek* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, 5. Neudr. 1966, 337; zu den geistesgeschichtlichen Wurzeln *P.M. Huber* Das Staatskirchenrecht – Übergangsord-

Kultur, Sprache, Öffentlichkeit.[14] Das sind – zumal, wenn man die Vision eines europäischen Bundesstaates nicht teilt – gute Gründe, um bei dieser Begriffswahl Vorsicht walten zu lassen. Gerade in dem dynamischen Unionsrecht sind Begriffe nicht selten Programm, wie die „Karriere" des „Europäischen Parlaments" eindrucksvoll belegt.[15]

Die begriffliche Koppelung von Staat und Verfassung mündet andererseits in der alten, nicht sehr ergiebigen Frage nach der Eigenstaatlichkeit der EU, und damit in einem Dezisionismus, der Gefahr läuft, die unionsrechtliche Wirklichkeit nicht angemessen zu erfassen. Auch die Hinweise auf das Fehlen einer gemeinsamen Sprache,[16] einer gemeinsamen politischen Kultur oder fehlende gesellschaftliche Homogenität beinhalten einen gewissen Subjektivismus, dem der Abbau grenzüberschreitender Kommunikationsbarrieren ebenso subjektiv entgegengehalten werden kann[17] wie die sozialwissenschaftlich nachweisbaren Ansätze zur Herausbildung einer europäischen Identität.[18]

Erkennt man hingegen, daß der Verfassungsbegriff vor allem deshalb auf den Staat bezogen ist, weil der Staat eben die Form politischer Herrschaft war, die es mit Hilfe der Verfassung seit dem 17. Jahrhundert zu

---

nung oder Zukunftskonzept, in: Eichenhofer, 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?, 1999, 117, 125; *Isensee* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 1992, § 115 Rn 28f. m.w.N.

[14] *Grimm* JZ 1995, 581, 587ff.; *Koenig* Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, DÖV 1998, 268ff.; *ders.* Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden „Verfassungsbedarf", NVwZ 1996, 549, 551; grundsätzlich ablehnend zu diesem Ansatz *Mancini* Europa: Gründe für einen Gesamtstaat, KritV 81 (1998), 386, 394ff., der dahinter eine verkappte Blut- und Boden-Ideologie wähnt.

[15] Die frühzeitige (vertragswidrige) Reklamation dieses Begriffs durch die Versammlung hat nicht nur dazu beigetragen, daß ihr – ebenfalls gegen den Wortlaut des Vertrages – vom EuGH eigenständige Klagerechte zuerkannt wurden, EuGHE 1980, 3333, 3360 – SA Roquette Frères/Kommission (Isoglucose), Rn 33; sie hat auch die Denkmuster der politischen Akteure geprägt, und damit das institutionelle Gewicht dieses Organs erhöht und mit einer besonderen Dignität versehen; krit. dazu *Kirchhof* Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, 965, 972: „die europäische Versammlung, die sich ‚Parlament' nennt".

[16] Dazu aus sozialpsychologischer Sicht *Chryssochoou* in: Breakwell/Speri, Changing European Identities, 1996, 297, 306.

[17] *Steinberg* ZRP 1999, 365, 369.

[18] Dabei überwiegen – mit Ausnahme Italiens – eher nüchterne Kosten-/Nutzen-Erwägungen *Cinirella* A Social Identity Perspective on European Integration, in: Breakwell/Speri, Changing European Identities, 1996, 253, 267; *Hilton/Erb/Dermot/Molian* Social Representation of History an Attitudes to European Unification in Britain, France and Germany, ebd 275, 293; s. ferner *Roellecke* Schließt die Identität der europäischen Staaten einen europäischen Bundesstaat aus?, in: Kroker/Dechamps (Hrsg.), Das Menschenbild der freien Gesellschaft, 2000, 213, 224ff.

ordnen und in Schranken zu weisen galt, dann entgeht man dieser Aporie. Ist das eigentliche Bezugsproblem der Verfassung nämlich weniger die Existenz des überkommenen (National-)Staates, der in Großbritannien bezeichnenderweise bis heute nicht als Rechtsperson begriffen wird,[19] als vielmehr die institutionalisierte politische Herrschaft,[20] dann spricht dies für einen weiten Verfassungsbegriff, der auf den Staat bezogen sein kann, aber nicht muß.[21] Da das Primärrecht[22] die Aufgabe erfüllt, die öffentliche Gewalt der EU im Interesse der Bürger zu ordnen und zu begrenzen und damit praktisch allen Anforderungen des formellen und materiellen Verfassungsbegriffs[23] gerecht wird,[24] erscheint seine Bezeichnung als „Verfassung" plausibel. Viel gewonnen ist damit freilich noch nicht.

III. Die Einbindung der unionalen und der nationalen Ebene in einen Verfassungsverbund

1. Die Erfüllung der Verfassungsfunktionen in der EU

Bedeutung und Stellenwert einer Verfassung erschließen sich nur, wenn man unter Zugrundelegung eines funktionalen Verfassungsbe-

---

[19] *Birkinshaw* British report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 205, 218.

[20] *Morlok* Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene, in: Häberle/Morlok/Skouris (Hrsg.), Staat und Verfassung in Europa: Erträge des Wissenschaftlichen Kolloquiums zu Ehren von Prof. Dr. Dimitris Th. Tsatsos aus Anlass seines 65. Geburtstages, 2000, 73, 74f.

[21] *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 29, betont den gesellschaftlichen Anknüpfungspunkt; *Morlok* (o. Fn. 20), 81 hält es für „subrational", den Verfassungsbegriff auf die Umstände seiner Formierungsepoche zu begrenzen; *Schwarze* Deutscher Landesbericht, in: ders. (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 109, 193; *Steinberg* ZRP 1999, 365, 369. Zur „Verselbständigung des Politischen" als Ergebnis sozialer Ausdifferenzierung *Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, 16ff.; zur Weiterentwicklung im Bereich der Grundrechte 34, 65.

[22] Sowie die für die politische Ordnung wesentlichen Rechtsakte, z.B. den Beschluß und Akt des Rates über allgemeine und unmittelbare Wahlen der Versammlung vom 1.1.1995, ABl.EG Nr. L 1/1, ber. ABl.EG 1997 Nr. L 179/12; der Beschluß über das System eigener Mittel, Beschluß 2000/597/EG; *Streinz* Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn 581.

[23] *Badura* Staatsrecht, 2. Aufl. 1996, A 7; s. die klassische Definition bei *Jellinek* (o. Fn. 13), 505.

[24] *Öhlinger* Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung, in: ders., Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, 165, 222f. mit Zweifeln hinsichtlich des materiellen Verfassungsbegriffs.

griffs danach fragt, inwieweit sie die politische Einheitsbildung der Gesellschaft stets aufs Neue aktualisiert,[25] wenn man sie also „von der Aufgabe und der Funktion ... in der Wirklichkeit geschichtlich-konkreten Lebens her"[26] zu erfassen sucht. Vor diesem Hintergrund muß es im folgenden um den Beitrag des unionalen Verfassungsrechts zur Erfüllung der wesentlichen Verfassungsfunktionen[27] gehen und – damit zusammenhängend – um sein Verhältnis zu den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten.

a) Ordnungsfunktion

Das unionale Verfassungsrecht errichtet nicht nur ein Institutionengefüge mit klar definierten Organisations- und Verfahrensregelungen; es statuiert auch eine Reihe allgemeiner Rechtsgrundsätze – Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie (Art. 6 Abs. 1 und 2 EU)[28] – und versucht in vertikaler Hinsicht, die Zuständigkeiten zwischen der europäischen und der nationalen Ebene durch ein System (theoretisch)[29] begrenzter Einzelkompetenzen[30] zu verteilen. Seine Ordnungsfunktion besitzt allerdings auch offene Flanken: in den Anknüpfungen an das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten, in der personellen Rückkoppelung von Kommission, EuGH und Rat an deren Regierungen sowie in der Bindung der Ratsvertreter an das nationale (Verfassungs-)Recht.[31]

---

[25] *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn 6.

[26] *Hesse* (o. Fn. 25), Rn 5.

[27] *Schulze-Fielitz* Die deutsche Wiedervereinigung und das Grundgesetz. Zur Theorie und Praxis von Verfassungsentwicklungsprozessen, in: Hesse/Schuppert/Harms (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, 1999, 65, 66ff.; *Steinberg* ZRP 1999, 365ff.; *ders.* Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, 41ff., der allerdings eher Staatszwecke als Verfassungsfunktionen im Blick hat.

[28] *Schilling* Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 2000, 3ff.

[29] So kann die Kommission etwa Verstöße gegen Art. 86 EG entweder auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 3 EG oder mit Hilfe eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG ahnden und hat insoweit ein Wahlrecht; EuGHE 1992, I – 565, 635ff. – Niederlande / Kommission, Rn 27ff.; zum extensiven Ansatz des EuGH bei der Wahrnehmung seiner Prüfungskompetenzen s. EuGHE 1998, I – 2763, 2787f. – Kommission / Rat (Transit auf Flughäfen, 3. Säule), Rn 12ff.; 1998, I – 1831ff. – Decker / Caisse de maladie des employés privés; 1998, I – 1931ff. – Kohll / Union des caisses de maladie (Sozialversicherungssystem); EuGH, DÖV 2000, 421 – Tanja Kreil, Rn 15 (nationale Verteidigung); krit. auch *Schwarze* (o. Fn. 21), 109, 198ff.

[30] Art. 5 EU, Art. 5 UAbs. 1 EG; BVerfGE 89, 155, 189f. – Maastricht.

[31] **Deutschland:** BVerfGE 92, 203, 230ff. – Rundfunkrichtlinie; **Frankreich:** Die Entscheidung des CC No. 98–400 DC vom 20.5.1998 betreffend die Umsetzung der RL 94/180/EG (Kommunales Ausländerwahlrecht) durch eine „Loi organique" setzt

Umgekehrt büßt die Ordnungsfunktion des nationalen Verfassungsrechts zunehmend an Bedeutung ein. Seine Differenzierung zwischen Menschen- und Bürgerrechten ist im Anwendungsbereich der Verträge praktisch überholt,[32] die Beschränkung des Grundrechtsschutzes auf inländische juristische Personen nurmehr durch interpretatorische Kunstgriffe aufrechtzuerhalten.[33] Demokratie-, Rechtsstaats- und Bundesstaatsprinzip haben unter dem Eindruck der Europäisierung ebenso tiefgreifende Modifikationen erfahren wie die von den nationalen Verfassungen etablierte Funktionenordnung. Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitsdoktrin sind nurmehr ein Schatten ihrer selbst,[34] die Bindung der Exekutive wie der Gerichte[35] an das nationale Gesetz ist angesichts des dem Unionsrecht zukommenden Anwendungsvorrangs erheblich gelockert. Die von manchen Verfassungen intendierte Konnexität von Staatsangehörigkeit und öffentlichem Dienst[36] ist ebenso Makulatur wie die explizite Verfassungsvorgabe des Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG.[37]

---

eine Bindung an das nationale Verfassungsrecht voraus, weil es sonst zu keiner Überprüfung hätte kommen dürfen; daß der CC dabei vor allem auf das Einstimmigkeitserfordernis in Art. 19 Abs. 1 EG [ex Art. 8b Abs. 1 EGV] abstellt, ändert daran nichts; *Gaía* Le droit constitutionnel national et l'integration européenne, 17. F.I.D.E-Kongreß, 1996, 231, 286 unter Hinweis auf Rapport d'information No. 2630, A.N., 11.3.1996 (Pierre Mazeaud); a.A. *Gundel* Die Kontrolle der europäischen Integration durch den französischen Verfassungsrat, EuR 33 (1998), 371, 375.

[32] **Deutschland:** *Bauer/Kahl* Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?, JZ 1995, 1077ff.; **Schweden:** § 5:1 Schwed. (Verfassungs-)Gesetz über die Pressefreiheit, eröffnete im Gefolge des EU-Beitritts Ausländern erstmals die Möglichkeit, sich in Schweden als Verleger von Presseerzeugnissen zu betätigen, *Bernitz* Swedish report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 389, 442.

[33] *P.M. Huber* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 4. Aufl. 1999, Art. 19 Abs. 3 Rn 324ff.

[34] *Kohnen* Die Zukunft des Gesetzesvorbehalts in der Europäischen Union, 1998.

[35] **Frankreich:** Conseil d'Etat vom 20.10.1989, „Nicolo", Rec. Lebon 1989, p. 190; *Fromont* Frankreich und die Europäische Union, DÖV 1995, 481, 483; **Großbritannien:** EuGHE 1990, I - 2433ff. - The Queen / Secretary of State for Transport.

[36] **Deutschland:** Art. 12, 33 GG, Art. 39 Abs. 4 EG; *P.M. Huber* Der Staatsangehörigenvorbehalt im deutschen Beamtenrecht, in FS Leisner, 1999, 937, 943ff.; *Jachmann* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 33 Abs. 2 Rn 14; a.A. *Kunig* in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. II, 1995, Art. 33 Rn 19; *Lübbe-Wolff* in: Dreier, Bd. II, 1998, Art. 33 Rn 37; *Rieckhoff* Die Entwicklung des Berufsbeamtentums in Europa, 1993, 22f.; **Spanien:** Art. 23 Abs. 2 SpanVerf.; *Carcía de Enteria/Garcia* Spanish report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 287, 292; *de Albornoz* Die verfassungsrechtlichen Auswirkungen des Vertrages über die Europäische Union in Spanien und Frankreich, DV 1995, 225.

[37] EuGH, DÖV 2000, 421f. - Tanja Kreil.

b) Bestandssicherungsfunktion

Das komplizierte Verfahren des Art. 48 EU verleiht dem unionalen Verfassungsrecht zudem ein erhebliches Maß an Stabilität,[38] während die Bestandssicherungsfunktion des nationalen Verfassungsrechts erodiert – wenn nicht de iure, so doch de facto. Die Einführung des kommunalen Ausländerwahlrechts für Unionsbürger bedurfte in Deutschland,[39] Frankreich und Spanien[40] einer Verfassungsänderung, in Deutschland und Frankreich auch die Übertragung der Währungshoheit.[41] Unional induzierte Verfassungsänderungen werden in Deutschland derzeit für den Bereich der Bürgerrechte, Art. 19 Abs. 3, Art. 33[42] und Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG diskutiert. Dabei gelten zwar unverändert die hohen Quoren des Art. 79 Abs. 2 GG. Aber hat der verfassungsändernde Gesetzgeber überhaupt eine Wahl?[43]

c) Schutzfunktion

Betrachtet man die historisch primäre Schutzfunktion der Verfassung,[44] so bietet grundsätzlich nur das Unionsrecht Schutz vor den EG-Organen – über das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, die Vertragsmäßigkeit des Gemeinschaftshandelns, die Grundsätze der Ver-

---

[38] Sieht man von den Erweiterungsrunden ab, so gab es seit 1990 erst zwei Eingriffe in den europäischen Grundkonsens (dazu *Hofmann* Recht – Politik – Verfassung, 1986, 261, 277; *Schulze-Fielitz* [o. Fn. 27], 65, 67; *Schuppert* Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht. Überlegungen zur Steuerungsfunktion in normalen wie in „schwierigen" Zeiten, AöR 120 [1995], 32, 57f.); während das Grundgesetz im gleichen Zeitraum zehnmal geändert wurde, die französische Verfassung sechsmal, *Gundel* EuR 33 (1998), 371, 377 Fn. 42.

[39] Das war jedenfalls die Auffassung des verfassungsändernden Gesetzgebers; richtigerweise hätte Art. 23 Abs. 1 GG eine entsprechende Modifikation von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG auch ohne Textänderung zugelassen, *Enders* Offene Staatlichkeit unter Souveränitätsvorbehalt – oder: Vom Kampf der Rechtsordnungen nach Maastricht, in: FS Böckenförde, 1995, 29, 38, Fn. 65.

[40] **Deutschland:** Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG; BVerfGE 83, 37, 59 – Ausländerwahlrecht S.H.; **Frankreich:** Art. 88-3 FrzVerf.; CC No. 92-308 DC du 9.4.1992; No. 98-400 DC du 20.5.1998 (RL 94/80/EG); **Spanien:** Art. 13 Abs. 2 SpanVerf.; Trib. Const., EuGRZ 1993, 285ff.

[41] **Deutschland:** Art. 88 Satz 2 GG; **Frankreich:** Art. 88-2 FrzVerf.; CC No. 92-308 DC vom 9.4.1992, EuGRZ 1993, 187, 191f.

[42] *Scheuing* Nationales Verfassungsrecht mit Blick auf die europäische Integration, in: 17. F.I.D.E Kongreß, 1996, 70, 110.

[43] Optimistischer zu Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG insoweit *Scholz* Frauen an die Waffe kraft Europarechts?, DÖV 2000, 417, 420.

[44] *Schulze-Fielitz* (o. Fn. 27), 65, 67.

hältnismäßigkeit,[45] des Vertrauensschutzes und nicht zuletzt durch die vom EuGH prätorisch entwickelten Grundrechte.[46] Für einen Rückgriff auf das nationale Verfassungsrecht, insbesondere auf nationale Grundrechtsgewährleistungen, bleibt dabei i.d.R. kein Raum.[47] Selbst beim indirekten und mittelbaren Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten wächst das unionale Verfassungsrecht zunehmend in die Rolle des maßgeblichen Bezugsrahmens hinein.[48]

Daß das nationale Verfassungsrecht seine Schutzfunktion dagegen mehr und mehr einbüßt, liegt vor diesem Hintergrund angesichts von über 120000 Gemeinschaftsakten[49] auf der Hand. Die nationalen Grundrechtsgewährleistungen sind insoweit zu einer Reserveordnung verkümmert, auf die allenfalls dann noch zurückgegriffen werden kann, wenn der nationalstaatlich garantierte Wesensgehalt[50] oder vergleichbare Garantien[51] beeinträchtigt werden.[52] Das ist nach h.M. eher unwahrscheinlich,[53] obwohl das Unionsrecht gerade beim Schutz der Freiheitsrechte gegenüber den EG-Organen durchaus ins Gewicht fallende

---

[45] Art. 5 UAbs. 3 EG.

[46] Art. 6 Abs. 2 EU.

[47] EuGHE 1970, 1125, 1135 – Internationale Handelsgesellschaft, Rn 3; 1978, 629ff. – Simmenthal, Rn 17.

[48] Denn nach der Rechtsprechung des EuGH gelten die EU-Grundrechte „im (gesamten) Rahmen des Gemeinschaftsrechts", EuGHE 1989, 2609 – Wachauf, Rn 19; 1991, I – 2925, 2964 – ERT, Rn 43; 1992, I – 2575, 2609 – Arzneimittelimporte, Rn 23f.; 1997, I – 3689, 3717 – Familiapress, Rn 24ff.; *P.M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 1996, § 6 Rn 39; *Streinz* (o. Fn. 22), Rn 368; für eine restriktive Interpretation der EuGH-Rechtsprechung *Schilling* EuGRZ 2000, 3, 34.

[49] *Hirsch* EG: Kein Staat, aber eine Verfassung?, NJW 2000, 46.

[50] BVerfGE 37, 271, 280ff.; 73, 339, 376f.; 89, 155, 174f.; *P.M. Huber* Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), 210, 235f.; *ders.* (o. Fn. 48), § 3 Rn 19; *ders.* (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 2 Rn 196ff.

[51] *Rothley* Europa alla tedesca, Das Bundesverfassungsgericht, das Grundgesetz, die Gemeinschaft, 17. F.I.D.E-Kongreß, 1996, 22, 40; Cort.Cost. No. 183/1973, FI 1974, I, 314; No. 170/1984, FI 1984, I, 2062; No. 232/1989, FI 1990; i, 1855; *Bartole/Daniele* National Constitutional Law and European Integration, 17. F.I.D.E-Kongreß, 1996, 330, 338f.

[52] Das spanische Verfassungsgericht hat sich allerdings nicht nur die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Unionsrechts ausdrücklich vorbehalten, *Schwarze* Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, in: ders. (Hrsg.), ebd, 463, 504, sondern auch die aller nationalen Umsetzungs- und Vollzugsakte, *Schwarze* ebd, 463, 536.

[53] *Schwarze* (o. Fn. 52), 463, 549ff. m.w.N.; **Deutschland:** *ders.* (o. Fn. 21), 109, 174f. („hypothetische, schwerlich zu erwartende Situation"); **Italien:** *Bartole/Daniele* (o. Fn. 51), 330, 339 („unlikely but not impossible").

Defizite aufweist.[54] Der jüngste Beschluß des BVerfG zur Bananenmarktordnung[55] zeigt jedenfalls, daß es sich bei der Reservefunktion des nationalen Verfassungsrechts um eine zur Einmottung anstehende „Fleet in being" handelt, auf deren Beistand man keine allzu großen Hoffnungen mehr setzen sollte.

d) Programmatische Funktion („Entwurfs"-Charakter[56])

Was die Fähigkeit anlangt, öffentliche Gewalt „durch Recht, also nicht nur moralisch oder politisch-programmatisch"[57] zu steuern, erscheint das unionale Verfassungsrecht angesichts der Technik finaler Aufgabenzuweisung (Art. 2 EU, 2 EG) geradezu als Prototyp.[58] Mit dem „effet utile" hat es dies auch methodisch wirkungsvoll unterlegt, wie ein Blick auf die unbekümmerte Zentralisierung von Entscheidungszuständigkeiten bei den EG-Organen im Beihilfenrecht,[59] im Verwaltungsor-

---

[54] *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 6 Rn 43 ff.; *ders.* Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen – Die Bananenmarktordnung und das Grundgesetz –, EuZW 1997, 517, 520; *Selmer* Die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH, 1998, 118 ff.; eine gewisse Berechtigung der Kritik anerkennend *Schwarze* (o. Fn. 52), 463, 549; a.A. *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 180; *Schilling* EuGRZ 2000, 3, 31. Der Gleichheitssatz aus Art. 12, 141 EG (Zum Zusammenwirken von Art. 141 Abs. 3 EG und der RL 76/207/EWG *Schilling* a.a.O., 15 f.) und die Grundfreiheiten haben sich hingegen vor allem in ihrer Schutzfunktion gegenüber den Mitgliedstaaten als außerordentlich effektiv erwiesen: Von der Beseitigung lebensmittelrechtlicher Rezepturvorschriften (EuGHE 1979, 649 ff. – Rewe [Cassis de Dijon]; 1987, 1227 ff. – dt. Reinheitsgebot für Bier; 1988, 4233 ff. – Drei Glocken) über die Liberalisierung reglementierter Berufstätigkeiten, die Gleichberechtigung von Männern und Frauen beim Zugang zur Laufbahn des Berufssoldaten (EuGH, DÖV 2000, 421 f. – Tanja Kreil) bis zur Aufwertung der Teilzeitarbeit (EuGHE 1997, I – 5253 ff. – Gerster / Freistaat Bayern).

[55] BVerfG, NJW 2000, 3124 ff.

[56] *Badura* Verfassung und Verfassungsgesetz, in: Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, 1973, 19, 33 f.; *Grimm* Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, 326; *Schuppert* AöR 120 (1995), 32, 50.

[57] *Badura* Die Verfassungsidee in Deutschland – Politische Wirkungen in Geschichte und Gegenwart, in: Die Verfassung des Bundesstaates Deutschland in Europa. Zwei Reden zur Reform des Grundgesetzes, 1993, 19, 20.

[58] *Ipsen* Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration, in: Schwarze (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, 1983, 29, 50 f.; *Schuppert* AöR 120 (1995), 32, 96 f.

[59] EuGH, EuZW 1997, 217 – Spanien / Kommission; *P.M. Huber* „Beihilfen" (Art. 87, 88 EGV 1999) und Vertrauensschutz im Gemeinschaftsrecht und im nationalen Verwaltungsrecht, KritV 82 (1999), 359, 376 f.; *Puttler* Haushaltsautonomie der Länder, Habil.Schr. Jena, 1999.

ganisationsrecht[60] oder im Recht des vorläufigen Rechtsschutzes[61] zeigt. Nüchterner wird man diese Funktion jenseits der Zentralisierungsdimension betrachten müssen. Zwar fixiert es von der Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts über die Verbesserung der Umweltqualität bis zum wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt zwischen den Mitgliedstaaten[62] Ziele von einer programmatischen Bandbreite,[63] vor der selbst die eloquenteste Landesverfassung verstummen muß. Das Ausmaß der dadurch erreichten rechtlichen Bindung der EG-Organe ist jedoch eher gering.[64]

Freilich sollte auch das programmatische Gewicht des nationalen Verfassungsrechts nicht überschätzt werden,[65] zumal es angesichts zunehmender Integrationsdichte erodiert.[66] Neue Dynamik gewinnt es aber durch die Koppelung mit dem Unionsrecht. So kann etwa über Struktursicherungsklauseln wie Art. 23 Abs. 1 GG oder Art. 7 Abs. 6 PortVerf. das anämische Subsidiaritätsprinzip[67] mit Leben erfüllt werden, besitzen diese doch nicht nur für das Ratifikationsverfahren Bedeutung, sondern auch für die sekundärrechtliche Rechtsetzungstä-

---

[60] EuGHE 1997, I – 5815, 5843 ff. – Kommission / Frankreich (EdF), Rn 94, 101; 1991, I – 1979 ff. – Höfner u. Elser; 1997, I – 7119, 7147 – Job Centre, Rn 28; *Bauer* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1996), 243, 261; *Brenner/Huber* Europarecht und Europäisierung im Jahr 1997, DVBl 1999, 764, 772.

[61] EuGHE 1990, I – 2879, 2906 – Tafelweindestillation; 1995, I – 3761, 3790 ff. – Atlanta; 1996, I – 6065, 6104 – T. Port, Rn 53.

[62] Art. 2 EU, Art. 2 EG.

[63] *Badura* Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 34, 94 ff.; *Steinberg* ZRP 1999, 365, 370 f.

[64] Eher einen Ausnahmefall dürfte EuGHE 1985, 1513 – Europäisches Parlament / Rat (Gemeinsame Verkehrspolitik), Rn 64, darstellen, wo Art. 71 [75] lit. a) und b) EG für justitiabel gehalten wurden.

[65] *Kirchhof* JZ 1998, 965, 970.

[66] Zu den auch integrationsinduzierten Sachzwängen des Wettbewerbs der Systeme in der Wirtschafts- und Sozialpolitik *Meessen* Politische Identität in Europa, EuR 34 (1999), 701, 705 f.; zum Umweltrecht *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 1998, Art. 20a Rn 15 f.; *Murswiek* in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 20a Rn 55.

[67] Art. 2 Satz 2 EU, Art. 5 UAbs. 2 EG. Der EuGH hat dieses Prinzip bisher erst zweimal angesprochen, EuGHE 1996, I – 5755, 5808, 5811 – Vereinigtes Königreich / Rat, Rn 46, 55; EuGH, EuZW 1997, 436, 438, ohne sich damit jedoch wirklich auseinanderzusetzen; skeptisch auch *Frowein* Legitimation und Wirkung des Rechts der Europäischen Union/Gemeinschaft, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektive des Rechts in der EU, 1998, 105, 109; *Pernice* Kompetenzabgrenzungen im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866, 869. In der Tat zeigt schon der Blick auf Art. 72 Abs. 2 GG a.F./n.F., daß die Hoffnungen auf die isolierte Steuerungskraft eines solchen Prinzips nicht allzu hoch geschraubt werden sollten.

tigkeit des Rates.[68] In ähnlicher Weise kann das schwedische Verfassungsrecht dem Grundsatz der Aktenöffentlichkeit (Art. 255 EG)[69] und dem Institut des Ombudsmanns (Art. 195 EG)[70] Impulse vermitteln, oder Art. 20a GG dem umweltrechtlichen Vorsorgeprinzip des Art. 174 Abs. 2 EG.[71]

e) Legitimationsfunktion

Nach wie vor problematisch ist jedoch die Legitimationsfunktion des unionalen Verfassungsrechts.[72] Legitimität läßt sich einer politischen Ordnung heute nurmehr demokratisch vermitteln. Sie ist deshalb auf die von der Herrschaft betroffenen Menschen bezogen, die diese als rechtmäßig anerkennen müssen. Das setzt entweder einen hinreichend dichten Grundkonsens darüber voraus, daß Konflikte „... in konsentierten Verfahren zur Verfolgung gemeinsamer Ziele"[73] erfolgreich bewältigt werden können und die durch Erfahrung gesättigte Bereitschaft, „sich durch kompakte regionale oder soziale Gruppen über Jahrzehnte hinweg majorisieren zu lassen",[74] oder den Konsens in der Sache.[75] Da es einen solchen Grundkonsens in der EU allenfalls in Ansätzen gibt,[76] kommt dem Konsens in der Sache ein umso höherer Stellenwert zu.

---

[68] **Deutschland:** BVerfG 92, 203, 235ff. – Fernsehrichtlinie; **Frankreich:** *Gaia* (Fn. 31), 231, 286, insb. Fn. 75.

[69] Schwed. Freedom of the Press Act, *Bernitz* (o. Fn. 32), 389, 412, 440; *Schwarze* (o. Fn. 52), 463, 479.

[70] Zu seinen Grundlagen in Schweden *Bernitz* (o. Fn. 32), 389, 416f.

[71] Zum Gleichlauf von nationalem und unionalem Umweltverfassungsrecht *Epiney* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 20a Rn 113, 117.

[72] Dazu *Schulze-Fielitz* (o. Fn. 27), 65, 69.

[73] *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 181, der allerdings verkennt, daß eine „Legitimation durch Verfahren" einen auf die Akzeptanz des Verfahrens bezogenen Grundkonsens erfordert.

[74] *Meessen* EuR 34 (1999), 701, 702 unter Hinweis auf *Potter* The Historian's Use of Nationalism, in: Riasanovsky/Riznik (Hrsg.), Generalizations in Historical Writing, 1963, 114, 125; *Kluth* Europa der Bürger oder Europa der Bürokraten? – Transparenz und Bürgernähe in der Europäischen Union nach dem Amsterdamer Vertrag, in: ders. (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Amsterdamer Vertrag, 2000, 73, 81.

[75] Die Legitimation durch Konsens betont im Hinblick auf die Schweizer Konkordanzdemokratie *Frowein* Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 30 (1995), 315, 324; *ders.* (o. Fn. 67), 105, 112; *Rhinow* Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats, VVDStRL 44 (1986), 83, 86ff.

[76] *Habermas* Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, 650f.; *Kluth* (o. Fn. 74), 73, 84; *Meessen* EuR 34 (1999), 701, 708ff.; optimistischer *Pernice* JZ 2000, 866, 869 unter Berufung auf *Weiler* und dessen „principle of tolerance".

Deshalb sieht der CC die „conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale" vor allem dort berührt, wo es um den Übergang zu Mehrheitsentscheidungen geht,[77] und deshalb spricht auch das BVerfG davon, daß das Mehrheitsprinzip „in den Verfassungsprinzipien und elementaren Interessen der Mitgliedstaaten" eine Grenze finde.[78] Dem trägt das Unionsrecht durch Einstimmigkeitserfordernisse im Rat,[79] das hohe Quorum für die qualifizierte Mehrheit (Art. 205 Abs. 2 EG), nicht zuletzt aber auch durch die Kompromisse von Luxemburg[80] und Ioannina[81] Rechnung und erkennt damit implizit an, daß es seine Legitimität primär[82] über die nationalen Verfassungen erhält.[83]

Deren Legitimationsfunktion läßt angesichts schwindender mitgliedstaatlicher Kompetenzen andererseits erkennbar nach[84] und ist – so die zentrale Einsicht des deutschen Maastricht-Urteils[85]- zunehmend auf eine „Legitimationsabstützung" durch die EU angewiesen. Sie wird umso leichter fallen, je mehr der Grundkonsens der Unionsbürger an Dichte und Substanz gewinnt.

f) Integrationsfunktion

Wie stark die EU nach wie vor auf ihr nationales Standbein angewiesen ist,[86] wird schließlich deutlich, wenn man danach fragt, inwieweit

---

[77] CC No. 92-308 DC vom 9.4.1992, EuGRZ 1993, 187, 192 – Maastricht I; No. 97-394 DC vom 31.12.1997, EuGRZ 1998, 27, 30ff. – Amsterdam, Rn 24f., 28ff.

[78] BVerfGE 89, 155, 184.

[79] Daß sie bei einer Gewichtung der Materien das Entscheidungssystem der EU nach wie vor prägen, betont *Seidel* Die Einstimmigkeit im EU-Rat – eine leidige, aber nicht dispensable Regel, EuZW 2000, 65.

[80] *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 2 Rn 15; *Streinz* Die Luxemburger Vereinbarung, 1984; die wohl überwiegende europarechtliche Auffassung, daß der Luxemburger Kompromiß nicht zu Gewohnheitsrecht erstarkt sei, s. nur *Wichard* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 205 Rn 9, erscheint in einem andern Licht, wenn man berücksichtigt, daß das nationale Verfassungsrecht mehrerer Mitgliedstaaten eine teilweise Beibehaltung des Einstimmigkeitserfordernisses erfordert. Zu dessen Kodifikation in der 2. Säule s. Art. 23 Abs. 2 EU; *Pechstein/Koenig* Die Europäische Union, 3. Aufl. 2000, Rn 292.

[81] Dazu *Schuppert* StWiss 5 (1994), 35, 52.

[82] Zur Korrelation von Verfahrensregeln und Integrationsstand *Meng* Das Recht der Internationalen Organisationen – eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts, 1979, 106.

[83] *Iglesias* (o. Fn. 3), 45, 59.

[84] *Di Fabio* (o. Fn. 21), 1997, 97, der hierfür neben der europäischen Integration auch die parteienstaatliche Überformung der demokratischen Institutionen verantwortlich macht.

[85] BVerfGE 89, 155, 183f.

[86] *Schwarze* (o. Fn. 52), 463, 544, spricht von den nationalen Verfassungsordnungen als „Rahmen und Voraussetzung für die europäische Verfassungsentwicklung".

das Primärrecht tatsächlich[87] zur Einheitsfindung der Bürger beiträgt.[88] Zwar ermöglichen das Wahlrecht zum Europäischen Parlament, die Grundrechte und Grundfreiheiten, der Zugang zu EuG und EuGH, der Bürgerbeauftragte (Art. 195 EG) und mittelfristig vielleicht auch die politischen Parteien auf europäischer Ebene (Art. 191 EG) den Unionsbürgern in Ansätzen eine Einheitsbildung.[89] Die nationale Gliederung des Europäischen Parlaments, die durch die Bildung von Fraktionen allenfalls oberflächlich kaschiert wird, die Tatsache, daß die Wahlkämpfe zum Europäischen Parlament bislang fast ausschließlich unter nationalen Aspekten geführt werden,[90] und nicht zuletzt die niedrigen Wahlbeteiligungen – bei der Europawahl 1999 von z.T. unter 30 v.H.[91] – belegen jedoch, daß demokratische Prozesse bislang nur im Rahmen des nationalen Verfassungsrechts einigermaßen funktionieren.[92]

2. *Die Komplementarität von unionaler und nationaler Teilverfassung*

Weder das unionale noch das an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit stoßende[93] nationale Verfassungsrecht sind also heute (noch) allein zur gesellschaftlichen Einheitsbildung in der Lage. Erst aus ihrer Zusammenschau erschließt sich die Grundordnung des politischen und sozialen Lebens in der EU. Insoweit sind sie in der Tat „Komplementärverfassungen",[94] auf gegenseitige Ergänzung angelegte Teile eines Mehr-Ebenen-Verfassungsverbundes[95] und auf die Rolle einer Teilver-

---

[87] *Isensee* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 162 Rn 106.

[88] Zum ganzen *Smend* Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, 119, 136ff., 187ff.; den Ansatz konkretisierend und variierend *Badura* (Fn. 56), 19, 35; *Denninger* Verfassung und Gesetz, KritV 69 (1986), 291, 309; *Isensee* (o. Fn. 87), § 162 Rn 34f., 103ff.

[89] *P.M. Huber* Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union –, in: Drexl/Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, Ius Europaeum, Bd. 6, 1999, 27, 39ff.

[90] *Weiler* Der Staat „über alles", JöR 44 (1996), 91, 107.

[91] S. *Hrbek* Europawahl '99: Ein stärker politisiertes EP, integration 22 (1999), 157, 159.

[92] *Habermas* (o. Fn. 76), 645.

[93] *Di Fabio* (o. Fn. 21), 1998, 5; *Schwarze* (o. Fn. 21), 109, 181; *Steinberg* ZRP 1999, 365, 373; *ders.* (o. Fn. 27), 387ff.

[94] *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 35; *ders.* in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 1998, Art. 23 Rn 20.

[95] Zum Begriff des „Verfassungsverbundes" s. *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 26f., 33; *ders.* (o. Fn. 94), Art. 23 Rn 20; *ders.* JZ 2000, 866, 870; zum vor allem in der Politikwissenschaft verbreiteten Begriff des „Mehrebenensystems" *Morlok* (o. Fn. 20), 73, 88.

fassung[96] reduziert. Verklammert werden sie durch das Primärrecht. An der Schnittstelle zwischen nationalem Verfassungsrecht und Sekundärrecht gelegen, erweist es sich als ein Instrument „struktureller Koppelung",[97] durch das die 15 Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten miteinander verbunden und auf das „Integrationsprogramm"[98] ausgerichtet werden. In ihm besitzen sie eine identische und grundsätzlich vorrangige Teilverfassung. Daraus erhellt zugleich, daß eine Lösung aus der Union – sofern zulässig – der Sache nach auf eine Art Gesamtrevision der jeweiligen Verfassungsordnung hinausliefe,[99] der in einer Reihe von Mitgliedstaaten zudem explizite verfassungsrechtliche Hindernisse entgegenstehen.[100]

IV. Die Europäische Rechtsordnung als Auffang- und Kooperationsordnung

Es ist eine Binsenweisheit, daß die juristische Bewältigung dieses Befundes nicht in den ausgetretenen Pfaden der Staatslehre zu leisten ist.[101] Es hat auch nicht an Versuchen gefehlt, die Besonderheiten der europäischen Integrationsgemeinschaften auf den Begriff zu bringen,[102] wobei *Pufen-*

---

[96] Zur Vorstellung des Grundgesetzes als bloßer „Teilverfassung" *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 166 (fragmentarische Ordnung); *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 26f., 33; *Steinberg* ZRP 1999, 365, 373.

[97] *Di Fabio* (o. Fn. 21), 99.

[98] Dazu BVerfGE 89, 155, 188; 58, 1, 37; *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 12 Rn 3, 8, 13f.; *ders.* (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 434f.

[99] Klar insoweit *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 177: „... der Austritt aus der EU bedürfte ... seinerseits eines Verfahrens nach Art. 44 Abs. 3 B-VG"; ähnlich *de Albornoz* DV 1995, 225, 229.

[100] **Deutschland:** Art. 23 Abs. 1, 25 GG; *Zuleeg* Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl/Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, Ius Europaeum, Bd. 6, 1999, 11, 14; **Österreich:** *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 177.

[101] S. dazu das leicht polemische Resümee von *Pernice* Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), 100, 119f.; *Zuleeg* (o. Fn. 100), 11, 24f.

[102] Zur Bedeutung begrifflicher Fixierung *Badura* Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre, 2. Aufl. 1998, 15: „Durch die begriffliche Fassung können die Vorstellungen gemäß der Natur ihrer Inhalte in festen Verhältnissen geordnet werden und dadurch unterscheidet sich subjektives Meinen von objektiver Erkenntnis."; klassisch *Hegel* Phänomenologie des Geistes, Werke 3, Suhrkamp taschenbuch, 1986, 51ff.

dorfs „monstro simile"[103] stets gegenwärtig war.[104] Am besten ist dies m.E. mit dem Begriff des Staatenverbundes[105] gelungen,[106] dessen überwiegend ungnädige Aufnahme[107] im Schrifttum mehr mit dem Duktus des Maastricht-Urteils zu tun haben dürfte als mit mangelnder begrifflicher Schärfe. Denn er impliziert die Vorstellung einer zwischen den Mitgliedstaaten und der EU geteilten Souveränität[108] und reflektiert damit das den Verfassungsverbund prägende Phänomen aufeinander bezogener und miteinander verklammerter Teilverfassungen. Als eigenständige Kategorie ernstgenommen,[109] muß er allerdings auf die Ebene konkreter Rechtsfragen heruntergebrochen werden. Hier fordert er Strukturadäquanz[110] –

---

[103] Krit. besetzt bei *Jellinek* Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, hrsg. von Pauly/Keip 1996, 142ff.; positiv konnotiert bei *Frowein* EuR 30 (1995), 315, 319.

[104] BVerfGE 22, 293, 296 „im Prozeß fortschreitender Integration stehende Gemeinschaft eigener Art"; *Oppermann* (o. Fn. 3), § 4 Rn 152: „besondere Kategorie intensiver, staatsnaher Verbindung"; *Streinz* (o. Fn. 22), § 3 Rn 113: „Entwicklungsstufe des Rechts der internationalen Organisationen im Sinne des Völkerrechts ..., allerdings als eine qualitativ neue".

[105] BVerfGE 89, 155, 188; *Kirchhof* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 183 Rn 38.

[106] In diesem Sinne auch *P.M. Huber*, (o. Fn. 48), § 5 Rn 11f.; *Pauly* Souveräner Staat und Staatenverbindungen, in: Jellinek (Hrsg.), Die Lehre von den Staatenverbindungen, XXVI; *Scholz* Der Verfassungsstaat im Wandel: Europäisierung der Verfassung im Prozeß der Verfassung Europas, dargestellt am Beispiel des Grundgesetzes, in: Battis/Kunig/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, 21, 25.

[107] *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 34; *Frowein* (o. Fn. 67), 105, 124f.; *Schuppert* StWiss 5 (1994), 35, 55; *Schwarze* Europapolitik unter deutschem Verfassungsrichtervorbehalt, Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des BVerfG vom 10.12.1993, NJ 1994, 1, 3.

[108] *Bogdanor* Britain and the European Community, in: Jowell/Oliver (Hrsg.), The changing Constitution, 3. Aufl. 1994, 19: „Yet, there is a third alternative, a genuine division and sharing of powers between the community and the Member States, so that each complements but neither controls of other. Indeed the whole *raison d'être* of the Community is that power can be shared an sovereignty divided so as to create a political entity capable of carrying out common policies without compromising the identity of the component units." Die Vorstellung geteilter Souveränität kann festgemacht werden an der zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilten Rechtsetzungsmacht und an der nur noch eingeschränkten Möglichkeit der Mitgliedstaaten, unionsrechtliche Verpflichtungen innerstaatlich zu mißachten. Für Mehr-Ebenen-Systeme ist sie seit *Tocqueville* geläufig. Ihren Bezugspunkt allerdings findet sie in der Volkssouveränität; instruktiv *Oeter* Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union, ZaöRV 55 (1995), 695, 697ff.

[109] *Di Fabio* (o. Fn. 21), 140f.; zum Staatenverbund *Schwarze* (o. Fn. 21), 109, 183; *H.P. Ipsen* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 181 Rn 98.

[110] Für den Bereich der demokratischen Legitimationsgrundlagen *P.M. Huber* (o. Fn. 89), 27, 55.

mit Blick auf Rang und Geltung der unionalen wie nationalen Rechtsnormen,[111] die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten,[112] das institutionelle Gefüge der EU sowie ihre Entscheidungsverfahren.[113]

I. Das Verhältnis von unionalem und nationalem Recht

Seit Beginn der 60er Jahre ist das Europarecht durch einen Grundsatzkonflikt gekennzeichnet, der sich zwar auf die praktische Abwicklung des Integrationsprogramms kaum ausgewirkt hat,[114] einer allgemeinen Konsolidierung des europäischen Verfassungsrechts[115] jedoch im Wege steht:[116] den Konflikt um das Verhältnis von unionalem und nationalem Recht.

a) Dualismus vs. Monismus

So findet sich in den Mitgliedstaaten, die dem dualistischen Konzept folgen,[117] nach wie vor die Vorstellung,[118] daß es sich bei unionaler und nationaler Rechtsordnung um zwei unterschiedliche Rechtsordnungen handele. Wie der EuGH hatten auch die italienische Corte Costituzionale[119] und das BVerfG davon gesprochen, daß die von den EG-Organen erlassenen Rechtsvorschriften „... weder Völkerrecht noch nationales Recht der Mitgliedstaaten" seien, und daß „das vom EWG-Vertrag ge-

---

[111] Grundlegend *Schilling* Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, insb. 181 ff.

[112] Für das Verhältnis zwischen dem EuGH und den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten s. *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 183.

[113] So zu Recht *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 32.

[114] *Enders* (o. Fn. 39), 29, 43.

[115] Verstanden als das die unionale wie die nationalen Verfassungen umgreifende Gesamteuropäische Verfassungssystem; ähnl. *Pernice* JZ 2000, 866, 871; *ders.* Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution – making Revisited?, CMLR 36 (1999), 703 ff.

[116] *Kadelbach* Gemeinschaftsrecht und (vorläufiger) verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, KritV 82 (1999), 378, 384 f.

[117] Deutschland, Großbritannien, Irland, Italien: *Capelli* Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Italien, 1993, 15; Schweden.

[118] *Isensee* Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in: Verfassungsstaatlichkeit, FS Stern, 1997, 1239, 1262; *Di Fabio* (o. Fn. 21), 141, Fn. 38; *Steinberg* ZRP 1999, 365, 373, spricht einerseits von „zwei Verfassungsordnungen", andererseits – zu Recht – von der „materiellen Einheit von Unions- und nationalem Verfassungsrecht"; *Folz* Demokratie und Integration, 1999, 33.

[119] Corte Cost., Giurispr. Cost. 1984, 1098, 1113 – Granital „i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti ...".

schaffene Recht ... aus einer ‚autonomen Rechtsquelle'" fließe, Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht also „zwei selbständige, voneinander verschiedene Rechtsordnungen"[120] bildeten.

Die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts, der Durchgriff auf den Einzelnen,[121] sein von jeder nationalen Instanz zu beachtender Vorrang sowie seine flächendeckende Verzahnung mit dem nationalen Recht haben dieser Sicht jedoch den Boden entzogen.[122] Corte Costituzionale[123] und BVerfG sprechen heute denn auch davon, daß unionales und nationales Recht „nicht unvermittelt und isoliert nebeneinander" stünden, sondern „in vielfältiger Weise aufeinander bezogen, miteinander verschränkt und wechselseitigen Einwirkungen ... geöffnet" seien.[124] Im britischen Schrifttum wird Lord Diplock's berühmte Metapher zum Verhältnis von „Law and Equity" bemüht[125]: wie sich die Wasser von Rhône und Saône nach ihrem Zusammenfluß nicht mehr unterscheiden ließen, sondern einen einzigen großen Strom bildeten, so seien auch unionales und nationales Recht nicht mehr voneinander zu trennende Teile einer einheitlichen Verfassungsordnung. Für monistisch geprägte Rechtsordnungen versteht sich dies von selbst. Daher dominieren heute monistische Erklärungsversuche des Verfassungsverbundes,[126] wenn auch konträre.[127]

---

[120] BVerfGE 22, 293, 296 unter Hinweis auf EuGHE 1964, 1251, 1270 – Costa / E.N.E.L

[121] Das ist schon in den Federalist Papers als maßgebliches Chrarakteristikum einer bundesstaatlichen Ordnung betont worden, *Hamilton* The Federalist Papers, First Mentor Printing, 1999, No. 15–17, 20 a.E., 77ff.

[122] In diesem Sinne *Thürer* Völkerrecht und Landesrecht, SZIER 1999, 217ff. mit dem Plädoyer für eine „holistische" Betrachtungsweise.

[123] Corte Cost. No. 389/1989 v. 11.7.1989, RIdDPC 1991, 1065, 1068; krit. zur nicht hinreichend entschiedenen monistischen Linie der Corte Cost. *Chiti* Der Vertrag über die Europäische Union und sein Einfluß auf die italienische Verfassung, Der Staat 33 (1994), 1, 6f.

[124] BVerfGE 52, 197, 200 – Absatzfonds; 73, 339, 367f. – Solange II.

[125] *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 237 unter Hinweis auf USH Ltd v. Burnley B.C. [1978] AC 904 at 924 per Lord Diplock.

[126] **Deutschland:** *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 9 Rn 8; *Pernice* Aussprache, VVDStRL 53 (1994), 247; **Großbritannien:** R v HFEC ex p. Blood [1997] 2 All ER 687 at 691 j – EC law as part of English law; *Curtin* The constitutional structure of the Union: A Europe of bits and pieces, CMLR 30 (1993), 17, 67, spricht von Unionsrecht, „which enters into ... national legal systems as an integral part of those systems ..."; **Österreich:** *Holzinger* Die Auswirkungen der österreichischen EU-Mitgliedschaft auf das österreichische Verfassungsrecht, JRP 1996, 163; *Thun-Hohenstein* Das Verhältnis zwischen österreichischem Recht und dem Recht der Europäischen Union, SWA-Studienarbeit, Nr. 107 (1995), 72ff.; *Baumgartner* EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz, 1997,

b) Autonomie der Unionsrechtsordnung

Der EuGH und die sog. Autonomisten[128] gehen bekanntlich von der Autonomie der unionalen Rechtsordnung[129] aus. Während es in der Rs. *Costa/E.N.E.L* noch eher vorsichtig hieß, der EWG-Vertrag habe „eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die bei seinem Inkrafttreten *in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen*[130]" worden sei,[131] ist später nurmehr von der „eigenen" Rechtsordnung der Gemeinschaft die Rede,[132] freilich nicht im Sinne einer dualistischen Grundkonzeption,[133] sondern um deutlich zu machen, daß ihre dogmatische „Nabelschnur" zu den nationalen Verfassungen längst gekappt sei.[134] Insbesondere unter dem Gesichtspunkt „what judges did"[135] wird deutlich, daß hinter der Rede von der Autonomie der unionalen Rechtsordnung nichts anderes steht als ein kaum kaschierter Suprematieanspruch. Die dem Vorrang des Unionsrechts[136] zugemessenen Rechtsfolgen unterscheiden sich kaum von denen des Art. 31 GG,[137] ja sie gehen – was etwa die Maß-

---

62ff.; a.A. *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 194 Fn. 135; **Frankreich:** CC No. 92–308 DC 9.4.1992, EuGRZ 1993, 187, 190: die unionale Rechtsordnung sei in die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten eingebunden.

[127] *Isensee* (o. Fn. 118), 1239, 1262.

[128] Grundlegend die „Gesamtaktstheorie", BVerfGE 22, 293, 296; *H.P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 61f.

[129] *Zuleeg* Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 1, 2.

[130] Hervorheb. d. Verf.

[131] EuGHE 1964, 1251ff. – Costa / E.N.E.L, Rn 8, 9: „Diese Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten ...".

[132] EuGHE 1969, 1, 14 – Wilhelm / BKartA; 1970, 1125, 1135 – Internationale Handelsgesellschaft, Rn 3.

[133] So klar schon *Ritterspach* Corte Costituzionale, Rom – Rechtsprechungsbericht 1984 Nr. 5–6, EuGRZ 1985, 98, 99f.

[134] EuGHE 1978, 629ff. – Simmenthal, Rn 17; so auch *Pernice* (o. Fn. 94), Art. 23 Rn 21, 26.

[135] *Dworkin* Law's Empire, 1986, 247f.: „Fitting what judges did is more important than fitting what they said".

[136] Im Englischen mit „Community Law's Supremacy" umschrieben, *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 236ff.

[137] EuGHE 1978, 629ff. – Simmenthal, Rn 17, 18: nationales Recht werde allein durch das Inkrafttreten von Rechtsakten der EG-Organe „ohne weiteres unanwendbar" und verhindere zudem „ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte"; zurückhaltender jüngst EuGH, JZ 1999, 196, 197 – IN.CO.GE.'90 Srl; *Brenner/Huber* Europarecht und Europäisierung in den Jahren 1998/1999, DVBl 1999, 1559, 1565; zu der grundgesetzlichen Parallele *P.M. Huber* in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 31 Rn 13.

stabsfunktion der nationalen Grundrechte beim Vollzug des Unionsrechts anlangt – [138] sogar darüber hinaus. Für eine Rücksichtnahme auf nationale Verfassungsstrukturen ist insoweit – wie die Fälle *Internationale Handelsgesellschaft, Nold, Hauer, Factortame,*[139] *Lawrie Blum,*[140] *Tanja Kreil*[141] u.v.a. gezeigt haben – kein Raum.[142] Die Konstitutionalisierung der EU paßt dabei ebenso ins Bild wie die Versuche des EuGH, die Herrschaft der Mitgliedstaaten über die Verträge zu begrenzen.[143]

c) Präponderanz des nationalen Rechtsanwendungsbefehls

Schon ein flüchtiger Blick auf das nationale Verfassungsrecht zeigt hingegen, daß dort von einer Unterordnung unter das Unionsrecht keine Rede sein kann. Im Gegenteil, daß der im Zustimmungsgesetz zu den Verträgen enthaltene nationale Rechtsanwendungsbefehl bzw. der nationale Rezeptionsakt die Grundlage für die Geltung des Unionsrechts im jeweiligen Mitgliedstaat darstellt, folgt für Deutschland heute aus Art. 23 Abs. 1 GG und bildet die theoretische Basis der Solange- und Maastricht-Doktrin des BVerfG.[144] In Großbritannien beruht die Geltung des Unionsrechts, wie das House of Lords in einem obiter dictum zur „Rees Mogg"-Entscheidung bekräftigt hat,[145] auf section 2 des European Communities Act 1972 und in Italien auf dem Zustimmungsgesetz, das auf der Grundlage von Art. 11 ItalVerf. ergangen ist.[146] Auch Dänemark,[147]

---

[138] Vgl. EuGHE 1970, 1125, 1135 – Int. Handelsgesellschaft, Rn 3; 1974, 491ff. – Nold, Rn 12f.; 1979, 3727, 3744 – Hauer, Rn 13. f.; BVerfGE 96, 345, 366f., 373; *P.M. Huber* (o. Fn. 137), Art. 31 Rn 3.

[139] EuGHE 1990, 2433ff. – The Queen / Secretary of State for Transport.

[140] EuGHE 1986, 2121ff. – Lawrie Blum; 1991, I – 5627ff. – Annegret Bleis.

[141] EuGH, RIW 2000, 220ff. – Tanja Kreil / Bundesrepublik Deutschland; krit. dazu *Scholz* RIW 2000, 222f.

[142] S. aber unter IV.2.c).

[143] EuGHE 1991, I – 6079ff. – EWR-Gutachten; *Classen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 24 Abs. 1 Rn 13ff. mit Kritik an der dualistischen Konstitution.

[144] BVerfGE 37, 271, 280ff.; 73, 339, 376ff.; 89, 155, 174f.

[145] R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex p. Rees Mogg [1994] 1 All ER 457 at p. 467 g.; *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 234ff.

[146] Corte Cost. Sent. No. 183 vom 27.12.1973, Giurispr. Cost. 1973, 2401, 2414 – Frontini: „... la disposizione dell'Art. 11 Cost. significa che, quando ne ricorrano i presupposti, è possibile stipulare trattati i quali comportino limitazione della sovranità, ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria".

[147] § 20 DänVerf.; Gesetz No. 447 vom 11.10.1972, akt. Fassung in: Gulmann/Hagel-Sørensen, EU-ret, 425ff.; *Thomas* Das Maastricht-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs vom 6. April 1998, ZaöRV 58 (1998), 879, 880f.; *Zahle* National constitutional law and the European integration, 17. F.I.D.E-Kongreß, 1996, 60, 66.

Irland[148] und Schweden folgen dieser Sicht. Für Spanien folgt Vergleichbares aus Art. 93 SpanVerf., für Belgien aus Art. 34 BelgVerf., für Österreich aus dem EU-BeitrittsB-VG[149] und für Frankreich aus Art. 88-1 ff. FrzVerf.[150]

aa) Wenn die Geltung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten auf einem nationalen Rechtsanwendungsbefehl beruht, kann sie durch einen solchen auch wieder beseitigt werden. Das ist die das Verfassungsrecht aller Mitgliedstaaten kennzeichnende Sicht.[151] Gleichwohl ist klar, daß es sich dabei um eine eher hypothetische Möglichkeit handelt, die unionsrechtlich nur einvernehmlich oder unter den engen Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus in Betracht kommt.[152]

bb) Wenn das Unionsrecht auf einem nationalen Rechtsanwendungsbefehl oder Rezeptionsakt beruht, dann liegt es auf der Hand, daß dieser durch das nationale Verfassungsrecht gesteuert wird und auch dessen verfahrensrechtliche und – soweit vorhanden – sachlich-inhaltliche Vorgaben beachten muß.[153] Welchen Umfang diese haben, ist von Mit-

---

[148] Supreme Court, v. 9.4.1987, [1987] ILRM 400, 402f. – Crotty.

[149] Das gilt jedenfalls, wenn man sich an dessen Materialien orientiert, 1546 BlgNR XVIII. GP, 4; *Giller* Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, ecolex 1996, 639, 643: „Das EU-BeitrittsB-VG öffnet die österreichische Rechtsordnung nach Maßgabe von deren Geltungs- und Anwendungsanspruch"; *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 176: „Es lag in der Absicht des EU-BeitrittsB-VG, die österreichische Rechtsordnung gegenüber der Rechtsordnung der EU in der Weise zu öffnen, wie sich dies aus deren besonderem Geltungsanspruch – der vor allem vom Vorrang und von der ‚Druchgriffswirkung' des Gemeinschaftsrechts bestimmt ist – ergibt", 202; *Schäffer* Österreichischer Landesbericht, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 339, 364.

[150] „... par l'effet de transfèrs de compétence consentis par les Etats membres"; CC Entscheidung No. 92-308 DC vom 9.4.1992 – Maastricht I; Entscheidung No. 97-394 DC vom 31.12.1997 – Amsterdam; *Flauss* (o. Fn. 3), 25, 47f.

[151] **Deutschland:** BVerfGE 89, 155, 190; *Di Fabio* (o. Fn. 21), 124; *P.M. Huber* Maastricht – ein Staatsstreich?, 1993, 40f.; *ders.* (o. Fn. 48), § 5 Rn 18f.; **Großbritannien:** *Bogdanor* (o. Fn. 108), 3, 5, 19f.; *Cullen* Die flexiblen Briten: Rechtsstellung eines Außenseiters in der EU, Veröff. des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht Bonn, Nr 99, 1998, 9ff.; *MacCormick* Das Maastricht-Urteil – Souveränität heute, JZ 1995, 797f.; **Österreich:** *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 177.

[152] *Oppermann* (o. Fn. 3), Rn 219; *Streinz* (o. Fn. 22), Rn 91 – str. – s. auch Art. 62 Abs. 1 WVRK.

[153] **Frankreich:** Art. 55 FrzVerf.; CC No. 97-394 DC vom 31.12.1997, 7. Erwägungsgrund, EuGRZ 1998, 27, 29: „Allerdings auch in der Erwägung, daß für den Fall, daß die zu diesem Zweck eingegangenen internationalen Verpflichtungen eine verfassungswidrige Vorschrift enthalten oder die für die Ausübung der nationalen Souveränität es-

gliedstaat zu Mitgliedstaat sehr unterschiedlich: Ist die Integrationsklausel – wie in Frankreich oder Irland[154] – eher eng gefaßt –, so erfordert jede wesentliche Fortschreibung des Integrationsprogramms eine vorgängige Verfassungsänderung. In Deutschland und Schweden ist sie zwar weiter, durch die Struktursicherungsklausel[155] aber inhaltlich konditioniert. Darüber hinaus werden der EU-Mitgliedschaft in Dänemark durch das Erfordernis souveräner Staatlichkeit,[156] in Deutschland durch die Identität des Grundgesetzes,[157] in Großbritannien durch die Sovereignty of Parliament,[158] in Italien und Frankreich[159] durch die republikanische Staatsform und in Österreich durch die Grundprinzipien der Bundesverfassung[160] äußerste Grenzen gezogen.

cc) Im nationalen Rechtsanwendungsbefehl findet konsequenterweise auch der Anwendungsvorrang des Unionsrechts seine Grund-

---

sentiellen Bedingungen in Frage stellen, die Ermächtigung zur Ratifikation eine Verfassungsänderung voraussetzt ..."; *Gundel* EuR 33 (1998), 371, 378f.; **Spanien:** Art. 95 SpanVerf.; TC, Entscheidung vom 14.2.1991 – 28/1991; Entscheidung vom 22.3.1991 – 64/1991: „infraconstitucional"; *de Albornoz* DV 1995, 225, 231, 234.

[154] Supreme Court [1987], Irish Law Reports Monthly 400, 402ff. – Crotty: „... and any such binding treaty would require ratification by the People, who were the ultimate guardians of the Constitution, by amendment of the constitution."

[155] Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG; Kapitel 10 § 5 SchwedVerf.

[156] Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 52 Rn 9.8; *Thomas* ZaöRV 58 (1998), 879, 898.

[157] Art. 23 Abs. 1 Satz 3, 79 Abs. 3 GG.

[158] Parlamentssouveränität (Sovereignty of Parliament) bedeutet, daß das jeweils spätere Gesetz des durch freie Wahlen legitimierten Parlaments die höchste Norm ist; Pickin vs. British Railways Board [1974] AC 765, 789; Madzimbamuto v. Lardner-Burke [1969], 1 AC 645, 723; *Dicey* The law of the Constitution, 1885, 10th ed. 1959, 40: The Queen in Parliament (the legislature) has „the right to make or unmake any law whatever", and no person or body outside the legislature „is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of parliament". Die Doktrin gründet sich auf das Common Law und die Tatsache, daß Großbritannien nicht über eine geschriebene Verfassung verfügt, *Bradley* The Sovereignty of Parliament – in Perpetuity?, in: Jowell/Oliver (ed.), The changing constitution, 3. Aufl. 1994, 79, 85ff.; krit. *Cullen* (o. Fn. 151), 10, Fn. 15.

[159] Art. 89 FrzVerf.; *Flauss* (o. Fn. 3), 79: „... la principe de la souveraineté du peuple français ou/et le principe démocratique ne pourraient être abroges que par le corps électoral agissant non pas dans le cadre d'un acte de révision constitutionnelle, mais au moyen d'un acte constituant nullifiant la constitution préexistante".

[160] *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 179. Angesichts der Gesamtrevision der österreichischen Bundesverfassung durch das EU-BeitrittsB-VG kann diese Frage in Österreich nur hinsichtlich der Änderungen des Maastrichter Vertrages bedeutsam werden; dazu *ders.* Verfassungsrechtliche Aspekte des Vertrages von Amsterdam in Österreich, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, 297, 300f.

lage.[161] Dabei ist nicht entscheidend, ob er – wie in Frankreich,[162] Österreich oder Spanien[163] – im nationalen Verfassungsrecht oder – wie in Großbritannien – im Zustimmungsgesetz[164] niedergelegt ist, ob er – wie in Deutschland – in das Zustimmungsgesetz hineininterpretiert wird, oder ob die Subsidiarität gegenüber dem Unionsrecht – wie in Italien – durch eine einzelfallbezogene Handhabung des nationalen Rechts erreicht wird.[165]

dd) Wenn das Unionsrecht auf einem nationalen Rechtsanwendungsbefehl beruht, dann gilt dies auch für die gerichtlichen Kontrollzuständigkeiten hinsichtlich des Integrationsprogramms und seiner verfassungsrechtlichen Grenzen. Nur so läßt sich die Qualifikation des EuGH als gesetzlicher Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG[166] bzw. Art. 24 SpanVerf.[167] begründen, die Verfassungswidrigkeit von unionsrechtswidrigem nationalen Recht,[168] aber eben auch die Betrauung nationaler Gerichte mit der Kontrolle der jeweiligen verfassungsrechtlichen Grundlagen der Integration.[169] Nur auf dieser Grundlage sind die Solange- und Maastricht-Rechtsprechung des BVerfG,[170]

---

[161] *Schwarze* (o. Fn. 52), 463, 497ff. für die Rechtsordnungen von Frankreich, Großbritannien, Deutschland, Spanien, Schweden und Österreich; *Schilling* (o. Fn. 111), 183ff. Teile der österreichischen Literatur nehmen im Gefolge der Kelsen/Merkl'schen Stufenbauvorstellungen insoweit allerdings eine Sonderrolle ein, *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 194, 201ff.

[162] Art. 55 FrzVerf.

[163] Art. 96 Abs. 1 SpanVerf.

[164] Macarthys v. Smith [1981] 1 All ER 111, 120 per Lord Denning, Macarthys v. Smith [1979] 3 All ER 325, 329 (Lord Denning); Garland v. British Rail Engineering Ltd. [1983] 2 AC 751 (Lord Diplock).

[165] Section 2 European Communities Act 1972; Cort. Cost. No. 170/84, Foro Italiano 1984, I – 2062, 2074ff. mit besonderer Betonung der Kollisionslösung im Einzelfall; entscheidend sei dabei, daß es sich um einen sekundärrechtlichen Rechtsakt handelt, „riconosciuto nell'ordinamento interno come ‚avente forza e valore di legge'"; zur Anwendbarkeit der Techniken s. auch R. v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame [1989] 2 All ER 692, 700 (HL).

[166] BVerfGE 73, 339, 369; 75, 223, 233f.

[167] *García de Enterica/García* (o. Fn. 36), 287, 333.

[168] **Frankreich**: CC No. 98-400 DC v. 20.5.1998; *Flauss* (o. Fn. 3), 86; **Italien**: Corte Cost. No. 384/1994 v. 10.11.1994, Foro Italiano 1994, I – 3289ff.; No. 536/1995, v. 29.12.1995, Foro Italiano, 1996, I – 783ff.; *Di Nella* Jahrbuch für Italienisches Recht 10 (1997), 135, 142ff.

[169] *MacCormick* JZ 1995, 797, 800; *Kirchhof* JZ 1998, 965, 969.

[170] BVerfGE 37, 271ff.; 73, 339ff.; 89, 155ff.; 97, 350ff.; BVerfG, NJW 2000, 3124ff.

die Granital-Rechtsprechung der italienischen Corte Costituzionale,[171] die jüngere Rechtsprechung des belgischen Schiedshofes,[172] das „Crotty"-Urteil des irischen Supreme Court[173] sowie die Maastricht- und Amsterdam-Entscheidungen des Conseil Constitutionnel,[174] des Tribunal Constitucional[175] und des Obersten Gerichtshofes von Dänemark[176] überhaupt denkbar. Ob die Kontrolle dabei präventiv erfolgt, wie beim Conseil Constitutionnel, oder repressiv, ob sie – wie in Deutschland,[177] Italien[178] oder Spanien[179] – (teilweise) beim Verfassungsgericht konzentriert oder – wie in Dänemark,[180] Frank-

---

[171] Cort.Cost., Giurispr. Cost. 1973, 2401 ff. – Frontini; Giurispr. Cost. 1984, 1099 ff. – Granital.

[172] Urt. des Schiedshofes 12/94 vom 3.2.1994, Moniteur belge vom 11.3.1994, 6142, in dem dieser das Recht in Anspruch nimmt, die Verfassungsmäßigkeit eines Zustimmungsgesetzes ebenso zu prüfen wie den Vertrag selbst; *Rothley* Europea alle tedesca, 22, 41.

[173] Supreme Court, v. 9.4.1987, [1987] ILRM 400, 402 ff. – Crotty; der Fall betraf die EEA.

[174] CC No. 92-308 DC vom 9.4.1992, EuGRZ 1993, 197 ff. – Maastricht I; No. 92-312 DC vom 2.9.1992, EuGRZ 1993, 193 ff. – Maastricht II; No. 97-394 DC vom 31.12.1997, EuGRZ 1998, 27 ff. – Amsterdam. Eine indirekte Kontrolle des sekundären Unionsrechts ist darüber hinaus über französische Implementationsgesetze möglich, CC No. 98-400 DC v. 20.5.1998; Cahiers du Conseil constitutionnel No. 4, 1998, 4.

[175] TC, Decl. 108/1992 vom 1.7.1992, EuGRZ 1993, 285 ff. – Maastricht.

[176] Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 – I 361/1997, EuGRZ 1999, 49 ff. – Maastricht.

[177] BVerfGE 37, 271, 280 ff.; 73, 339, 376 ff.; 89, 155, 174 f.; BVerfG, NJW 2000, 3124 ff.; *Götz* Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes, JZ 1993, 1081 ff.; *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 12 Rn 15, § 22 Rn 10; *ders.* (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 435; *Burgi* Verwaltungsprozeß und Europarecht, 1996, 29, 33, 40; *Kokott* Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), 206, 218 ff.; *Schröder* Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Staates im Prozeß der europäischen Integration – Bemerkungen zum Maastricht-Urteil vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 = EuGRZ 1993, 429 ff., DVBl 1994, 316, 324.

[178] Für **Italien**: Ital. Corte costituzionale, Giur.cost. 1973, 2401, 2420 – Frontini; Giur.cost. 1984, 1098, 1116 – Granital; No. 232, Giur. cost. 1989, 1001 ff.; *Di Nella* Das Verhältnis zwischen inländischem Recht und Gemeinschaftsrecht in der Rechtsprechung des Corte Costituzionale: Schon eine „Union des Rechts"?, Jahrbuch für Italienisches Recht 10 (1997), 135, 142 f.

[179] Span.TC, Entsch. 64/1991 – Zuständigkeit, wenn Grundrechte auf dem Spiele stehen.

[180] Højesteret (Oberster Gerichtshof), Urt. v. 12.8.1996, UfR; dazu *Thomas* ZaöRV 58 (1998), 879, 886 ff.; Urt. v. 6.4.1998 I 361/1997 – Carlsen/Rasmussen, dt. Übers. in: EuGRZ 1999, 49 ff.

reich,[181] Irland,[182] Österreich,[183] Schweden, Spanien[184] und wohl auch Großbritannien[185] – jedenfalls unter dem ultra vires-Aspekt allen Gerichten eröffnet ist, ist dabei nicht entscheidend. Entscheidend ist, daß eine solche Kontrolle in Anspruch genommen wird.

d) Eigene Stellungnahme

Nach einer verbreiteten Auffassung sollen beide Ansätze in sich plausibel sein, aber miteinander unvereinbar. Es handele sich um einen „gordischen Knoten", der nicht mit Recht, sondern nur durch mehr oder weniger brutale Machtausübung zu lösen sei, um einen „offenen Dissens", in dem sich jeder Interpret in bester kelsenianischer Tradition[186] in einem Akt weltanschaulichen Bekenntnisses auf eine der beiden Seiten schlagen müsse.[187]

aa) Mir erscheint dies zweifelhaft. Zwar ist die Autonomie der Unionsrechtsordnung in der Tat ein Dogma, der päpstlichen Unfehlbarkeit nicht unähnlich, an das man glauben muß, wenn man die Exkommunikation fürchtet.[188] Doch dieses Dogma steht auf tönernen Füßen. Sein entscheidendes Argument ist seine klaglose Akzeptanz durch die

---

[181] Art. 55 FrzVerf.

[182] Supreme Court, [1987], Irish Law Reports Monthly 1987, 400, 441 ff.; [1990] Irish Law Reports Monthly, 350, 351 – Grogan.

[183] *Schäffer* (o. Fn. 149), 339, 361; *Rothley* (o. Fn. 51), 22, 41 f. unter Hinweis auf das Memorandum der österreichischen Bundesregierung zum EU-Beitritt; skeptisch *Öhlinger* Das Zusammenspiel österreichischer und gemeinschaftsrechtlicher Rechtsquellen, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, 145, 149.

[184] Tribunal constitucional, Boletin de jurisprudencia Constitucional 1992, 5.

[185] *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 233: „There may also be difficulties before domestic courts in grounds of ultra vires.", unter Hinweis auf R v. LB Transport Committee ex parte FTA 1 WLR 828 (HL).

[186] *Kelsen* Souveränität, in: Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 3, 1962, 278 ff.; *ders.* Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl. 1928, 314 ff.; *Pauly* (o. Fn. 106), XIV.

[187] *Folz* (o. Fn. 118), 375; *Heintzen* Die „Herrschaft" über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs, AöR 119 (1994), 564, 565, 578 ff.: die Setzungen von BVerfG und EuGH könnten nur juristisch vorausgesetzt, nicht aber begründet werden; *Isensee* (o. Fn. 118), 1239, 1264 f.; ähnlich *MacCormick* JZ 1995, 797, 800, der als Ausweg letztlich nur eine politische Lösung anbietet.

[188] *Weiler* (o. Fn. 5), 286, 295, spricht nicht nur von „truism", sondern auch von „myth"; gegen das Zelotentum in (wissenschaftlich-)politischen Auseinandersetzungen schon *Hamilton* (o. Fn. 121), 2.

Mitgliedstaaten und ihre Gerichte über Jahrzehnte hinweg.[189] Der Blick auf das nationale Verfassungsrecht zeigt jedoch, daß davon keine Rede sein kann, und auch die Unionspraxis steht dem entgegen.[190] So ist die Fortschreibung der angeblich autonomen Verträge teilweise an den verfahrensrechtlichen Hürden des dänischen Verfassungsrechts gescheitert; sie war auch erst möglich, nachdem Deutschland, Frankreich, Irland und Spanien ihre Verfassung geändert hatten. Zudem wird die Effektivitätsthese durch die bloße Existenz des Luxemburger Kompromisses ebenso widerlegt wie durch die (vertragswidrige) Nichtteilnahme Schwedens an der 3. Stufe der WWU.

bb) Im übrigen: wenn die Gründung der EWG 1957 eine autonome Rechtsordnung ins Leben gerufen hat, wie konnte deren Verfassung dann 1987, 1993 und 1999 durch die Mitgliedstaaten grundlegend geändert werden? Wenn aber jede Vertragsänderung ein neuer Gesamtakt ist, gilt dann die Autonomie der Unionsrechtsordnung immer nur bis zur nächsten Vertragsänderung? Und was ist mit der demokratischen Legitimation des unionalen Verfassungsrechts, wenn die Brücke des Zustimmungsgesetzes mit dem Errichtungsakt hinfällig wird, wie behauptet wird?[191] Setzt demokratische Legitimation nicht Rückholbarkeit und Abänderbarkeit voraus, muß sie nicht im Hinblick auf die heute Betroffenen existieren, so daß die Billigung durch die Gründungsväter der 50er Jahre allein nicht genügen kann?[192]

Daran kann auch eine Deutung der Verträge als „contrat social" der Unionsbürger, die sich insoweit lediglich ihrer Mitgliedstaaten bedienten,[193] nichts ändern. Zwar mögen hier Parallelen zur Ratifizierung des GG[194] oder der U.S.-Verfassung[195] nahe liegen. Das Einstimmigkeitser-

---

[189] *Weiler* (o. Fn. 5), 286, 296f. mit der pragmatischen Argumentation, das Unionsrecht werde von den Gerichten wie von der Wissenschaft anders behandelt als internationales Recht und der vom EuGH vorgenommene Paradigmenwechsel, hin zu einer Verfassungsrhetorik, habe breite Zustimmung gefunden; dazu schon *Jellinek* Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, Nachdr. Keip 1996, Pauly (Hrsg.), 21: „Das fait accompli, die vollendete Tatsache, ist eine historische Erscheinung von verfassungsbildender Kraft, gegen welche alles Ankämpfen der Legitimitätstheorien ohnmächtiges Beginnen ist."; für ein Abstellen auf die Effektivitätsthese auch *Meng* (o. Fn. 82), 21; *Pauly* (o. Fn. 106), XXV.

[190] Zutreffend *MacCormick* JZ 1995, 797, 799f. „soziologischer Realismus"; *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 203.

[191] So *Everling* JZ 2000, 217, 225f.

[192] Mit stärkerem Akzent auf der Souveränität *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 29.

[193] So *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 30f.; *ders.* JZ 2000, 866, 870.

[194] Art. 144 GG; *P.M. Huber* (o. Fn. 137), Präambel Rn 17, Art. 144 Rn 3.

[195] Art. VII U.S. Const. 1787.

fordernis,[196] die ausdrückliche Anknüpfung an das nationale Verfassungsrecht und damit auch an die der Integration des jeweiligen Mitgliedstaats gezogenen Grenzen[197] sowie der fehlende Grundkonsens belegen jedoch, daß es bei den Verträgen nicht um eine unmittelbar von den Unionsbürgern abgeleitete und insoweit autonome Verfassungsordnung geht, sondern um eine „staatenvermittelte".[198]

cc) Das Primärrecht selbst erteilt der Autonomiethese eine Absage, indem es den Rückgriff auf das nationale (Verfassungs-)Recht ausdrücklich anordnet – bei den sog. Evolutivklauseln, dem System eigener Mittel,[199] der Integration der WEU,[200] der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit, bei der Harmonisierung des Strafrechts,[201] der Aufnahme neuer Mitglieder[202] und vor allem bei der Vertragsänderung.[203] Das nationale Verfassungsrecht ist hier nicht nur als Quelle materiell-rechtlicher Inspiration[204] in Bezug genommen, sondern als Geltungsgrund und Maßstab.[205]

Dagegen läßt sich weder seine „Regelungstiefe"[206] ins Feld führen noch das vom EuGH so gern bemühte katastrophische Szenarium, wonach jede Rücksichtnahme auf das nationale Verfassungsrecht die Einheit der unionalen Rechtsordnung sprengen, den Zusammenhalt der EU[207] gefährden und die Integration ad absurdum führen würde.[208] Zum einen steht dem einmal ratifizierten Integrationsprogramm nationales Verfassungsrecht i.d.R. nicht entgegen, weil es entweder hinreichend integrationsoffen oder vorher abgeändert worden ist. Ex ante

---

[196] Art. 48 EU; dazu zutreffend *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 224f.

[197] Daß Art. 23 Abs. 1 GG keine „eigen-verfassungsrechtliche" Dimension der EU zuläßt, betont *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 29; *ders.* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 23 Rn 33ff.

[198] *Grimm* Braucht Europa eine Verfassung?, C. F. v. Siemens-Stiftung, Bd. 60, 1994, 32.

[199] Art. 269 EG.

[200] Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 EU.

[201] Art. 42 Satz 2 EU.

[202] Art. 49 EU.

[203] Art. 48 EU.

[204] *Hirsch* Gemeinschaftsgrundrechte: Rechtsprechung der EuGH, Verhältnis zum Grundgesetz, EU-Charta, Europäische Gespräche 2/1999, 43.

[205] *Schwarze* (o. Fn. 52), 463, 497ff.

[206] *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 167; das Beispiel des dort gewählten Abkommens über Gemeinschaftspatente, dem Irland durch Art. 29 Abs. 4 UAbs. 3 IrlVerf. Rechnung getragen hat, paßt deshalb nicht, weil die irische Verfassung *vor* dem Beitritt geändert wurde und sich in keiner Weise als Hürde für ein bestehendes Integrationsprogramm erwiesen hatte.

[207] EuGHE 1979, 3727 – Hauer, Rn 14.

[208] *Everling* JZ 2000, 217, 226.

nicht erkannte Konflikte werden – wie die Praxis zeigt – zudem nicht zu Lasten des Integrationsprogramms gelöst, sondern durch eine Änderung des nationalen Verfassungsrechts.

dd) An den Mitgliedstaaten führt im Staatenverbund m.a.W. kein Weg vorbei. Sie sind die „Herren der Verträge".[209] Rechtlich wie politisch ruht er auf ihnen und auf ihrem fortdauernden Willen zur Mitgliedschaft.[210] Dies zu betonen bedeutet nicht – wie polemisch behauptet worden ist –, den Staat „über alles" zu setzen,[211] und es geht dabei auch nicht um „Verfassungsimperialismus".[212] Es geht nicht um Angst vor der Globalisierung, und es geht insbesondere nicht um einen deutschen Irr- und Sonderweg. Worum es geht, ist die Sicherung der Verfassungsfunktionen in der EU, die Legitimität ihrer verfassungsrechtlichen Ordnung. Das ist freilich nicht die ganze Wahrheit.

2. *Die wechselseitige Beeinflussung von unionsspezifischem und nationalem Verfassungsrecht*

a) *Die Öffnung des nationalen Verfassungsrechts für seine Europäisierung*

Alle geschriebenen[213] Verfassungen der Mitgliedstaaten kennen heute verfassungsrechtliche Öffnungsklauseln zugunsten der Integration. Auch wenn sie sich teilweise auf die EU[214] beziehen, in Schweden nur auf die EG[215] oder – wie in Griechenland,[216] Italien[217] oder Spanien[218] –

---

[209] **Deutschland:** BVerfGE 75, 223, 242; 89, 155, 190; *Bleckmann* Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rn 163 mit zutreffendem Hinweis auf die faktischen Zwänge; *Cremer* in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 1999, Art. 48 EU Rn 4ff.; *Enders* (o. Fn. 39), 29, 45: „totale Definitionsmacht des Grundgesetzes"; *Streinz* (o. Fn. 22), § 3 Rn 122; a.A. *Pernice* (o. Fn. 94), Art. 23 Rn 21; **Österreich:** *Öhlinger* (o. Fn. 24), 165, 185.

[210] Anders als etwa die Bundesrepublik Deutschland, die in ihrer Existenz gerade nicht auf die Zustimmung der Länder angewiesen ist, *P.M. Huber* (o. Fn. 137), Präambel Rn 14ff.; *ders.* in: ders. (Hrsg.), ThürStVerwR, 2000, 1. Teil Rn 31.

[211] *Weiler* The State „über alles", Demos, Telos and the German Maastricht Decision, FS für Everling, Bd. II, 1995, 1651ff.; *ders.* JöR 44 (1996), 91ff.

[212] *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 167, spricht von „Grundrechtsimperialismus".

[213] Großbritannien kennt bekanntlich keine geschriebene Verfassung, was ihm im Hinblick auf die mit der Europäisierung verbundenen Probleme mehr Flexibilität und Pragmatismus ermöglicht, *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 235ff.

[214] Art. 23 Abs. 1 GG, Art. 88-1 FrzVerf., Art. 29.3 IrlVerf.; Öst.EUBeitrittsBV-G, Art. 7 Abs. 6 PortVerf.

[215] Kap. 10 § 5 SchwedVerf.; *Bernitz* (o. Fn. 32), 389, 431.

[216] Art. 28 Abs. 2 und 3 GriechVerf; *Häberle* (o. Fn. 1), 11, 18, Fn. 13.

[217] Art. 11 ItalVerf.

[218] Art. 93 SpanVerf.

gar keine unionsspezifische Ausrichtung aufweisen, wenn sie die Übertragung von Hoheitsrechten teils quantitativ[219], teils qualitativ[220] oder auch nicht konditionieren, die Existenz dieses „nationalen Europaverfassungsrechts"[221] und, damit einhergehend, die Hinnahme einer weitreichenden Relativierung der eigenen Verfassungen, gehört zu den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätzen.

Das zeigt etwa der Blick auf das Demokratieprinzip, das – auch wenn es dem postnationalen Lebensgefühl der europäischen Elite nicht mehr entsprechen mag[222] – in allen Mitgliedstaaten nationalstaatlich konzipiert ist.[223] Aus deutscher[224] und französischer[225] Perspektive erscheint deshalb etwa das Kommunalwahlrecht für Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten[226] als eine infolge der Europäisierung hinzunehmende Beschränkung, aus britischer,[227] dänischer, deutscher, französischer[228] und

---

[219] **Dänemark:** § 20 DänVerf.; **Deutschland:** Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG („Hoheitsrechte"); **Frankreich:** Art. 88–1 FrzVerf. („einige ihrer Kompetenzen"); **Irland:** Art. 29.4.3. IrlVerf.; **Österreich:** Art. 9 Abs. 2 B-VG („einzelne Hoheitsrechte") bzw. der durch das EU-BeitrittsB-VG erfaßte Bestand; *Holzinger* Umsetzung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich, in: Magiera/Siedentopf (Hrsg.), Die Zukunft der Europäischen Union, 1997, 87, 94; *Schäffer* (o. Fn. 149), 339, 360f.

[220] Art. 49 LuxVerf.

[221] *Häberle* (o. Fn. 1), 11, 18f.

[222] Die wenig überzeugende und zu Mißverständnissen herausfordernde Bezugnahme auf *Heller* im Maastricht-Urteil (BVerfGE 89, 155, 186) bot der Polemik denn auch einen optimalen Resonanzboden; s. nur *Weiler* JöR 44 (1996), 91, 94f., 114, 123, 128 mit einer Linie vom Maastricht-Urteil über das Staatsangehörigkeitsrecht, *C. Schmitt* bis zur „Blut und Boden"-Ideologie der Nazis; *Zuleeg* (o. Fn. 100), 11, 16ff.; ferner *Bryde* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWiss 5 (1994), 305.

[223] *Grewe* Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl/Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, Ius Europaeum, Bd. 6, 1999, 59, 61; Art. 33 BelgVerf.; Art. 20 Abs. 2 GG; § 2 FinnGG; Art. 3 FrzVerf.; CC No. 92–308 v. 9.4.1992, EuGRZ 1993, 187, 189 – Maastricht I; No. 97–394 v. 31.12.1997, EuGRZ 1998, 27, 29 – Amsterdam; *Fromont* Frankreich und die Europäische Union, DÖV 1994, 481; Art. 1 Abs. 3 GriechVerf.; Art. 6 Abs. 1 IrlVerf.; Supreme Court, v. 9.4.1987, [1987] ILRM 400, 403 – Crotty; Art. 1 Satz 2 ItalVerf., Art. 32 LuxVerf.; Art. 1 Satz 2 ÖstBV-G; Art. 3 Abs. 1 PortVerf.; Kap. 1 § 1 SchwedVerf.; Art. 1 Abs. 2 SpanVerf.

[224] BVerfGE 83, 30, 59.

[225] Art. 88–3 FrzVerf.

[226] Heute Art. 19 Abs. 1 EG, RL 94/80/EG.

[227] *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 250: „But the extension of QMV (Qualified Majority Vote) is seen as running counter to Parliamentary Sovereignty ...".

[228] Seit der „Politik des leeren Stuhls" ist dies aus französischer Sicht der neuralgische Punkt der Integration schlechthin; dazu *Oppermann* (o. Fn. 3), § 1 Rn 29f.; dog-

irischer[229] Perspektive auch die Unterwerfung unter Mehrheitsentscheidungen im Rat oder die Entparlamentarisierung des nationalen Verfassungsgefüges.[230] Gleiches gilt für die weitreichenden Verschiebungen in der staatlichen Funktionenordnung.[231] Die *Factortame*-Rechtsprechung des EuGH,[232] die auch britische Gerichte dazu zwang, Parlamentsgesetze für „inapplicable"[233] zu erklären und einstweiligen Rechtsschutz gegen die Krone zu gewähren, wird von britischen Autoren als „revolutionary event in UK law" beschrieben,[234] weil damit nicht nur mit einem zentralen Satz des Common law gebrochen, sondern auch die Stellung der Gerichte gegenüber Westminster nachhaltig gestärkt wurde. Es gilt für Verschiebungen in der vertikalen Gewaltenteilung der föderal untergliederten Mitgliedstaaten infolge der berüchtigten Landes-Blindheit des Unionsrechts[235] oder für die jedenfalls in Deutschland und Schweden virulente Verpflichtung, nach nationalem Recht eigentlich unzulässige Grundrechtseingriffe zuzulassen und vorzunehmen.[236]

---

matisch aus jüngerer Zeit CC No. 92–308 v. 9.4.1992, EuGRZ 1993, 187, 192 – Maastricht I; No. 97–394 v.31.12.1997, EuGRZ 1998, 27, 30 – Amsterdam.

[229] Supreme Court, v.9.4.1987, [1987] ILRM 400, 402 – Crotty.

[230] **Österreich:** *Schäffer* (o. Fn. 149), 339, 377.

[231] **Schweden:** *Bernitz* (o. Fn. 32), 389, 434.

[232] EuGHE 1990, 2433ff. – The Queen / Secretary of State for Transport.

[233] Seit Beginn der 90er Jahre hat das House of Lords britische Gesetze wegen Unvereinbarkeit mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht für „inapplicable" erklärt, R. v. Secretary of State for Employment *ex parte* Equal Opportunities Commission [1994] 1 All England Law Reports 910; krit. *Bradley* (o. Fn. 158), 79ff.

[234] *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 241; *Cullen* (o. Fn. 151), 11 „Schock".

[235] *Blanke* Föderalismus und Integrationsgewalt, Die Bundesrepublik Deutschland, Spanien, Italien und Belgien als dezentralisierte Staaten in der EG, 1991; **Deutschland:** *H. P. Ipsen* Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, FS Hallstein, 1966, 248, 256; *Kokott* Federal States in Federal Europe: The German Länder and Problems of European Integration, (1997), 3 EPL 607, 613ff.; *Schwarze* (o. Fn. 21), 109, 154; **Italien:** zu den Informationsproblemen im italienischen Mehr-Ebenen-System s. Legge Nr. 400 v. 23.8.1988; Nr. 860 v. 9.3.1989 („La Pergola"); dazu *Capelli* (o. Fn. 117), 4f.; **Österreich:** *Schäffer* (o. Fn. 149), 339, 375; **Spanien:** *García de Enterría/García* (o. Fn. 36), 287, 303ff.; *de Albornoz* DV 1995, 225, 228.

[236] **Deutschland:** BVerfGE 37, 271, 280ff.; 73, 339, 376f.; 89, 155, 174f.; BVerfG, NJW 2000, 3124ff.; *P.M. Huber* (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 2 Rn 196ff.; *ders.* (o. Fn. 48), § 3 Rn 19; *ders.* AöR 116 (1991), 210, 235ff.; *Streinz* Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, 253f.; praktisch geworden im Schutzbereich von Art. 13 GG: EuGHE 1989, 2859ff. – Hoechst; BVerfGE 32, 54, 71; **Schweden:** Bei der Pressefreiheit und dem Zugang zu öffentlichen Informationen führt die Europäisierung hier wohl zu Abstrichen; *Bernitz* (o. Fn. 32), 389, 440f.

b) Das nationale Verfassungsrecht als Bezugs- und Rezeptionsreservoir für das Unionsrecht

Dennoch droht dem nationalen Verfassungsrecht nicht das Schicksal seines in relativer Bedeutungslosigkeit vor sich hin dümpelnden gliedstaatlichen Pendants.[237] Zum einen dient es als wichtigstes Rezeptionsreservoir für das unionale Verfassungsrecht. Dies findet seinen Ausdruck in Art. 6 Abs. 1 und 2 EU, in Art. 288 UAbs. 2 EG und wird durch die Rechtsprechung des EuGH belegt, der nicht nur das Gros der Grundrechte,[238] sondern auch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes,[239] der Rechtssicherheit oder der guten Verwaltung[240] aus den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten destilliert hat.

Zum anderen bestimmen Art. 23 Abs. 1 GG,[241] Art. 88-1 FrzVerf., Art. 29 Abs. 4 IrlVerf., Art. 11 ItalVerf., das Öst. EU-BeitrittsB-VG,[242] Kap. 10 § 15 SchwedVerf. oder Art. 93 SpanVerf. Voraussetzungen und Bedingungen der Mitgliedschaft des jeweiligen Staates in der EU. Ihre Wirkung reicht jedoch weiter. Über die Vorbildfunktion, wie sie etwa die mittlerweile in Art. 23 Abs. 1 GG kodifizierte Solange-Doktrin[243] für die Formulierung der schwedischen Integrationsklausel gehabt hat,[244] hinaus wirken sie über das sie verkoppelnde Unionsrecht mittelbar auch zugunsten/zu Lasten aller anderen Mitgliedstaaten. Deshalb wird z.B. das Fehlen einer Struktursicherungsklausel im Öst. EU-BeitrittsB-VG als hinnehmbar beurteilt, weil „Österreich – wie auch andere Mitgliedstaaten – mittelbar von den Wirkungen der expliziten Integra-

---

[237] *Graf Vitzthum/Funk/Schmid* Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 (1988), 7ff., 57ff., 92ff.

[238] Besonders anschaulich EuGHE 1979, 3727ff. – Hauer, Rn 20, wo auf Art. 14 Abs. 2 GG, Art. 42 Abs. 2 ItalVerf. und auf Art. 43.2.2 IrlVerf. verwiesen wird; in jüngerer Zeit nehmen die Bezugnahmen auf das nationale Verfassungsrecht allerdings ab, während die EMRK stärker herangezogen wird.

[239] Zu den französischen Wurzeln des Rückwirkungsverbotes s. *Braibant/Stirn* Le droit administratif francais, 4. Aufl. 1997, 218ff.

[240] EuGH, EuZW 2000, 47 – Van der Wal, Rn 29; *Haibach* Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, 456, 461f.

[241] *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 23.

[242] Jedenfalls nach Auffassung des österreichischen Gesetzgebers (1546 Blg-Nr 18.GP); *Holzinger* (o. Fn. 219), 87, 94.

[243] BVerfG, NJW 2000, 3124ff.

[244] *Bernitz* (o. Fn. 32), 389, 428, 455f.: „In this perspective, it is of considerable interest from a comparative viewpoint that the „Solange" doctrine constitutes a part of the written Swedish constitution".

tionsschranken partizipieren kann, die in der ‚Struktursicherungsklausel' des ... Europaartikels ... des ... Grundgesetzes stecken".[245] Vor diesem Hintergrund wird das nationale Verfassungsrecht zu Recht „zu den Verfassungsgrundlagen der Gemeinschaft"[246] bzw. der EU gerechnet. Daß es der EuGH den Mitgliedstaaten dennoch pauschal verwehren will, sich auf dessen interne Schwierigkeiten oder Bestimmungen zu berufen,[247] ist damit nicht zu vereinbaren.[248]

c) *Der wechselseitige Einfluß auf Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts*

Den europäischen Verfassungsverbund kennzeichnet also einerseits eine Relativierung des nationalen Verfassungsrechts. Sie beruht auf seiner Öffnung für das „Integrationsprogramm" und zwingt es letztlich auch dazu, sich den von Art. 6f. EU formulierten Homogenitätsanforderungen anzupassen. Insoweit bedeutet die Mitgliedschaft in der EU, solange sie denn andauert, in der Tat faktisch das Ende nationaler Verfassungsautonomie.[249] Wo das nationale Verfassungsrecht diese Öffnung andererseits nicht zuläßt oder das sog. Integrationsprogramm verlassen wird, setzt es sich gegenüber dem Unionsrecht durch.[250] Im Verhältnis zueinander beeinflussen und ergänzen sich unionales und nationales Verfassungsrecht damit gegenseitig,[251] besitzen sie komplementäre Maßstäblichkeit, haben sie in jedem Mitgliedstaat die Funktion

---

[245] *Schäffer* (o. Fn. 149), 339, 361.

[246] *Iglesias* Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1, 2f.

[247] EuGHE 1978, 879, 886 – Kommission / Italien; 1980, 1473, 1487 – Kommission / Belgien.

[248] *Calliess* Innerstaatliche Mitwirkungsrechte der deutschen Bundesländer nach Art. 23 GG und ihre Sicherung auf europäischer Ebene, in: Hrbek (Hrsg.), Europapolitik und Bundesstaatsprinzip, Die „Europafähigkeit" Deutschlands und seiner Länder im internationalen Vergleich, 2000, 24. Diese Linie verliert freilich an Brisanz, wenn der EuGH die verfassungsrechtlichen Probleme der Mitgliedstaaten bei der Auslegung des Unionsrechts bereits berücksichtigt; dazu im folgenden.

[249] *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 35.

[250] *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 9 Rn 12; *Pernice* (o. Fn. 94), Art. 23 Rn 29 spricht von einem „Notrecht" der Mitgliedstaaten.

[251] **Deutschland:** BVerfGE 52, 197, 200; 73, 339, 367f.; **Frankreich:** CC No. 92-308, 9.4.1992, EuGRZ 1993, 187, 190: die unionale Rechtsordnung sei eine eigene Rechtsordnung, „die, auch wenn sie in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eingebunden ist, doch nicht zum institutionellen Gefüge der französischen Republik gehört"; **Italien:** Corte Cost. No. 170/1984, Giur. Cost. 1984, 1099, 1113; No. 389/1989 v. 11.7.1989, RIdDPC 1991, 1065, 1068: „tra loro coordinati e communicati".

wechselseitiger Auffangordnungen. Dem muß auch bei der Auslegung und Anwendung des unionalen wie des nationalen Rechts Rechnung getragen werden.

aa) Aus der Perspektive des Unionsrechts sind es der Anwendungsvorrang, das Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts sowie die Grundsätze der Gemeinschaftstreue, der Effektivität und der Nichtdiskriminierung,[252] die die Europäisierung des nationalen Verfassungsrechts steuern. Sie werden ergänzt und bekräftigt durch Bestimmungen des nationalen Verfassungsrechts, die den Ausbau der EU oder das vereinte Europa zur Staatszielbestimmung oder den „acquis communautaire" in den Rang einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung erhoben haben. Dies öffnet nicht nur der Herstellung praktischer Konkordanz ein weites Feld, sondern verpflichtet die nationalen Instanzen auch auf eine konfliktmindernde Anwendung und Auslegung des nationalen Verfassungsrechts.

bb) Im Gegenzug dazu trifft die EU eine Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit und Solidarität mit den Mitgliedstaaten,[253] ein Gebot der Rücksichtnahme,[254] das seine Grundlage in der Pflicht findet, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten,[255] im Gebot der Gemeinschaftstreue[256] sowie in den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.[257] Sie verbieten es den EG-Organen, die Mitgliedstaaten in einen unlösbaren Konflikt zwischen dem Unionsrecht und ihrem nationalen Verfassungsrecht zu stürzen[258] und verpflichten sie, bei der Wahrnehmung der ihnen zugewiesenen Kompetenzen auf die verfas-

---

[252] EuGHE 1995, I – 4705, 4737 – van Schijndel und van Veen, Rn 17.

[253] *v. Bogdandy* in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, Stand 2000, Art. 5 Rn 79ff.; *Calliess* Das gemeinschaftsrechtliche Subsidiaritätsprinzip (Art. 3b EGV) als Grundsatz der größtmöglichen Berücksichtigung der Regionen, AöR 121 (1996), 509, 532ff.; *Epiney* Gemeinschaftsrecht und Föderalismus: „Landes-Blindheit" und Pflicht zur Berücksichtigung innerstaatlicher Verfassungsstrukturen, EuR 29 (1994), 301, 309ff.

[254] *Calliess* Innerstaatliche Mitwirkungsrechte der deutschen Bundesländer nach Art. 23 GG und ihre Sicherung auf europäischer Ebene, in: Hrbek (Hrsg.), Europapolitik und Bundesstaatsprinzip, Die „Europafähigkeit" Deutschlands und seiner Länder im internationalen Vergleich, 2000, 13, 21; *Hailbronner* Die deutschen Bundesländer in der EG, JZ 1990, 149, 152; *Heintzen* Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft, JZ 1991, 317, 321; *Kahl* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 10 Rn 50, 52; *Pernice* Europäische Union – Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, DVBl 1993, 909, 916.

[255] Art. 6 Abs. 3 EU; *Classen* (o. Fn. 143), Art. 23 Abs. 1 Rn 68.

[256] Art. 10 EG.

[257] Art. 2 EU, Art. 5 Abs. 2 EG.

[258] *Calliess* (o. Fn. 254), 13, 21f.

sungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen.[259]

3. *Die Kooperation zwischen den Verfassungsorganen als Charakteristikum*

Dem entspricht in funktionell-rechtlicher Hinsicht die Verpflichtung zur Kooperation. Der europäische Verfassungsverbund wird insoweit durch ein auch vertikal wirkendes System der checks and balances geprägt, in dem keine Seite in jedem Fall das letzte Wort hat.[260] „Kooperation" bedeutet – wie auch die Erfahrung lehrt – nicht Dauerkonflikt, sondern vertrauensvolles Zusammenwirken im Respekt vor der der jeweils anderen Seite zugewiesenen Aufgabe. Neben der materiell-rechtlichen Verklammerung erscheint sie als zweites grundlegendes Axiom des europäischen Verfassungsverbundes.[261]

a) Das Kooperationsverhältnis im Bereich der Legislative

aa) Das ist für die unionale Rechtsetzung offenkundig, die in einem Kooperationsverhältnis von Kommission, Rat, Europäischem und nationalen Parlamenten stattfindet. Während der Schwerpunkt im primärrechtlichen Bereich bei den nationalen Parlamenten liegt,[262] ist der Erlaß des Sekundärrechts vor allem Aufgabe der EG-Organe. Die nationalen Parlamente besitzen hier aber einen über den Rat vermittelten Einfluß,[263] der insbesondere dort effektiv werden kann, wo Einstimmig-

---

[259] Rapport français à la Conférence des Cours ayant compétence constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel No. 4, 1998, 62 hinsichtlich einer „méthode de lecture du droit communautaire à la lumière de la Constitution"; *Calliess* (o. Fn. 254), 13, 23; *ders.* AöR 121 (1996), 509ff.; *Kahl* Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag, AöR 118 (1993), 414, 429; *MacCormick* JZ 1995, 797, 800.

[260] *Heintzen* AöR 119 (1994), 564, 583ff.; *Kirchhof* JZ 1998, 965, 969; *MacCormick* JZ 1995, 797, 800.

[261] EuGHE 1994, I – 5267, 5420 – WTO Gutachten 1/94, Rn 108f. – zu Abschluß und Durchführung völkerrechtlicher Verträge; krit. dazu *Classen* (o. Fn. 143), Art. 23 Abs. 1 Rn 79ff.; *Zuck* Das Gerede vom gerichtlichen Kooperationsverhältnis, NJW 1994, 978f., der in der Tendenz freilich vor allem moniert, daß sich das BVerfG mit dem Rückgriff auf diese Figur seinem Rechtsprechungsauftrag entzieht und der Rechtssicherheit schadet.

[262] Art. 48 UAbs. 3 EU, Art. 22 UAbs. 2, Art. 190 Abs. 4 UAbs. 2, Art. 269 UAbs. 2 EG.

[263] Freilich haben die Parlamente versucht, ihre jeweilige Regierung enger „an die Leine zu nehmen"; **Deutschland:** Art. 23 Abs. 2 bis 7, 45, 52 Abs. 3a GG, ZusBTG, ZusBRG; **Frankreich:** Art. 88–4 FrzVerf.; **Großbritannien:** für das House of Commons

keit gilt.[264] Frankreich und Großbritannien[265] nehmen darüber hinaus im Bereich der ersten Säule, Dänemark, Deutschland und Österreich auch im Anwendungsbereich der zweiten und dritten eine Stimmabgabe ad referendum (parliamentary scrutiny reserve) in Anspruch, machen ihre Stimmabgabe also von der Befassung bzw. Zustimmung ihrer Parlamente abhängig.[266] Dies ist auch unionsrechtlich legitimiert, sieht das Protokoll über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der EU doch vor, daß zwischen einem Kommissionsvorschlag und der Beschlußfassung im Rat grundsätzlich sechs Wochen liegen müssen, um den nationalen Parlamenten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.[267]

bb) Zu deren Kooperationsaufgaben[268] gehört ferner die Umsetzung von Richtlinien[269] und die Operationalisierung von EG-Verordnungen.[270] Typischerweise mit eher geringen Gestaltungsspielräumen verbunden,[271] machen sie zahlenmäßig wohl bereits den Schwerpunkt nationaler Legislativtätigkeit aus.[272]

---

das „Select Comittee on European Legislation" sowie unterschiedliche „departmentally related select comittees"; für das House of Lords das „Select Comittee on European Communities", dazu *Bogdanor* (o. Fn. 108), 9ff.: „There is widespread agreement that the scrutiny procedures adopted by the Lords are amongst the most effective in the Community"; **Österreich:** Art. 23e Abs. 1 B-VG.

[264] In diesem Sinne BVerfGE 89, 155, 184; 92, 203, 237.

[265] *Bogdanor* (o. Fn. 108), 14.

[266] *Bernitz* (o. Fn. 32), 389, 438; *Schweitzer* in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, Stand 2000, Art. 205 Rn 24; *Wichard* (o. Fn. 80), Art. 205 Rn 10.

[267] Ziff. I.3.

[268] Bzw. der Landtage.

[269] Art. 249 UAbs. 3 EG.

[270] So wurde etwa die VO/EWG Nr. 1836/93 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Betriebsprüfung (ABl.EG Nr. L 168/1) in Deutschland durch das UAG und die UAGBV operationalisierbar gemacht, indem diese die zuständigen Behörden, das Verfahren etc. festlegen mußten.

[271] S. aber Protokoll zum EGV Nr. 21 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Ziff. 6, 7; optimistischer *Classen* (o. Fn. 143), Art. 23 Rn 36.

[272] So die Prognose von *Delors* Bull.EG 7/8-1988, 124; bekräftigend *Meessen* EuR 34 (1999), 701, 705; für Frankreich ordnet eine Studie des Conseil d'Etat von 2981 im Jahre 1991 in Kraft getretenen Legislativakten 1564 dem Implementationsbereich zu, d.h. 53%; Conseil d'Etat, Rapport Public 1992, Etudes et documents, Nr. 44; für die Niederlande kommt eine Studie hingegen nur auf 30%, *Mancini* KritV 81 (1998), 386, 401.

b) Das Kooperationsverhältnis im Bereich des Vollzuges

Auch der Vollzug des Unionsrechts erfordert typischerweise eine Kooperation von EG-Organen und nationalen Behörden. Das gilt vom Komitologie-Bereich[273] bis zum indirekten und mittelbaren Vollzug des Unionsrechts. Die EU folgt dabei einem exekutiv-föderalistischen Modell,[274] das seinen normativen Anknüpfungspunkt in dem – durch Effektivitätsge-[275] und Diskriminierungsverbot[276] beschränkten – Grundsatz der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten findet,[277] durch den von der Kommission forcierten Ausbau von Agenturen und anderen Formen mittelbarer Gemeinschaftsverwaltung[278] allerdings zunehmend unter Druck gerät.

Zur Kooperation verpflichtet ist aber auch die Kommission – bei transnationalen Verwaltungsakten im Gentechnik-[279] und Abfallverbringungsrecht[280] etwa, bei der Genehmigung staatlicher Beihilfen nach Art. 88 EG[281] oder sog. Schutzverstärkungsklauseln nach dem neuen Art. 95 Abs. 3–6 EG.

---

[273] *Di Fabio* (o. Fn. 21), 141; *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 24 Rn 2ff.; *ders.* Grundlagen und Organe, in: Rengeling (Hrsg.), EUDUR, Bd. I, 1998, § 19 Rn 94ff.; *Streinz* (o. Fn. 22), Rn 455ff.

[274] *Pernice* JZ 2000, 866, 871. Daß die nationalen Behörden hier dazu verpflichtet sind, dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts Rechnung zu tragen (EuGHE 1989, 1839, 1869ff. – Costanzo / Mailand; **Italien**: Corte Cost. No. 389/1989 v. 11.7.1989, RIdDPC 1991, 1065, 1068f.: „... si deve concludere ..., che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi [e agli atti aventi forza o valore di legge) ... come gli organi amministrativi ...".]) macht sie jedoch nicht zu Behörden der EU (So aber *Pernice* [o. Fn. 3], 25, 37.).

[275] EuGHE 1990, I – 3437, 3458 – BUG Alutechnik, Rn 19; EuGH, NVwZ 1993, 973; EuGHE 1998, I – 4951, 4986ff. – Edis, Rn 19, 34; 1998, I – 4997, 5019 – Spac, Rn 18; 1998, I – 6307, 6334 – IN.CO.GE'90 Srl. Rn 25.

[276] EuGHE 1988, 3513ff. – Deville; EuGH, EuZW 1999, 313, 316 – Dilexport, Rn 38.

[277] EuGHE 1995, I – 4705, 4738 – van Schijndel und van Veen, Rn 21f., auf den Beibringungsgrundsatz im Zivilprozeß bezogen; der Gedanke läßt sich jedoch auf die Rolle der Exekutive übertragen; *Oppermann* (o. Fn. 3), § 4 Rn 641ff.; *v. Danwitz* Verwaltungsrechtssystem und europäische Integration, 1996; *Pühs* Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, 1997, 96f.

[278] Dazu *Brenner* Besondere Einrichtungen, in: Rengeling (Hrsg.), EUDUR, 1998, Bd. I, § 20; *P.M. Huber* ebd, § 19 Rn 82ff.; FAZ vom 28.9.2000, Nr. 226, 18 „Europäische Behörde soll Flugsicherheit erhöhen".

[279] Art. 12, 13 RL 90/220/EWG, ABl. Nr. L 117 vom 8.5.1990, 15, zuletzt geändert durch RL 97/35/EG der Kommission, ABl. Nr. L 169/72. § 16 Abs. 3 GenTG.

[280] *Schröder* Der Vollzug der Europäischen Abfallverbringungsverordnung als Rechtsproblem, in: Kelley/Sänner/Willemsen (Hrsg.), FS für Ritter, 1997, 957ff.

[281] Art. 2ff. VO/EG Nr. 659/1999, ABl.EG Nr. L 83/1.

c) Das Kooperationsverhältnis im Bereich der Judikative

aa) Zwischen den Gerichten sorgt einerseits die Kooperation über das Vorabentscheidungsverfahren[282] dafür, daß der EuGH seinen Rechtsprechungsauftrag[283] erfüllen kann.[284] Der richterliche Dialog mit ihm ist Aufgabe aller Gerichte, auch der Verfassungsgerichte.[285]

bb) Soweit nationale Gerichte andererseits eine Kontrolle über die jeweiligen verfassungsrechtlichen Grenzen der Integration in Anspruch nehmen,[286] sind sie dazu verpflichtet, einen Konflikt mit dem EuGH nach Möglichkeit zu vermeiden. Sie müssen ihm im Rahmen des Art. 234 EG daher nicht nur stets Gelegenheit geben, eine mit dem nationalen Verfassungsrecht kompatible Auslegung des Unionsrechts vorzunehmen, sondern sich bei ihrer „nachgeklappten" Kontrolle auch auf einen Willkür- bzw. Offenkundigkeitsmaßstab beschränken. Das sieht die SchwedVerf.[287] ausdrücklich so vor, das hat der Oberste Gerichtshof Dänemarks so entschieden,[288] und das entspricht wohl auch der in Deutschland herrschenden Lesart des „Integrationsprogramms".[289] Die grundsätzlich denkbare Unanwendbarkeitserklärung unionsrechtlicher Rechtsakte in einem Mitgliedstaat[290] bedeutet letztlich ein Scheitern der

---

[282] Art. 234 EG; EuGHE 1990, I - 4003, 4017, Gmurzynska-Bscher, Rn 18.

[283] Art. 220 EG.

[284] Das gilt auch, soweit die nationalen Gerichte - was bislang noch eher selten ist - bei der Auslegung des nationalen Verfassungsrechts auf das Unionsrecht zurückgreifen. S. aber Span.TC, Entsch. 130/1995; 13/1998, besprochen bei *García de Enterría/García* (o. Fn. 36), 287, 331f.

[285] PortVerfG, Acórdao No. 184/89, Diario da República-I série 1989, 1044; acórdao No. 163/90, Diario da República-II serie, 1991, 10430; *Arnold* Die europäischen Verfassungsgerichte und ihre Integrationskonzepte in vergleichender Sicht, in: FS für Koja, 1998, 3, 5; *Miranda* La Constitution Portugaise et le traité de Maastricht, Revue française de Droit constitutionnel, 1992, 679ff.; Daß sich das deutsche und das spanische Verfassungsgericht dennoch weigern, Vorabentscheidungen des EuGH einzuholen, wird zu Recht kritisiert. *García de Enterría/García* (o. Fn. 36), 287, 332.

[286] Für **Deutschland** s. BVerfGE 89, 155, 175; BVerfG, NJW 2000, 3124ff.,; *Götz* JZ 1993, 1081ff.; *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 12 Rn 15, § 22 Rn 10; *ders.* (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 435; *Burgi* (o. Fn. 177), 29, 33, 40; *Kokott* AöR 121 (1996), 206, 218ff.; *Schröder* DVBl 1994, 316, 324.

[287] Kap. 11 § 14 SchwedVerf. „offenbar".

[288] Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 - I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 52 Rn 9.6.

[289] *Everling* JZ 2000, 217, 226: „dauerhafte und nachhaltige Überschreitung"; *P.M. Huber* (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 434f.; *Frowein* Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806, 807.

[290] **Deutschland:** BVerfGE 89, 155, 188, 195, 210; *P.M. Huber* (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 435; **Dänemark:** Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 - I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 52 Rn 9.6.

Kooperation und kann daher nur ultima ratio sein.[291] Vor diesem Hintergrund haben BVerfG,[292] Conseil Constitutionnel,[293] House of Lords,[294] Corte Costituzionale[295] sowie der dänische Oberste Gerichtshof[296] den konkreten Konflikt mit dem EuGH bislang noch immer vermieden.

Daß auch der EuGH seiner Kooperationsverantwortung jedenfalls der Sache nach gerecht zu werden versucht,[297] zeigen seine Entscheidungen zum irischen Abtreibungsverbot, in dem er den Konflikt mit dem irischen Verfassungsrecht umging,[298] der Fall *Port II*, in dem er durch eine fast lehrbuchhafte Schilderung des einstweiligen Rechtsschutzes auf Unionsebene im Raume stehenden Zweifeln an der Gewährleistung des vom GG gebotenen Rechtsschutzminimums zu begegnen suchte,[299] sein *EMRK-Gutachten*, in dem die restriktiven Vorgaben des deutschen Maastricht-Urteils zur Auslegung von Art. 308 EG praktisch übernommen werden,[300] ja selbst der Fall *Tanja Kreil*. Diesen erfaßt man nämlich nur dann zutreffend, wenn man berücksichtigt, daß der Generalanwalt *La Pergola* in seinem Schlußantrag vom 26. 10. 1999 einen Einbruch in die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Identität des Grundgesetzes verneint und dem EuGH damit den Weg für eine Anwendung der RiL 76/207/EWG auch im Bereich der Bundeswehr eröffnet hat.[301]

---

[291] Die **rechtliche** Dimension des Kooperationsverhältnisses betont zu Recht *Heintzen* AöR 119 (1994), 564, 588.

[292] Zuletzt BVerfG, NJW 2000, 3124ff. – Bananenmarktordnung.

[293] *Flauss* (o. Fn. 3), 25, 61 unter Hinweis auf CC No. 80–126 v. 30. 12. 1980, 67.

[294] R. v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame [1991] AC 603; [1991] 3 All ER 769.

[295] *Chiti* Der Staat 33 (1994), 1, 4, spricht davon, daß die Corte Costituzionale den radikaleren Entwicklungen des EuGH nach und nach folge, hinsichtlich einiger Eckpfeiler allerdings Widerstand leiste.

[296] Dazu *Thomas* ZaöRV 58 (1998), 879, 894ff.

[297] Zur Abhängigkeit des EuGH von nationaler Kritik *Everling* JZ 2000, 217, 224.

[298] EuGHE 1991, I – 4685ff. – Stephen Grogan; Irish Supreme Court, 1989 No. 346 SPUC v. Grogan, [1990] ILRM 350, 351f.

[299] EuGHE 1996, I – 6065, 6099ff. – T. Port / BLE, Rn 34ff.; BVerfG, JZ 1995, 352f.

[300] EuGHE 1996, I – 1759, 1788 – EMRK-Gutachten, Rn 30; BVerfGE 89, 155, 210; Dän. Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 – I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 51 Ziff. 9.4.; dazu schon *P.M. Huber* (o. Fn. 151), 31.

[301] EuGH, Edition Provisoire du 25/10/1999, 1, 7f. Rn 5, Fn. 7 unter Hinweis auf Maunz/Dürig; gleichwohl kritisch *Scholz* DÖV 2000, 417, 420.

V. Konsequenzen für die Verfassungsentwicklung der EU

Seit sich der Europäische Rat von Köln dazu entschlossen hat, die laufende Regierungskonferenz nicht nur auf die sog. Left overs von Amsterdam[302] zu beschränken, sondern auch eine Europäische Grundrechtscharta[303] erarbeiten zu lassen, haben die alten Forderungen nach einem pathosträchtigen Akt unionaler Verfassungsgebung[304] kräftigen Rückenwind erhalten. Und in der Tat muß die EU in Zukunft stärker als bisher auf den Einzelnen ausgerichtet sein,[305] und dies nicht nur eklektizistisch dort, wo er sich in der Rolle des Klägers, Beschwerdeführers etc. als Implementationsinstrument gegenüber den Mitgliedstaaten eignet,[306] sondern auch dort, wo sich seine Partizipation (kurzfristig) als Hindernis für die Verwirklichung europapolitischer Blütenträume

---

[302] 4. 6. 1999; Schlußfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat von Köln.

[303] *Däubler-Gmelin* Eine europäische Charta der Grundrechte – Beitrag zur gemeinsamen Identität, EuZW 2000, 1; *Pernice* Eine Grundrechts-Charta für die Europäische Union, DVBl 2000, 847ff.; *Weber* NJW 2000, 537ff.; zum Zusammenhang zwischen Grundrechtscharta und Verfassungsgebung *Di Fabio* Eine europäische Charta, JZ 2000, 737ff.

[304] Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. 2. 1994 über „das Projekt einer Europäischen Verfassung" (ABl. EG 1994 Nr. C 61, 155); Gemeinsame Erklärung von Parlament, Rat und Kommission vom 5. 4. 1977 (ABl. EWG 1977 Nr. C 103/77, 1); Erklärung des Europäischen Parlaments über die Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12. 4. 1989 (ABl. EWG 1989 Nr. C 120, 26); *Commichau* Nationales Verfassungsrecht und europäische Gemeinschaftsverfassung, 1995, 129ff.; *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 24f. m.w.N. Fn. 13.

[305] Zur Rolle des Einzelnen in der unionalen Rechtsordnung: EuGHE 1991, I – 6079, 6102 – EWR-Gutachten, Rn 21; *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 172, bezweifelt zwar die Existenz eines Art. 1 Abs. 1 GG vergleichbaren „normativen Fluchtpunktes" der EU; angesichts der (partiellen) Anerkennung der Menschenwürde in Art. 3 und 4 Abs. 1 EMRK, der Erklärung des EP (Art. 2 Abs. 2, 13 Abs. 2), in Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 36 Abs. 1, 41 Abs. 2 ItalVerf., Art. 13 Abs. 1, 25 Abs. 2, 26 Abs. 2, 59 Abs. 1 PortVerf., in Art. 15, 47 Abs. 1 SpanVerf. und in der Rechtsprechung des EuGH (1974, 773, 778 – Casagrande, Rn 3; weitere Nachweise bei *Rengeling* Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1992, 133f.) sowie angesichts der vielfältigen Bekenntnisse von EU und EG zu Demokratie, Grundrechten und Bürgernähe (Präambel 3., 11., 12. Erwägung, Art. 1 UAbs. 2, Art. 2 3.Sp., Art. 6 EU, Art. 17ff., 220 EG) ist dies allerdings schon de lege lata zweifelhaft; nach dem Erlaß der Grundrechtscharta dürfte dies evident sein; *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 26, 35; s. ferner *Weiler* The European Union belongs to its citizens: three immodest proposals, E.L.Rev. 22 (1997), 150: „... there has been a distinct disempowerment of the individual European citizen ...".

[306] *Kadelbach* KritV 82 (1999), 378, 390f.; *Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.

erweisen mag.[307] Auch eine neue Unionsverfassung aber kann nur aus einer organischen Fortschreibung der aktuellen hervorgehen. Sollen nämlich Brüche vermieden werden, die das Erreichte in Frage stellen könnten,[308] muß sie den Stand der Integration widerspiegeln.[309]

1. Verfassungsvertrag statt Verfassung

Auch wenn der Verfassungsbegriff nicht zwingend mit der Existenz des Staates verknüpft ist, sollte er, weil ihm angesichts dieser Traditionslinie in mehreren Mitgliedstaaten erhebliche Vorbehalte entgegenschlagen,[310] vermieden und der des Verfassungsvertrages gewählt werden.[311] Dem Verfassungsverbund ist er ohnehin angemessener, bringt er dessen Radizierung in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten und ihre Herrschaft über die Verträge doch auch begrifflich auf den Punkt.[312] Die geänderte Zitierweise von EU und EG erscheint vor diesem Hinter-

---

[307] Die unbestreitbaren materiellen Vorteile der Integration für den Verbraucher, Investor, Berufstätigen etc. machen aus der EU noch keine Union der Bürger, so etwa *Kluth* (o. Fn. 74), 73, 90. Nicht ganz zu Unrecht spricht *Weiler* E.L.Rev. 22 (1997), 150, 152 mit Blick auf diese durchaus verbreitete Argumentation von „benign paternalism".

[308] *Meessen* EuR 34 (1999), 701, 702, betont zu Recht, daß, wo es einer politischen Herrschaftsordnung an Legitimität mangelt, entweder das Bewußtsein durch gezielte Integrationspolitik geändert und der (rechtlichen) Realität angepaßt werden müsse, oder die Realität dem Bewußtsein. Ersteres dürfte ein Vabanque-Spiel sein; zum Problem der Kompetenzverteilung in föderativen Strukturen *Pernice* AöR 120 (1995), 100, 114 – zur EU; allgemein *Roellecke* Normakzeptanz und Rechtsbewußtsein, JZ 1997, 577, 583 mit dem Beispiel der Aufhebung des Feudalsystems durch die französische Nationalversammlung in der Nacht vom 4./5.8.1789 und seinen Folgen; *Smend* Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders. Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, 165: Zuständigkeitserweiterungen zugunsten des Bundes wirkten „... nicht notwendig auch praktisch unitarisierend, d.h. integrierend, weil die rechtliche Möglichkeit einer staatlichen Betätigung noch nicht die Wirklichkeit eines integrierenden Verbandswillens in dieser Richtung bedeutet", ähnlich 217f. – zum Bundesstaat.

[309] Zu diesem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit *Schuppert* StWiss 5 (1994), 35, 37.

[310] Dazu *Schwarze* (o. Fn. 52), 463, 556ff., wo Vorbehalte insbesondere in Deutschland, Frankreich, Spanien und Schweden gegen die Entwicklung einer europäischen Verfassung ausgemacht werden, während den Briten eine insgesamt pragmatische Haltung attestiert wird; FAZ vom 30.6.2000, Nr. 149, 6, „Europa das Spektakel eines Verfassungsstreits ersparen. Der französische Außenminister warnt vor zu großer Eile".

[311] Der Begriff stammt von *C. Schmitt* Verfassungslehre, 1928, 61ff.; *Hilf* Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 7, 19f.; für dessen Anwendung auf die EU *Pernice* AöR 120 (1995), 100, 111; *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 32ff.; *Weber* Zur zukünftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1993, 325, 329f.

[312] *Grimm* Vertrag oder Verfassung, StWiss 6 (1995), 509, 527f.

grund eher mißlungen,[313] auch wenn sie der Neigung des EuGH zur „Konstitutionalisierung" der EU entgegenkommen mag.

2. *Zur Zweiteilung der Verträge*

Auch eine Teilung der Verträge in einen grundlegenden, weiter dem Ratifikationsvorbehalt von Art. 48 EU unterliegenden, und einen „operativen", von Rat und Europäischem Parlament mehrheitlich abänderbaren Teil, wie sie von den sog. Drei Weisen[314] vorgeschlagen worden ist, geht an der Struktur des Verfassungsverbundes vorbei. Sie würde die Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten auch rechtlich ein Stück weit beseitigen und die Kompetenz-Kompetenz in die Hände der EG-Organe legen. Damit würde jedoch die Ebene des Staatenverbundes verlassen, was in den meisten Mitgliedstaaten eine Gesamtrevision der Verfassung bzw. eine Verfassungsneuschöpfung voraussetzte.[315]

---

[313] Formal wurde sie mit der Umnumerierung der Vertragsbestimmungen durch Amsterdam begründet, Bull. der Tätigkeiten des EuGH und des EuG, Woche vom 6. bis 10. 9. 1999, Nr. 21/99.

[314] Bericht vom 18. 10. 1999 von *v. Weizsäcker, Dehaene, Lord Simon*, Die institutionellen Auswirkungen der Erweiterung, Ziff. 3.2, unter http://europa.eu.int/igc2000/repoct99_de.pdf.

[315] **Dänemark:** Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6. 4. 1998 – I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 52 Ziff. 9. 2.: „... § 20 Abs. 1 schließt es aus, daß der internationalen Organisation überlassen wird, den Umfang ihrer Befugnisse zu bestimmen" sowie Ziff. 9. 8.; **Deutschland:** BVerfGE 89, 155, 194; *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 3 Rn 31 f.; *ders.* (o. Fn. 151), 29 ff.; ob Art. 146 GG Grundlage einer Gesamt- oder Totalrevision des GG sein könnte, ist bekanntlich umstritten: BVerfGE 89, 155, 180; *Fink* Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, DÖV 1998, 133, 140 f.; bejahend *Enders* (o. Fn. 39), 29, 45 f.; *Herdegen* Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union, EuGRZ 1992, 589, 594; *P.M. Huber* AöR 116 (1991), 210, 250; *ders.* (o. Fn. 137), Art. 146 Rn 12 ff.; 18 ff.; *Kirn* in: v. Münch/Kunig, III, 3. Aufl. 1996, Art. 146 Rn 7 ff.; **Frankreich:** Für Frankreich gilt dies, wenn man in Art. 89 Abs. 5 Frz Verf. auch das nationalstaatliche Demokratieprinzip verankert sieht, CC No. 92-312 DC vom 2. 9. 1992 – Maastricht II, EuGRZ 1993, 193, 194 – offen gelassen; *Flauss* (o. Fn. 3), 25, 90: „Dès lors même avec beaucoup d'imagination, il n'est guère possible de concevoir que le contrôle éventuel du respect de l'article 89 (5) autorise indirectement un contrôle des révisions constitutionnelles réduisant progressivement et substantiellement les conditions essentiels d'exercise de la souveraineté nationale"; dazu, daß Art. 88-1 FrzVerf. keinen Beitritt zu einem Bundesstaat trägt *Flauss* (o. Fn. 3), 25, 103; *Renoux/de Villiers* Code constitutionnel, 1995, 614; **Großbritannien:** eine Kompetenz-Kompetenz für die EU liefe hier auf eine Durchbrechung der Parlamentssouveränität von Westminster hinaus. Parlamentssouveränität (Sovereignty of Parliament) bedeutet, daß das jeweils spätere Gesetz des durch freie Wahlen legitimierten Parlaments die höchste Norm ist; Pickin vs. British Railways Board [1974] AC 765, 789; Madzim-

3. *Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten*

Das nationale Verfassungsrecht setzt der Summe der auf die EU übertragbaren Kompetenzen Grenzen. In einigen Verfassungen ist dies schon im Text der jeweiligen Öffnungsklausel festgelegt,[316] in anderen folgt Vergleichbares aus dem nationalstaatlich begriffenen Demokratieprinzip.[317] Das verpflichtet nicht nur dazu, das in der Tat notleidende Prinzip der begrenzten Einzelkompetenz[318] beizubehalten und – de constitutione lata et ferenda – zu schärfen, sondern auch dazu, bei einer Vergemeinschaftung weiterer Politikbereiche eng begrenzende Formulierungen zu wählen,[319] ggf. auch bestimmte Politikbereiche zu renationalisieren. Dabei kann das – auch aus den Quellen des nationalen Verfassungsrechts gespeiste – Subsidiaritätsprinzip ebenso hilfreich sein wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Gebot des Art. 6 Abs. 3 EU.[320]

4. *Institutionelles Gleichgewicht, Mehrheitsentscheidungen und Stimmgewichtung*

Das nationale Verfassungsrecht setzt – was gerne übersehen wird – der Zuerkennung einer „positiven demokratischen Kompetenz" an das

---

bamuto v. Lardner-Burke [1969], 1 AC 645, 723; *Dicey* The law of the Constitution, 1885, 10th ed. 1959, 40; *Bradley* (o. Fn. 158), 79, 85ff.; **Österreich:** Art. 44 Abs. 3 B-VG.

[316] **Frankreich:** Art. 88-1 FrzVerf. „einige Kompetenzen"; **Österreich:** Art. 9 Abs. 2 ÖstB-VG „einzelne Hoheitsrechte des Bundes".

[317] **Dänemark:** § 20 Abs. 1 DänVerf.; Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 – I 361/1997, ZaöRV 58 (1998), 901, 906, Ziff. 9.9.; **Deutschland:** Art. 20 Abs. 1 und 2, 23 Abs. 1 Satz 2 und 3, 79 Abs. 3 GG; BVerfGE 89, 155, 186: „Ein Übergewicht von Aufgaben und Befugnissen in der Verantwortung des europäischen Staatenverbundes würde die Demokratie auf staatlicher Ebene nachhaltig schwächen, so daß die mitgliedstaatlichen Parlamente die Legitimation der von der Union wahrgenommenen Hoheitsgewalt nicht mehr ausreichend vermitteln könnten."; *P.M. Huber* Die parlamentarische Demokratie unter den Bedingungen der europäischen Integration, in: Huber/Mößle/Stock, Zur Lage der parlamentarischen Demokratie, 1995, 105, 127; *ders.* (o. Fn. 151), 34ff.

[318] *Weiler* E.L.Rev. 22 (1997), 150, 155, hält dies eher für ein Wahrnehmungsproblem.

[319] *Schwarze* (o. Fn. 52), 463, 563; *ders.* Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, JZ 1998, 1077, 1085ff.

[320] Entlastung mögen auch ein „Subsidiaritätsausschuß" bringen, wie ihn *Pernice* JZ 2000, 866, 876 in Anlehnung an das Vorbild des belgischen Schiedshofes (Art. 141, 143 BelgVerf.) vorgeschlagen hat, oder ein Verfassungsrat, wie er von *Weiler* E.L.Rev. 22 (1997), 150, 155, favorisiert wird. Beide Vorschläge haben freilich den Nachteil, das ohnehin schon intransparente Rechtsetzungsverfahren auf Unionsebene weiter zu verkomplizieren.

Europäische Parlament,[321] einer Abschaffung nationaler Vetopositionen im Rat[322] sowie der Parlamentarisierung des europäischen Regierungssystems[323] Grenzen. Denn dabei geht es nicht – wie behauptet wird – um die „Konstituierung und Konsolidierung" einer zu den Nationalstaaten komplementären Hoheitsgewalt,[324] sondern um eine kaum kaschierte Etablierung eines bundesstaatlichen Modells.[325] Dem stehen derzeit die nationalen Verfassungsgrundlagen der EU entgegen, aus deutscher Sicht Art. 20 GG, der Schritte in diese Richtung zudem an Bedingungen knüpft, die sich nicht beliebig dekretieren lassen[326] – eine stärkere Berücksichtigung der Bevölkerungszahl im Europäischen Parlament wie im Rat, eine europäische Öffentlichkeit[327] sowie eine politische Identität, die es der EU gestattete, die damit verbundenen Majorisierungsprobleme zu bewältigen.

---

[321] *Badura* „Die Kunst der föderalen Form" – Der Bundesstaat in Europa und die europäische Föderation, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens, FS Lerche, 1993, 369, 379; *P.M. Huber* Die Rolle des Demokratieprinzips im europäischen Integrationsprozeß, StWiss 3 (1992), 349, 361; *ders.* (o. Fn. 151), 32f.; *ders.* (o. Fn. 317), 105, 127; *Schuppert* StWiss 5 (1994), 35, 48f.

[322] BVerfGE 89, 155, 184: „Allerdings findet das Mehrheitsprinzip gemäß dem aus der Gemeinschaftstreue folgenden Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme eine Grenze in den Verfassungsprinzipien und elementaren Interessen der Mitgliedstaaten."; *P.M. Huber* (o. Fn. 89), 27, 53; zur politischen Dimension *Cullen* (o. Fn. 151), 14f. spricht von einer scharfen Rivalität zwischen Westminster und dem Europäischen Parlament; *Curtin* CMLR 30 (1993), 17, 68: die nationalen Parlamente seien "far from enamoured with the idea of solving the 'democratic deficit' by simply enhancing the powers of the European Parliament". Daß sich ausgerechnet die deutsche Bundesregierung für Mehrheitsentscheidungen im Rat so stark macht, ist nicht ohne Pikanterie. Denn inoffiziell ist klar, daß Deutschland der Mitgliedstaat ist, der bei Mehrheitsentscheidungen mit Abstand am häufigsten überstimmt wird, *Seidel* EuZW 2000, 65. Daß der damit verbundene Zwang zum Konsens zwischen den Mitgliedstaaten zu sub-optimalen Politikergebnissen (Stichwort: Butterberg) führt, hat *Schuppert* StWiss 5 (1994), 35, 41 zu Recht betont, ist jedoch der Preis für die Achtung der nationalen Identität. Die EU dürfte sich insoweit auch nur graduell von anderen Mehr-Ebenen-Systemen unterscheiden, ist doch auch der deutsche Föderalismus häufig mit sub-optimalen Politikergebnissen erkauft, wie schon ein flüchtiger Blick auf den Bund-Länder-Finanzausgleich deutlich macht, BVerfGE 101, 158ff.

[323] Mit unterschiedlichen Nuancen *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 40ff.

[324] *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 26.

[325] *Weber* NJW 2000, 537, 539 bezeichnet das Europäische Parlament als „unitarische Klammer", den EuGH als „Verfassungsgericht".

[326] BVerfGE 89, 155, 213; *P.M. Huber* (o. Fn. 317), 105, 131f.; *Weiler* The transformation of Europe, 100 Yale Law Journal (1991), 2403 mit Akzent auf der „social legitimacy" der EG.

[327] *Häberle* Gibt es eine europäische Öffentlichkeit, ThürVBl 1998, 121, 126.

In fast allen Mitgliedstaaten – selbst in Frankreich[328] – wird die mit der Europäisierung einhergehende Entmachtung der nationalen Parlamente als zentrales Problem der Integration begriffen. In der damit verbundenen unzureichenden demokratischen Kontrolle des Rates liegt denn auch das eigentliche Demokratiedefizit der EU.[329] Weder die Einführung innerstaatlicher Mitwirkungsrechte[330] noch das entsprechende Protokoll zum Amsterdamer Vertrag[331] haben hieran Entscheidendes geändert. De constitutione ferenda muß es deshalb darum gehen, die nationalen Parlamente in die sekundärrechtliche Rechtsetzung auf Unionsebene einzubeziehen. Das entspricht einer schon im Vedel-Bericht angelegten Forderung,[332] die sich nicht nur zahlreiche nationale Parlamente,[333] sondern auch das Europäische Parlament[334] zu eigen gemacht haben, und die in dem genannten Protokoll sogar einen primärrechtlichen Anknüpfungspunkt findet. Um das nationale Legitimationsreservoir für die EU fruchtbar zu machen, bedarf es allerdings der Einbeziehung der nationalen Parlamente als solcher, die etwa zusam-

---

[328] *Flauss* (o. Fn. 3), 25, 94; auf der „Haben-Seite" stehen hier immerhin die 1992 eingeführten Beteiligungsrechte des Art. 88–4 FrzVerf., *de Albornoz* DV 1995, 225, 246.

[329] *P.M. Huber* (o. Fn. 89), 27, 56; früher schon *Friauf* Zur Problematik rechtsstaatlicher und demokratischer Strukturelemente in zwischenstaatlichen Gemeinschaften, DVBl 1964, 781, 783; **Dänemark:** Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 – I 361/1997, ZaöRV 58 (1998), 901, 906, Ziff. 9.9.; **Großbritannien:** *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 251 f., 275; **Frankreich:** *Flauss* (o. Fn. 3), 25, 93 f.

[330] **Deutschland:** Art. 23 Abs. 2 bis 7 ZusBTG, ZusBRG; *P.M. Huber* (o. Fn. 89), 27, 54 ff.; **Frankreich:** Art. 88–4 FrzVerf., loi const. No. 99–49 du 25.1.1999; Rapport de l'Assemblée nationale No. 1436 du 28.6.1994, sur l'application de l'Art. 88 (4) présenté par M Panderand, 78; **Großbritannien:** *Birkinshaw*, (o. Fn. 19), 205, 245, 251 f.

[331] Protokoll über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union.

[332] Bericht Vedel, Bull.EG Beilage 4/72, 67 f.; dazu *Frowein* (o. Fn. 67), 105, 113.

[333] **Deutschland:** S. dazu Antrag der Fraktion der CDU/CSU zur Regierungskonferenz 2000 und Osterweiterung – Herausforderungen für die Europäische Union an der Schwelle zum neuen Millennium, BT-Drucks. 14/2233, 4; **Frankreich:** Bericht der Assemblée Nationale, Quelles réformes pour l'Europe de demain?, Rapport d'information No. 1939, 94.

[334] Entschließung des EP zur Funktionsweise des EUV vom 17.5.1995, ABl.EG C 151/63 Ziff. 24: „Die demokratische Kontrolle auf EU-Ebene läßt sich am besten durch eine Partnerschaft zwischen dem Europäischen Parlament und den nationalen Parlamenten erreichen. Die Rolle der nationalen Parlamente sollte in mehrfacher Hinsicht gestärkt werden, z.B. durch eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen den jeweiligen Fachausschüssen der nationalen Parlamente und des Europäischen Parlaments sowie durch die Möglichkeit für Fachorgane nationaler Parlamente, wichtige europäische Vorschläge mit ihren Ministern im Vorfeld von Ratstagungen zu erörtern."

men mit dem Europäischen Parlament statt der Regierungen im Verfahren nach Art. 251 EG über den Erlaß von Rahmenrichtlinien und Grundverordnungen entscheiden könnten. Der institutionelle Ausbau der COSAC schüfe dagegen nur ein weiteres Organ auf Unionsebene[335] und verfehlte damit das Anliegen, nationale und unionale Legitimationsquellen zu koppeln.

5. *Grundrechtscharta*

Auch die europäische Grundrechtscharta ist – ungeachtet aller positiven Konnotationen, die mit dem Schutz der Grundrechte immer verbunden sind – problematischer, als es auf den ersten Blick erscheinen mag.[336] Zwar weist der unionale Grundrechtsschutz – wie gesagt – durchaus Defizite auf.[337] Unter föderalistischen Gesichtspunkten hat dies freilich nicht nur Nachteile.[338] Grundrechtskataloge besitzen eine stark unitarisierende Wirkung.[339] Ein europäischer Grundrechtskatalog, der nicht nur die EG-Organe bände, sondern im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten[340] – das entspräche dem Status quo[341] –, ginge zwangsläufig zu Lasten nationaler Grundrechtsgarantien, und damit auch des

---

[335] Krit. auch *Pöhle* Das Demokratiedefizit der Europäischen Union und die nationalen Parlamente. Bietet COSAC einen Ausweg?, ZParl 1998, 77, 89.

[336] Vorbehalte melden an für den Fall einer grundlegenden Abweichung von den nationalen Grundrechtskatalogen *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 31; für den Fall einer Abweichung von der EMRK *Frowein* (o. Fn. 67), 105, 117f.

[337] Zu den Defiziten des europäischen Grundrechtsschutzes s. *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 6 Rn 43ff.; *ders.* EuZW 1997, 517, 520; *Selmer* (o. Fn. 54), 118ff.

[338] Die „aufgabenschonende" Bedeutung der Abwesenheit eines dichten europäischen Grundkonsenses betont *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 21.

[339] *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 168, 183; *Hilf* Grundrechte in einer europäischen Verfassung, in: Weidenfeld (Hrsg.), Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, 1992, 61f.; *Weber* NJW 2000, 537, 539; zu den amerikanischen Erfahrungen *Brugger* Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, 45ff.; *Jacobs/Karst* The „Federal" legal Order: The U.S.A. and Europe Compared. A Juridical Perspective, in: Cappeletti/Seccombe/Weiler (Hrsg.), Integration through law, Vol. 1 (1986), 169, 205ff.

[340] *Weber* NJW 2000, 537, 538, spricht davon, daß er „mindestens" die Gemeinschaftsorgane binden müßte.

[341] EuGHE 1989, 2609ff. – Wachauf, Rn 19; 1991, I – 2925, 2964 – ERT, Rn 43; 1992, I – 2601, 2609 – Kommission / Deutschland; *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 6 Rn 39; *Streinz* (o. Fn. 22), Rn 368; *Jürgensen/Schlünder* EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), 200, 213ff.; die Tragweite relativierend *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 168.

BVerfG.[342] Diesen drohte ein ähnliches Schicksal wie den Grundrechten der deutschen Landesverfassungen, die trotz des Art. 142 GG über ein Schattendasein nie hinausgekommen sind.[343] Für eine Bundesverfassung mag dies strukuradäquat sein, für einen Verfassungsverbund nicht.[344] Deshalb ist es zu begrüßen, daß Art. 51 Abs. 1 der Europäischen Grundrechtscharta die Mitgliedstaaten nurmehr „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union" binden will.[345]

VI. Der Staatenverbund als flexibler Ordnungsrahmen für die immer engere Union der Völker Europas

Mit dem auf einen Verfassungsverbund der Mitgliedstaaten gegründeten Staatenverbund beschreitet Europa seinen spezifischen – dritten – Weg des „supranationalen Föderalismus".[346] Die ihn kennzeichnende Verklammerung von unionalem und nationalem Verfassungsrecht gewährleistet einerseits die Bewahrung der Europas Identität prägenden nationalstaatlichen Strukturen,[347] ermöglicht aber gleichzeitig ihre partielle Überwindung dort, wo dies im Interesse von Frieden, Freiheit, sozialer Gerechtigkeit und ökologischer Zukunftsfähigkeit geboten ist.[348] Der Staatenverbund ist deshalb aller Voraussicht nach kein Transitorium auf dem Weg zu einer europäischen Staatsgründung,[349] die nichts anderes wäre als eine Rückkehr zu den Konzepten des 19. Jahrhunderts, sondern ein hinreichend entwicklungsoffener und elastischer Ordnungsrahmen, in dem die Völker Europas ihre immer engere

---

[342] Zu diesem Zusammenhang *v. Bogdandy* Der Staat 39 (2000), 163, 183, der von einer „aufgabenschonenden" Bedeutung des fehlenden europäischen Grundkonsenses für das BVerfG spricht.

[343] BVerfGE 96, 345, 371ff.; *P.M. Huber* (o. Fn. 210), Rn 208f.; *ders.* (o. Fn. 137), Art. 142 Rn 5f.; *Pietzcker* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 1990, § 99 Rn 41.

[344] Problembewußt *Weber* NJW 2000, 537, 542, 544.

[345] S. insoweit Charte 4422/00 CONVENT 45 vom 28.7.2000; ferner nur Art. 1 Nr. 6 Verf.EU (Entwurf des Europäischen Parlaments, ABl.EG 1994 Nr. C 61/156); Art. 46 Dok. Charte 4316/00 CONVENT 34.

[346] Zum Begriff *v. Bogdandy* Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999.

[347] Art. 6 Abs. 3 EU; so auch *Delors* Die Welt vom 17.2.1999, 10; *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 30, 35.

[348] *C. F. v. Weizsäcker* Gehen wir einer asketischen Weltkultur entgegen?, in: Deutlichkeit, 1981, 73f. mit einem Plädoyer für eine Fundierung der pluralistischen Gesellschaft auf Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität.

[349] Anders *Mancini* KritV 81 (1998), 386, 399ff.

Union[350] organisieren, um den sich rapide wandelnden ökonomischen, sozialen und ökologischen Herausforderungen gerecht zu werden. Diese Entwicklung mag linear erfolgen oder – was wahrscheinlicher ist – nach dem Prinzip von „trial and error".[351] Inhaltlich geht es dabei um nicht mehr und nicht weniger als um die Sicherung jenes anspruchsvollen europäisch-amerikanischen Demokratiekonzepts, das den Verfassungen aller Mitgliedstaaten zugrunde liegt, und auf das Art. 6 Abs. 1 EU auch die EU verpflichtet. Das setzt, so kann man in Anlehnung an das Schlußwort von *Peter Badura* auf der Staatsrechtslehrertagung von 1964[352] formulieren, nicht nur die permanente Änderung der demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten voraus, sondern auch der EU, ihre Anpassung an den jeweiligen Stand der Integration und ihre strukturadäquate Optimierung.

[350] Art. 1 UAbs. 2 EU.

[351] Zu diesem „Bewegungsgesetz" der Integration *Schuppert* StWiss 5 (1994), 35f.

[352] *Badura* VVDStRL 23 (1966), 34, 96.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

I. Themenabgrenzung

1. Über europäisches und nationales Verfassungsrecht kann man sprechen, indem man den Quellen des „gemeineuropäischen Verfassungsrechts" in den nationalen Verfassungsordnungen nachspürt, die Konvergenztendenzen zwischen diesen zu skizzieren sucht oder ihre Europäisierung in den Mittelpunkt der Überlegungen stellt. Man kann aber auch deren Verhältnis zueinander thematisieren und damit zugleich unterstellen, daß es europäisches Verfassungsrecht bereits gibt.

II. Der Verfassungscharakter des Primärrechts

2. Das eigentliche Bezugsproblem des Verfassungsbegriffs ist weniger die Existenz des überkommenen (National-)Staates als vielmehr die institutionalisierte politische Herrschaft. Da das Primärrecht praktisch allen Anforderungen des formellen und materiellen Verfassungsbegriffs gerecht wird, erscheint seine Bezeichnung als „Verfassung" plausibel.

III. Die Einbindung der unionalen und der nationalen Ebene in einen Verfassungsverbund

3. Bedeutung und Stellenwert einer Verfassung erschließen sich nur, wenn man sie von der Aufgabe und der Funktion in der Wirklichkeit geschichtlich-konkreten Lebens her zu erfassen sucht.

4. Weder das unionale noch das nationale Verfassungsrecht sind heute (noch) allein zur gesellschaftlichen Einheitsbildung in der Lage. Erst aus ihrer Zusammenschau erschließt sich die Grundordnung des politischen und sozialen Lebens in der EU.

5. Verklammert werden sie durch das Primärrecht. An der Schnittstelle zwischen nationalem Verfassungsrecht und Sekundärrecht gelegen, erweist es sich als ein Instrument „struktureller Koppelung", durch das die 15 Ver-

fassungsordnungen der Mitgliedstaaten miteinander verbunden und auf das „Integrationsprogramm" ausgerichtet werden.

IV. Die Europäische Rechtsordnung als Auffang- und Kooperationsordnung

6. Der Begriff des Staatenverbundes impliziert die Vorstellung einer zwischen den Mitgliedstaaten und der EU geteilten Souveränität und reflektiert damit das den Verfassungsverbund prägende Phänomen aufeinander bezogener und miteinander verklammerter Teilverfassungen. Als eigenständige Kategorie ernstgenommen, muß er auf die Ebene konkreter Rechtsfragen heruntergebrochen werden. Hier fordert er Strukturadäquanz.

7. Der EuGH und die sog. Autonomisten gehen von der Autonomie der unionalen Rechtsordnung aus. Ihr entscheidendes Argument ist die klaglose Akzeptanz dieser These durch die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte über Jahrzehnte hinweg. Der Blick auf das nationale Verfassungsrecht zeigt jedoch, daß davon keine Rede sein kann, und auch die Unionspraxis steht dem entgegen.

8. An den Mitgliedstaaten führt im Staatenverbund kein Weg vorbei. Sie sind die „Herren der Verträge". Rechtlich wie politisch ruht er auf ihnen und auf ihrem fortdauernden Willen zur Mitgliedschaft.

9. Die Existenz „nationalen Europaverfassungsrechts" und, damit einhergehend, die Hinnahme einer weitreichenden Relativierung der eigenen Verfassungen, gehört zu den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätzen.

10. Das nationale Verfassungsrecht dient einerseits als wichtigstes Rezeptionsreservoir für das unionale Verfassungsrecht. Zum anderen bestimmt es Voraussetzungen und Bedingungen der Mitgliedschaft des jeweiligen Staates in der EU. Daß es der EuGH den Mitgliedstaaten dennoch pauschal verwehren will, sich auf dessen interne Schwierigkeiten oder Bestimmungen zu berufen, ist damit nicht zu vereinbaren.

11. Die Öffnung des nationalen Verfassungsrechts für das „Integrationsprogramm" zwingt dazu, es den von Art. 6 f. EU formulierten Homogenitätsanforderungen anzupassen. Insoweit bedeutet die Mitgliedschaft in der EU faktisch das Ende nationaler Verfassungsautonomie.

12. Im Verhältnis zueinander beeinflussen und ergänzen sich unionales und nationales Verfassungsrecht gegenseitig, besitzen sie komplementäre Maßstäblichkeit, haben sie in jedem Mitgliedstaat die Funktion wechselseitiger Auffangordnungen. Dem muß bei der Auslegung und Anwendung des unionalen wie des nationalen Rechts Rechnung getragen werden.

13. Unter funktionell-rechtlichem Blickwinkel ist die Kooperation zwischen den Organen der EG und den Organen der Mitgliedstaaten das zweite grundlegende Axiom des europäischen Verfassungsverbundes.

V. Konsequenzen für die Verfassungsentwicklung der EU

14. Auch eine neue Unionsverfassung kann nur aus einer organischen Fortschreibung der aktuellen hervorgehen. Sie muß den Stand der Integration widerspiegeln und stärker als bisher auf den Einzelnen ausgerichtet sein.

15. Angesichts der Vorbehalte, die der Verwendung des Verfassungsbegriffs mit Blick auf die EU in vielen Mitgliedstaaten entgegenschlagen, sollte dieser vermieden und der des Verfassungsvertrages gewählt werden. Dem Verfassungsverbund ist er ohnehin angemessener, bringt er dessen Radizierung in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten und ihre Herrschaft über die Verträge doch auch begrifflich auf den Punkt.

16. Eine Teilung der Verträge in einen grundlegenden, weiter dem Ratifikationsvorbehalt von Art. 48 EU unterliegenden, und einen „operativen", von Rat und Europäischem Parlament mehrheitlich abänderbaren Teil, geht an der Struktur des Verfassungsverbundes vorbei. Sie würde die Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten auch beseitigen und die Kompetenz-Kompetenz (teilweise) in die Hände der EG-Organe legen.

17. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist beizubehalten und – de constitutione lata et ferenda – zu schärfen. Bei einer Vergemeinschaftung weiterer Politikbereiche müssen eng begrenzende Formulierungen gewählt, ggf. auch bestimmte Politikbereiche renationalisiert werden.

18. Das nationale Verfassungsrecht setzt der Zuerkennung einer „positiven demokratischen Kompetenz" an das Europäische Parlament, einer Abschaffung nationaler Vetopositionen im Rat sowie der Parlamentarisierung des europäischen Regierungssystems Grenzen.

19. In fast allen Mitgliedstaaten wird die mit der Europäisierung einhergehende Entmachtung der nationalen Parlamente als zentrales Problem der Integration begriffen. In der damit verbundenen unzureichenden demokratischen Kontrolle des Rates liegt das eigentliche Demokratiedefizit der EU. De constitutione ferenda muß es deshalb darum gehen, die nationalen Parlamente in die sekundärrechtliche Rechtsetzung auf Unionsebene einzubeziehen.

20. Ein europäischer Grundrechtskatalog, der nicht nur die EG-Organe bände, sondern im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, würde die Unitarisierung der europäischen Rechtsordnung erheblich beschleunigen und ginge notgedrungen zu Lasten nationaler Grundrechtsgarantien. Soweit Art. 51 Abs. 1 der Europäischen Grundrechtscharta die Mitgliedstaaten nurmehr „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union" binden will, versucht er diese Wirkung zu begrenzen.

VI. Der Staatenverbund als flexibler Ordnungsrahmen für die immer engere Union der Völker Europas

21. Mit dem auf einen Verfassungsverbund der Mitgliedstaaten gegründeten Staatenverbund beschreitet Europa seinen spezifischen – dritten – Weg des „supranationalen Föderalismus". Die ihn kennzeichnende Verklammerung von unionalem und nationalem Verfassungsrecht gewährleistet einerseits die Bewahrung der Europas Identität prägenden nationalstaatlichen Strukturen, ermöglicht aber gleichzeitig ihre partielle Überwindung dort, wo dies im Interesse von Frieden, Freiheit, sozialer Gerechtigkeit und ökologischer Zukunftsfähigkeit geboten ist.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

3. Bericht von Prof. Dr. *Gertrude Lübbe-Wolff*, Bielefeld

Inhalt

		Seite
I.	Der Nichtübertragbarkeitsgrundsatz	247
II.	Das spezifische Demokratiedefizit der EG	248
	1. Worin besteht das Problem?	248
	2. Gibt es das europäische Demokratiedefizit?	249
	a) Kein Bedarf an demokratischer Legitimation?	249
	b) Ausreichende demokratische Legitimation über Rat und Parlament?	255
	3. Was folgt aus der Anerkennung des europäischen Demokratiedefizits?	259
III.	Nicht-spezifische Demokratiedefizite	265
	1. Worin besteht das Problem?	265
	a) Abnehmende Legitimationsleistung der repräsentativen Demokratie als Folge von Aufgabenkomplexität und gesellschaftlicher Differenzierung	265
	b) Problemverschärfende Konsequenz: Der Externalisierungstrend	267
	2. Entschärfungsoptionen	273
	a) Konsequentere Subsidiaritätspolitik	273
	b) Direkte Demokratie	275
	c) Transparenz	276
	d) Klagemöglichkeiten für den *citoyen*	278
	e) Dezentral-demokratische Partizipation	279
	f) Vorschläge an die Adresse der Verfassungsgeber	285

I. Der Nichtübertragbarkeitsgrundsatz

Zu den Gemeinplätzen der Diskussion über die demokratische Legitimation der Europäischen Gemeinschaft gehört der Hinweis, daß verfassungsrechtliche Legitimationsanforderungen, die für die Ebene der Staaten gelten, auf die Verfassung einer supranationalen Gemeinschaft[1] nicht ohne weiteres übertragen werden können.[2] Ich bezeichne das im folgenden als den Nichtübertragbarkeitsgrundsatz. Mir scheint, daß Verfassungsrechtsprechung und herrschende Lehre es sich mit der Absolution vom Vorwurf unzureichender demokratischer Legitimation, die der EG unter Berufung auf diesen Grundsatz erteilt worden ist, zu leicht gemacht haben. Das soll im ersten Teil meines Vortrages näher begründet werden.

Über der Fixierung auf strukturelle Unterschiede zwischen Staaten und supranationalen Gemeinschaften und die daraus folgenden Grenzen der Übertragbarkeit parlamentarisch-repräsentativdemokratischer Grundsätze gerät zudem leicht aus dem Blick, daß es, was die Möglichkeiten und Probleme demokratischer Legitimation angeht, zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten nicht nur einen essentiellen Unterschied, sondern auch wesentliche Gemeinsamkeiten gibt. Es gibt nicht nur ein EG-*spezifisches* Demokratieproblem – eines, das die EG nicht mit ihren Mitgliedstaaten teilt und das sich nicht ohne

---

[1] Was für und was gegen die Bezeichnung des geltenden Primärrechts der Europäischen Gemeinschaften und des EU-Vertrages als „Verfassung" der Gemeinschaften bzw. der EU spricht, ist bekannt, s. statt vieler *Grimm* JZ 1995, 581 ff. Ich folge hier dem extensiven Sprachgebrauch (s. statt vieler *Oppermann* Nationale Verfassungsautonomie und supranationale Bindung innerhalb der Europäischen Union, in: Battis/Kunig/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, 117 (119 ff.); *Thürer* Föderalistische Verfassungsstrukturen für Europa, integration 2000, 89 ff.), der ersichtlich der uns vorgegebenen Formulierung des Vortragsthemas zugrundeliegt und der jedenfalls den Vorzug hat, daß er den Blick auf „konstitutionelle" Fragen lenkt (vgl. *Steinberg* ZRP 1999, 365 ff.). Wenn in den folgenden Ausführungen, die sich hinsichtlich der europäischen Ebene auf die EG konzentrieren, allgemein von Verfassung(en) oder Verfassungsrecht die Rede ist, ist also das EG-Primärrecht stets mitgemeint.

[2] *Kaiser* VVDStRL 23 (1964), 1 (2); *Badura* VVDStRL 23 (1964), 34 (38); *Ipsen* EuR 1987, 195 (200 ff.); *P. M. Huber* StWuStP 1992, 349 (370); *H. Dreier* in: ders. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn 36; *Böckenförde* Welchen Weg geht Europa?, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, 68 (90); *Britz/Schmidt* EuR 1999, 467 (483); *Weiler* The Constitution of Europe, 1999, 268; *Nass* Ein beliebtes Phantom: Das Demokratiedefizit der EU, FAZ v. 29. 2. 1999, 15; *Müller-Graff* integration 2000, 34 (39); ebenso in der Sache *Di Fabio* JZ 2000, 737 (742); *Randelzhofer* Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft, in: Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, 39 (47 f.); s. auch BVerfGE 89, 155 (182).

weiteres durch Übertragung staatsbezogener Legitimationskonzepte beheben läßt, – sondern auch *ubiquitäre* Demokratieprobleme, die, wenn auch in teilweise unterschiedlichen Graden, der EG und ihren Mitgliedstaaten gemeinsam sind und für die durchaus gleichgerichtete Lösungswege in Betracht kommen. Um diese die EG und ihre Mitgliedstaaten gleichermaßen betreffenden („nicht-spezifischen") Demokratieprobleme, um Möglichkeiten, sie zu entschärfen, und um die Rolle, die das deutsche und das europäische Verfassungsrecht dabei zu spielen hätten, geht es im zweiten Teil.

II. Das spezifische Demokratiedefizit der EG

1. Worin besteht das Problem?

Zunächst aber zum ersten Punkt: Zweifel an der Absolutionskraft des Nichtübertragbarkeitsgrundsatzes. Seine Rolle als Entproblematisierungsvehikel spielt dieser Grundsatz in der Diskussion über das Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft. In dieser Diskussion geht es regelmäßig um das *spezifische* Demokratiedefizit der Gemeinschaft, also um diejenigen Mängel an Demokratizität, die die Gemeinschaft nicht mit ihren Mitgliedstaaten gemeinsam hat, sondern die ihr gerade im Unterschied zu den Mitgliedstaaten zugeschrieben werden.

Das spezifische Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft besteht im Wesentlichen in lauter Konsequenzen des begrenzten Willens zu politischer Einheit:

– Die zentrale Stellung und das noch immer wenig transparente Entscheidungsprozedere des Rats, also der Vertretung der mitgliedstaatlichen Regierungen, als Rechtsetzungsorgan,

– die auch nach Amsterdam noch immer schwache Stellung des Europäischen Parlaments (seine begrenzten Budgetkompetenzen, seine vergleichsweise unmaßgebliche Position im Rechtsetzungsprozeß als nicht formell initiativberechtigtes, nur bereichsweise mitentscheidungsbefugtes, in einigen Bereichen nicht einmal zwingend auch nur anzuhörendes Seitenorgan, und die Begrenztheit seiner Kreations- und Kontrollrechte im Verhältnis zur Kommission),

– die erheblichen Abweichungen vom Grundsatz gleicher Repräsentation aller Bürger in der Zusammensetzung des Parlaments und der Zusammensetzung und Stimmgewichtung beim Rat[3],

[3] Problematisiert wird darüber hinaus das Fehlen eines einheitlichen Wahlrechts, s. statt vieler *Gusy* ZfP 1998, 267 (269); *Weber* JZ 1993, 325 (329); *Pernice* DV 1993, 449

all dies ist unmittelbarer Ausdruck nicht vorhandener Bereitschaft, Europa als eine politische Einheit von Bürgern unter einem System der Mehrheitsherrschaft nach dem Prinzip „one person – one vote" zu konstituieren oder sich auch nur den mit demokratischer Mehrheitsherrschaft üblicherweise verbundenen Rechtfertigungszumutungen uneingeschränkt auszusetzen.[4] Hinzu kommen Abweichungen vom üblichen Modell der repräsentativen Demokratie, die mit der Institutionalisierung der Kommission als eines von mitgliedstaatlichem Einfluß weitgehend freigestellten Motors und Rückschrittbremsers der Integration zusammenhängen – vor allem die weitgehende Monopolisierung des formellen Gesetzesinitiativrechts bei der Kommission.

Auch wenn man berücksichtigt, daß – von mehrheitsresistenten Grundrechtspositionen bis zum nicht bevölkerungsproportionalen Einfluß der Gliedstaaten in Föderationen – gewisse Abweichungen vom Mehrheitsprinzip als institutionalisierter Minderheitenschutz durchaus demokratiekompatibel und sogar demokratienotwendig sein können:[5] Von dem, was üblicherweise als demokratisch gilt, ist die europäische Organisation der Entscheidungskompetenzen und -verfahren so weit entfernt, daß entsprechende Verfassungsveränderungen auf *nationaler* Ebene für völlig indiskutabel gehalten würden[6] und in Deutschland ohne weiteres an Art. 79 III GG scheitern müßten. Daß man deshalb von einem Demokratiedefizit sprechen muß, ist trotzdem nicht unbestritten.

2. *Gibt es das europäische Demokratiedefizit?*

a) *Kein Bedarf an demokratischer Legitimation?*

Die schönste Form der Bewältigung eines Problems besteht immer in der Erkenntnis, daß das Problem in Wahrheit gar nicht existiert. Vielleicht läßt sich auch das europäische Demokratieproblem auf diese

---

(481 f.); *Frowein* EuR Beiheft 1/1992, 63 (71). S. außerdem zur Frage der Demokratieverträglichkeit von Mehrheitsentscheidungen im Rat u. Text mit Fn. 27.

[4] Inwieweit es sich dabei um eine nicht vorhandene Bereitschaft der Unionsbürger oder nur um eine nicht vorhandene Bereitschaft ihrer nationalen politischen Repräsentanten handelt, ist damit noch nicht festgestellt.

[5] Zur notwendigerweise bündischen institutionellen Ausgestaltung des Gemeinschaftssystems *Frowein* EuR 1993, 301 (305); s. auch, am Beispiel der EG, für eine schöne Erläuterung der Gerechtigkeit von Stimmgewichtungen bei politischen Zusammenschlüssen von wirtschaftlich sehr ungleichen Ländern, *Simson* EuR 1991, 1 (9 f.); allgemeiner *Lijphart* Art. Consociational Democracy, in: Krieger (Hrsg.), The Oxford Companion to Politics of the World, 1993, 188 f.

[6] Sehr richtig *Gusy* ZfP 1998, 267 (271).

Weise lösen? Könnte es zum Beispiel sein, daß wir es im Falle der EG gar nicht mit einem Versagen des Gegenstandes vor dem angelegten Maßstab „demokratische Legitimation", sondern mit einem Fall prinzipieller Ungeeignetheit des Maßstabes zu tun haben, daß also die Frage, ob die EG demokratisch – zumindest *hinreichend* demokratisch – strukturiert sei, nicht positiv oder negativ zu beantworten, sondern falsch gestellt ist?

Auf eine so begründete Zurückweisung von Demokratizitätserwartungen an die EG läuft es hinaus, wenn behauptet wird, Demokratie *bedeute* „staatliche Herrschaft durch das Volk."[7] Wenn das Prädikat „demokratisch" dieser Begriffsbestimmung zufolge nur bezogen auf Staaten überhaupt einen Sinn hat, dann ist die Europäische Gemeinschaft für dieses Prädikat gar kein geeignetes Subjekt. Die Frage, ob sie hinreichend demokratisch ist, wäre dann so sinnlos wie die Frage: „Ist Strom gelb?". Der Transfer weiterer Hoheitsrechte auf die EG ist aus dieser Sicht, wenn überhaupt, dann primär als ein Verlust an deutscher Staatlichkeit und allenfalls in Abhängigkeit davon auch als ein Verlust an deutscher Demokratie zu problematisieren.[8] Die hier zugrundegelegte Verengung des Demokratiebegriffs läuft aber nicht nur dem allgemeinen Sprachgebrauch zuwider – weder die Rede vom Demokratiedefizit der EG noch die Diskussionen über mehr Demokratie in der WTO oder bei ICANN werden ja im allgemeinen als ein dem Yello-Gag vergleichbarer bloßer Nonsens verstanden –, auch mit dem Grundgesetz und dem EU-Vertrag ist sie nicht vereinbar (s. Art. 23 I 1 GG sowie Präambel Abs. 3 und Art. 6 I EUV).[9]

---

[7] *Isensee* Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie, Verfassung, in: FS Mikat, 1989, 705 (705); ebenso („Demokratie als Herrschaft des Staatsvolkes") *Randelzhofer* (Fn. 2), 54. *Isensee* beansprucht zwar für die zitierte enge Definition Gültigkeit nur in bezug auf den Demokratiebegriff des Verfassungsrechts, während ansonsten „der semantische Proteus" viele Bedeutungen annehmen könne (ebd 705 f.). Damit wäre aber immerhin der Frage nach der hinreichenden demokratischen Legitimation der EG als Frage des deutschen Verfassungsrechts der Boden entzogen. Mit Nachdruck auf einem konstitutiven Zusammenhang von Staat und Demokratie bestehend („Demokratie setzt eine Vergemeinschaftung im Staatsvolk voraus"), ohne daß allerdings dieser Zusammenhang explizit als ein *begrifflicher* behauptet würde, auch *Kirchhof* Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland, in: Isensee, Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 1993, 63 (83 f.).

[8] So jedenfalls im Ergebnis denn auch *Isensee* Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in: ders. (Fn. 7), 103 (135); ähnlich *Kirchhof* (Fn. 7), 78, 95.

[9] Zur Einschlägigkeit des Demokratiepostulats für supranationale Organsiationen näher *Gusy* ZfP 1998, 267 ff.; *Kluth* Die demokratische Legitimation der EU, 1995, 33 ff., 44 ff.

Neben dieser semantischen gibt es noch eine zweite Argumentationslinie, die darauf hinausläuft, den Bedarf an demokratischer Legitimation für die Ausübung von Hoheitsgewalt auf europäischer Ebene jedenfalls *bereichsweise* zu bestreiten. Durch Teile der Literatur zieht sich teils mehr, teils weniger explizit die Vorstellung, daß die Ausübung europäischer Hoheitsgewalt keiner demokratischen Legitimation bedürfe, soweit damit ein von staatlich-regulativen Hindernissen befreiter Binnenmarkt geschaffen und/oder den Grundfreiheiten des Vertrages zur Geltung verholfen wird, – daß wir uns hier sozusagen im Reich EG-konstitutionell legitimierter oder auf Legitimation nicht angewiesener bürgerlicher Freiheit und nicht im Bereich legitimationsbedürftiger hoheitlicher Kompetenz befinden.[10] Ich zitiere *Paul Kirchhof*: „Eine Wirtschaftsgemeinschaft ... zielt eher auf Deregulierung mitgliedstaatlicher Bestimmungen über Wettbewerb und Wirtschaftspolitik, unterbindet gesetzliche Lenkungen und administrative Interventionen, begrenzt sozialen Ausgleich und regionale Annäherung. Das Marktgeschehen legitimiert sich aus dem Willen der am Vertrag Beteiligten, weniger aus dem Willen der Marktbürger und Marktbetroffenen. Insofern ist eine Wirtschaftsgemeinschaft keine Demokratie, die sich veranlaßt sähe, ihr Entstehen und ihre Entwicklung kontinuierlich auf den Willen der Marktbürger und Marktbetroffenen abzustimmen."[11]

Letzteres mag als Beschreibung der Tatsachen ganz richtig sein. Die gleichzeitig zum Ausdruck gebrachte normative Billigung beruht dagegen auf einer Verwechselung von Freiheitsausübung und Institutionalisierung der Rahmenbedingungen dafür. Die Ausübung verfassungsrechtlich gewährleisteter Freiheiten ist in der Tat nicht legitimationsbedürftig in dem Sinne, daß es dafür noch eines demokratisch legitimierten Kompetenztitels bedürfte. Demokratischer Legitimation bedürfen aber die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Freiheit ausgeübt wird, und zwar nicht nur, sofern der Rahmen verengt, sondern auch sofern er über den status quo ante hinaus erweitert wird

---

[10] *H.P. Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 163 und 196 (200); ähnlich *ders.* Zur Exekutiv-Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Lerche, 1993, 425 (429); *Behrens* Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft, in: Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 1994, 73 (89); *Mestmäcker* RabelsZ 58 (1994), 615 (629ff.); außerdem *Kirchhof* (sogleich im Text m. Fn. 11). *Ipsen* (ebd) hat diese Argumentation zu der Entlastungsformel verdichtet, daß die (damalige) EWG eben kein staatsanaloges und daher staatsanalog legitimationsbedürftiges Gebilde, sondern ein „Zweckverband" sei. Krit. dazu *Griller* Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (176f.).

[11] *Kirchhof* (Fn. 7), 69.

oder man auf die Setzung bestimmter Rahmenbedingungen ganz zu verzichten beschließt. Daß dies gern übersehen wird, beruht auf einer traditionellen, an *Rousseau* anknüpfenden Vorstellung von Demokratie, der man auch heute noch an allen Ecken und Enden begegnet. *Rousseau* hat die Demokratie konzipiert als eine Veranstaltung zur Minimierung von (öffentlicher) Herrschaft, oder genauer: zur Minimierung des Charakters von Herrschaft als Fremdbestimmung. Die Konstruktion, mit der im *Contrat Social* zu beweisen versucht wird, daß in einer Demokratie Herrschaft genaugenommen gar nicht stattfindet, hat keine ernstzunehmenden Anhänger mehr, aber Gefolgschaft findet Rousseau immer noch darin, daß er die Demokratie überhaupt als Antwort auf das Problem der Legitimation von Herrschaft begreift.[12] Wenn man das so sieht, bietet sich die Schlußfolgerung an, daß nur positiv regulierende, freiheits- und marktbeschränkende Staatstätigkeit, eben *Herrschaft*, demokratischer Legitimation bedarf, Nichtregulierungs- oder Deregulierungsoptionen dagegen ihre Legitimation aus dem Freiheitsspielraum beziehen, den sie belassen oder (wieder)eröffnen. Konsequenterweise müßte das dann eigentlich auch für die staatliche Ebene gelten. Tatsächlich zweifelt aber – und daran zeigt sich, daß mit der Prämisse etwas nicht stimmt, – niemand daran, daß auf der staatlichen Ebene nicht nur *Regulierung*, sondern auch *De*regulierung demokratischer Legitimation bedarf. Die Vorstellung, daß nur positive Herrschaftsausübung, nur die Beschränkung, nicht dagegen die Freisetzung von Privatautonomie demokratischer Legitimation bedürfe, wird umso unplausibler, je mehr wir in allen Möglichkeiten unseres Seins und Handelns von menschengemachten Voraussetzungen, einschließlich regulativ geschaffener, abhängig werden.[13] Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb ganz richtig *Selbstbestimmung* als das Grundanliegen der Demokratie identifiziert.[14] Versteht man demgemäß Demokratie nicht als eine Veranstaltung zur Minimierung von Herrschaft, sondern als eine Veran-

---

[12] Vgl. etwa *Höffe* Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, 107ff.

[13] *W. Lübbe* Die schwindende Legitimität staatlichen Unterlassens, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft (Dokumentation zum Verfassungskongreß „50 Jahre Grundgesetz/ 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland"), 1999, 211ff.

[14] BVerfGE 2, 1 (12); 44, 125 (142); *Bryde* Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Blanke/Lüttmann (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000 (Sonderheft KJ, erscheint demnächst), Abschn. 3; *ders.* Le peuple européen and the european people, in: Auer/Flauss (Hrsg.), Le référendum européen, 1997, 251 (270ff.); *Kluth* (Fn. 9), 160; *Emde* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 384f.; s. auch, für Demokratie als „organisatorische Konsequenz der Menschenwürde", *Häberle* Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien, 1999, 71 u. passim.

staltung zur Maximierung von Selbstbestimmung, dann stellt sich die Sache in einem ganz anderen als dem *Kirchhof*schen Licht dar. Die primärrechtliche Garantie wirtschaftlicher Freiheiten ist dann nicht von demokratischem Legitimationsbedarf a priori eximiert. Im Gegenteil: Ein System der Gewährleistung individueller Grundrechte oder Grundfreiheiten ohne Einbindung in ein funktionsfähiges System kollektiver Entscheidung über die Grenzen dieser Rechte und Freiheiten ist ebensowenig demokratisch wie ein – sei es im übrigen auch noch so verantwortlichkeitskonstitutiv und partizipatorisch organisiertes – System kollektiver Entscheidung, das keinen Schutz von Grundrechten und Grundfreiheiten kennt. Die für das europäische Integrationskonzept charakteristische systematische institutionelle Privilegierung der sogenannten „negativen Integration" (*Scharpf*), d.h. der wirtschaftlichen Integration durch Beseitigung mitgliedstaatlicher Regulierungsschranken, vor der „positiven Integration", d.h. der Entwicklung eines europäischen Systems der Marktbegrenzung und Marktkorrektur,[15] erscheint aus dieser Perspektive nicht nur als ein Problem defizitärer Sozialstaatlichkeit[16] (oder Sozialstaatenverbundlichkeit?), schon gar nicht als ein Mechanismus, der das System vor demokratischem Legitimationsbedarf bewahrt, sondern im Gegenteil als wesentliches Element des europäischen Demokratiedefizits.[17]

---

[15] Die Privilegierung der sog. negativen Integration besteht vor allem darin, daß sie sehr weitgehend über die im Klagewege durchsetzbaren Grundfreiheiten unmittelbar primärrechtlich institutionalisiert ist, während die „positive Integration" nur in vergleichsweise beschränktem Ausmaß überhaupt zugelassen und zudem auf Realisierung durch sekundärrechtliche Vorschriften angewiesen ist, die in einem System mit vielen Vetopositionen generiert werden müssen, s. *Scharpf* Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in: Marks et al. (eds.), Governance in the European Union, 1996, 15ff.; s. auch *Kohler-Koch* Die Europäisierung nationaler Demokratien: Verschleiß eines europäischen Kulturerbes?, in: Greven, Demokratie – eine Kultur des Westens?, 1998, 263 (275). In dieser systematischen Privilegierung der negativen Integration liegt der wichtigste Unterschied in der Art und Weise der Konstitutionalisierung von Marktwirtschaft und Wettbewerb einerseits auf europäischer Ebene, andererseits auf der Ebene der Mitgliedstaaten; für einen Vergleich im übrigen s. *Müller-Graff* Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?, in: ders./Riedel (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 1998, 53ff.

[16] Dazu *Böckenförde* (Fn. 2), 78ff.; *Bieling* Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik im europäischen Integrationsprozeß – strukturelle und strategische Konvergenz ohne Harmonisierung, in: Platzer (Hrsg.), Sozialstaatliche Entwicklungen in Europa und die Sozialpolitik der Europäischen Union, 1997, 61 (71ff.).

[17] Daß wir eine vergleichbare Privilegierung negativer Integration in teilweise noch verschärfter Form – ohne korrespondierendes Potential an positiver Integration (übri-

Deshalb überzeugt auch eine andere in der Literatur verbreitete Rechtfertigungsstrategie nicht ganz, die darauf abhebt, daß ungeachtet zugestandener institutioneller Demokratiedefizite der EG die europäische Integration doch per Saldo keinen Verlust, sondern einen Gewinn an demokratischer Selbstbestimmung bedeute. Mit der europäischen Integration werden nach dieser Lesart Handlungsspielräume für demokratische Politik zumindest partiell erhalten oder wiedergewonnen, die auf nationaler Ebene im Schwinden begriffen oder schon längst verloren sind.[18] Hier wird uns also ein Problem vorgeführt, nämlich der durch Internationalisierung der Wirtschaft und der Folgen modernen Wirtschaftens bedingte faktische Kompetenzverlust demokratischer Politik auf der staatlichen Ebene, und eine Lösung für dieses Problem, nämlich eben die Wiedergewinnung der Fähigkeit zu politischer Selbstbestimmung durch Supranationalisierung. Das wäre überzeugend, wenn die europäische Integration *nicht* durch die gerade angesprochene systematische Privilegierung der negativen Integration gekennzeichnet wäre. So aber erinnert diese Rechtfertigungsmedizin ein wenig an die Feigen, mit denen der kleine Muck den Sultan von Eselsohren kurierte,

---

gens auch ohne die auf europäischer Ebene stets präsente Begleitrhetorik der Versicherung, der ökonomischen Integration durch den Wegfall von Handelsschranken müsse und werde die politische zwangsläufig folgen und hauptsächlich der letzteren wegen sei ja die erstere überhaupt gewollt) – auch im WTO-System vorfinden, ist da nur ein schwacher Trost.

[18] *Bryde* Demokratieprinzip (Fn. 14), Text bei Fn. 39: „... sind in einer Zeit, in der immer mehr Entscheidungen wegen ihrer transnationalen Auswirkungen transnational getroffen werden müssen, transnationale demokratische Entscheidungseinheiten kein Defizit, sondern demokratischer Gewinn."; *Brock* Verweltlichung der Demokratie. Aus der Verflechtungs- in die Eingrenzungsfalle?, in: Greven (Fn. 15), 39 (40ff., 50): die „Hauptgefahren für die Demokratie ergeben sich nicht aus einem Zuviel, sondern aus einem Zuwenig an internationaler Politikkoordination". S. auch, für das ähnlich gelagerte Argument, daß zur Supranationalisierung der Politik mit ihren charakteristischen Demokratiedefiziten nicht demokratische innerstaatliche Politik, sondern die unter Demokratiegesichtspunkten noch weitaus weniger befriedigende außenpolitische Politikkoordination auf der Ebene des Völkerrechts die einzige realistische Alternative sei, *Weiler* (Fn. 2), 223; *Classen* AöR 119 (1994), 238 (258); Craig/de Búrca, EU Law, 1998, 157f.; *Curtin* „Civil Society" and the European Union: Opening Spaces for Deliberative Democracy?, in: Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. VII, Book 1, 1999, 185 (235). Völkerrechtliche Politikkoordination erfordert aber immerhin – das wird bei dieser letzteren Argumentation vernachlässigt – für jeden einschlägigen normativen Akt von einiger Relevanz wieder ein Zustimmungsgesetz auf nationaler Ebene und bleibt damit trotz schwacher Einwirkungsmöglichkeiten des jeweiligen nationalen Parlaments auf inhaltliche Details doch in den nationalen politischen Verantwortungszusammenhang ganz anders eingebunden als die verselbständigte Rechtsetzungsmacht der EG; vgl. auch *Griller* Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (177).

die er ihm zuvor durch Fütterung mit Feigen von einem anderen Baum hatte wachsen lassen. Denn das *Problem* internationalisierungsbedingter Handlungsunfähigkeit nationalstaatlicher Politik, das dieser Argumentation zufolge nur durch Supranationalisierung der Politik mit ihren unvermeidlichen Demokratiedefiziten gelöst werden kann, ist im europäischen Kontext ganz wesentlich erst durch die Supranationalisierung geschaffen worden, zu deren Rechtfertigung es nun dienen soll. Nur *wenn* die Spekulation, daß die Wirtschafts- und Währungsunion politische Einheit nach sich ziehen werde, sich eines fernen Tages bewahrheiten und damit wirkliche Demokratie auf europäischer Ebene möglich werden sollte, könnte am Ende doch von einem Demokratiegewinn die Rede sein, – und auch das nur unter der Voraussetzung, daß es gelingt, im Zuge dieser Entwicklung den Subsidiaritätsgrundsatz mindestens einigermaßen zu wahren, d.h. das unter einem selbstbestimmungsorientierten Demokratieverständnis zentrale Optimierungsproblem der Abgrenzung der jeweils entscheidungsbefugten Kommunität(en)[19] halbwegs angemessen zu lösen.

b) Ausreichende demokratische Legitimation über Rat und Parlament?

Geht man davon aus, daß die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaft nicht weniger als die der Mitgliedstaaten demokratischer Legitimation bedarf, dann führt an der Feststellung, daß dieser Bedarf nicht ausreichend gedeckt ist, auch die allgegenwärtige Versicherung nicht vorbei, das zentrale Beschlußorgan der EG, der Rat, beziehungsweise dessen einzelne Mitglieder bezögen ihre demokratische Legitimation aus ihrer Einbindung in den demokratischen Legitimationszusammenhang der Mitgliedstaaten.[20] Für die Funktion des Gesetzgebers sind Regierungen oder Kollegien von Regierungsmitgliedern nach üblichem Verständnis gerade nicht legitimiert.[21]

Daß Autoren und Richter, die es sonst zumindest fallweise mit der Durchgängigkeit demokratischer Legitimationsketten sehr genau neh-

---

[19] Dazu *Bryde* Le peuple (Fn. 14), 271; zum Problem abnehmender Demokratiefähigkeit mit zunehmender Größe *Höreth* Die Europäische Union im Legitimationstrilemma, 1999, 62ff., mwN.; zur Demokratierelevanz von Zentralisierungs- bzw. Dezentralisierungsfragen auch *Häberle* (Fn. 14), 200.

[20] S. BVerfGE 89, 155 (185: demokratische Legitimation primär „durch die Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten"); aus der Literatur statt vieler *Huber* StWuStP 1992, 349 (353ff.); *Classen* AöR 119 (1994), 238 (246, 252ff.); wN in Fn. 31.

[21] S. auch *Gusy* ZfP 1998, 267 (272).

men, hier in der Vergangenheit überhaupt eine hinreichend zusammenhängende Legitimationskette gesehen haben, ist auch deshalb erstaunlich, weil bis vor kurzem nicht einmal das Abstimmungsverhalten der Regierungsvertreter im Rat publik war.[22] Der Zusammenhang, auf den das Bild von der „Legitimationskette" verweist, soll ja ein *Verantwortungs*zusammenhang sein. Solange das Abstimmungsverhalten der Ratsmitglieder den Augen der Öffentlichkeit entzogen war, konnte aber schon aus diesem Grund gar keine Rede davon sein, daß die Ratsmitglieder durchweg in dem unterstellten Verantwortungszusammenhang zur jeweiligen nationalen Wählerschaft stünden.[23] Inzwischen ist der Rat dazu übergegangen, immerhin das Abstimmungsverhalten der Ratsmitglieder beim Erlaß von Rechtsakten publik zu machen.[24]

Nach wie vor bleibt der Entscheidungsprozeß im Rat aber weitgehend intransparent. Klare Zurechnungen und Beurteilungen werden

---

[22] Der Rat verhandelt nach Art. 4 I seiner Geschäftsordnung (Beschluß des Rates vom 6. Dezember 1993 zur Feststellung seiner Geschäftsordnung (93/662/EG), ABl.EG 1999 Nr. L 304/1) grundsätzlich nicht öffentlich; zur Praxis und ihren normativen Grundlagen s. *Brunmayr* The Council's Policy on Transparency, in: Deckmyn/Thomson, Openness and Transparency in the European Union, 1998, 69ff.; *Kahl* ZG 1996, 224ff.; dort auch zu den Abläufen in der vorbereitenden Phase; für die Notwendigkeit, bei geltend gemachten Ansprüchen auf Zugang zu Ratsdokumenten das als Ausnahmegrund anerkannte Interesse an der Geheimhaltung der Beratungen gegen das Informationsinteresse des Antragstellers abzuwägen, EuG Rs. T-174/95, Svenska Journalistförbundet/Rat der Europäischen Union, Slg. 1998 II, 2993 (2372f.).

[23] S. auch *Gusy* ZfP 1998, 267 (273); *Pernice* Deutschland in der Europäischen Union, HStR VIII, § 191, 225 (265); *ders.* DV 1993, 449 (481f.); *Zuleeg* JZ 1993, 1069 (1071, 1073); a.A. *Classen* AöR 119 (1994), 238 (253). Gerechtfertigt und für notwendig erklärt wurde und wird die Intransparenz der Entscheidungsprozesse im Rat, einschließlich der früheren Nichtpublizität des Abstimmungsverhaltens, mit dem Argument, daß Öffentlichkeit der Ratssitzungen die Kompromiß- und damit die Entscheidungsfindung nur noch zusätzlich erschweren werde, s. etwa *Nass* (Fn. 2); wN. bei *Kahl* ZG 1996, 224 (235). Was damit behauptet wird, ist, daß die einzelnen Ratsmitglieder der jeweiligen nationalen Wählerschaft gegenüber demokratische Verantwortung für ihr Entscheidungsverhalten im Rat aus Gründen der Funktionsfähigkeit des europäischen Entscheidungsprozesses nicht übernehmen können. Wie sich das mit der häufig im selben Text behaupteten mittelbaren demokratischen Legitimation der EG-Hoheitsgewalt über die Regierungsvertreter im Rat vertragen soll, bleibt schleierhaft.

[24] In der monatlichen Aufstellung der Rechtsakte des Rates (http://ue.eu.int/de/acts/index.htm) ist ausgewiesen, welche Mitgliedstaaten sich der Stimme enthalten oder gegen den jeweiligen Rechtsakt gestimmt haben. Zu den Bemühungen des Rates um erhöhte Transparenz s. zuletzt Beschluß des Rates zur Verbesserung der Information über die Gesetzgebungstätigkeit des Rates und das öffentliche Register der Ratsdokumente vom 6. Dezember 1999, ABl.EG 2000 Nr. L 9/22.

erschwert durch die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen,[25] durch die Tatsache, daß ein großer Teil der Entscheidungen materiell bereits im entscheidungsvorbereitenden Ausschuß der Ständigen Vertreter und den ihm nachgeordneten Ausschüssen getroffen wird, und durch die Komplexität der Verhandlungsstruktur, die es allen Beteiligten leicht macht, sich nationaler Steuerung und Kontrolle – unter anderem auch der Steuerung und Kontrolle durch die mitgliedstaatlichen Parlamente[26] – durch unwiderlegbare Berufung auf Kompromißzwänge zu entziehen. Der europäische Gesetzgebungsprozeß fungiert deshalb, weit davon entfernt, selbst in klaren Verantwortungszusammenhängen zu stehen, eher als ein Verantwortungsverschiebebahnhof, der auch die Funktionsfähigkeit der innermitgliedstaatlichen politischen Verantwortungszusammenhänge in Mitleidenschaft zieht.

Unzutreffend ist dagegen die verbreitete Annahme, daß eine Legitimationsvermittlung auf diesem Wege auch insoweit von vornherein ausgeschlossen sei, als es um die Legitimation von durch Mehrheitsbeschluß zustandegekommenen Rechtsakten gegenüber den Bürgern derjenigen Mitgliedstaaten geht, deren Vertreter im Rat überstimmt worden sind.[27] Als demokratiewidrig sind nicht Mehrheitsentscheidungen

---

[25] S.o. Fn. 22. Die protokollähnlichen Pressemitteilungen über die Ratssitzungen (http://ue.eu.int/newsroom/main.cfm?LANG=4) geben über Verhandlungsgang und Standpunkte einzelner Beteiligter noch immer kaum Aufschluß.

[26] Dazu statt vieler *Weber-Panariello* Nationale Parlamente in der Europäischen Union, 1995. Zu ganz unabhängig vom Intransparenzproblem bestehenden, in der Natur des Rates als supranationales Verhandlungs- und Kompromißfindungsgremium begründeten Schwierigkeiten wirksamer mitgliedstaatlich-parlamentarischer Kontrolle s. statt vieler auch *P. M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 1996, 81; für Bedenken gegen eine Strategie der Maximierung national-parlamentarischer Einwirkungsmöglichkeiten im Hinblick auf damit verbundene Einbußen an Kompromißfähigkeit und daraus folgende Erschwerung europäischer Regulierung *Scharpf* StWuStP 1992, 293 (298); *Merkel* Das Demokratie-Effizienz-Dilemma, FAZ v. 24.4.1996, 12; *Griller* Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (170ff.).

[27] So aber *Höreth* (Fn. 19), 49ff.; *Fischer-Appelt* Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, 1999, 193; *Scharpf* Demokratische Politik in Europa, in: Grimm/Hesse/Jochimsen/Scharpf (Hrsg.), Zur Neuordnung der Europäischen Union: Die Regierungskonferenz 1996/97, 1997, 65 (66f.); *Merkel* (Fn. 26), 12; *Pernice* in: Dreier (Fn. 2), Art. 23 Rn 52; *Grande* Leviathan 24 (1994), 339 (343); *Murswiek* Die Ratifikation des Maastrichter Vertrages und das Grundgesetz, 1992 (Rechtsgutachten, unveröff.), 54, 60; *Hilf* EuR 1984, 9 (39); vgl. auch *Hofmann* Development and Crisis of Constitutionalism, in: Starck (ed.), Studies in German Constitutionalism, 1995, 17 (32f.); *Griller* Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (173); *Huber* (Fn. 26), 81; *Weiler* (Fn. 2), 82. *Scharpf* (ebd) begründet dies damit, daß das Mehrheitsprinzip nur dort legitim sei, wo das Kollektiv, für das es angewendet werde, eine mit Solidaritätsbereitschaft verbundene kollektive Identität ausgebildet habe, und unterstellt, daß dies in bezug auf die EU bzw. die

des Rates, sondern im Gegenteil, weil sie die demokratiewidrige systematische Privilegierung der negativen Integration verschärfen,[28] die bereichsweise noch immer geltenden Einstimmigkeitserfordernisse für sekundäre Rechtsetzung zu problematisieren.[29]

Über etwaige Einsichten in die Schwäche der über den Rat vermittelten demokratischen Legitimation hilft man sich gern damit hinweg, daß an dieser schwachen und lückenhaften Legitimationskette ja nur ein Teil der Legitimationslast hänge, denn schließlich gebe es auch noch die – wenn auch anerkanntermaßen ihrerseits schwächliche und bereichsweise sogar überhaupt nicht vorgesehene[30] – Legitimation europäischer Rechtsakte durch das Europäische Parlament. Der Verweis auf die „doppelte" Legitimationsbasis der Gemeinschaft soll hier über die Schwächen jeder einzelnen trösten.[31] Dabei gerät aber die – an sich

---

Gesamtheit ihrer Mitgliedstaaten und ihrer Bürger nicht der Fall sei. Die Tatsache, daß diese sich auf die Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen in etlichen Bereichen eingelassen haben, zeigt aber gerade, daß diese Unterstellung nicht mehr generell zutrifft. Eine andere, an Art. 20 II 1 GG anknüpfende Begründung für die These, daß Mehrheitsentscheidungen im Rat den Bürgern der überstimmten Mitgliedstaaten gegenüber demokratisch nicht legitimiert seien, fußt auf der Annahme, die demokratische Legitimation von Entscheidungen der EG setze voraus, daß die jeweilige Entscheidung inhaltlich durch den Willen des deutschen Volkes determiniert wird. Art. 20 II 1 GG wäre danach zu lesen als an das deutsche Volk gerichtetes (konsequenterweise auch auf supranationale Parlamentsentscheidungen zu beziehendes) Verbot, sich überstimmen zu lassen, d.h. als positiv-verfassungsrechtliches Verbot deutscher Beteiligung an demokratischen Formen der Entscheidungsfindung auf höherer als nationaler Ebene. Das ist als Interpretation einer von jeher integrationsoffenen Verfassung ebenso unplausibel wie die dahinterstehende demokratietheoretische Prämisse, daß es Demokratie im eigentlichen Sinne überhaupt nur auf der Ebene des Staates geben könne. Zur Frage der Mehrheitsentscheidungen im Rat im Ergebnis wie hier *Cremer* EuR 1995, 21 (26f.; 30ff.); *Nass* (Fn. 2); *Dreier* (Fn. 2), Art. 20 Rn 43.

[28] S.o. Text bei Fn. 15ff.

[29] S. auch *Griller* Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (173).

[30] S. für die Rechtsetzungskompetenz *des Rates allein* im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik Art. 133 IV EGV, *der Kommission allein* in bezug auf öffentliche und monopolartige Unternehmen Art. 86 III EGV.

[31] *Kluth* (Fn. 9), 78 (87); *Pernice* (Fn. 27), Art. 23 Rn 52f.; für eine „stützende Funktion" des europaparlamentarischen Legitimationsstranges im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen auch BVerfGE 89, 155 (186); für *zentrale* Funktion des europaparlamentarischen Legitimationsstrangs dagegen *Bieber* ZEuS 1999, 141 (144ff.); *Zuleeg* JZ 1993, 1069 (1071); für die umgekehrte Auffassung, das Europäische Parlament habe überhaupt keine „nennenswerte Legitimationsfunktion" und dabei müsse es auch bleiben, weil die Zuweisung einer „positiven demokratischen Kompetenz" für das Europäische Parlament mangels Zurechenbarkeit der Ausübung dieser Kompetenz zum deutschen Volk mit Art. 79 III GG nicht vereinbar sei, *P.M. Huber* StWuStP 1992, 349 (356), und

ja unbestrittene – Erkenntnis aus dem Blick, daß der als „Legitimationskette" verbildlichte demokratische Legitimationszusammenhang zwischen Volk und politischen Entscheidungsträgern weder Selbstzweck noch das Transfermedium für einen als präexistent vorgestellten Volkswillen ist, sondern Instrument zur Herstellung einer Verantwortlichkeit,[32] die den politischen Entscheidungsträgern Veranlassung geben soll, ihre Entscheidungen an den Interessen der gesamten Wählerschaft auszurichten. Wer diese Prämisse akzeptiert, muß von der Vorstellung Abstand nehmen, es seien, so wie man an zwei schwachen Ketten etwas Schwereres aufhängen kann als an einer, auch die Mängel eines zur Begründung wirksamer demokratischer Verantwortlichkeit nicht geeigneten „Legitimations"strangs als behoben anzusehen, wenn noch ein zweiter, auf andere Weise gleichermaßen defizitärer vorhanden ist.

3. *Was folgt aus der Anerkennung des europäischen Demokratiedefizits?*

Es liegt also keineswegs bloß ein Mißverständnis vor, wenn eine verbreitete Auffassung in den festgestellten Abweichungen vom Modell der repräsentativen Demokratie ein Demokratie*defizit* sieht.[33]

Mein Insistieren auf der Existenz eines problematischen europäischen Demokratiedefizits hat nicht den Sinn, das Bundesverfassungsgericht dafür zu kritisieren, daß es in seinem Maastricht-Urteil die Schranke des Art. 79 III GG nicht heruntergelassen hat.[34] Weshalb ein

---

ders. Maastricht – ein Staatsstreich?, 1993, 32. Überblick über diesbezügliche Auffassungen in einigen anderen Mitgliedstaaten der EG bei *Classen* AöR 119 (1994), 238 (246f.).

[32] S. statt vieler BVerfGE 89, 155 (182).

[33] S. aus der politikwissenschaftlichen Literatur *Graf Kielmansegg* Integration und Demokratie, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, 1996, 47 (51ff., 54); *Kohler-Koch* (Fn. 15), 263f., mwN.; aus staatsrechtlicher Sicht *Steinberger* VVDStRL 50 (1991), 9 (39f.); *Murswiek* (Fn. 27), 48ff.; *Schachtschneider/Emmerich-Fritsche/Beyer* JZ 1993, 751 (755); *Griller* Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (174ff.); *Böckenförde* (Fn. 2), 91 („demokratische Legitimität ist in der Europäischen Union ein knappes Gut"); *Gusy* ZfP 1998, 267 (271); besonders dezidiert a.A. *Isensee* (Fn. 8), 103 (133: demokratische Legitimation der europäischen Institutionen „zu Genüge"); *Nass* (Fn. 2).

[34] BVerfGE 89, 155 (181ff.); dort auch zur Einschlägigkeit des 79 III GG. Gegen die Annahme, daß aus Art. 79 III GG Anforderungen in bezug auf ein Mindestmaß an Demokratizität supranationaler Einrichtungen folgen, auf die die Bundesrepublik Deutschland Souveränitätsrechte überträgt, *Randelzhofer* (Fn. 2), 46ff.; für mittelbare Relevanz des Art. 79 III GG *Klein* VVDStRL 50 (1991), 56 (69ff., 71). Zur Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts allg. *Götz* JZ 1993, 1081ff.; *Frowein*

jahrzehntealtes, durch Kompetenzerweiterungen der Gemeinschaft schrittweise verschärftes, andererseits aber vor allem durch Kompetenzerweiterungen des Europäischen Parlaments im Vergleich zum Ausgangszustand schrittweise *ent*schärftes Demokratiedefizit der Gemeinschaft gerade mit dem Maastrichter Vertrag die verfassungsrechtliche Toleranzgrenze überschritten haben sollte, wäre kaum zu begründen gewesen.[35] Vor allem aber ist die Europäische Gemeinschaft – und war sie von Anfang an – ja evidenterweise alles andere als eine Diktatur.[36] Gegründet wurde sie nicht zur Drosselung der Demokratie, sondern zur Wahrung und Förderung von Frieden und Wohlstand in Europa. Man kann ihr sogar bescheinigen, daß sie *unter den gegebenen Restriktionen* in bestimmten Hinsichten demokratische Grundsätze konsequenter realisiert als einige ihrer Mitgliedstaaten, darunter auch die Bundesrepublik Deutschland (dazu unter III.2.c). Es handelt sich hier also nicht um den Rückfall in Despotie und Menschenverachtung, gegen den das Grundgesetz die Schranke des Art. 79 III GG errichtet hat, sondern im Gegenteil um eine Institution, die solche Rückfälle mit größerer Wahrscheinlichkeit verhindern wird, als irgendein Verfassungsartikel dies könnte. Zurückhaltung im Gebrauch der verfassungsgerichtlichen Verwerfungskompetenz lag und liegt angesichts dieses präzedenzlosen Projekts deshalb nahe, – auch unabhängig von Überlegungen zu den faktischen Grenzen judizieller Geschichtsgestaltungskapazität.

Worum es mir geht, ist die Wahrung des Problembewußtseins, die volle Anerkennung des bestehenden Defizits in der Demokratiefrage. Dem Bundesverfassungsgericht konnte das bei gleichzeitiger Verwerfungsabstinenz nicht gelingen, weil es sich keine spezielle rechtsdog-

---

ZaÖRV 1994, 1ff.; *Schwarze* NJ 1994, 1ff.; *Streinz* EuZW 1994, 329ff.; *Wieland* EJIL 5 (1994), 259ff.

[35] S. auch, für den Maastrichter Vertrag als Verbesserung des Zustandes der Demokratie in der Gemeinschaft, *Pernice* DV 1993, 449 (465ff., 471); *Weiler* JöR N.F. 44 (1996), 91 (110f.); a.A. – für sukzessive Verschärfung des Demokratiedefizits durch die verschiedenen Vertragsänderungen – *Murswiek* (Fn. 27), 52f.

[36] Auf das hohe Maß an „checks and balances" in der europäischen Institutionenordnung und das ausgebaute europäische Rechtsschutzsystem wird in der Diskussion über das europäische Demokratiedefizit mit Recht immer wieder hingewiesen, s. etwa *Frowein* Constitutionalism in the Face of the Changing Nation State, in: Starck, Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis, 1999, 53 (63). Diese Züge verbieten es, das europäische politische System als antidemokratisch im Sinne der üblichen totalitären Gegenbilder zur Demokratie zu qualifizieren. Nur bedeutet das eben noch nicht, daß die Lage unter Demokratiegesichtspunkten zufriedenstellend wäre.

matische Figur des *judicial restraint* nach Art der US-amerikanischen *political question doctrine*[37] geschaffen hat, die es erlauben würde, Zurückhaltung in der Ausübung seiner Verwerfungskompetenz ohne gleichzeitige Erteilung eines verfassungsgerichtlichen Segens zu üben.[38] Ein solches Tertium zwischen der Verwerfung als verfassungswidrig und der Absegnung als verfassungsgemäß hätte in Angelegenheiten der europäischen Integration, zuletzt des Maastrichter Vertrages, ein Passierenlassen ohne Beschönigungszwang ermöglicht. Wenn statt dessen das Bundesverfassungsgericht und die Literatur, die es bei seiner Entscheidung hinter sich wissen oder im Nachhinein als zustimmend verbuchen konnte, der Europäischen Gemeinschaft unter Berufung auf den Nichtübertragbarkeitsgrundsatz positiv in aller Form ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau bescheinigen,[39] verleugnen sie das bestehende Problem und tragen damit zu dessen Fortexistenz bei.

Das kann auf die Dauer nicht ohne Rückwirkungen auf die Bedeutung bleiben, die man diesem Prinzip für die innerstaatliche Institutionenordnung zumißt. In der politikwissenschaftlichen Literatur deuten sich gerade bei Autoren, die sich intensiv auch mit Fragen der Demokratie auf europäischer Ebene auseinandergesetzt haben, solche Rückwirkungen bereits darin an, daß output-orientierte Demokratiekonzepte an Boden gewinnen.[40] Unmittelbare Rückschlüsse von der mit

---

[37] Darstellung und Analyse dieser Doktrin bei *Scharpf* Die Grenzen der richterlichen Verantwortung, 1965; s. auch *Zuck* JZ 1974, 361ff.; *Engelen* Die „Political Question Doctrine" und ihre Anwendung auf außenpolitische Sachverhalte seit dem Vietnamkonflikt, Diss. Bonn 1984; *Brugger* Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, 19ff.

[38] Im Hinblick auf dieses Anliegen ist der Vorschlag, richterliche Zurückhaltung auf der Ebene der materiellen Interpretation des Verfassungsrechts zu üben statt durch Anwendung einer political-question-Doktrin (s. *Bryde* Verfassungsentwicklung, 1982, 309 (312), nicht funktional äquivalent. S. für den Vorschlag einer anderen Variante des Durchgehenlassens ohne Reinwaschung, nämlich vorübergehende Akzeptanz unter dem Vorbehalt baldiger Demokratisierungsfortschritte, *Weiler* JöR N.F. 44 (1996), 91ff.; diese denkbare und mit den Folgeproblemen einer so vermiedenen verfassungsgerichtlichen Verwerfung des Vertragswerks vielleicht auch begründbare Variante war dem Gericht aber wohl praktisch deshalb verschlossen, weil sie das Eingeständnis impliziert hätte, das Problem des europäischen Demokratiedefizits in der Vergangenheit verschlafen zu haben.

[39] BVerfGE 89, 155 (182ff.).

[40] S. als Beispiele etwa *Mény* The People, the Elites and the Populist Challenge, in: Greven (Fn. 15), 289ff.; *Majone* Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions, EUI Florenz, RSC Working paper no 56/97, 16ff. u. passim; *ders.* Regulatory Legitimacy, in: ders. (ed.), Regulating Eu-

dem Nichtübertragbarkeitsgrundsatz begründeten Anspruchslosigkeit des Demokratieprinzips *in supranationalibus* auf die nationale Ebene liegen zwar nicht nahe. Der Nichtübertragbarkeitsgrundsatz besagt ja gerade, daß demokratische Legitimation für eine supranationale Organisation nicht dasselbe bedeuten könne wie innerhalb eines Staates.[41] Das gilt, so wird man interpretieren dürfen, auch in umgekehrter Richtung. Trotzdem hat der Nichtübertragbarkeitsgrundsatz in seiner die europäische Integration betreffenden normativen Verwendung eine auch für die nationale Ebene gefährliche Implikation, nämlich daß die üblichen Anforderungen an die demokratische Legitimation allgemeinverbindlicher Entscheidungsproduktion nur gelten, soweit sie eben für das, was man politisch vorhat, passen. Diese Implikation – die Lehre, daß man einfach den angelegten verfassungsrechtlichen Maßstab verwerfen kann, wenn der Gegenstand, an den er angelegt wird, sich ihm nicht fügen will, – ist der faule Kern des Nichtübertragbarkeitsgrundsatzes.

Wenn das europäische Demokratiedefizit der Ausdruck nicht gegebener Bereitschaft zu politischer Einheitsbildung unter dem Mehrheitsprinzip ist, dann ist, solange sich an dieser Bereitschaftslage nichts wesentliches ändert, die Feststellung, daß die im Staatskontext obligatorischen Mechanismen demokratischer Entscheidungsfindung auf die EG nicht übertragbar sind, *als Tatsachenfeststellung* unbestreitbar richtig. Die Forderung, die EG solle sich in eine Demokratie nach dem institutionellen Muster demokratischer Staaten transformieren, ist *als Kurzfristpostulat* unter den gegebenen Umständen irreal, weil der ganze Sinn der EG als supranationaler Gemeinschaft bislang darin besteht, daß bei gegebener Bereitschaft zu partiellem Souveränitätstransfer der Zusammenschluß der Europäer zum Volk *einer Demokratie*, sei es auch einer mit begrenzten Kompetenzen, gerade nicht gewollt ist.[42]

---

rope, 1996, 284ff.; s. auch, aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, die ganz überwiegend output-orientierte Rechtfertigungsstrategie von *Nass* (Fn. 2). *Schachtschneider* Regieren für statt durch das Volk?, in: v. Arnim (Hrsg.), Adäquate Institutionen: Voraussetzungen für „gute" und bürgernahe Politik?, 1999, 203 (221) spricht in diesem Zusammenhang von einem „Verfall der Wirkkraft der demokratischen Idee" – ganz zu Recht, wenn man als „demokratische Idee" die Überzeugung versteht, daß nur ein *government by the people* auch ein *government for the people* sein kann.

[41] BVerfGE 89, 155 (182).

[42] S. aber, dies ins Normative wendend, für die Charakterisierung der „Forderung einer Rechtsetzungs-Allzuständigkeit des Europäischen Parlaments" als „gefährliche Sinnverkehrung" *Kluth* (Fn. 9), 95.

Als Argument gegen Visionen und Forderungen künftiger vertiefter Integration – die ja nicht gleichbedeutend wäre mit europäischer Staatsbildung im Sinne der Ausstattung mit einer Kompetenz-Kompetenz, sondern vor allem in vertiefter institutioneller Integration auf den bisherigen Zuständigkeitsfeldern bestehen müßte,[43] – eignet sich diese Feststellung bisheriger Tatsachen allerdings nicht. Was immer gegen die Vision eines auf den vergemeinschafteten Feldern auch wirklich vereinten Europa und gegen konkrete weitere Schritte in diese Richtung sprechen mag – dafür spricht immerhin, daß so, und nur so, das spezifische Demokratiedefizit der EG behoben werden könnte.

Gewarnt wird vor Reformschritten, die den Status des Europäischen Parlaments in Richtung auf ein vollwertiges demokratisches Repräsentationsorgan verschieben, vor allem mit dem Verweis darauf, daß diese Form der Demokratisierung an der Nichtexistenz eines europäischen Volkes scheitern müsse.[44] Legt man einen nüchternen Volksbegriff zugrunde, ist aber nicht die Volkwerdung der Europäer Voraussetzung für die Demokratisierbarkeit Europas, sondern eher umgekehrt am Grad

---

[43] Zutreffend *Griller* Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (178). Diskussionen über die Zukunft Europas leiden häufig daran, daß ganz unterschiedliche Dimensionen erweiterter oder vertiefter Integration nicht deutlich unterschieden werden: Erweiterung im Sinne einer Integration neuer Mitglieder, Kompetenzerweiterung im Sinne eines Ausbaus der primärrechtlichen Zuständigkeiten, Vertiefung im Sinne eines Ausbaus des *acquis communautaire* auf der Basis gegebener Zuständigkeiten, und institutionelle Vertiefung im Sinne der Institutionalisierung von Prinzipien der Entscheidungsproduktion, die zum Ausdruck bringen, daß die Entscheidungen nicht als Entscheidungen bloßer Verhandlungspartner und auch nicht als Entscheidungen einer aus Staaten, sondern als Entscheidungen einer aus Bürgern konstituierten Einheit begriffen werden. Nur von dieser letzteren Variante ist im Text die Rede.

[44] *Böckenförde* (Fn. 2), 92 ff.; *Dreier* (Fn. 2), Art. 20 Rn 38; *Graf Kielmansegg* (Fn. 33), 54 ff.; *Grimm* JZ 1995, 581 (589 f.); *Kokott* AöR 119 (1994), 207 (214); s. außerdem für Autoren, für die Demokratie sich als nicht vom *Staats*volk ablösbar darstellt, weil sie auf der Unauflöslichkeit des Zusammenhangs von Staat und Demokratie bestehen, oben Text bei Fn. 24; für erfolgte „faktische politische Integration" als Voraussetzung der Legitimität parlamentarischer Mehrheitsherrschaft *Scharpf* StWuStP 1992, 293 (296 f.); *Höreth* (Fn. 19), 257 ff.; vgl. auch die N. in Fn. 15; a.A. *Steinberger* VVDStRL 50 (1991), 9 (23); *Oeter* ZaöRV 55/2 (1995), 659 (691, unter Hinweis darauf, daß historisch „die meisten Nationen Europas Folgeprodukte der gemeinsamen Staatlichkeit ... und nicht präexistente Voraussetzungen des auf ihrer Grundlage errichteten nationalen Staates" gewesen seien); ähnlich *Grewe* Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl u.a. (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, 59 (61 ff., 63); *Brock* Verweltlichung der Demokratie. Aus der Verflechtungs- in die Entgrenzungsfalle, in: Greven (Fn. 15), 39 (46); ausführliche Kritik der „Kein-demos-These" bei *Weiler* JöR N.F. 44 (1996), 91 ff.

der Demokratisierung Europas ablesbar, inwieweit von der Existenz eines europäischen Volkes die Rede sein kann. Die Nichtexistenz eines europäischen *demos* ist dann *gleichbedeutend* mit fehlender Bereitschaft zur Integration in ein staatsanalog demokratisiertes Europa, d.h. sie ist der Ausdruck, das Wesen des europäischen Demokratieproblems und nicht ein von der Existenz dieses Problems begrifflich trennbares Hindernis seiner Lösung.[45]

Was schließlich das als Hindernis für Kompetenzerweiterungen des Europäischen Parlaments angeführte Fehlen einer europäischen Öffentlichkeit angeht, die doch Voraussetzung wirklicher Demokratisierung sei,[46] spricht nicht zuletzt die deutliche Europäisierung der Medienberichterstattung seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam dafür, daß das Verhältnis von Voraussetzung und Folge ein anderes ist als bei dieser Argumentation unterstellt.[47]

Aus der Anerkennung des europäischen Demokratiedefizits folgt vor allem, daß weitere Reformen in Richtung auf den Ausbau des Europäischen Parlaments zu einem vollwertigen demokratischen Repräsentationsorgan zu fordern sind. Realistischerweise wird man solche Verbesserungen aber nur schrittweise erwarten können.[48] Umso mehr muß gerade die EG bemüht sein, diejenigen Möglichkeiten der Demokratisierung ihrer Entscheidungsprozesse auszuschöpfen, deren Realisierung nicht durch die Besonderheiten der EG als supranationaler Organisation erschwert ist. Von solchen Möglichkeiten wird im weiteren Verlauf noch die Rede sein (s. unter III. 2).

---

[45] Ebenso wohl *Fischer-Appelt* (Fn. 27), 189 Fn. 17, mit der Bezeichnung des kein-*demos*-Arguments als „zirkulär".

[46] Dazu vor allem *Grimm* JZ 1995, 581 (587ff.); *Grande* Leviathan 24 (1994), 339 (350f.).

[47] Eher für die Annahme, daß die Entstehung einer europäischen Öffentlichkeit gerade als Konsequenz einer Stärkung des Europäischen Parlaments zu erwarten sei, auch *Kluth* (Fn. 9), 65; *Pernice* DV 1993, 449 (480); *Classen* AöR 119 (1994), 238 (257); *Steinberg* ZRP 1999, 365 (369); für den Hinweis darauf, daß auch die nationalen Öffentlichkeiten nur als relativ zersplitterte exisitieren, *Grewe* (Fn. 44), 64f. Zum Thema auch *Häberle* Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, 2000, 24ff.

[48] Dabei stößt zwangsläufig der Abbau der erheblichen Ungleichheiten in der europaparlamentarischen Repräsentation der Bürger großer und kleiner Mitgliedstaaten (dazu *Steffani* Das Demokratie-Dilemma der Europäischen Union, in: Steffani/Thaysen (Hrsg.), Demokratie in Europa: Zur Rolle der Parlamente, 1995, 33 (38ff.)) auf noch größere Schwierigkeiten als die funktionelle Stärkung des Europäischen Parlaments.

III. Nicht-spezifische Demokratiedefizite

1. Worin besteht das Problem?

a) Abnehmende Legitimationsleistung der repräsentativen Demokratie als Folge von Aufgabenkomplexität und gesellschaftlicher Differenzierung

In der rechts- und politikwissenschaftlichen Diskussion über das Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft wird wenig Aufmerksamkeit den zunehmenden Legitimationsschwierigkeiten gewidmet, die die EG und ihre Mitgliedstaaten gemeinsam haben. Die verbreitete Wahrnehmung der politischen Steuerungszentren als entfernte und in ihrer Funktionsweise nicht durchschaubare Apparate, Politikverdrossenheit, Geringschätzung der offerierten Chancen politischer Mitbestimmung, tendenziell sinkende Wahlbeteiligung, – all das sind Problemdiagnosen, die nicht nur der EG gestellt werden, sondern mit kleinen Akzentverschiebungen auch den mitgliedstaatlichen Demokratien.

Dabei spielt, was die nationale Ebene angeht, sicher eine wichtige Rolle, daß die transnationale Integration der Wirtschaft und die ihr nachhinkende Inter- und Supranationalisierung der Politik den nationalen Demokratien viel an autonomer Steuerungsfähigkeit entzogen haben, ohne daß der Bürger für seine dadurch auf nationaler Ebene verkürzten Einflußchancen auf inter- oder supranationaler Ebene gleichwertig entschädigt worden wäre.[49] Das nationale Demokratieproblem erscheint so zumindest partiell als eine mittelbare Konsequenz des spezifisch europäischen.

Man muß aber nur eigene politische Unzufriedenheiten analysieren, um zu erkennen, daß die diagnostizierten Probleme in den Mitgliedstaaten wie auch auf der Ebene der EG nicht allein aus den spezifisch internationalisierungsbedingten Demokratiedefiziten hervorgehen. Der zentrale allgemeine Problemfaktor ist die Unmöglichkeit, mit der Wählerstimme, die man von Zeit zu Zeit abgeben darf, die jeweils eigenen politischen Präferenzpakete angemessen zu transportieren.

Daß die Parteien, denen die Funktion des Aggregierens und der Vermittlung individueller Präferenzentscheidungen zugedacht ist, diese Funktion heute weniger zufriedenstellend erfüllen als früher, liegt nicht

---

[49] *Grande* Leviathan 24 (1996), 339 (340f. u. passim); *Streeck* Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie?, 1998, 11 (dort S. 37 u. passim insbesondere zur internationalisierungsbedingt *abnehmenden Verpflichtungsfähigkeit* nationaler Demokratien); *Scharpf* Demokratie in der transnationalen Politik, ebd 151 ff.

an abnehmender sachlicher oder moralischer Kompetenz der Politiker, sondern daran, daß die Aufgabe schwieriger geworden und zufriedenstellend überhaupt nicht mehr erfüllbar ist. Dies hat vor allem zwei Gründe: einerseits die Zunahme der Menge und Komplexität dessen, was politisch entschieden werden muß, und andererseits der gleichzeitige Schwund an Bindungsfaktoren – stabile Klassen- und Milieuzugehörigkeiten, Konfessionszugehörigkeiten oder weltanschauungsprägende Zentralanliegen wie bis 1990 die Haltung zum Kommunismus und die damit zusammenhängende Bindekraft des links-rechts-Schemas, – die in der Vergangenheit eine gleichsinnige Bündelung individueller Entscheidungspräferenzen zu wenigen Alternativpaketen ermöglicht haben. Kurz: Zunehmende Aufgabenkomplexität der Politik[50] und zunehmende gesellschaftliche Differenzierung[51] haben zu einer Individualisierung der politischen Präferenzpakete geführt, die in parteipolitischen Programmpaketen nicht mehr adäquat abbildbar ist. Hohe Kongruenzgrade zwischen den Wählerpräferenzen und der Gesamtheit der politischen Entscheidungen gewählter Parlamente und Regierungen werden damit immer unwahrscheinlicher.[52] Für den Bürger bedeutet die gestiegene Unwahrscheinlichkeit einer Politik, die seinem individuellen Präferenzenmix entspricht, und die Unmöglichkeit, mit seiner einen Wählerstimme auch nur *mitzuteilen*, was er eigentlich will, zunächst einmal vermehrte politische Frustration.[53] Und für die politischen Entscheidungsträger bedeutet insbesondere die Tatsache, daß sie über unendlich viel mehr und Komplizierteres, durch keinen Sinnzusammenhang Integriertes zu entscheiden haben, als jeder einzelne ihrer Wähler jemals zu evaluieren, geschweige denn mit seiner einen Wählerstimme zu sanktionieren in der Lage sein wird, eine Verdünnung ihrer

---

[50] Zu dieser Entwicklung zahlreiche Beiträge in Grimm, Staatsaufgaben, 1996; s. auch, zum „Demokratieverlust durch Komplexität", *Hendler* Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, 347.

[51] Dazu *Schimank* Theorien gesellschaftlicher Differenzierung, 1996.

[52] Dieser Zusammenhang und seine Bedeutung für die legitimatorische Leistungsfähigkeit der repräsentativen Demokratie werden selten deutlich gesehen und explizit behandelt. Eine Ausnahme bildet die ökonomische Literatur, s. *Kruse* Demokratiedefizite und Funktionsmängel in der Politik, in: ders./Mayer (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik, 1996, 9 (16ff.); *Schweinsberg* Demokratiereform, Diss. Freiburg (Schweiz) 1998, 36f.

[53] Zugleich mindert die Kombination von Aufgabenfülle der Politik und differenzierungsbedingter Individualisierung zwangsläufig auch die Bereitschaft, sich in politischen Parteien für das Schnüren und den Transport von Präferenzpaketen zu engagieren, die weder dem jeweils eigenen im wesentlichen entsprechen, noch eine Chance auf breite Repräsentativität für die Präferenzpakete anderer haben.

politischen Verantwortlichkeit, die gleichbedeutend ist mit Verdünnung der demokratischen Legitimation für jede einzelne der zu treffenden Entscheidungen.

b) Problemverschärfende Konsequenz: Der Externalisierungstrend

Das schon angesprochene Aufgabenwachstum der Politik hat noch einen weiteren problemverschärfenden Aspekt. Die Menge und Komplexität des Regelungs- und Entscheidungsbedürftigen ist weit über die Entscheidungs- und Verantwortungskapazitäten der zu politischer Entscheidung primär legitimierten Instanzen hinaus angewachsen. Das politische System reagiert darauf mit entweder formeller oder informeller Delegation von Entscheidungskompetenzen an mehr oder weniger verselbständigte öffentliche Einrichtungen oder sogar an Private, d.h. mit *weiterer Diffusion der Verantwortungszusammenhänge.* Aus den mitgliedstaatlichen Zusammenhängen ist diese Entwicklungstendenz allgemein bekannt. Ausgeprägt zeigt sie sich aber auch auf der Ebene der EG.[54]

Da sind zunächst die Aufgabenverlagerungen im Rahmen des europäischen Ausschußwesens.[55] Hier muß allerdings differenziert werden:

---

[54] Als zumindest juristisch vergleichsweise unbedenklich, weil immerhin primärrechtlich eingefangen, erscheint die ausgiebige Delegation von Rechtsetzungsmacht an die Kommission. Die Mehrzahl der Richtlinien und Verordnungen wird heute nicht vom Rat, gegebenenfalls im Zusammenspiel mit dem Parlament, sondern von der Kommission erlassen. Vereinzelt handelt es sich dabei um die Ausübung von Rechtsetzungskompetenzen, die unmittelbar durch den EG-Vertrag der Kommission zugewiesen sind, also um eine nicht delegierte, sondern originäre Kommissionskompetenz (s. Art. 86 III EGV), ganz überwiegend aber um die Ausübung von Durchführungsbefugnissen, die nach Art. 202 (3. Spiegelstrich, s. auch Art. 211 4. Spiegelstrich) EGV durch Verordnung oder Richtlinie des Rates an die Kommission übertragen worden sind. Sieht man von der weniger restriktiven Fassung der EG-verfassungsrechtlichen Delegationsermächtigung und der schwächeren Legitimationsbasis sowohl der delegierenden Rechtsakte als auch des Delegatars ab, ist dies die Parallelinstitution zur aus dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten bekannten Verordnungsermächtigung, nur daß der EG-Vertrag, anders als das nationale Verfassungsrecht, die delegierenden Rechtsakte von den in Ausübung der delegierten Kompetenz erlassenen dem Namen nach nicht unterscheidet.

[55] S. dazu *Falke* Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung, in: Joerges/Falke, Das Ausschußwesen der Europäischen Union, 2000, 43 ff.; *Neyer* Justifying Comitology: The Promise of Deliberation, in: Neunreither/Wiener (Hrsg.), European Integration After Amsterdam, 2000, 112 ff.; *Dehousse* Citizens' Rights and the Reform of Comitology Procedures. The Case for a Pluralist Approach, Florenz (European University Institute, RSC Policy Paper 98/4), 1998; *Bradley* ELJ 1997, 230 ff.; *Vos* ELJ 1997, 210 ff.; *Dogan* West European Politics 1997, 31 ff.; *Joerges/Neyer* ELJ 1997, 273 ff.; *Blumann* RDTE 1996, 1 ff.

Die sogenannte Komitologie im engeren Sinne, d.h. das in zahlreichen Richtlinien und Verordnungen in Verbindung mit dem sogenannten Komitologie-Beschluß[56] vorgesehene Verfahren der Beteiligung mitgliedstaatlich besetzter Ausschüsse an Durchführungsrechtsakten der Kommission, gehört nicht uneingeschränkt in diesen Zusammenhang. Mit der Verpflichtung der Kommission, das Votum mitgliedstaatlich besetzter Ausschüsse einzuholen, und der Wiedereinschaltung des Rates, die in einigen Komitologie-Verfahrensvarianten für den Fall eines Dissenses zwischen Kommission und Ausschuß vorgesehen ist, sichern die im Rat vertretenen Mitgliedstaaten sich dort, wo sie Durchführungsbefugnisse auf die Kommission übertragen haben, Einfluß auf die Ausübung dieser übertragenen Befugnisse. Das Komitologieverfahren im engeren Sinn hat also jedenfalls seiner Genese nach nicht die Funktion, die Kommission von kapazitätsübersteigender Aufgabenkomplexität zu entlasten, sondern dient dazu, sie an der mitgliedstaatlichen Leine zu halten. Bei der vielbeklagten Undurchschaubarkeit und Verantwortungsferne des Komitologieverfahrens handelt es sich demnach primär um ein EG-spezifisches Demokratieproblem, das, wie alle spezifischen Demokratieprobleme der EG, auf begrenztem Einheitswillen und dementsprechend begrenzter Bereitschaft zur Abgabe mitgliedstaatlichen Einflusses beruht.

Schon eher um eine Erscheinungsform der unspezifischen Tendenz zur formellen oder informellen Entscheidungsauslagerung, die für die EG gleichermaßen wie für ihre Mitgliedstaaten aus tendenzieller Überforderung der verfassungsrechtlich vorgesehenen Entscheidungsträger resultiert, handelt es sich dagegen bei der verbreiteten Einschaltung technisch-wissenschaftlicher Ausschüsse[57], die beträchtlichen faktischen Einfluß auf die Entscheidungstätigkeit der Kommission ausüben.[58]

Auf eine faktische Delegation von Normsetzungskompetenzen läuft die Art und Weise hinaus, in der, eher noch weitergehend als das natio-

---

[56] Zunächst: Beschluß vom 13. Juli 1987 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (87/373/EWG), ABl.EG 1987 Nr. L 197/33; novelliert durch Beschluß vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (1999/448/EG), ABl.EG 1999 Nr. L 184/23; zu dieser neuen Fassung des Beschlusses *Hauschild* ZG 1999, 248ff.

[57] Überblick bei *Falke* (Fn. 55), 108ff.

[58] S. aber für die Einschätzung, daß diese beratenden Ausschüsse fast durchweg auch faktisch *nicht* die Funktion von „Herrschaftsagenturen" haben, *Winter* Drei Arten gemeinschaftlicher Rechtsetzung und ihre Legitimation, in: Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 1994, 45 (49).

nale Recht, auch das EG-Recht sich die Ergebnisse privatverbandlicher Normung zu eigen macht. Mit der 1985 beschlossenen sogenannten „Neuen Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung"[59] sind der privaten Regelsetzung durch die Normungsverbände wesentliche Aufgaben im Rahmen der Schaffung des europäischen Binnenmarktes zugewiesen worden. Die Harmonisierung produktbezogener Vorschriften, die erforderlich ist, um die gemeinschaftsweite Verkehrsfähigkeit von Produkten zu sichern, erfolgt danach, weil dies das gemeinschaftliche System der Rechtsetzung überfordern würde, nicht unmittelbar durch Gemeinschaftsrecht; das Richtlinien- und Verordnungsrecht beschränkt sich vielmehr im Wesentlichen auf generalklauselartige Anforderungen, während die Konkretisierung dieser Anforderungen den europäischen Normungsverbänden, insbesondere dem CEN, übertragen wird. Entspricht ein Produkt den Anforderungen einer von diesen Verbänden aufgestellten Norm, so begründet dies die Vermutung, daß das Produkt auch den Anforderungen der Richtlinie entspricht, die die Norm zu konkretisieren beansprucht, und dementsprechend im Binnenmarkt verkehrsfähig ist.[60] Die Normtexte werden nicht amtlich veröffentlicht; der Interessent muß sie – teuer – käuflich erwerben.[61]

Erhebliche Bedeutung hat auch die Verlagerung administrativer Aufgaben auf verselbständigte Verwaltungsträger. Für die Ebene der EG ist hier auf die wachsende Zahl der sogenannten Agenturen (von engl.: *agency*) zu verweisen.[62] Es handelt sich hier um Behörden, die mit eige-

---

[59] Entschließung des Rates über eine Neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung vom 7.5.1985, ABl.EG 1985 Nr. C 136/1.

[60] Zur europäischen Normung allg. und zu ihrer Nutzung für die Binnenmarktpolitik der EG im Rahmen der „Neuen Konzeption" *Rönck* Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1985; Bericht des Ausschusses für Bildung, Wissenschaft, Forschung, Technologie und Technikfolgenabschätzung, BTDrucks. 13/6450; *Roßnagel* DVBl. 1996, 1181ff.; *Di Fabio* Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996, 1ff.; *Schulte* Materielle Regelungen: Umweltnormung, in: Rengeling Handbuch zum deutschen und europäischen Umweltrecht, Bd.1, 1998, 449ff.; *Zubke-von Thünen* Technische Normung in Europa, 1999, 630ff.; *Feldhaus* Umweltschutz und technische Normung, in: Jahrbuch des Umwelt und Technikrechts 2000, 2000, 169 (183ff.); *Holle* Verfassungsrechtliche Anforderungen an Normierungskonzepte im Lebensmittelrecht, 2000, 80ff.; zur Einordnung als „faktische Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen" *Roßnagel* ebd 1181; *Schulte* ebd 477ff.

[61] Näher *Rönck* (Fn. 60), 269f.; krit. dazu *Führ* ZUR 1993, 99 (101).

[62] Ausführliche Darstellung bei *Fischer-Appelt* (Fn. 27). Geplant ist gegenwärtig die Einrichtung einer Lebensmittelagentur, s. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch zur Lebensmittelsicherheit, vom 12. Januar 2000, KOM(1999) 719

ner Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind und ihre Aufgaben in sehr weitgehender Unabhängigkeit erfüllen. Für keine der bisherigen EG-Agenturen existiert eine Fachaufsicht[63], und teilweise fehlt auch ein Instrumentarium, das als rechtsaufsichtlich gekennzeichnet werden könnte, so daß die Steuerungsmöglichkeiten sich – abgesehen von bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Betroffener – teilweise auf Entscheidungen über Leitungspersonal und Budget beschränken.[64] Die Großzügigkeit, mit der die in der Europarechtswissenschaft herrschende Auffassung die Gründung solcher im EG-Vertrag nicht vorgesehenen selbständigen Träger von EG-Hoheitsrechten und deren ungewöhnliches Ausmaß an Unabhängigkeit billigt,[65] ist ebenso bemerkenswert wie die Tatsache, daß die Schwäche der ohnehin ja schon kaum belastbaren demokratischen „Legitimationsketten", mit denen man es hier zu tun hat,[66] von den im nationalen Zusammenhang diesbezüglich so sensiblen Teilen der Staatsrechtslehre nicht problematisiert zu werden pflegt. Im Vergleich zu allem, was auf der Ebene der EG hinsichtlich der Qualität der Legitimationsketten sonst noch großer Nachsicht bedarf, ist dies freilich auch nur eine Kleinigkeit.

Zu erwähnen ist schließlich die Sitte, Förderprogramme, mit denen öffentliche Gelder bis in Milliardenhöhe vergeben werden, von Privaten verwalten zu lassen.[67] Zwei Beispiele dafür, die MED-Programme für die dezentralisierte Zusammenarbeit mit den Mittelmeerländern und das Berufsbildungsprogramm Leonardo da Vinci, sind detailliert geschildert in dem Bericht des Ausschusses unabhängiger Sachverständiger, der im vergangenen Jahr zum Rücktritt der Kommission geführt

---

endg., Kap. 4. Ein konkreter Vorschlag dazu wird für den Herbst erwartet, s. *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) 19. und 20. Juni 2000, Schlußfolgerungen des Vorsitzes (http://www.europarl.eu.int/summits/fei1_de.htm), Rn 45.

[63] *Fischer-Appelt* (Fn. 27), 263.

[64] S. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch zur Lebensmittelsicherheit, vom 12. Januar 2000, KOM(1999) 719 endg., Kap. 4.

[65] *Fischer-Appelt* (Fn. 27), 78ff. u. passim; *Hilf* Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, 1982, 303ff.

[66] Über die Frage, ob der partiellen Abkoppelung vom „kettenförmigen" Legitimationszusammenhang hier legitimitätsstiftende Faktoren anderer Art gegenüberstehen (zu dieser Möglichkeit allg. noch unter III.2.e), ist damit nichts gesagt.

[67] Zu dieser Praxis und ihren Ursachen – außerordentliche Zunahme des Fördermittelbudgets bei gleichzeitiger Verweigerung des erforderlichen Personalzuwachses der Kommission s. *Ausschuß unabhängiger Sachverständiger*, Erster Bericht über Anschuldigungen betreffend Betrug, Mißmanagement und Nepotismus in der Europäischen Kommission, 15. März 1999, http://www.europarl.eu.int/experts/de/report1_de.htm, Abschnitt 5.8.2.; s. auch *Mestmäcker* Wandlungen in der Verfaßtheit der Europäischen Gemeinschaft, Bielefelder Universitätsgespräche und Vorträge Heft 8, 2000, 24ff.

hat.[68] Die Verordnung, mit der das Programm für die Zusammenarbeit mit Drittstaaten im Mittelmeerraum aufgelegt worden war, hatte die Verwaltung der bereitgestellten Mittel der Kommission übertragen. Die Kommission verlagerte, ohne Ausschreibung, die Wahrnehmung dieser Aufgabe im Wesentlichen auf eine von verschiedenen Firmen extra zu diesem Zweck gegründete sogenannte „Agentur für die Transmediterrannetze", eine privatrechtliche Gesellschaft nach belgischem Recht, die ihrerseits wiederum die technische Überwachung auf verschiedene, in der üblichen Weise als „Büros für technische Hilfe" bezeichnete private Einrichtungen übertrug – darunter Privatunternehmen, die die Kommission zuvor bei der Ausarbeitung der Programme beraten hatten. Das mit 650 Mio. ECU ausgestattete Berufsbildungsförderprogramm „Leonardo da Vinci" beruhte auf einer Ratsentscheidung.[69] Die Verwaltung dieses Programms wurde – immerhin auf der Grundlage einer Ausschreibung – in allem sachlich Wesentlichen an eine französische Gesellschaft als „Büro für technische Hilfe" vergeben. Die systematischen groben Unregelmäßigkeiten bis hin zu strafrechtlich relevanten Vorgängen, zu denen es in beiden Fällen kam, haben den Ausschuß veranlaßt, die bisherige Form der Programmabwicklung durch Private grundsätzlich in Frage zu stellen. Die auf einen Anschein des Öffentlichen („Agentur") oder der Subalternität im Verhältnis zum öffentlichen Programmträger („Büro") zielende Wortwahl in den Bezeichnungen der Auftragnehmer deutet darauf hin, daß auch der Kommission selbst die Problematik solcher Konstruktionen durchaus bewußt war. Gegenwärtig denkt man bei der Kommission darüber nach, die Verwaltung der Förderprogramme künftig auf besondere, jeweils verordnungsbasiert zu gründende Einrichtungen – sogenannte Exekutivagenturen – zu übertragen; die Inanspruchnahme privater „Büros für technische Hilfe" soll damit aber nicht ganz überflüssig werden.[70]

---

[68] S. *Ausschuß unabhängiger Sachverständiger* (Fn. 67), Abschnitte 3. und 5.; krit. dazu *Mestmäcker* (Fn. 67), 27.

[69] Beschluß des Rates vom 6. Dezember 1994 über ein Aktionsprogramm zur Durchführung einer Berufsbildungspolitik der Europäischen Gemeinschaft (94/819/EG), ABl.EG 1994 Nr. L 340/8; zur Frage der erforderlichen Rechtsgrundlagen für europäische Subventionsvergaben *Rodi* Die Subventionsrechtsordnung, 2000, 448ff.; insbesondere zum Erfordernis eines „Basisrechtsakts" für Ausgaben bei allen „bedeutende(n) Gemeinschaftsaktionen" EuGH, Rs. C-106/96, Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1998 I, 2729 (2755f.).

[70] *Planungs- und Koordinierungsgruppe Externalisierung*, Externalisierung der Verwaltung der Gemeinschaftsprogramme, Mai 2000, http://www.europa.eu.int/comm/reform/implementing/exter052000_de .pdf, Abschnitte 4.1.1 bis 4.1.3.

Es ist abzusehen, daß sich der Trend zur Verlagerung von Aufgaben auf primärrechtlich nicht vorgesehene Träger im Zusammenhang mit der Osterweiterung der EU noch erheblich verstärken wird, weil hier enorme zusätzliche Aufgaben auf die Kommission zukommen, die Mitgliedstaaten aber zu einer dem entsprechenden Aufstockung des Personalbestandes nicht bereit sind.[71] Im Weißbuch zur Reform der Kommission ist denn auch „Externalisierung" ein Hauptthema.[72]

Auf die vielen verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Fragen, die dieser Trend zur Externalisierung – und auf der Ebene der EG insbesondere der Trend zur Externalisierung der Subventionsverwaltung – aufwirft, kann ich im folgenden nicht systematisch eingehen. Ich möchte nur darauf hinweisen, daß das positive Verfassungsrecht hier auf europäischer wie auf nationaler Ebene erstaunlich weit hinter den praktischen Entwicklungen herhinkt. In welcher Weise und unter welchen Voraussetzungen darf der Staat sich Ergebnisse privater Normsetzung zu eigen machen? Unter welchen formellen und materiellen Voraussetzungen dürfen Verwaltungsträger und Behörden über die in der Verfassung vorgesehenen hinaus institutionalisiert und aus der allgemeinen Hierarchie ganz oder teilweise ausgegliedert werden? Unter welchen formellen und materiellen Voraussetzungen und in welchen Formen können öffentliche Aufgaben auf Private übertragen werden? Bedarf die Vergabe von Subventionen einer gesetzlichen Grundlage, die den Zweck und die Voraussetzungen der Mittelvergabe regelt und bestimmt, wie die Erfüllung des Zwecks und die Einhaltung der Vergabebedingungen zu kontrollieren sind? Alle diese Fragen werden, obwohl sie doch für die Wahrung des demokratischen Legitimationszusammenhangs heute von zentraler Bedeutung sind, in unseren auf die Probleme des neunzehnten Jahrhunderts fixierten Verfassungen nicht oder allenfalls vereinzelt und punktuell explizit beantwortet. Wir haben es hier

---

[71] Zum Aufgabenzuwachs der Kommission bereits in der Vergangenheit, insbesondere durch den immensen Anstieg der zu verwaltenden Mittel, s.: Strategische Fragen der Reform. Mitteilung von Herrn *Kinnock* an die Kommission, SEC(1999), 1917/2, 15. November 1999, CG3(1999), 7/6, 2f.

[72] Die Reform der Kommission. Ein Weißbuch, vom 5.4.2000, KOM(2000) endg./2, Teil I, 11ff., Teil II, 19ff. (jeweils: „Ausarbeitung einer Externalisierungspolitik"); unter „Externalisierung" wird dabei verstanden „die Übertragung von Zuständigkeiten innerhalb der Gemeinschaftsinstitutionen, die Dezentralisierung mit Delegierung von Aufgaben an nationale Behörden und die Vergabe von Aufträgen an private Stellen", ebd, Teil I, 11. Zu den primärrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen *Schindler* Delegation von Zuständigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft, 1972; *Lenaerts* ELR 18 (1993), 23ff.; *Schulte* (Fn. 60), 482ff., jew. mwN.

mit einem der EG und ihren Mitgliedstaaten gemeinsamen verfassungsrechtlichen Regelungsdefizit zu tun.

2. *Entschärfungsoptionen*

Mit der Behebung des verfassungsrechtlichen Regelungsdefizits in Externalisierungsfragen wäre allerdings noch wenig gewonnen für die Bewältigung der tieferliegenden Legitimationsprobleme, die in der oben beschriebenen Weise durch die Kombination von gesellschaftlicher Differenzierung und Aufgabenfülle der Politik bedingt sind. Wie kann auf diese Legitimationsprobleme sinnvoll reagiert, wie können angesichts abnehmender Funktionstüchtigkeit klassischer demokratischer Legitimationsmechanismen diese Mechanismen entweder kompensatorisch gestärkt oder auch ergänzt werden?

Da wir es diesmal nicht mit EG- oder mitgliedstaatenspezifischen Problemen zu tun haben, sondern mit Problemen, die hier wie dort vorhanden sind und auf identischen Ursachen beruhen, sind mögliche Ansätze zur Problemlösung hier mit größerer Wahrscheinlichkeit *auch faktisch* von einer Ebene auf die andere übertragbar. EG und Mitgliedstaaten können hier also voneinander lernen.[73] Und da die Probleme nicht irgendeine randständige Administrativmaterie, sondern die Genese demokratischer Legitimation und damit ein Zentralthema des Verfassungsrechts betreffen, gehören Lösungen dafür, soweit sie sich im staatlich- bzw. supranational-Institutionellen bewegen,[74] zumindest in ihren Grundzügen nicht nur in die Lehrbücher der Politikwissenschaft und des Verfassungsrechts, sondern in die Verfassungen selbst.

a) Konsequentere Subsidiaritätspolitik

Zunächst liegt der Versuch nahe, an der problemverursachenden Ausgangslage zu ändern, was zu ändern ist. Eine Umkehrung der

---

[73] Zu den Wechselwirkungen zwischen europäischer und mitgliedstaatlichen Verfassungen allg. *Schwarze* Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, in: ders. (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 463 ff.; *ders.* EuR Beiheft 1/2000, 7 ff.

[74] Nur davon soll im folgenden die Rede sein. Mögliche Reaktionen außerhalb des unmittelbar staatlich- bzw. gemeinschaftlich-Institutionellen wie z. B. Anpassungen in der Organisation und Arbeitsweise der Parteien, etwa in der Weise, daß diese auf die infolge der geschilderten Probleme abnehmende Attraktivität traditioneller Parteiarbeit ganz folgerichtig mit einer Öffnung für enger themen- und problemzentrierte Formen des Engagements reagieren, bleiben hier also außer Betracht, obwohl auch sie natürlich wichtig sind.

gesellschaftlichen Differenzierungsprozesse, auf denen die Individualisierung unserer politischen Präferenzpakete beruht, ist weder wahrscheinlich noch wünschenswert. Daß den europäischen Demokratien fundamentale gesellschaftliche Spaltungen erspart bleiben, an denen sich neue, individualisierungsüberlagernde politische Großideologien herausbilden könnten, ist zu hoffen.

Die Fülle des hoheitlich Entscheidungsbedürftigen ist dagegen durch konsequentere Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes wenigstens ein Stück weit reduzierbar. Auf der Ebene der EG, die diesen Grundsatz ja explizit als einen Grundsatz ihres Verfassungsrechts verankert hat,[75] wäre in allererster Linie die Finanzpolitik, die den Finnen EG-geförderte Pferdesaunen,[76] den Ostfriesen EG-geförderte Wetterschutzhäuschen an ihrem Radwegenetz[77] und den Spaniern EG-geförderte Reithallen (oder, wenn pfiffig zweckentfremdet wird, ein EG-gefördertes Bordell)[78] beschert, unter das Subsidiaritätsmesser zu legen – mit beträchtlichen Entlastungswirkungen für die Kommission und entsprechend verringertem Druck auf die weitere Externalisierung von Aufgaben.[79] Bei aller Notwendigkeit von Reformen in diese Richtung sind die

---

[75] Art. 5 EGV (s. auch Art. 2 EUV); zu diesem Grundsatz und den Schwierigkeiten seiner praktischen Effektivierung s. aus der unüberschaubaren Literaturfülle *Grimm* KritV 1994, 6ff.; *Gutknecht* Das Subsidiaritätsprinzip als Grundsatz des Europarechts, in: FS Schambeck, 1994, 921ff.; *Pieper* Subsidiarität, 1994, 248ff.; Hrbek (Hrsg.), Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in der europäischen Union – Erfahrungen und Perspektiven, 1995; *Calliess* Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999; *Hertel* Formen des Föderalismus. Die Beispiele der USA, Deutschlands und Europas, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Europäischer Föderalismus, 2000, 13 (24f.). Entgegen verbreiteter Auffassung – s. statt vieler *Steindorff* ZHR 163 (1999), 395 (430ff.) – hat der Subsidiaritätsgrundsatz als flexible *Kompetenz*zuweisungsnorm zu der Frage, ob Entscheidungen, für die eine Kompetenz der EG durch diesen Grundsatz nicht ausgeschlossen wird, nach Einstimmigkeits- oder Mehrheitsprinzip zu treffen sind, weder einen rechtlichen noch einen rechtspolitischen Bezug.

[76] *Pöhle* integration 22 (1999), 231 (241).

[77] Mündliche Auskunft eines vertrauenswürdigen Ostfriesen.

[78] Einer dpa-Meldung zufolge (Neue Westfälische vom 30. 6. 2000) haben in Chirivel bei Almeria (Südspanien) ein ehemaliger Dorfbürgermeister und seine Frau mit Geldern der EU in Höhe von umgerechnet 100000 DM ein Bordell mit dem schönen Namen „El septimo cielo" (Der siebte Himmel) errichtet. Mit gefälschten Unterlagen hatte das Paar angegeben, eine Reitschule eröffnen zu wollen. Das Problem, das mit diesen Beispielen illustriert werden soll, ist nicht die öffentliche Förderung als solche, sondern der ausgemachte Wahnsinn, der darin liegt, daß Geldflüsse für derartige Bagatellprojekte über die EG geleitet werden; s. auch *Mestmäcker* (Fn. 67), 27.

[79] Politisch wahrscheinlich sind solche Operationen nicht. Voraussetzung dafür dürfte u.a. eine Verringerung deutscher Zahlungsbereitschaft für eine Finanzausgleichspolitik sein, von der auch unbedürftige Mitgliedstaaten profitieren; s. für den

Spielräume für Aufgabenreduktionen aber evidenterweise zu begrenzt, als daß man eine wesentliche Entschärfung differenzierungs- und komplexitätsbedingter Legitimationsprobleme allein auf diesem Wege erhoffen könnte. Man muß sich also nach Formen des Umgangs mit einem Problem umsehen, dessen Ursachen im Wesentlichen nicht disponibel sind.

b) Direkte Demokratie

Eine folgerichtige Konsequenz der durch Aufgabenfülle des politischen Systems und Diversifizierung der Präferenzpakete bedingten abnehmenden Legitimationsleistung turnusgemäßer Parlamentswahlakte ist die Forderung nach mehr direkter Demokratie, die eine Artikulation von Präferenzen in einzelnen Personal- und Sachfragen erlaubt. Die Diskussion darüber wird, ebenso folgerichtig, inzwischen auch für die Ebene der EG geführt.[80] Faktisch sind der Übertragung des in den Mitgliedstaaten allgegenwärtigen Trends zu mehr direkter Demokratie[81] auf diese Ebene allerdings Grenzen aus genau den Gründen gesetzt, die auch die Behebung des spezifischen Demokratiedefizits der EG einstweilen verhindern. Die Verfassungsentwicklung[82] auf der Ebene der

---

Zusammenhang zwischen ausgabenrelevanten Kompetenz- bzw. Aktivitätserweiterungen der EG und der exponierten deutschen Nettozahlerposition *Klein* Die derzeitige Finanzverfassung der EU: Entwicklung und Erfahrungen, in: Caesar (Hrsg.), Zur Reform der Finanzverfassung und Strukturpolitik der EU, 1997, 77 (81 f.). Zu dieser Nettozahlerposition selbst näher die Beiträge von *Clostermeyer* ebd 141 ff., *Deffa* ebd 153 ff., und *Caesar* ebd 161 ff.

[80] *Épiney* Le référendum européen, in: Auer/Flauss (Fn. 14), 287 ff. (in diesem Band auch noch weitere Beiträge zum Thema); *Grande* Leviathan 24 (1994), 339 (352 ff.); *Gross* Eine europäische Verfassung als Fundament für eine transnationale – direktere – Demokratie, in: Erne u.a. (Hrsg.), Transnationale Demokratie, 1995, 178 (193 ff.), mwN.; *Erne* Für ein Europa der direkten Bürgerinnen- und Bürgerbeteiligung, ebd 215 (228 ff.); *Curtin* (Fn. 18), 277 f.

[81] Dies betrifft auch direktdemokratische Entscheidungen über fundamentale Neuerungen im Prozeß der Europäischen Integration in den Mitgliedstaaten, s. für eine Reihe von Mitgliedstaaten den Überblick bei *Schwarze* (Fn. 73), 527 ff., mwN.; für die Erforderlichkeit direktdemokratischer Entscheidung über den Maastrichter Vertrag in Deutschland *Murswiek* Der Staat 1993, 161 (179 ff.); *Rupp* NJW 1993, 38 ff.; *Wolf* JZ 1993, 594 ff., mwN. auch zur Gegenauffassung (Fn. 3); für das Erfordernis direktdemokratischer Entscheidung über etwaige künftige Vertragsänderungen, mit denen der Europäischen Union Staatsqualität zuwachsen würde, *Streinz* EuZW 1994, 329 (332).

[82] Daß direktdemokratische Verfahren der Entscheidungsproduktion und -legitimation, wenn, dann auf der Ebene der Verfassung des jeweiligen Gemeinwesens verankert werden müssen, versteht sich schon deshalb von selbst, weil sie an die Stelle verfas-

EG wird hier also der Verfassungsentwicklung auf der Ebene der Mitgliedstaaten, wenn überhaupt, dann mit größerem zeitlichen Abstand folgen.

c) Transparenz

In einem anderen Punkt hinkt dagegen nicht die EG, sondern Deutschland nach, nämlich in der Gewährleistung von Transparenz des Regierungs- und Verwaltungshandelns. Im Grunde ist es bereits ein Anachronismus, wenn die Ersetzung des für diese Bereiche der Staatstätigkeit überkommenen Geheimhaltungsprinzips durch ein Öffentlichkeitsprinzip hier als ein Element der Kompensation nachlassender Funktionsfähigkeit des repräsentativdemokratischen Legitimationszusammenhangs eingeführt wird, denn eigentlich verhält es sich so, daß Transparenz der Staatstätigkeit, auch der exekutivischen, schon immer eine Voraussetzung voller Funktionsfähigkeit dieses Legitimationszusammenhanges war – ganz einfach weil nicht effektiv vor dem Bürger verantwortet werden kann, was seiner Kenntnisnahme prinzipiell entzogen ist.[83] In vielen Ländern sieht man das auch mit Selbstverständlichkeit und seit langem so.[84] In Deutschland trifft diese Sichtweise dagegen nach wie vor auf erhebliche Widerstände. Die deutsche Rechtslage ist größtenteils immer noch von der Vorstellung geprägt, daß es sich um unziemliches Schnüffeln in Angelegenheiten handelt, die ihn nichts angehen, wenn der Bürger vom Staat etwas wissen will, das ihn nicht in spezifisch individueller Weise betrifft, und daß insbesondere Vorgänge im Bereich der Verwaltung näherer Inspektion durch den Bürger auch gar nicht bedürfen, weil dieser ja über das, was im Bereich der Verwaltung vorgeht, schon durch die verkündeten und ihm gegenüber auch politisch verantworteten Gesetze hinreichend informiert ist. Die über die Abgabe seiner Wählerstimme hinausgehende Einmischung des Bür-

---

sungsrechtlich bereits vorgesehener anderer Entscheidungsverfahren treten – oder treten können – sollen.

[83] Daß Demokratie und Transparenz zusammengehören, ist denn auch in abstracto unbestritten, s. statt vieler, jeweils unter Verweis auf Theorietradition und international herrschende Überzeugung, *O'Neill* EPL 1998, 403 (404ff.); *Curtin* (Fn. 18), 233; *dies.* CMLR 37 (2000), 7 (7); *Mestmäcker* RabelsZ 58 (1994), 615ff.

[84] S. z.B. zum Öffentlichkeitsprinzip in Schweden, dem Land mit der ältesten verfassungsrechtlich fundierten Publizitätstradition, *Larsson* How Open Can a Government Be? The Swedish Experience, in: Deckmyn/Thomson, Openness and Transparency in the European Union, 1998, 39 (46ff.); für die USA *Scherer* Verwaltung und Öffentlichkeit, 1978, 42ff. Allg. zu Transparenz als Element der Demokratie s. *Curtin* Democracy, Transparency and Political Participation: Some Progress in Post-Amsterdam, in: Deckmyn/Thomson, ebd 107ff.

gers erscheint als potentielle Störung der „regulären" Legitimations- und Kontrollmechanismen.[85] Tatsächlich wird aber der demokratische Legitimationszusammenhang durch Publizität des Regierungs- und Verwaltungshandelns nicht geschwächt, sondern im Gegenteil gestärkt, nämlich in bezug auf genau das, was damit der Kenntnis des Bürgers zugänglich wird, überhaupt erst in Funktion gesetzt.[86]

Der daraus folgende Publizitätsbedarf gewinnt noch an Bedeutung angesichts der beschriebenen unspezifischen Problemlage der repräsentativen Demokratie. Je mehr repräsentativdemokratische Verantwortlichkeit ausdünnt, indem die Fülle des verantwortungsbedürftigen Staatshandelns, die komplexitätsbedingten Schwierigkeiten seiner Beurteilung und die organisatorische Ferne der Akteure sowohl eine unmittelbare Steuerung durch Parlament und Regierung als auch eine Evaluation und gezielte politische Sanktionierung durch den Wähler erschweren, desto wichtiger wird eine Transparenz des Staatshandelns, die es Bürgern und Medien ermöglicht, sich auch in komplizierteren Angelegenheiten kundig zu machen, und die vor allem gewährleistet, daß auch das nicht auf Anhieb Durchschaubare, Speziellere, Fernerliegende zum *potentiellen* Gegenstand öffentlicher Aufmerksamkeit werden kann. In dieser *potentiellen* Politisierbarkeit und dem davon ausgehenden Anreiz, Entscheidungen so zu treffen, daß sie im – sei es auch unwahrscheinlichen – Eventualfall realiter verantwortet werden können, liegt die unter komplexen Verhältnissen einzig mögliche Einbindung der gesamten Staatstätigkeit in den repräsentativdemokratischen – wie überhaupt in jeden durch die öffentliche Meinung vermittelten – Verantwortungszusammenhang. Nicht nur eine Reihe von Mitgliedstaaten der EG,[87] sondern auch die EG selbst haben daraus die richtige Konsequenz gezogen, das Publizitätsprinzip konstitutionell zu verankern (Art. 255 EGV, s. außerdem das Prinzip möglichst offener und bürgernaher Entscheidung in Art. 1 II EUV).[88] Der neue EG-verfas-

---

[85] S. etwa die Bedenken bei *Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (933: „... kann zu einem Bedeutungsverlust der in allen mitgliedstaatlichen Verfassungen vorgesehenen besonderen Kontrollinstanzen führen"); für die gegenteilige Annahme *Hatje* EuR 1998, 734 (746).

[86] S. dagegen für die These, mit dem Prinzip der Öffentlichkeit werde die repräsentative Demokratie um ein „quasi-plebiszitäres Element" ergänzt, *Kahl* ZG 1996, 224 (233).

[87] S. Art. 32 Belg.Verf.; § 10 II Finn.Verf.; Art. 110 Niederl.Verf.; Art. 268 II Portug.Verf.; zur schwedischen Tradition s. Fn. 84.

[88] Zur vorausgegangenen Rechtsentwicklung s. statt vieler *O'Neill* EPL 1998, 403 (407 ff.).

sungsrechtliche Informationsanspruch greift allerdings in seiner Formulierung insofern zu kurz, als seine Anwendbarkeit auf Bereiche außerhalb von Parlament, Rat und Kommission und damit auf die oben erwähnten formell oder informell aus der konstitutionellen Organstruktur der EG hinausdelegierten und insofern *ganz besonders* transparenzbedürftigen Aufgabenwahrnehmungen zweifelhaft ist.[89] Auch die europäische Grundrechtscharta soll nach gegenwärtigem Entwurfsstand diesem Defizit nicht abhelfen.[90] Immerhin dokumentiert sich aber in der europarechtlichen Konstitutionalisierung des Informationszugangsrechts ein ernsthafter Wille, auf den Wegen, die unter den gegebenen Bedingungen zur Verfügung stehen, das spezifische Demokratiedefizit der EG-Verfassung abzumildern.

d) Klagemöglichkeiten für den citoyen

Ähnlich wie die tradierte Haltung zur Verwaltungspublizität sind in Deutschland auch die traditionellen Regelungsmuster und rechtsdogmatischen Doktrinen, die den Gerichtszugang in öffentlichen Angelegenheiten betreffen, von einem vordemokratischen Bürgerbild geprägt: die Einhaltung geltender Rechtsvorschriften einklagen darf nur, wer in eigenen „subjektiven" Rechten tangiert ist, wobei nur das spezifisch individuelle Interessen schützende objektive Recht als zugleich subjektivrechtsverleihend begriffen wird.[91] Der Bürger, der das in seinem Namen

---

[89] Das in Art. 255 EGV verankerte Recht auf Informationszugang gilt dem Wortlaut nach nur für Dokumente (zur gebotenen weiten Auslegung des Begriffs „Dokumente" s. *Wegener* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 255 EGV Rn 9) des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission; kritisch dazu *Curtin* (Fn. 18), 254; *Wegener* ebd Art. 255 EGV Rn 8. Während für das Komitologieverfahren der neue Komitologiebeschluß (o. Fn. 56) ausdrücklich die Anwendung der Transparenzregel auch bei den betreffenden Ausschüssen vorsieht (ebenso auch bereits EuG, Urt. v. 19. Juli 1999, Rs. T-188/97 – Rothmans), ist z.B. die Anwendbarkeit auf Agenturen umstritten, s. für Unanwendbarkeit *Curtin* (Fn. 18), 254; für analoge Anwendbarkeit *Wegener* ebd Art. 255 EGV Rn 8. Nicht oder jedenfalls nicht explizit gewährleistet ist bislang Transparenz für die Wahrnehmung von formell oder informell an Private delegierten Aufgaben. S. etwa zur eklatant rechtsstaats- und demokratiewidrigen ungenügenden Zugänglichkeit der privatverbandlichen Normtexte kritisch *Führ* ZUR 1993, 99 (101).

[90] S. Art. 42 (Recht auf Zugang zu Dokumenten) des Entwurfs der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, http://db.consilium.eu.int/df/docs/de/CharteDE.pdf.

[91] Näher *Lübbe-Wolff* NuR 2000, 19ff., mwN. auch zum abweichenden Ansatz des Europarechts; zur Frage der Demokratiekompatibilität *Wegener* Rechtsschutz für gesetzlich geschützte Gemeinwohlbelange als Forderung des Demokratieprinzips?, in: Bertschi u.a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, 19ff.; auch erschienen im

gesetzte Recht auch dann als *seines* verstanden und durchgesetzt wissen will, wenn es ihn „nur" in seiner Rolle als *citoyen*, als Mitglied des Gemeinwesens, betrifft, ist vor Gericht in dieser Rolle nicht willkommen.[92] Die deutsche Rechtsordnung behandelt ihn, als versuche er, die Justiz nicht für die Durchsetzung parlamentsbeschlossener Gesetze, sondern für persönliche politische Marotten zu instrumentalisieren. Dabei läge auch hier eine Möglichkeit, individuelles oder verbandlich organisiertes Bürgerengagement nicht in Konkurrenz zur demokratischen Legitimationskette, sondern gerade *für die Integrität und Funktionsfähigkeit* dieser Legitimationskette zu aktivieren. Die Möglichkeit, sei es individuell oder über Verbände Klagen auch im öffentlichen Interesse zu erheben, ist, ebenso wie das Recht auf Informationszugang, als funktionsnotwendiges, und angesichts der bestehenden Funktionsprobleme immer notwendigeres, *Element der demokratischen Legitimationskette* anzuerkennen.

e) Dezentral-demokratische Partizipation

Die institutionalisierte Öffnung exekutivischer Entscheidungsprozeduren für Formen bürgerschaftlicher Beteiligung, die über einen bloßen Informationszugang hinausgehen, bietet sich als ein weiterer Schritt an.[93] Das bekannte Problem liegt im Verhältnis solcher Partizipationsformen zum zentralen repräsentativdemokratischen Mechanismus der Legitimationsvermittlung. Partizipation von außerhalb der einen großen demokratischen Legitimationskette, so der naheliegende Einwand, schwächt oder unterbricht, sofern damit noch einem anderen

---

Humboldt Forum Recht: HFR 2000, Beitrag 3, http://www.humboldt-forum-recht.de/3-2000/.

[92] Daß dies eine systematische Benachteiligung der Durchsetzbarkeit von Allgemeininteressen im Vergleich zu Sonderinteressen bedeutet, hebt mit Recht *von Arnim* hervor, s. *v. Arnim* Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, 303 ff.

[93] S. für die Ebene der EG allg. *Lebessis/Paterson* Accroître l'efficacité de la gouvernance de l'union européenne. Un agenda de réformes pour la Commission, (undatiertes Papier aus der *Cellule de prospective* der Kommission); s. statt vieler für verbesserte Interessenrepräsentation in den Ausschüssen der Agenturen *Fischer-Appelt* (Fn. 27), 401 ff.; für Partizipation im europäischen Ausschußwesen *Winter* (Fn. 58), 50 f.; *Dehousse* (Fn. 55), 17; für eine nach dem Modell des amerikanischen Administrative Procedure Act (APA) formalisierte Ordnung der Beteiligungsoffenheit von Entscheidungsverfahren *Curtin* (Fn. 18), 273; zur Übertragbarkeit des APA-Modells auf die Union auch *Shapiro* ELJ 1996, 26 ff.; zu den besonderen Problemen der Institutionalisierung interessenpluralistischer Gremienbesetzung, die sich auf europäischer Ebene aus der Dominanz des Interesses an nationalitätenpluralistischer Besetzung ergeben, *Schulte* (Fn. 60), 487 f.

Willen als dem im Gesetz verkörperten Raum gegeben wird, den repräsentativdemokratischen Legitimationszusammenhang, ohne etwas Gleichwertiges an dessen Stelle setzen zu können. Dieser Einwand ist ernstzunehmen, aber doch nicht so generell durchschlagend, wie oft angenommen wird.

Der Vorzug des im Topos der „ununterbrochenen Legitimationskette" als Regelanforderung verdichteten repräsentativdemokratischen Legitimationsmodells[94] liegt darin, daß hier mit dem gleichen allgemeinen Wahlrecht allen die gleiche institutionell zentrale Inputchance gegeben und mit dem durch Wahlakte, Ernennungen und exekutivische Weisungsrechte hergestellten Konnex ein Verantwortungszusammenhang vor der *Gesamtheit aller Bürger*[95] hergestellt wird, der als Anreiz für Gemeinwohlorientierung im Entscheidungsoutput fungiert. Dieses schöne Modell bildet nun allerdings die wirklichen Verhältnisse in stark idealisierter Weise ab. Neben der Inputchance, die jedem in gleicher Weise mit seiner Wahlstimme gegeben ist, existieren andere Möglichkeiten der Einflußnahme auf den politischen Prozeß, die höchst ungleich verteilt sind. Der ideale ununterbrochene Verantwortungszusammenhang ist in der konstitutionellen Realität – nicht nur in der in dieser Hinsicht ohnehin nicht mit der üblichen Strenge betrachteten europäischen, sondern auch in der mitgliedstaatlichen – ohnehin so vielfältig gelockert oder partiell durchbrochen,[96] daß die Auswahl der Fallbereiche, in denen solche Lockerungen oder Durchbrechungen unter Berufung auf die reine Legitimationskettenlehre verworfen oder kritisiert

---

[94] *Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR I, § 22, 887 (896ff.); s. auch, mit Unterschieden in der Terminologie und im sachlichen Detail, aber übereinstimmend in den Grundgedanken, aus denen sich insbesondere die ablehnende bzw. sehr restriktive Auffassung zur Zulässigkeit von „Durchbrechungen" des zentralen demokratischen Legitimationszusammenhangs und zum demokratisch-legitimitätsstiftenden Potential bürgerschaftlicher Partizipation außerhalb des zentralen Wahlaktes speist, *Klein* Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, 1974, 161ff.; *Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, passim; *Britz/Schmidt* EuR 1999, 467 (490f.); vgl. auch die Darstellung des „demokratisch-hierarchischen" Legitimationsmodells und seiner Prämissen bei *H. Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 121ff., mwN.

[95] Zum Erfordernis einer auf die *Gesamtheit* der Bürger zurückführbaren demokratischen Legitimation s. dementsprechend BVerfGE 83, 60 (72); aus der Literatur statt vieler *Scheuner* DÖV 1965, 577 (579f.); *Böckenförde* (Fn. 94), 903ff.; *Jestaedt* (Fn. 94), 207ff.

[96] Für Deutschland s. die Bestandsaufnahmen und Analysen bei *Dreier* (Fn. 94), 211ff.; *Schuppert* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, 5ff.; für den Typus der Kollegialverwaltung *Gross* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 63ff.

worden sind, mehr von politischen Präferenzen als von klaren staatsrechtlichen Grundsätzen diktiert scheint.[97] Vor allem aber: Wenn die schon mehrfach angesprochenen unspezifischen Demokratieprobleme gerade in zunehmender Diffusion und Verdünnung repräsentativdemokratischer Legitimationszusammenhänge, ganz besonders bei den vielen kaum zentral politisierbaren Spezialmaterien, bestehen, dann kann man offenbar das, was das schöne Modell gewährleisten soll, nämlich eine substantielle, durch anreizwirksame Verantwortlichkeit konstituierte Legitimation *aller* hoheitlich zu treffenden Entscheidungen durch die *Gesamtheit* der Bürger, heute nicht mehr haben. Man muß daher entscheiden, ob man sich mit einer in weiten Bereichen bis ins Fiktionale verflüchtigten Gesamtlegitimation zufriedengeben oder diese ergänzen und, vor allem wo sie ohnehin kaum noch realen Gehalt hat, eventuell auch ein Stück zurücktreten lassen will zugunsten von Legitimationsformen, in denen bürgerschaftliches Engagement unmittelbarer, spezialisierter, vertieft sachbezogen eingebracht werden, dafür aber nicht jedesmal die Gesamtheit aller Bürger sich artikulieren kann. Nach meiner Überzeugung führt an einer Entwicklung in diese letztere Richtung, an einer Entwicklung hin zu arbeitsteiligerer demokratischer Legitimationsbeschaffung, kein Weg vorbei. Nicht nur das Regieren (im Sinne von *government*), sondern auch die Erzeugung demokratischer Legitimation dafür ist ein zu komplexes Geschäft geworden, als daß man dabei ganz ohne Arbeitsteilung auskommen könnte.[98]

Die Einfachheit der Grundsätze, die die reine Lehre von der gebotenen Unversehrtheit der einen, zentralen Legitimationskette liefert – oder liefern könnte, wenn man sich denn jemals streng an diese Lehre

---

[97] Zutreffende Kritik bei *Bryde* Demokratieprinzip (Fn. 14), Text bei Fn. 46. Als Passierschein für institutionelle Lösungen, die mit dem strengen Modell der ununterbrochenen Legitimationskette in Konflikt geraten, fungiert die Relativierungsformel, derzufolge es nur auf ein „bestimmtes" oder „hinreichendes" Legitimations„niveau" ankommt, s. für diese Formel BVerfGE 83, 60 (72); 89, 155 (182); 93, 37 (67); *Höfling* RdJB 1997, 361 (367); *Dreier* (Fn. 2), Rn 108 mwN. Das Problem ist nur, daß völlig ungewiß bleibt, unter welchen Voraussetzungen man mit diesem Passierschein durchkommt.

[98] Das „zentralistische", „hierarchische" Demokratiemodell, das in strikten Interpretationen des Verbots einer Unterbrechung der zentralen demokratischen Legitimationskette zum Ausdruck kommt, stößt denn auch in der Literatur zunehmend auf Kritik, s. statt vieler *Schuppert* (Fn. 96), 350ff.; *Emde* (Fn. 14), 382ff.; *Bryde* StWuStP 1994, 305ff.; *ders.* Demokratieprinzip (Fn. 14); *Fisahn* KritV 1996, 267ff.; *Rinken* KritV 1996, 282ff.; *Hoffmann-Riem* Organisationsrecht als Steuerungsressource, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 355 (362ff., 376); *Schulze-Fielitz* DV 1999, 241 (256ff.); *Gross* (Fn. 96), 184ff.; für problembewußte Relativierungen auch *Dreier* (Fn. 94), 270ff.

gehalten hätte – ist damit allerdings perdü.[99] Man muß sich auf das schwierige Feld der Abgrenzung zwischen Erscheinungsformen arbeitsteiliger, dezentralisierter Demokratie und der gar nicht mehr demokratischen Auslieferung öffentlicher Angelegenheiten an Partikularinteressen[100] begeben.

Allerdings sollte man nicht so tun, als sei die Gefahr der Auslieferung an Partikularinteressen eine, die erst durch Forderungen nach mehr zivilgesellschaftlicher Partizipation begründet würde. Das Problem existiert ja längst, ohne daß die „reine Legitimationslehre" es hätte verhindern können oder wollen, und Partizipationsforderungen werden artikuliert, um es zu entschärfen.[101] Der bekannte Einwand, daß erweiterte Partizipationsmöglichkeiten auf eine undemokratische Privilegierung aktiver Minderheiten hinauslaufen,[102] ist gegen die Praxis zu richten, die entsteht, wenn Partizipationschancen *nicht* in formalisierter, Chancengleichheit sichernder Weise eröffnet sind. Wenn etwa Partizipationsforderungen in bezug auf den Prozeß der Produktion europarechtlicher oder innerstaatlicher Ausführungsvorschriften oder für die privatverbandliche Normung erhoben werden, geht es ja nicht darum, erstmals Partikularinteressen Einfluß auf die betreffenden Regelsetzungsverfahren zu verschaffen, sondern darum, dem Einfluß der Repräsentanten wirtschaftlicher Partikularinteressen, die immer schon privilegierten Zugang zur Ministerialbürokratie hatten, in entscheidungsvorbereitenden Arbeitsgruppen immer schon vertreten waren, immer schon die Normungsausschüsse besetzt und über den Inhalt der Normen entschieden haben, etwas von seiner Einseitigkeit zu nehmen. Hier sind ja auch inzwischen einige Fortschritte gemacht worden.[103]

---

[99] Der Feststellung von *Lepsius* (Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 25), daß „in der Mischlegitimation aus materiellen, personellen, funktionalen und selbstverwaltenden Komponenten" die „Klarheit und Bestimmtheit" des traditionellen Legitimationskonzepts verlorengehe, ist daher nicht zu widersprechen.

[100] Zum Problem *Böckenförde* (Fn. 94), 905 f.; *Dreier* (Fn. 94), 275. Für das, was auf der schlechten Seite der Grenze liegt, sind die verschiedensten Vokabeln im Umlauf: (Neo-)Korporatismus, Privatregierungen, Refeudalisierung, etc.; was auf der guten Seite liegt, wird unter Bezeichnungen wie: aktivierte Zivilgesellschaft, deliberative Demokratie u.ä. geführt. Zu beiden Territorien ist viel geschrieben worden, vergleichsweise wenig dagegen über den Grenzverlauf.

[101] S. etwa *Kohler-Koch* (Fn. 15), 280.

[102] *Böckenförde* (Fn. 2), 32 f.

[103] S. für die europäische Normung *Voelzkow* Die Stärkung von Umweltinteressen in der europäischen Produktnormung, in: Führ (Hrsg.), Stoffstromsteuerung durch Produktregulierung – Rechtliche, ökonomische und politische Fragen, 2000, 129 ff.

Manche Formen dezentraler, arbeitsteiliger Partizipation mit legitimitätssteigerndem Potential berühren den primären repräsentativdemokratischen Legitimationszusammenhang auch gar nicht in einer beschädigenden Weise, sondern effektivieren ihn eher. Das gilt für die Partizipationsformen, die sich im Diskursiven bewegen, dabei aber über eine bloße Zugänglichkeit von Informationen für zufällig Anfragende hinausgehen. Verfahren zum Beispiel, in denen Norm- oder sonstige Entscheidungsentwürfe gezielt öffentlicher Diskussion ausgesetzt werden und Anregungen und Einwendungen nicht nur erlaubt, sondern obligatorisch zur Kenntnis zu nehmen und begründet zu verarbeiten sind, heben die Verantwortlichkeit der entscheidenden Stellen nicht auf, sondern steigern – auch über die Vorwirkung, die schon für die Entwurfsplanung von ihnen ausgeht – das Wertberücksichtigungs- und Problemlösungspotential des Entscheidungsprozesses. Was für gemeindliche Bebauungsplansatzungen recht ist, warum sollte das – oder Ähnliches – nicht auch für höherstufige Entscheidungen mit hohem Informationsverarbeitungsbedarf und hohem Interessenkonfliktpotential billig sein?

Delikater ist die Institutionalisierung von Entscheidungsorganen oder -verfahren, mit denen rechtlich oder faktisch die eigentliche Entscheidungsmacht ganz oder partiell auf Institutionen oder Personen übergeht, die durch mehr oder weniger weitgehende Weisungsfreiheit, budgetäre Unabhängigkeiten, Rekrutierungsmodalitäten u.ä. aus dem zentralen demokratischen Legitimationszusammenhang partiell ausgegliedert oder, als präexistent Externe, gar nicht erst oder nur unvollständig in ihn eingegliedert sind. Angesichts der Verantwortungsverdünnung, ja Verantwortungsverflüchtigung, die allein schon durch die Überfülle des politisch Entscheidungs- und Verantwortungsbedürftigen bedingt ist, könnte aber gerade das klare, institutionalisierte Eingeständnis der Grenzen effektiver inhaltlicher Steuerungs- und Verantwortungsfähigkeit die demokratischere, weil fiktionsfreiere, dem Wähler gegenüber ehrlichere Lösung, und gerade der erklärte Rückzug aus jederzeitiger akuter Vollverantwortung für jedes inhaltliche Detail Voraussetzung für einen effizienten Einsatz begrenzter Steuerungs-, Kontroll- und damit auch Verantwortungsfähigkeit sein.[104] Die deutsche Verfassungsrechtsdogmatik sollte sich zu der Einsicht durchringen, daß eine im Verhältnis zum strengen Modell der intakten Legitimationskette

[104] S. auch, für die Erwägung, daß gerade eine „explizite Nicht-Verantwortung" der Regierung für das Entscheidungsprogramm begrenzt unabhängiger Sonderbehörden „die Kontrollbereitschaft des Parlaments einschließlich der Regierungsfraktion aktivieren" könne, *Scharpf* Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, 82f.

gelockerte Einbindung von Entscheidungsträgern in den repräsentativ-demokratischen Abhängigkeitszusammenhang auch über die verfassungs- oder primärrechtlich explizit geregelten Sonderfälle, grundrechtlich fundierte Autonomiebereiche, die verlegenheitshalber gern auch einmal überstrapazierte Kategorie der Selbstverwaltung[105] und das mangels politisch-gestaltenden Gehalts Unwichtige[106] hinaus demokratieverträglich sein kann. Als Voraussetzung dafür sollte gelten, daß die Abkoppelung vom zentralen demokratischen Legitimationszusammenhang eine ihrerseits innerhalb dieses Zusammenhangs unmittelbar demokratisch legitimierte, begrenzte und reversible[107] ist, und daß die Inputoffenheit, Inputgleichberechtigung und Gemeinwohlorientierung, die im Modell der intakten „Legitimationskette" durch gleiches Wahlrecht, politische Verantwortlichkeit von Parlament und Regierung und uneingeschränkte Personalhoheit der politisch Verantwortlichen über die nachgeordneten Entscheidungsträger gewährleistet werden soll, auf andere und – angesichts der beschriebenen praktischen Funktionsschwächen dieses Modells – wirksamere Weise gewahrt bleibt.[108] Eine Gewähr dafür kann gerade in einer pluralistischen Zusammensetzung von Entscheidungs- oder Mitwirkungsgremien und in der Transparenz und Beteiligungsoffenheit der Entscheidungsverfahren liegen.

Im einzelnen kommt freilich alles auf die konkreten Umstände an. Gibt es eine Gremienkomposition, die sowohl den nötigen Sachverstand als auch das nötige Interessenberücksichtigungspotential verspricht? Gleicht institutionalisierte Beteiligungsoffenheit faktisch gege-

---

[105] Zur nicht unumstrittenen, aber doch von der ganz herrschenden Auffassung anerkannten Vereinbarkeit von Selbstverwaltungsautonomie und Demokratieprinzip auch außerhalb der verfassungsrechtlich explizit gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltung s. *Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 345ff.; zur Frage des zugrundeliegenden Demokratiekonzepts auch *Emde* (Fn. 14), 26ff., 382ff.

[106] BVerfGE 22, 106 (113f.); 47, 253 (274); *Jestaedt* (Fn. 95), 228ff.

[107] S. für die Feststellung, daß unter dem Gesichtspunkt der Reversibilität solche Abkoppelungen auf der europäischen Ebene problematischer sind als auf der nationalen, und dies erst recht, wenn, wie im Falle der EZB, die Abkoppelung auch noch auf der Ebene des Primärrechts (Art. 108 EGV) festgeschrieben ist, *Scharpf* Demokratische Politik in der internationalisierten Ökonomie, in: Greven (Fn. 15), 81 (95).

[108] Für gesicherte Gemeinwohlorientierung im Rahmen der jeweils vom Gesetzgeber vorgegebenen Ziele als wesentliches Kriterium für die Akzeptabilität der Verselbständigung s. auch *Schuppert* (Fn. 96), 336. Vgl. auch, zum Erfordernis eines rechtfertigenden Grundes als Voraussetzung der Zulässigkeit weisungsfreier Verwaltungsbehörden in der Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, *Frank/Lengauer* Notenbankunabhängigkeit auf europäischer und staatlicher Ebene, in: Demel u.a. (Hrsg.), Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2000 (im Erscheinen), Abschn. I. 3. c) bb) m. Fn. 102.

bene Ungleichheit der Inputchancen aus oder ruft sie sie erst hervor? Ist im Hinblick auf Input-Gleichberechtigung und Berücksichtigung der Interessen aller Bürger im Entscheidungsoutput eine ausschlaggebende oder potentiell ausschlaggebende Mitwirkung Privater (Betroffener, Interessenten, Sachverständiger) an Entscheidungen öffentlicher Träger[109] problematischer als die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf in den demokratischen Legitimationszusammenhang nur partiell durch Aufsichtsbeziehungen eingebundene Private? Können Entscheidungsträger – gleichermaßen wirksam wie durch Einbindung in einen fachlichen Weisungszusammenhang mit Trägern politischer Verantwortung, oder vielleicht sogar noch wirksamer – auch durch Faktoren wie institutionalisierten Zwang zu argumentativer Positionsbehauptung, Ethik der Unabhängigkeit, Reputationsinteresse[110] usw. zu gemeinwohlorientiertem Entscheiden veranlaßt werden? Solche Fragen lassen sich abschließend, weil die relevanten Gesichtspunkte zu vielfältig sind, nur *in concreto*, bezogen auf konkrete Entscheidungsfelder und institutionelle Arrangements, vernünftig beantworten. Die Grenze zwischen dezentralisierter Demokratie und undemokratischem Korporatismus kann nicht mit dem Lineal, sondern nur mit Urteilskraft gezogen werden.[111] Weil es sich dabei um eine primär politische Aufgabe handelt, die zugleich aber den Wesensgehalt der Demokratie betrifft, sollte diese Grenzziehung *in abstracto* durch die Verfassung selbst und *in concreto* durch demokratische – im Falle der EG: durch *möglichst* demokratische – einfache Gesetzgebung erfolgen.[112]

f) Vorschläge an die Adresse der Verfassungsgeber

Unsere deutsche Verfassung enthält nichts, und das konstitutionelle Primärrecht der EG nur wenig, was als gezielte Antwort auf die besprochenen unspezifischen Demokratieprobleme gelten könnte. Ich schließe deshalb mit dem Vorschlag einiger für die nationale Ebene for-

---

[109] S., Konstruktionen dieses Typs verwerfend, BVerfGE 9, 268 (281 ff.) – Personalvertretung; BVerfGE 93, 37 (66 ff.); BVerwGE 106, 64 (73 ff.) – Lippeverband; differenzierend *Britz* VerwArch 2000, 418 (422 ff.).

[110] Für letzteres *Majone* The future of regulation in Europe, in: ders., Regulating Europe (Fn. 40), 265 (273).

[111] Das schließt Gruppenbildungs- und sonstige Strukturierungsversuche, die legitimierende Gründe und/oder Typen sinnvoller institutioneller Ausgestaltung herauszuarbeiten versuchen, natürlich nicht aus, s. etwa *Dreier* (Fn. 94), 270 ff.

[112] Für den Nachteil erschwerter Reversibilität im Falle der Fixierung der Unabhängigkeit konkreter Institutionen auf Verfassungsebene s.o. Fn. 107. Zum Erfordernis einfachgesetzlicher Regelung näher *Dreier* (Fn. 94), 285 ff.

mulierter Grundregeln, die nach dem Ergebnis der vorausgegangenen Überlegungen in eine moderne Verfassung gehören, – in angepaßter Form auch in die der EG:

- Der freiwillige Einsatz der Bürger und Einwohner für öffentliche Angelegenheiten und die zu diesem Zweck gegründeten Vereinigungen und Initiativen werden gefördert.[113]
- Jeder hat das Recht auf Zugang zu den bei öffentlichen Stellen vorhandenen Informationen. Dasselbe gilt für Informationen in der Hand Privater, die mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder mit der Vorbereitung von Entscheidungen öffentlicher Stellen beauftragt sind, soweit diese Informationen die zur Erfüllung oder Vorbereitung übertragene Aufgabe betreffen. Einschränkungen, die zur Wahrung vorrangiger privater oder öffentlicher Interessen erforderlich sind, werden durch Gesetz festgelegt.
- Anerkannte Vereinigungen mit ausschließlich gemeinwohlbezogener Zielsetzung können auf Einhaltung der Gesetze klagen, die ihren Verbandszweck betreffen. Die Voraussetzungen der Anerkennung regelt das Gesetz.
- Vor dem Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften sind, wenn Interessierten Gelegenheit zur Äußerung oder zu sonstiger Beteiligung gegeben wird, alle interessierten Kreise in gleicher Weise zu beteiligen. Für den Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, die besonders vielfältige Information und Abwägung erfordern, ist durch Gesetz ein Verfahren vorzusehen, das allen Interessierten Gelegenheit zur Stellungnahme und Anspruch auf eine begründete Auseinandersetzung mit ihren Anregungen gibt.
- Die Einrichtung von Ausschüssen und sonstigen Gremien, die an der Vorbereitung von Regierungs- oder Verwaltungsentscheidungen regelmäßig beteiligt und nicht nur mit Regierungs- und Verwaltungsangehörigen besetzt sind, erfolgt durch Gesetz oder durch Rechtsvorschriften auf gesetzlicher Grundlage. Durch Regelungen über die Zusammensetzung und die Arbeitsweise des Gremiums ist sicherzustellen, daß alle entscheidungserheblichen Informationen und Wertungen Berücksichtigung finden.
- Durch Gesetz können Verwaltungsträger mit eigener Rechtspersönlichkeit und Behörden über die in dieser Verfassung vorgesehenen hinaus geschaffen werden. Diese müssen einer in dieser Verfassung

[113] Vgl. Art. 9a I 1 Verfassungsentwurf des Kuratoriums für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder (abgedr. in: Guggenberger/Preuß/Ullmann (Hrsg.), Eine Verfassung für Deutschland, 1991, 101 ff.).

vorgesehenen Behörde nachgeordnet sein. Die Aufsichtsbefugnisse der übergeordneten Behörde können beschränkt werden, sofern besondere gesetzliche Regelungen über Organisation und Arbeitsweise des Verwaltungsträgers oder der nachgeordneten Behörde in mindestens gleichwertiger Weise die Rechtmäßigkeit, Gemeinwohldienlichkeit und Bürgernähe der Aufgabenerfüllung sicherstellen.

Leitsätze der 3. Berichterstatterin über:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

1. Die europäische Verfassung weist spezifische Demokratiedefizite auf, die aus Begrenzungen des Einheitswillens der Mitgliedstaaten resultieren.

2. Die Haltung der in Deutschland herrschenden Rechtsprechung und Lehre zum spezifischen Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft ist durch den Grundsatz bestimmt, daß verfassungsrechtliche Legitimationsanforderungen, die für die Ebene der Staaten gelten, auf die Verfassung einer supranationalen Gemeinschaft nicht einfach übertragen werden können (Nichtübertragbarkeitsgrundsatz). Dieser Grundsatz ist als Tatsachenfeststellung nicht falsch, zur normativen Rechtfertigung des europäischen Demokratiedefizits aber nicht geeignet.

3. Versuche, das europäische Demokratiedefizit zu entproblematisieren, indem für die Ebene der EG ein Bedarf an demokratischer Legitimation bestritten oder nur mit Einschränkungen anerkannt wird, beruhen auf zu engen Demokratiebegriffen.

4. Versuche, das Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft durch den Nachweis zu entproblematisieren, daß deren Bedarf an demokratischer Legitimation durch die vorhandenen institutionellen Strukturen hinreichend gedeckt sei, beruhen auf normativ nicht begründbaren Absenkungen des Anspruchsniveaus und/oder Fehlurteilen in Bezug auf Sinn und Funktion demokratischer Verantwortlichkeit.

5. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist dennoch nicht für sein Ergebnis, wohl aber für einen das bestehende spezifische Demokratiedefizit mehr als angemessen und nötig herunterspielenden Duktus seiner Begründung zu kritisieren.

6. Das spezifische Demokratiedefizit der EG kann nur durch Reformschritte gemildert und schließlich behoben werden, die in den kompetenziell vergemeinschafteten Bereichen den Status des europäischen Parlaments weiter in Richtung auf ein vollwertiges demokratisches Repräsentationsorgan verschieben.

7. Über der Fixierung der wissenschaftlichen und politischen Diskussion auf das spezifische Demokratieproblem der EG sollte nicht die Existenz erheblicher nicht EG-spezifischer – der EG und ihren Mitgliedstaaten gemeinsamer – Demokratieprobleme vergessen werden.

8. Das zentrale nicht-spezifische, die EG und ihre Mitgliedstaaten glei-

chermaßen betreffende Demokratieproblem besteht in schwindender Legitimationsleistung der repräsentativen Demokratie als Folge von zunehmender Aufgabenkomplexität der Politik (Diversifizierung der möglichen Politikangebotspaletten) und gesellschaftlicher Differenzierung (Diversifizierung der iniviuellen politischen Präferenzpakete) und wird verschärft durch einen mit der Komplexität der öffentlichen Aufgaben zusammenhängenden Trend zur Aufgabenexternalisierung.

9. Für dieses nicht-spezifische Demokratieproblem der EG und ihrer Mitgliedstaaten gibt es Möglichkeiten der Entschärfung, die prinzipiell für die staatliche wie für die supranationale Ebene gleichermaßen in Betracht kommen: a) Konsequentere Subsidiaritätspolitik, b) Institutionalisierung direktdemokratischer Entscheidungsverfahren, c) Transparenz des Regierungs- und Verwaltungshandelns, d) Klagemöglichkeiten für den citoyen und e) dezentral-demokratische Partizipation.

10. Die rechtliche Verankerung aller dieser Entschärfungsoptionen gehört – ebenso wie Vorkehrungen zur Stärkung der demokratischen Legitimation im Bereich „externalisierter" Aufgabenerfüllung – sowohl in den Mitgliedstaaten als auch für die europäische Gemeinschaft auf die Ebene der jeweiligen Verfassung. Angesichts der Gleichartigkeit der Probleme, auf die zu reagieren ist, sind, zumindest auf längere Sicht, die Aussichten gut für die Entwicklung eines problementschärfenden gemeineuropäischen Verfassungsrechts.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

4. Bericht von Prof. Dr. Dr. *Christoph Grabenwarter*, Bonn

Inhalt

		Seite
I.	Zum Begriff des europäischen Verfassungsrechts	292
II.	Die EMRK und das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten – rechtliche Rahmenbedingungen	295
	1. Die Perspektive der EMRK: Der Umfang der völkerrechtlichen Bindung	295
	a) Die Zusatzprotokolle	295
	b) Die Vorbehalte nach Art. 57 EMRK	296
	c) Das Günstigkeitsprinzip und der gleichwertige Grundrechtsschutz	298
	2. Die Perspektive der nationalen Rechtsordnungen: Der Rang der EMRK im staatlichen Recht	299
	a) Die EMRK im Verfassungsrang	300
	b) Die EMRK im Mezzanin zwischen Gesetz und Verfassung	300
	c) Die EMRK im Gesetzesrang	302
	d) Der Sonderfall des Vereinigten Königreichs	303
	e) Die Rechtslage in Deutschland	305
	3. Zwischenresümee	307
III.	Das Leitbild der EMRK: Demokratischer Rechtsstaat europäischer Prägung	308
	1. Politische Menschenrechte in der „demokratischen Gesellschaft“	308
	2. Verfahrensgarantien	312
	3. Grundrechtsschutz für Ausländer und Minderheiten	313
	4. Zwischenresümee	316
IV.	Wechselwirkungen zwischen der EMRK und dem Recht der Mitgliedstaaten – Typologie	317
	1. Normative Wirkungen	317
	a) Die Verdrängung nationalen Rechts durch die EMRK	317

b) Der normative Veränderungsdruck durch Invalidation 318
c) Die „weiche" normative Wirkung 321
d) Einflüsse durch Verweisungen 322
2. Faktische Wirkungen 323
a) Die „Bekräftigungswirkung" 323
b) Bloße faktische Wirkungen 323
3. Zwischenresümee 324
V. Die EMRK und das Recht der Europäischen Union 325
1. Die „Achtung" der EMRK durch die Europäische Union 325
2. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der EU-Mitgliedstaaten nach der EMRK 329
3. Wechselwirkungen zwischen der EMRK und dem Recht der Union 332
4. Die EMRK und die Grundrechtscharta 338
a) Der Einfluß der EMRK auf den Inhalt der Grundrechtscharta 339
b) Das Verhältnis zwischen EMRK, Charta und nationalen Verfassungen nach den Art. 52 und 53 der Charta 340
c) Die Bedeutung einer Charta als unverbindlicher Erklärung 343
VI. Schlußbetrachtung 344

I. Zum Begriff des europäischen Verfassungsrechts

Wer von europäischem und nationalem Verfassungsrecht spricht, muß sich zunächst vergewissern, ob der Begriff der „Verfassung" angemessen ist, um bestimmte rechtliche Erscheinungen und Entwicklungen auf europäischer Ebene zu beschreiben. Dies gilt auch für die mir zugedachte Aufgabe, die Rolle der Europäischen Menschenrechtskonvention im Spannungsverhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht zu beleuchten.

Verfassung wird in der deutschen Staatstheorie traditionell auf den Staat bezogen.[1] Sie ist in staatstheoretischer Sicht[2] Ausdruck der Souveränität und Kompetenz-Kompetenz des Staates, sie stützt sich auf die verfassunggebende Gewalt und ist Legitimationssubstrat des Gemeinwesens.[3] Dem Recht der Europäischen Union und dem der EMRK fehlen diese Merkmale. Beide Systeme finden ihre ursprüngliche Grundlage in völkerrechtlichen Verträgen und haben bislang keine Staatsqualität erlangt.[4] Versteht man Verfassung als Selbstorganisation eines souveränen Gemeinwesens, so begegnet es zum gegenwärtigen Zeitpunkt Bedenken, auch insoweit von einer „europäischen Verfassung"[5] zu sprechen.

---

[1] Vgl. *Isensee* in: Isensee/Kirchhof, HbStR I, 2. Aufl. 1995, § 13 Rn 1ff.; *Kirchhof* HbStR I, a.a.O., § 19 Rn 18; *ders.* in: Isensee/Kirchhof, HbStR VII, 1992, § 183 Rn 23ff.; *Grimm* Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581ff.; *Höreth* Die Europäische Union im Legitimationstrilemma, 1999, 171f.; die historische Relativität betonen *Di Fabio* Eine europäische Charta, JZ 2000, 737, 739ff.; *Walter* Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, 1, 5.

[2] Ist von „Verfassung" im *rechtsdogmatischen* Sinn die Rede, so ist die Antwort im jeweiligen Regelwerk zu suchen. Insoweit kann der Verfassungsbegriff ohne weiteres auch im völkerrechtlichen Bereich Verwendung finden wie im Fall der International Labour Organization und der UNESCO („constitution").

[3] Vgl. nur *Isensee* (Fn. 1), HbStR I, § 13 Rn 121ff.

[4] Unstreitig bei der EMRK; ganz herrschende Meinung bzgl. der EU/EG: s. etwa *Everling* Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, 936, 941; *Isensee* Integrationsziel Europastaat?, in: FS Everling, 1995, 567ff.; differenzierend, im Ergebnis für den gegenwärtigen Integrationsstand ebenfalls ablehnend *v. Bogdandy* Die Europäische Union als supranationale Organisation, Integration 1999, 95, 101f.; *Herdegen* Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn 84ff.; *Oppermann* Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn 922.

[5] Kritisch dazu: *Grimm* (Fn. 1), JZ 1995, 586; *Isensee* Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, 91f.; *ders.* in: FS Everling (Fn. 4), 580ff.; *Koenig* Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden „Verfassungsbedarf", NVwZ 1996, 549ff.; *Pechstein/Koenig* Die Europäische Union, 2. Aufl. 1998, Rn 528ff.; *Kirchhof* Gewaltenbalance zwischen europäischen und mitgliedstaatlichen Organen, in: Isen-

Indessen ist der Verfassungsbegriff gerade in historischer Perspektive nicht auf die Staatsverfassung festgelegt.[6] Es erscheint fraglich, ob angesichts zunehmender Verflechtung des nationalen Rechts mit internationalen Strukturen[7] die Wahrnehmung der traditionellen Funktionen der Verfassung durch verschiedene nationale und supranationale Träger noch angemessen in einem rein nationalstaatlichen Verfassungsbegriff widergespiegelt wird. Insbesondere im Grundrechtsbereich lassen sich Verfassungsinhalte nur noch durch Aufschlüsselung der wechselseitigen Verwiesenheit und Verbundenheit von nationaler und europäischer Ebene darstellen. Lautet der Befund, daß die Grundrechte als „unaufgebbares, zur Verfassungsstruktur ... gehörendes Essentiale"[8] auf verschiedene rechtliche Systeme verteilt sind, erscheint es angemessen, in einem funktionalen, nicht staatsbezogenen Sinn von europäischem Ver-

---

see, Gewaltenteilung heute. Symposium für Fritz Ossenbühl, 2000, 99, 107f.; *ders.* (Fn. 1), HbStR VII, § 183, Rn 30ff.

[6] Umfassende Darstellung bei *Böckenförde* Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 29ff.; *Stourzh* Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert, in: Vierhaus, Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, 1977, 294ff.; *Koselleck* Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung, Der Staat, Beiheft 6, 1983, 7ff.; *Stern* Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit, 1984, 8ff.

[7] Vgl. aus der unüberschaubar gewordenen Literatur: *Tomuschat* Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7, 27ff.; *Bieber* Die Europäisierung des Verfassungsrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, 71ff.; *Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, insbes. 132ff.; *Hobe* Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, insbes. 93ff.; *Frowein* Die Europäische Union im Zeichen der Globalisierung: Einbindung und Status der Europäischen Union im Verfassungssystem der Staatengemeinschaft, in: Kloepfer/Pernice, Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam, 1999, 117ff.; *Weiler* The transformation of Europe, in: *ders.*, The constitution of Europe, 1999, 10ff.; *Walter* (Fn. 1), DVBl. 2000, 7ff.; zu den Konsequenzen für das Souveränitätsverständnis *Frowein* Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, 315, 318ff.; *Oeter* Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union, ZaöRV 1995, 659ff.; zur generellen Problematik traditioneller Begrifflichkeiten in ihrer Anwendung auf die EU/EG *Mayer* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, 38ff.; *Schwarze* Länderbericht Deutschland, in: ders., Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 463, 512ff.; *Pernice* Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866ff.; *ders.* in: Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 24 Rn 21.

[8] BVerfGE 37, 271, 280; zu Grundrechten als Verfassungsinhalt vgl. zuletzt die umfassende Darstellung in *Jestaedt* Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 8ff., 42ff.

fassungsrecht zu sprechen,[9] um zu untersuchen, ob und mit welcher Konsequenz die in der Europäischen Union und in der EMRK verbundenen Mitgliedstaaten einen Teil ihres materiellen Verfassungsrechts in eine „Komplementärverfassung"[10] ausgelagert haben.[11]

So wird die Europäische Menschenrechtskonvention als Verfassungsinstrument[12] und Teil des ordre public européen[13] bezeichnet, als Europäische Menschenrechtsverfassung[14] und als Konstitutionalisierungsprozeß.[15] Ob diese Einordnung zutreffend ist und welche Aussagen daraus folgen, muß eine Untersuchung aus drei Blickrichtungen erwei-

---

[9] Ähnlich beispielsweise *Pescatore* Die Gemeinschaftsverträge als Verfassungsrecht, FS Kutscher, 1981, 319ff.; *Häberle* Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 251ff.; *Dreier* in: ders., Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 1996, Vorb. Rn 22; *Gerkrath* L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, 1997, 92ff., 203ff.; *Badura* Die föderative Verfassung der Europäischen Union, FS Heckel, 1999, 695, 700ff.; *Hertel* Supranationalität als Verfassungsprinzip, 1999, 106ff.; *Öhlinger* Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung, in: *ders.*, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, 165, 216; *Schwarze* Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, DVBl. 1999, 1677, 1682ff.; *Walter* Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 1999, 961, 964ff.; *Weiler* Introduction: the reformation of European constitutionalism, in: The constitution of Europe, 1999, 221f.; *ders.* The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy, Forum Constitutiones Europae 7/99 des WHI Berlin, http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/deutsch/fce/fce799/weiler.htm, Rn 10; *Di Fabio* (Fn. 1), JZ 2000, 739ff.; *Müller-Graff* Europäische Verfassung und Grundrechtscharta: Die Europäische Union als transnationales Gemeinwesen, Integration 2000, 34ff.; *Pernice* Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, JöR 48 (2000), 205, 216f.; *ders.* Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27ff.; *ders.* Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990, 2409, 2410ff.

[10] *Läufer* Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union – Notwendigkeit einer offenen Debatte, Integration 1994, 204, 207; vgl. *Pernice* Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866ff.; *ders.* Deutschland in der Europäischen Union, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VIII, 1995, § 191 Rn 25ff.

[11] Speziell für die EMRK *Jörg Paul Müller*, Rechtsphilosophische Reflexionen zur EMRK als Teilverfassung des werdenden Europas, GS Ryssdal, 2000, 957, 962ff.

[12] EGMR, Urt. v. 23.3.1995, *Loizidou ./. Türkei* (Preliminary objections), Serie A 310, Ziff. 75 („constitutional instrument of European public order") zurückhaltender *Alkema*, The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court, GS Ryssdal, 2000, 41ff.

[13] *Häberle* (Fn. 9), EuGRZ 1991, 261, 265.

[14] *Frowein* Der europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtsprechung, JuS 1986, 845ff.

[15] *Walter* (Fn. 9), ZaöRV 1999, 961ff.

sen: Zunächst sind die rechtlichen Rahmenbedingungen zu untersuchen (II.). Sodann sind einige Schlaglichter auf die Inhalte der EMRK zu werfen, um zu ergründen, inwieweit sie tatsächlich „europäisches Verfassungspartikularrecht" enthält (III.). Daran anschließend ist nach der Art der Wechselwirkungen zwischen EMRK und nationalem Verfassungsrecht zu fragen (IV.). Schließlich ist das Verhältnis zwischen der EMRK zum Recht der Europäischen Union unter Berücksichtigung der Proklamation der Grundrechtscharta der Europäischen Union in den Blick zu nehmen (V.).

II. Die EMRK und das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten – rechtliche Rahmenbedingungen

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für das Verhältnis zwischen nationalem Verfassungsrecht und EMRK bestehen auf zwei Ebenen. Aus der Perspektive der EMRK stellt sich die Frage, wie weit die völkerrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten durch die Grundfreiheiten der EMRK reicht. Aus der Perspektive der Konventionsstaaten gilt es, Stellung und Anwendungsbedingungen der EMRK im nationalen Recht aufzuzeigen.

1. Die Perspektive der EMRK: Der Umfang der völkerrechtlichen Bindung

Wenn in einem ersten Schritt der Umfang der völkerrechtlichen Bindung an die EMRK ins Auge gefaßt wird, so erweist sich die Vorstellung von einer einheitlichen Verpflichtung aller Mitgliedstaaten nur in ihrem Kern als zutreffend. In den Randbereichen divergieren die vertraglichen Bindungen. Die Ursache hierfür liegt in zwei Besonderheiten des Rechts der EMRK, nämlich erstens im Ermessen der Staaten bei der Ratifikation von Zusatzprotokollen und zweitens in der Möglichkeit, Vorbehalte zu einzelnen Artikeln der EMRK zu erklären.

a) Die Zusatzprotokolle

Der Katalog der Grundrechte der EMRK ist in den letzten fünf Jahrzehnten um materielle Garantien in Zusatzprotokollen sukzessive ergänzt worden. Der Ratifikationserfolg der einzelnen Zusatzprotokolle ist indessen sehr unterschiedlich. Das 1. ZP mit drei ganz unterschiedlichen Menschenrechten (Eigentumsgarantie, Recht auf Bildung und Recht auf freie Wahlen) und das 6. ZP mit dem Verbot der Todesstrafe

wurden von fast allen Mitgliedstaaten ratifiziert,[16] darunter alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Anders ist die Lage beim 4. und 7. ZP, welche von einer größeren Zahl von Mitgliedstaaten *nicht* ratifiziert wurden.[17] Das 7. ZP wurde gar von vierzehn Staaten nicht ratifiziert, die Hälfte von ihnen sind Mitgliedstaaten der Europäischen Union.[18]

Betrachtet man die Rechtslage in Abhängigkeit vom Beitrittsdatum, dann zeigt sich, daß nahezu alle Staaten Mittel- und Osteuropas, die in den neunziger Jahren der EMRK beigetreten sind, bei der Ratifikation der Zusatzprotokolle keine Ausnahme gemacht haben,[19] während nur sieben der fünfzehn Mitgliedstaaten der Europäischen Union alle Zusatzprotokolle ratifiziert haben.

b) Die Vorbehalte nach Art. 57 EMRK

Vorbehalte können gemäß Art. 57 EMRK zu einzelnen Bestimmungen der EMRK erklärt werden, soweit ein „Gesetz"[20] nicht mit der betreffenden Vorschrift übereinstimmt. Die Vorbehalte im engeren Sinn spiegeln zusammen mit den von den Staaten abgegebenen Erklärungen im allgemeinen Bereiche wider, in denen der nationale Grundrechtsstandard hinter der EMRK zurückbleibt. In der Konsequenz werden Diskrepanzen zum Schutzniveau der nationalen Grundrechte deutlich: Dort wo im Zeitpunkt der Ratifikation nationale Grundrechte gesetzliche Regelungen zuließen, die der EMRK entgegenstanden, wurde – so die Regierung den Konflikt erkannt hat – ein Vorbehalt erklärt.

---

[16] Das 1. ZP wurde überwiegend zeitgleich oder in zeitlichem Zusammenhang mit der EMRK selbst von allen Mitgliedstaaten ratifiziert. Nur im Fall von Liechtenstein und Spanien lagen längere Zeiträume zwischen der Ratifikation der EMRK und des 1. ZP. Die Schweiz, Andorra und Georgien sind dem Protokoll bis heute ferngeblieben.

[17] Das 4. ZP, das im wesentlichen aufenthaltsrechtliche Garantien enthält, ist immerhin von neun Staaten nicht ratifiziert worden, unter diesen die EU-Mitglieder Griechenland, Spanien und das Vereinigte Königreich.

[18] Das Protokoll enthält neben strafrechtlichen und strafprozessualen Garantien sowie Verfahrensgarantien für Ausländer auch ein Gleichbehandlungsgebot zwischen Ehegatten. Es wurde nicht ratifiziert von Andorra, Bulgarien, Zypern, Liechtenstein, Malta, Polen und der Türkei. Aus dem Kreis der EU-Mitgliedstaaten haben Belgien, Deutschland, Irland, die Niederlande, Portugal, Spanien und das Vereinigte Königreich nicht ratifiziert.

[19] Ausnahmen sind Albanien (6. ZP), Georgien (1. ZP), Polen (6. und 7. ZP) und Rußland (6. ZP).

[20] Die Praxis der Mitgliedstaaten zeigt, daß mit Gesetz vielfach ein Verfassungsgesetz gemeint ist.

Wenig überraschend finden sich die meisten Vorbehalte zu den Verfahrensgarantien der Art. 5 und 6 EMRK. Vorbehalte im Bereich der Freiheitsrechte sind dagegen heute nur mehr in geringem Maße vorhanden und betreffen zumeist historische Besonderheiten der Mitgliedstaaten, die aus dem Übergang von früheren Staats- und Regierungsformen zur parlamentarischen Demokratie herrühren, wie Einreisebeschränkungen für ehemalige Monarchen,[21] Wahlverbote für Funktionäre des überwundenen Regimes[22] oder das Verbot (para-)militärischer Organisationen.[23] Für diese Vorbehalte ist kennzeichnend, daß sie entweder explizit nur für eine Übergangszeit gelten, später zurückgezogen worden sind oder aber ihrem Inhalt nach erkennbar nur für begrenzte Dauer aufrecht erhalten werden sollen.[24]

Die Bedeutung der Vorbehalte geht aus rechtlichen und politischen Gründen zurück.[25] Der rechtliche Grund liegt in Art. 57 EMRK selbst. Er enthält eine Art „Bestimmtheitsgebot" für Vorbehalte und stellt damit vergleichsweise strenge Bedingungen an deren Gültigkeit. Mit diesem Bestimmtheitsgebot haben die Straßburger Organe erst in den achtziger Jahren ernst gemacht.[26] Auf dem Boden der neueren Judika-

---

[21] Vgl. die zu Art. 3 4. ZP abgegebenen Erklärungen Österreichs bezüglich der Mitglieder des Hauses Habsburg-Lothringen (öBGBl. 1969/434) und Italiens bezüglich einiger Mitglieder des Hauses Savoyen (dBGBl. II, 1982, 860), abgedruckt in *Frowein/Peukert* Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, 913.

[22] Mit Gesetz v. 22.9.1995 hat Albanien allen Personen, die als Täter von aus politischen und ideologischen Gründen begangenen Verbrechen des Völkermordes und gegen die Menschlichkeit unter der kommunistischen Herrschaft in Betracht kommen, befristet bis zum 31.12.2001 das passive Wahlrecht aberkannt, vgl. ROW 1995, 276.

[23] Nach Art. 46 Abs. 4 der Verfassung der Portugiesischen Republik von 1976 wird die Vereinigungsfreiheit eingeschränkt: „Es werden keine bewaffneten Vereinigungen militärischer Art, militarisierte oder militärähnliche oder rassistische Organisationen, die der faschistischen Ideologie anhängen, erlaubt."

[24] Diesen Übergangscharakter haben auch viele andere Vorbehalte, nicht aber jene zu den Verfahrensgarantien einschließlich jener des 7. ZP. Bei den Verfahrensgarantien hat sich eine bemerkenswerte Praxis der Konventionsstaaten etabliert, die auch die neuen Mitglieder Mittel- und Osteuropas trotz ihrer ansonsten zurückhaltenden Vorbehaltspraxis beibehalten haben (*Flauss* La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen, RUDH 1995, 373, 378). Insbesondere Disziplinarverfahren und Verfahren wegen Ordnungswidrigkeiten veranlaßten die Mitgliedstaaten, die Geltung einzelner Garantien auszuschalten (Nachweise bei *Frowein/Peukert* [Fn. 21], 988f.).

[25] Weitergehend *Giegerich* Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenz von Vertragsgremien, ZaöRV 1995, 713ff., der Vorbehalte zu menschenrechtlichen Verträgen überhaupt für völkerrechtswidrig hält.

[26] *Frowein/Peukert* (Fn. 21), Art. 64 Rn 5; *Oeter* Die „auslegende Erklärung" der Schweiz zu Art. 6 Abs. 1 EMRK und die Unzulässigkeit von Vorbehalten nach Art. 64

tur erweisen sich viele – von den „alten" Mitgliedstaaten abgegebene – Vorbehalte und Erklärungen als ungültig[27] oder in ihrer Wirkung als eingeschränkt.[28] Politischer Druck auf die in den neunziger Jahren beigetretenen Staaten Mittel- und Osteuropas ist dafür verantwortlich, daß diese bei der Ratifikation kaum Vorbehalte erklärt haben.

c) Das Günstigkeitsprinzip und der gleichwertige Grundrechtsschutz

Nationales Verfassungsrecht und das Recht der EMRK treffen im Günstigkeitsprinzip des Art. 53 EMRK zusammen. Dieses sieht vor, daß keine Bestimmung als Minderung eines der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden darf, die in den nationalen Gesetzen oder in anderen internationalen Übereinkommen festgelegt sind. Die Vorschrift beläßt den Verfassungen Spielraum, ein höheres Schutzniveau als nach der EMRK zu garantieren. Wenn die EMRK beispielsweise die Todesstrafe nur für Friedenszeiten verbietet, die nationale Verfassung aber ein Verbot auch für Kriegszeiten enthält, so kann sich ein im Krieg Verurteilter vor den nationalen Instanzen – nicht aber vor dem EGMR – auf die günstigere nationale Garantie berufen.

Bei näherer Betrachtung erweist sich der Spielraum aber als gering. Immer dann, wenn in das Staat-Bürger-Verhältnis ein Dritter mit kollidierenden Grundrechtsansprüchen eindringt, läßt sich die Günstigkeit hinsichtlich des einen Grundrechts nur dann durchhalten, wenn der kollidierende Anspruch nicht das Niveau der EMRK unterschreitet. In aller Regel heißt das aber, daß der Grundrechtsschutz bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen – jenseits eines allenfalls bestehenden besonderen nationalen Beurteilungsspielraums – (von beiden Seiten) an das

---

EMRK, ZaöRV 1988, 514, 518; *Villiger* Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. 1999, Rn 33.

[27] EGMR, Urt. v. 23.10.1995, *Gradinger ./. Österreich*, Serie A 328-C = JBl. 1997, 577ff. Der Vorbehalt Österreichs zu Art. 6 EMRK wurde in der Judikatur erst jüngst für ungültig befunden: EGMR, *Eisenstecken ./. Österreich*, Urt. v. 3.10.2000, Appl. Nr. 29477/95, Ziff. 21ff.

[28] Vgl. EGMR, Urt. v. 25.3.1993, *Chorherr ./. Österreich*, Serie A 266-B. Neue Gesetzgebung ist nur in engen Grenzen von den Vorbehalten gedeckt. Da Vorbehalte nur anläßlich der Ratifikation der EMRK oder eines Zusatzprotokolls erklärt werden können, ist ihre Erneuerung oder Anpassung – insbesondere an die strengeren Anforderungen der jüngeren Judikatur – nicht zulässig. Deswegen ist der verzweifelte Versuch des Schweizerischen Bundesrates, nach dem Urteil im Fall *Belilos ./. Schweiz* (EGMR, Urt. v. 29.4.1988, Serie A 132) einen neuen, bestimmteren Vorbehalt zu erklären, nicht von Erfolg gekrönt worden. Die Erklärung des Bundesrates vom 19.5.1988 wurde 1992 vom Bundesgericht für ungültig befunden (BGE 118 Ia 473; dazu *Villiger* [Fn. 26], Rn 38; ferner *Oeter* [Fn. 26], ZaöRV 1988, 521).

Niveau der EMRK heranzuführen ist. In dem spektakulären Fall *Open Door* gegen Irland ist das deutlich geworden. Der nach Art. 40.3.3 der irischen Verfassung gegenüber der EMRK weiterreichende Schutz für das ungeborene Leben hätte eine Einschränkung der Meinungsfreiheit einer Schwangerenberatungseinrichtung bedeutet und mußte daher im Ergebnis zurücktreten.[29]

2. *Die Perspektive der nationalen Rechtsordnung: Der Rang der EMRK im staatlichen Recht*

Die Stellung der EMRK im Recht der Mitgliedstaaten und im besonderen ihr Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht sind uneinheitlich. Während das Gemeinschaftsrecht auf dem Boden der heute – abgesehen von Grenzbereichen – unbestrittenen Rechtsprechung des EuGH in allen Mitgliedstaaten unmittelbare Anwendbarkeit und Anwendungsvorrang genießt,[30] ist die Rechtslage im Hinblick auf die EMRK in den

---

[29] EGMR, Urt. v. 29. 10. 1992, Serie A 246-A. Der Fall betrifft das irische Verbot der Verbreitung von Informationen über die Möglichkeit von Schwangerschaftsunterbrechungen im Ausland. Gegenüber einer Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit hatte die irische Regierung vor dem EGMR geltend gemacht, daß das ungeborene Leben nach Art. 40.3.3 der irischen Verfassung höheren Schutz genieße als nach der EMRK und dieser Umstand auch Einfluß auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 10 Abs. 2 EMRK haben müsse (Art. 40.3.3 verbot Tätigkeiten, die darin bestehen, schwangere Frauen in Irland dabei zu unterstützen, ins Ausland zu reisen, um dort eine Abtreibung vornehmen zu lassen). Dabei berief sich die Regierung auch auf die Günstigkeitsregel des Art. 53 mit Blick auf Art. 2 EMRK. Ungeachtet dessen stellte der EGMR eine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit fest. Er vermied eine Auseinandersetzung mit der Günstigkeitsklausel, indem er einerseits die große Reichweite des Verbots und andererseits seine Ineffektivität hervorhob. Dementsprechend sei es nicht die Auslegung von Art. 10 EMRK, welche das Ausmaß an Abtreibungen im Ausland ermögliche, sondern die Lage in Irland im Hinblick auf die Durchsetzung des Gesetzes. So wenig diese Begründung zu überzeugen vermag, so deutlich zeigt sich bei näherer Betrachtung die Problematik der Günstigkeitsklausel: In mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen ist ein Mehr für die eine Grundrechtsposition in aller Regel mit einem Weniger für die andere, kollidierende Position verbunden. Diese Problematik scheint dem Gerichtshof durchaus bewußt gewesen zu sein, wie sich insbesondere aus den Sondervoten der Richter *De Meyer* und *Blayney* ergibt; zur Entscheidung *Langenfeld/Zimmermann* Vereinbarkeit eines Ausreiseverbots für Schwangere mit EG-Recht und EMRK, EuGRZ 1992, 351ff.; *dies.* Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht, ZaöRV 1992, 259ff.

[30] Anstelle vieler *Oppermann* (Fn. 4), Rn 615 m.w.N. Umstritten sind allenfalls Einzelfragen wie der Vorrang gegenüber bestimmten Teilen des Verfassungsrechts oder die

einzelnen Mitgliedstaaten vielfältiger. Ansätze, die einen allgemeinen Anwendungsvorrang der EMRK zu begründen versuchten,[31] haben sich nicht durchgesetzt.[32] Läßt man den heute zur Ausnahme gewordenen Fall der unterlassenen Inkorporation der EMRK beiseite,[33] so kann man drei Gruppen von Staaten unterscheiden: Staaten, in denen die Konvention insgesamt Bestandteil der Verfassung ist oder einen vergleichbaren Status genießt; Staaten, in denen die Rechte der EMRK gleichsam im „Mezzanin" stehen, das heißt im Rang über den Gesetzen, nicht aber im Verfassungsrang; schließlich Staaten, in denen die EMRK selbst nur im Rang eines einfachen Gesetzes steht, gleichwohl aber als Hilfe für die Auslegung nationaler Grundrechte herangezogen wird.

a) Die EMRK im Verfassungsrang

Verfassungsrang kommt der EMRK nur in Österreich zu. Mit einem eigenen Bundesverfassungsgesetz wurde die EMRK im Jahr 1964 rückwirkend in den Verfassungsrang gehoben.[34] Alle Rechte der EMRK können wie genuin innerstaatliche Grundrechte vor dem Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Stellung nimmt die EMRK im niederländischen Recht ein. Sie genießt dort Vorrang vor allem nationalen Recht einschließlich des Verfassungsrechts.[35]

b) Die EMRK im Mezzanin zwischen Gesetz und Verfassung

In den meisten Mitgliedstaaten steht die EMRK heute im Rang über den einfachen Gesetzen, aber unter dem Verfassungsrecht. Beispiele sind die Schweiz,[36] Liechtenstein, Belgien oder Frankreich,[37] Griechen-

---

Kompetenz zur Wahrnehmung von Grundrechtsverstößen in der Konkurrenz zwischen nationalem Höchstgericht und EuGH.

[31] *Polakiewicz* Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1992, 360.

[32] Vgl. nur *van Dijk* Domestic status of human-rights treaties and the attitude of the judiciary. The Dutch case, FS Ermacora, 1988, 631, 635 m.w.H. auf die Rechtsprechung des EGMR in Fn. 22.

[33] Soweit ersichtlich ist die EMRK nur noch in Irland nicht Bestandteil des innerstaatlichen Rechts; vgl. dazu *Polakiewicz* (Fn. 31), 331.

[34] BGBl. 1964/59.

[35] Explizit *van Dijk* (Fn. 32), FS Ermacora, 638f.; vgl. ferner *Myjer* Dutch interpretation of the European Convention: a double system?, FS Wiarda, 1988, 421ff.

[36] *Haefliger/Schürmann* Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Schweiz, 2. Aufl. 1999, 40f.; *Schweizer* Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR 112 (1993 II), 577, 628f.; zum Meinungsstand *Villiger* (Fn. 26), Rn 59.

[37] *Polakiewicz* (Fn. 31), 301ff.

land, Luxemburg, Malta, Portugal,[38] Spanien[39] und Zypern. Auch in einigen Staaten Osteuropas hat sie diesen Status.[40] Gemeinsam ist diesen Staaten, daß die Rangfrage für völkerrechtliche Verträge überwiegend nicht eindeutig geklärt ist, daß die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts bzw. des Höchstgerichts aber die Annahme eines „Vor-Rangs" der EMRK oder von menschenrechtlichen bzw. völkerrechtlichen Verträgen allgemein nahelegt.

Zum Teil führt das dazu, daß die nationalen Höchstgerichte, insbesondere die Verfassungsgerichte, die EMRK gleichwertig neben innerstaatlichen Grundrechten als Prüfungsmaßstab heranziehen. Das Schweizerische Bundesgericht geht von der Sonderstellung der EMRK mit der Begründung aus, daß die dort verbürgten Garantien ihrer Natur nach verfassungsrechtlichen Inhalt haben und in gleicher Weise gerügt werden können wie die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte.[41] Ähnliches kann für Liechtenstein angenommen werden.[42] Demgegenüber

---

[38] *Polakiewicz* La mise en œuvre de la CEDH en Europe de l'Ouest: aperçu du droit et de la pratique nationaux, RUDH 1992, 359, 369.

[39] *Fernández Sánchez* La aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos, Revista Española de Derecho Internacional 39 (1987), 423, 440; *Polakiewicz* (Fn. 31), 323.

[40] Zur Inkorporation allgemein *Konstantinov* Die osteuropäischen Länder und der Rechtsschutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention, ROW 1998, 21, 25. Einzelne Beispiele: Art. 10 der Verfassung Tschechiens; für völkerrechtliche Verträge allgemein Art. 134 der Verfassung der Republik Kroatien; für völkerrechtliche Verträge über Menschenrechte Art. 20 Abs. 2 der Verfassung Rumäniens und Art. 11 der Verfassung der Slowakei; § 123 Abs. 2 der Verfassung Estlands; vgl. auch Art. 8 der Verfassung Sloweniens.

[41] Das BG urteilte im Jahr 1991 in Sachen *Eidg. Steuerverwaltung gegen Erben X.*, „daß die [in der EMRK] enthaltenen Garantien, soweit sie Grundrechte verbürgen, ihrer Natur nach verfassungsrechtlichen Inhalt haben. Die Konvention garantiert einen Mindeststandard an Grundrechten, welche die Mitgliedstaaten als ungeschriebene Verfassungsrechte anerkennen." Wegen der daraus resultierenden inhaltlichen Beziehung zu den verfassungsmäßigen Rechten sei die Verletzung der in der Konvention enthaltenen Rechte verfahrensmäßig gleich zu rügen wie die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte (BGE 117 Ib 367, 371). Hieraus wird in der Literatur teilweise ein jedenfalls faktischer Verfassungsrang der EMRK gefolgert. Die Rechtsprechung des BG bleibt jedoch diesbezüglich zurückhaltend. In obigem Urteil spricht das BG lediglich aus, daß die EMRK jedenfalls nicht weniger verbindlich sei als ein Bundesgesetz. Eine eindeutige Festlegung in der Rangfrage hat es bislang vermieden.

[42] Ohne eine Änderung der Verfassung wurde im Gefolge der Ratifikation der EMRK das Gesetz über den Staatsgerichtshof dahingehend geändert, daß auch wegen der Verletzung der Rechte der EMRK Beschwerde beim Staatsgerichtshof erhoben werden kann (LGBl. 1982/57); *Winkler* Staatsverträge, in: Studien zum Verfassungsrecht, 1991, 101, 141.

zeigt die französische Rechtsprechung nach wie vor Zurückhaltung bei der Einbeziehung der EMRK in den „bloc de constitutionnalité".[43] Ungeachtet dessen mißt der Conseil Constitutionnel namentlich in der Wahlgerichtsbarkeit Gesetze am Maßstab der Konvention.[44] Der Conseil d'Etat geht seit 1989 vom Vorrang völkerrechtlicher Verträge, und damit auch der EMRK, gegenüber Gesetzen aus.[45] Auch soweit der Wortlaut von Gesetzen im Widerspruch zur EMRK steht, legt der Conseil d'Etat den Inhalt von EMRK-Rechten seinen Entscheidungen zugrunde.[46]

c) Die EMRK im Gesetzesrang

Den Rang eines einfachen Gesetzes ohne Vorrang gegenüber diesem hat die EMRK in Deutschland,[47] Italien,[48] San Marino sowie in vier skandinavischen Staaten. Dänemark, Norwegen und Schweden[49] haben die EMRK zwar erst in den letzten Jahren inkorporiert. Bereits davor fand aber die EMRK weitgehende Berücksichtigung.[50] Die Inkorporation steigerte dort die Bedeutung der EMRK. Im Falle Schwedens führte diese Entwicklung sogar zu einer Verfassungsbestimmung am Ende des Grundrechtskapitels, nach der kein Gesetz erlassen werden darf, welches Schwedens Verpflichtungen nach der EMRK zuwiderläuft.[51] Finn-

---

[43] Vgl. *Flauss* Länderbericht Frankreich, in: Schwarze (Fn. 7), 25, 72f. m.w.N.

[44] Vgl. *Flauss* (Fn. 43), 73f., 86f. mwN.; *Cocozza* Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle „transfrontière" de la CEDH et justice constitutionnelle nationale, RFDC 1996, 707, 714f., auch unter Hinweis auf die Zurückhaltung in der Literatur; zu den Einflüssen im übrigen *Gaïa* Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, RFDC 1996, 725, 730ff.

[45] Beginnend mit CE 20.11.1989 (*Nicolo*), *Long et al.* Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10. Aufl. 1993, 742ff.

[46] Vgl. z.B. CE 30.10.1998 (*Lorenzi*), RDP 1999, 649; zum Einfluß der EMRK im allgemeinen *Cassia/Saulnier* Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme, AJDA 1997, 411ff.

[47] Dazu unten e).

[48] Das italienische Verfassungsgericht weist der EMRK nach der italienischen Verfassung einen ähnlichen Rang zu, wie ihn das BVerfG in entsprechender Weise nach dem Grundgesetz anerkennt; vgl. *Polakiewicz* (Fn. 31), 305f.

[49] *Polakiewicz* (Fn. 31), 332ff. m.w.N.

[50] *Polakiewicz* (Fn. 38), RUDH 1992, 373ff.; *ders.* (Fn. 31), 332ff.

[51] Art. 2:23; dazu *Bernitz* Länderbericht Schweden, in: Schwarze (Fn. 7), 389, 426. Daß die Inkorporation in das schwedische Recht dem gleichzeitigen Beitritt zur EU am 1.1.1995 wenigstens mit zu verdanken ist, ist offensichtlich, vgl. *Bernitz* The Incorporation of the European Human Rights Convention into Swedish Law – A Half Measure, GYIL 1995, 178, 183f.

land schließlich ist der EMRK erst 1990 beigetreten, auch dort genießt die EMRK Gesetzesrang.[52]

d) Der Sonderfall des Vereinigten Königreichs

Auch das Vereinigte Königreich ist in die Gruppe der Staaten zu rechnen, in denen die EMRK Gesetzesrang hat. Es nimmt aber eine Sonderstellung ein. Die besondere Verfassungstradition macht die Einordnung in die hier vorgeschlagenen Kategorien nicht einfach. Durch den am 2. 10. 2000 in Kraft getretenen „Human Rights Act 1998" (HRA)[53] werden die Art. 2 bis 12 und 14 EMRK sowie die Art. 1 bis 3 des 1. ZP und die Art. 1 und 2 des 6. ZP in das britische Recht inkorporiert.[54] Dadurch wird jedoch keine Hierarchisierung nach der Vorstellung eines Stufenbaus der Rechtsordnung begründet; von einem Vorrang der EMRK gegenüber Parlamentsgesetzen kann nicht gesprochen werden. Vielmehr bleibt der Verfassungsgrundsatz der „Sovereignty of Parliament" unberührt. Die Besonderheit liegt hier in erster Linie darin, daß die Gerichte wie auch die Behörden zunächst umfassend zu einer konventionskonformen Auslegung und Anwendung der Gesetze („so far as it is possible to do so", vgl. Section 3[55]) verpflichtet sind. Darüber hinaus werden die

---

[52] Vgl. *Pellonpää* Nationaler Individualrechtsschutz und europäischer Menschenrechtsstandard in Finnland, EuGRZ 1993, 590, 591.

[53] *Hansard* H.L. 9. November 1998, col. 499; *Hansard* H.C., 9. November 1998, col. 32.

[54] Dazu *Grote* Die Inkorporierung der Europäischen Menschenrechtskonvention in das britische Recht durch den Human Rights Act 1998, ZaöRV 1998, 309 ff.; *Marshall* Patriating Rights – with Reservations the Human Rights Bill 1998, in: University of Cambridge Centre for Public Law (Hrsg.), Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles, 1998, 73 ff.; *Palmer* The Human Rights Act 1998: Bringing Rights Home, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 1998, 124 ff.; *Wade* Opinion: Human Rights and the Judiciary, E.H.R.L.R. 1998, 520 ff.; *Ewing* The Human Rights Act and Parliamentary Democracy, Modern Law Review 62 (1999), 79 ff.; *Feldman* The Human Rights Act 1998 and constitutional principles, Legal Studies 12 (1999), 165 ff.; *Greer* A Guide to the Human Rights Act 1998, European Law Review 24 (1999), 3 ff.; *Loveland* Incorporating the European Convention on Human Rights into UK Law, Parliamentary Affairs 52 (1999), 113 ff.; *Baum* Rights Brought Home, EuGRZ 2000, 281 ff.

[55] *Supperstone/Coppel* Judicial Review after the Human Rights Act, E.H.R.L.R 1999, 301, 324, unterstreichen die Parallele zu den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an die nationale Interpretationspraxis: Die Formel „so far as it is possible" benutzte der EuGH im Zusammenhang mit dem Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation nationalen Rechts, vgl. EuGH, Urt. v. 13. 11. 1990, Rs. C-106/89 (*Marleasing*), Slg. 1990 I, 413b. Zur Gegenüberstellung dieses Systems mit dem New Zealand Bill of Rights: *Taggart* Tugging on Superman's Cape: Lessons from Experience with the New

Obergerichte für den Fall der Unmöglichkeit einer konventionskonformen Auslegung ermächtigt, eine förmliche Feststellung der Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit der EMRK („declaration of incompatibility")[56] zu treffen. Eine solche Feststellung hat zwar zunächst weder unmittelbare Auswirkungen auf die Gültigkeit der Norm, ihre weitere Anwendung oder ihre Durchsetzung, noch ist sie für die Parteien bindend (Section 4 para. 6 HRA). Im Ergebnis kann jedoch erwartet werden, daß diese Regelung zu einer sehr weitgehenden Berücksichtigung der EMRK führen wird.[57]

Zudem wird mit dem HRA eine Neuerung im Gesetzgebungsverfahren eingeführt, welche eine Prüfung der Konventionskonformität eines Gesetzes durch den Minister vor der Beschlußfassung durch das Parlament fordert („pre-enactment scrutiny"). Dieses Prüfungsverfahren wird in Verbindung mit dem ausdrücklichen Gebot konventionskonformer Interpretation der EMRK im Ergebnis jenen Einfluß sichern, der ihr in anderen Staaten unter Bedingungen eines übergesetzlichen Rangs zukommt. Nach Section 19 hat der zuständige Minister vor der zweiten Lesung eines Gesetzes im Verfahren der „pre-enactment scrutiny" eine Stellungnahme zur Konventionskonformität der Regelung abzugeben.[58] Auf Grund der geänderten Rechtsprechung des House of Lords[59] sind die parlamentarischen Materialien und damit auch diese Stellungnahme und ihre Diskussion im Parlament bei der Interpretation heranzuziehen, weshalb die Stellungnahme des Ministers einen wichtigen Beitrag zur konventionskonformen Interpretation im Sinne der Section 3 leistet. Wenn es schließlich trotz dieser „Vorkehrungen" zu einem „statement of incompatibility" durch ein Gericht kommt, so ist ein spezielles Gesetzgebungsverfahren vorgesehen, um Abhilfe zu schaffen (Section 10 i.V.m. dem 2. Anhang). Diese sogenannte „fast track legislation" erlaubt

---

Zealand Bill of Rights Act 1990, in: University of Cambridge Centre for Public Law (Fn. 54), 85, 93.

[56] Dies betrifft nur Gesetze der „primary legislation", d.h. Parlamentsgesetze. Konventionswidrige „subordinate legislation" können die Gerichte selbst für nichtig erklären, dazu *Wade* The United Kingdom's Bill of Rights, in: University of Cambridge Centre for Public Law (Fn. 54), 66ff.

[57] Vgl. *Wade* (Fn. 54), E.H.R.L.R. 1998, 532, der von einem „Quantensprung" in eine neue Rechtskultur spricht.

[58] Dieses Verfahren wurde bereits vor Inkrafttreten des HRA praktiziert, vgl. *Feldman* (Fn. 54), Legal Studies 12 (1999), 183.

[59] *Pepper v. Hart* [1993] AC 593. S. dazu *Klug* The Human Rights Act 1998, Pepper v. Hart and All That, Public Law 1999, 246ff.; zum Zusammenspiel mit dem HRA vgl. *Feldman* Remedies for Violations of Convention Rights under the Human Rights Act, E.H.R.L.R. 1998, 691, 698ff.

es der Regierung, die Rechtslage in einem besonderen Verfahren der Konvention anpassen zu lassen.[60] Das Verfahren ist auch für Fälle vorgesehen, in denen die Unvereinbarkeit eines Gesetzes durch ein Urteil des EGMR festgestellt wird. Obgleich damit die Konventionsrechte formaliter auf einfachgesetzlichem Niveau verharren und die Parlamentssouveränität de iure unangetastet bleibt, erlangt die EMRK durch die Vorschriften des HRA in der Praxis eine Stellung, von der erwartet werden kann, daß sie der eines verfassungsrechtlich verankerten Grundrechtskataloges, wenn schon nicht ebenbürtig, so doch stark angenähert erscheint.[61]

e) Die Rechtslage in Deutschland

Die Rechtslage nach dem Grundgesetz weist der EMRK ohne Zweifel nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu (Art. 59 Abs. 2 GG). Die Rechtsprechung des BVerfG nimmt nur insoweit Abweichungen an, als sie die EMRK bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetz berücksichtigt und eine Derogation durch spätere Gesetze ablehnt.[62] Versuche, den Verfassungsrang der EMRK zu begründen, vermochten weder das BVerfG zu überzeugen, noch konnten sie sich im Schrifttum durchsetzen.[63] Eine differenzierte Betrachtung der Inhalte der EMRK-

---

[60] Dazu im einzelnen wiederum *Ewing* (Fn. 54), Modern Law Review 62 (1999), 96; *Feldman* (Fn. 54), Legal Studies 12 (1999), 187 ff.

[61] Ähnlich insoweit *Feldman* (Fn. 54), Legal Studies 12 (1999), 178.

[62] Grundlegend BVerfGE 74, 358, 370; s. auch BVerfGE 82, 106, 120; dazu *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1989) 391, 410 ff.; *Kirchhof* Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?, EuGRZ 1994, 16, 31 ff.; *Schlette* Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, RFDC 1996, 747, 751 f.

[63] Eine Subsumtion des EGMR unter den Begriff der „zwischenstaatlichen Einrichtung" nach Art. 24 GG (vgl. *Ress* Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, FS Zeidler II, 1987, 1775, 1790 ff.) kommt ungeachtet zunehmenden Ineinandergreifens von nationalem Recht und Völkerrecht gerade im Menschenrechtsbereich (*Walter* [Fn. 9], ZaöRV 1999, 975) nicht in Betracht, da der EGMR keine für die Annahme einer Übertragung von Hoheitsrechten gem. Art. 24 Abs. 1 GG notwendige Regelungskompetenz besitzt. – Versuche, durch eine Begriffsbildung außerhalb des Grundgesetzes die EMRK als „Grundrechtsverfassung" zu qualifizieren und so in Verfassungsrang zu erheben, sind nicht überzeugend: Der Vorschlag einer Inkorporation der EMRK als „Grundrechtsverfassung" über Art. 1 Abs. 2 und 3 GG (so *Hoffmeister* Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung, Humboldt Forum Recht 5/1999, 7) verkennt, daß ein solcher Verfassungsbegriff von dem des Grundgesetzes verschieden ist und daß der Begriff der Grundrechte auf jene des Grundgesetzes beschränkt ist.

Grundrechte läßt aber für Teilbereiche eine weitergehende Berücksichtigung der EMRK zu, als dies gegenwärtig in der Praxis des BVerfG geschieht. Zunächst genießen Menschenrechtsgehalte der EMRK, die gleichzeitig zum Völkergewohnheitsrecht gehören, nach Art. 25 GG übergesetzlichen Rang.[64] Im übrigen erscheint die Annahme vertretbar, daß die Rechte der EMRK im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG zu berücksichtigen sind; ein Verstoß gegen die EMRK kann mit einer auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem entsprechenden Grundrecht der EMRK gestützten Verfassungsbeschwerde geltend gemacht und vom BVerfG an diesem Maßstab geprüft werden,[65] soweit das Recht nicht in den Regelungsbereich spezieller Grundrechte des Grundgesetzes fällt, da hier eine Berufung auf das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG nicht in Betracht kommt.[66] Des Umwegs über das Rechtsstaatsprinzip, wie ihn das BVerfG geht, bedarf es nicht.

Der Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem entsprechenden Grundrecht der EMRK als Bestandteil des einfachen Bundesrechts steht ebensowenig entgegen wie der Geltendmachung von Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips über den „Umweg" des Auffanggrundrechts im Rahmen der Verfassungsbeschwerde. Auf der Schrankenebene ist eine mögliche Rechtfertigung des jeweiligen Grundrechtseingriffs gegebenenfalls unter Anwendung der in der EMRK vorgesehenen Schranken zu prüfen.[67] Obwohl auf diese Weise gar nicht wenige Garantien der

---

[64] Die Meinung, daß die EMRK insgesamt Völkergewohnheitsrecht darstelle (*Bleckmann* Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994, 149, 153f.; *Giegerich* Die Verfassungsbeschwerde an der Schnittstelle von deutschem, internationalem und supranationalem Recht, in: Grabenwarter u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, 101, 113, für die vorbehaltlos von allen Konventionsstaaten akzeptierten Rechte), ist abzulehnen, da nicht für alle in der EMRK garantierten Rechte eine allgemeine Rechtsüberzeugung, wie sie für das Entstehen von Völkergewohnheitsrecht notwendig ist, festzustellen ist. Wie hier *Uerpmann* Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, 65ff.; *Walter* (Fn. 9), ZaöRV 1999, 972.

[65] *Frowein* Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, FS Zeidler II, 1987, 1763, 1770. Dagegen *Dreier* in: ders. (Fn. 9), Art. 2 I Rn 41.

[66] Vgl. etwa *Dreier* in: ders. (Fn. 9), Art. 2 I Rn 22; *Murswiek* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rn 10.

[67] Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat also etwa in Anlehnung an die Schrankenregelung von Art. 8 Abs. 2 EMRK zu erfolgen. Im Bereich der Verfahrensrechte, die nach Art. 6 EMRK keiner Schranke unterliegen, kann das BVerfG prüfen, ob der Gesetzgeber bei der Konkretisierung der Rechte im Rahmen der Ausgestaltung des Verfahrens die Garantien hinreichend beachtet hat. Insofern entspricht die Prüfung derjenigen, die das BVerfG auch jetzt bei der Prüfung der aus dem Rechtsstaatsprinzip

EMRK verfassungsbeschwerdefähig werden,[68] bleibt für die übrigen Rechte nur die Berücksichtigung bei der Auslegung der einschlägigen Einzelgrundrechte des Grundgesetzes. Dies zu ändern, vermag die Rechtsdogmatik nicht mehr zu leisten. Eine Änderung liegt vielmehr allein in der Hand des Verfassungsgesetzgebers.

3. Zwischenresümee

In einem vergleichenden Zwischenresümee ist festzuhalten: Der Umfang der völkerrechtlichen Bindung ist durch Zusatzprotokolle und Vorbehalte für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich. Auch der Rang der EMRK und die Bedingungen ihrer Anwendung im innerstaatlichen Recht sind – anders als nach europäischem Gemeinschaftsrecht – nicht einheitlich vorgegeben. Gleichwohl sind auf beiden Ebenen rechtlich induzierte, überwiegend aber weder konventionsrechtlich noch staatsrechtlich vorgegebene Tendenzen der Vereinheitlichung festzustellen. Die Bedeutung der Vorbehalte nimmt ab, die Ratifikation wenigstens zweier Zusatzprotokolle der EMRK gehört heute zum Standard. Auf innerstaatlicher Ebene hat in den letzten zehn Jahren in den „alten" Mitgliedstaaten eine Inkorporationsbewegung eingesetzt, die mit dem Inkrafttreten des Human Rights Act 1998 im Vereinigten Königreich ihren vorläufigen Abschluß und Höhepunkt erreicht hat. Parallel dazu nimmt die Berücksichtigung der EMRK in der Rechtsprechung der nationalen Gericht auch in jenen Staaten zu, in denen die gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht verändert wurden.

---

entnommenen Garantien vornimmt, vgl. z.B. BVerfGE 82, 106, 115 (für die Unschuldsvermutung).

[68] In Betracht kommt die Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG vor allem bei den Verfahrensgrundrechten, die in der EMRK im einzelnen garantiert sind, während sie das BVerfG als über Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsbeschwerdefähige Rechte dem Rechtsstaatsprinzip entnimmt (Beispiele: Unschuldsvermutung, Art. 6 Abs. 2 EMRK, BVerfGE 19, 342, 347; 74, 358, 370; 82, 106, 114; Recht auf Verteidiger, Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, BVerfGE 38, 105, 111 f.; 66, 313, 318 f.; Rechtsschutz in Zivilsachen, Art. 6 EMRK, BVerfGE 85, 337, 345; 88, 118, 123 f.; angemessene Verfahrensdauer, Art. 6 Abs. 1 EMRK, BVerfG, Beschl. v. 20.7.2000, EuGRZ 2000, 491 f.). Weitere Beispielsfälle bilden durch Art. 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben) garantierte Rechte, die nicht in den Regelungsbereich eines speziellen Grundrechts des Grundgesetzes fallen und die das BVerfG im Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit verortet (Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, auf informationelle Selbstbestimmung, auf Kenntnis der eigenen Abstammung, auf Schutz des Namens), weiterhin die Ausreisefreiheit (Art. 2 Abs. 2 4. ZP) und die Privatautonomie (Art. 1 1. ZP).

III. Das Leitbild der EMRK: Demokratischer Rechtsstaat europäischer Prägung

Die EMRK enthält einen Katalog von Menschenrechten, die in mancher Hinsicht Grundrechten nationaler Verfassungen sehr ähnlich sind. Diese Ähnlichkeit ist zum einen darin begründet, daß einzelne Rechte nach dem Vorbild nationaler Grundrechte formuliert worden sind. Zum anderen hat sie ihren Grund darin, daß heute nicht wenige Staaten in ihrer nationalen Gesetzgebung Anleihen bei der EMRK genommen haben, die bis zu partieller Identität des Grundrechtsbestandes wie im Falle Österreichs und jetzt auch des Vereinigten Königreichs reichen. Versucht man inhaltliche Schwerpunkte auszumachen, in denen die EMRK besondere Bedeutung erlangt hat, so stechen drei Bereiche hervor, nämlich die Rahmenbedingungen der Ausübung von Freiheitsrechten, die Sicherung des Rechtsstaats durch Verfahrensgarantien und der Schutz der Rechtsstellung von Ausländern.

1. Politische Menschenrechte in der „demokratischen Gesellschaft"

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält eine Reihe von politischen Grundrechten, neben der Garantie freier Wahlen (Art. 3 1. ZP) namentlich die Freiheit der Meinungsäußerung und der Presse (Art. 10) sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11). Die zuletzt genannten Grundrechte enthalten Eingriffsvorbehalte, nach denen die geschützten Freiheiten nur insoweit beschränkt werden dürfen, als dies zur Erreichung bestimmter legitimer Ziele in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist. Darin liegt die textliche Grundlage für den materiellen Eingriffsvorbehalt, welcher im wesentlichen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht,[69] wie er aus der Judikatur vieler Verfassungsgerichte und Höchstgerichte der Mitgliedstaaten, allen voran jener des Bundesverfassungsgerichts geläufig ist.

In den Eingriffsschranken der EMRK kommt das Leitbild der demokratischen Gesellschaft zum Ausdruck. Sie machen deutlich, daß die Demokratie das einzige politische Modell ist, das von der Konvention

---

[69] Vgl. *Berka* Die Grundrechte, 1999, Rn 276ff.; *ders.* Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, ÖZÖR 1986, 71ff.; *Engel* Die Schranken der Schranken in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Das Merkmal „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft" in den Schrankenvorbehalten, das Diskriminierungsverbot und die „margin of appreciation", ÖZÖR 1986, 261ff.; *Hauer* Die Polizeizwecke der Grundrechtsschranken der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Grabenwarter/Thienel (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der EMRK, 1998, 115ff.

in Betracht gezogen wird und folglich mit ihr vereinbar ist.[70] Eine Vielzahl von Entscheidungen zur Meinungs- und Vereinigungsfreiheit bestätigen diesen Befund.

Hervorzuheben ist die Rechtsprechung des EGMR zur *Presse- und Rundfunkfreiheit.* Die Voraussetzungen einer demokratischen Gesellschaft werden mit den Begriffen Pluralismus, Toleranz und Offenheit definiert, oder in den Worten des EGMR: Die Meinungsfreiheit gilt nicht nur für Meinungen, die mit Zustimmung oder Gleichgültigkeit aufgenommen oder als nicht verletzend angesehen werden, sondern auch für solche, die den Staat oder einen Teil der Bevölkerung verletzen, schokkieren oder beunruhigen.[71] Diese Voraussetzungen schafft die EMRK nicht, sie setzt sie als von den Verfassungen der Mitgliedstaaten in effektiver Weise vorgesehen voraus.

Die Funktion der Presse als „public watchdog" der Demokratie genießt besonderen Schutz: Die Medien haben in der Demokratie die Aufgabe, Informationen und Ideen zu verbreiten, die Öffentlichkeit hat korrespondierend dazu das Recht, sie zu empfangen;[72] dabei zählt die Freiheit der politischen Debatte zum Kernbereich der demokratischen Gesellschaft.[73] In diesem Bereich darf der Staat nur in engen Schranken in die entsprechenden Freiheiten eingreifen.[74]

Aus derselben Überlegung heraus genießt die von Art. 11 geschützte *Freiheit der Parteien* besonderen Schutz.[75] Parteien sind Teil der politischen Auseinandersetzung, ohne sie ist die Demokratie nicht denkbar. Das Leitbild der Demokratie in der EMRK ist das einer Parteiendemo-

---

[70] Auch in der Präambel der Konvention wird eine klare Verbindung zwischen der Konvention und der Demokratie in der Erwägung hergestellt, daß die Wahrung und Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten am besten gesichert wird durch ein wahrhaft demokratisches politisches Regime einerseits und eine gemeinsame Auffassung und Achtung der Menschenrechte andererseits (vgl. EGMR, *Loizidou ./. Türkei* [Fn. 12], Ziff. 75; Urt. v. 30. 1. 1998, *Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei,* RJD 1998 I, Ziff. 45).

[71] EGMR, Urt. v. 7. 12. 1977, *Handyside ./. Vereinigtes Königreich,* Serie A 24, Ziff. 49; aus jüngerer Zeit EGMR, Urt. v. 19. 12. 1994, *VDSÖ ./. Österreich,* Serie A 302, Ziff. 37.

[72] EGMR, Urt. v. 26. 4. 1979, *Sunday Times ./. Vereinigtes Königreich,* Serie A 30 = EuGRZ 1979, 386ff., Ziff. 65.

[73] EGMR, Urt. v. 8. 7. 1986, *Lingens ./. Österreich,* Serie A 103, Ziff. 42.

[74] Einen Überblick über die Rechtsprechung der letzten Jahre gibt *Hoffmeister* Art. 10 EMRK in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 1994–1999, EuGRZ 2000, 358ff.

[75] Die Freiheit umfaßt alle Phasen des Bestehens einer Partei und schützt auch vor ungerechtfertigter Verfügung der Auflösung oder des Verbots einer Partei (EGMR, *Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei* [Fn. 70], Ziff. 33).

kratie.[76] Der Spielraum der Staaten bei der Begrenzung der politischen Tätigkeit von Parteien und beim Erlaß von Parteiverboten ist dementsprechend begrenzt,[77] die Einschränkungstatbestände des Art. 11 Abs. 2 müssen eng ausgelegt werden. Nationale Parteiverbotstatbestände, welche zur Rechtfertigung eines Verbotes die bloße Gefährdung des Bestands eines Staates ausreichen lassen, sind nicht von Art. 11 EMRK gedeckt: Nach Ansicht des Gerichtshofs gehört es zum Wesen der Demokratie, daß verschiedene politische Programme angeboten und diskutiert werden dürfen, selbst solche, welche die gegenwärtige Staatsorganisation in Frage stellen, vorausgesetzt, daß diese Programme nicht die Demokratie selbst gefährden.[78]

Die Eingriffsschranken sind umso weiter gezogen, je geringer der Zusammenhang der geschützten Meinungsfreiheit mit der demokratischen Auseinandersetzung im engeren Sinn ist. Im Bereich wirtschaftlicher Meinungsfreiheit und der Kunstfreiheit ist der Beurteilungsspielraum

---

[76] Dieser Grundsatz kommt auch in Art. 3 1. ZP, der Garantie freier Wahlen, zum Ausdruck, wonach die „freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Organe" gewährleistet sein soll. Eine solche Meinungsäußerung ist nach Auffassung des EGMR undenkbar ohne die Teilnahme mehrerer politischer Parteien, welche die verschiedenen Meinungen innerhalb der Bevölkerung eines Landes repräsentieren. Durch die Übertragung dieses Meinungsspektrums nicht nur in politische Institutionen, sondern mit der Hilfe der Medien in alle Bereiche des Soziallebens, leisteten politische Parteien einen unersetzlichen Beitrag zur politischen Debatte, die im Kern des Begriffs der demokratischen Gesellschaft liege (EGMR, *Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei* [Fn. 70], Ziff. 44).

[77] EGMR, *Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei* (Fn. 70), Ziff. 46.

[78] Die Tatsache, daß das politische Programm einer Partei von den nationalen Instanzen für unvereinbar mit den verfassungsrechtlichen Prinzipien und Strukturen eines Staates angesehen wird, macht das Programm aber noch nicht unvereinbar mit den Regeln der Demokratie (EGMR, Urt. v. 25.5.1998, *Sozialistische Partei ./. Türkei*, Serie A 75, Ziff. 47; Urt. v. 8.12.1999, *ÖZDEP ./. Türkei*, Appl. Nr. 23885/94, Ziff. 41). Bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Parteiverbots sind neben dem politischen Programm auch Äußerungen von Parteifunktionären in der Öffentlichkeit zu berücksichtigen (EGMR, *Sozialistische Partei*, a.a.O., Ziff. 48; *Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei* [Fn. 70], Ziff. 58). In diesem Zusammenhang betont der EGMR den Vorrang der politischen Debatte als grundlegendem Merkmal der Demokratie: Demokratie eröffnet die Möglichkeit, die Probleme eines Landes durch Dialog zu lösen, ohne Rückgriff auf Gewalt, selbst wenn die Probleme schwerwiegend sind. Da Demokratie auf der Meinungsfreiheit beruht, kann es keine Rechtfertigung für das Verbot einer politischen Gruppe mit der alleinigen Begründung geben, daß sie die öffentliche Auseinandersetzung über die Situation eines Teils der Bevölkerung sucht und am politischen Leben einer Nation teilnehmen will, um in Entsprechung demokratischer Regeln eine Lösung zu entwickeln, welche für alle Betroffenen zufriedenstellend ist (*Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei* [Fn. 70], Ziff. 57).

daher ein größerer.[79] Umgekehrt vermag gerade der *Schutz der Demokratie* Beschränkungen der Meinungsäußerung zu rechtfertigen, wie sich am Beispiel der *Meinungs- und Vereinigungsfreiheit von Beamten* zeigen läßt.[80] Im wesentlichen sind es zwei Ziele, welche die Beschränkung der politischen Rechte von Beamten rechtfertigen, nämlich das Gebot der Verfassungstreue und die Sicherung der Unparteilichkeit der staatlichen Verwaltung. In beiden Fällen wird den Mitgliedstaaten unter Hinweis auf die Pflichtenklausel in Art. 10 Abs. 2 EMRK ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.[81]

---

[79] Zur Freiheit der Wirtschaftswerbung EGMR, Urt. v. 20. 11. 1989, *markt intern Verlag ./. Österreich*, Serie A 165; Urt. v. 24. 2. 1994, *Casado Coca ./. Spanien*, Serie A 285-A; *Calliess* Werbung, Moral und Europäische Menschenrechtskonvention, AfP 2000, 248ff.; zur Kunstfreiheit Urt. v. 24. 5. 1980, *Müller ./. Schweiz*, Serie A 133; Urt. v. 20. 9. 1994, *Otto-Preminger-Institut ./. Österreich*, Serie A 295-A; Urt. v. 25. 11. 1996, *Wingrove ./. Vereinigtes Königreich*, RJD 1996 V.

[80] Art. 11 Abs. 2 letzter Satz EMRK ermächtigt dazu, die Ausübung der Grundrechte der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit durch Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder Staatsverwaltung jenseits der Schranke der Verhältnismäßigkeit (*Frowein/Peukert* [Fn. 21], Art. 11, Rn 18) besonderen Beschränkungen zu unterwerfen. Im Schutzbereich von Art. 10 wird aus dem in Abs. 2 enthaltenen Hinweis auf „Pflichten und Verantwortungen" die Grundlage zur Rechtfertigung spezifischer Beschränkungen der Freiheiten von Beamten mit Blick auf die von ihnen ausgeübten Funktionen gesehen.

[81] In diesen Beurteilungsspielraum fällt es jedenfalls, wenn ein Staat von seinem Beamten eine Treuepflicht fordert, wenngleich auch diese keinen Selbstzweck bildet, sondern stets im Dienst der Demokratie zu stehen hat. In diesem Sinn ist die Rechtfertigung der mit der verfassungsrechtlichen Entscheidung des Bonner Grundgesetzes für eine wehrhafte Demokratie verbundenen Beschränkung von politischen Grundrechten in der geschichtlichen und politischen Entwicklung Deutschlands in den Jahren vor und nach 1945 zu finden. Anders gewendet: In der konkreten historischen Situation ist es zulässig, für die Zwecke der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Leitbild der freiheitlichen Demokratie des Art. 10 EMRK um jenes der wehrhaften Demokratie des Bonner Grundgesetzes anzureichern. Darin liegt unter anderem auch die Erklärung dafür, daß die Berufung auf die Verfassungstreue nur beim größten Anrainerstaat des Rheins, nicht aber beim kleinsten trägt: Der Hinweis der Regierung Liechtensteins auf das Erfordernis der Verfassungstreue in der Entscheidung über die Ernennung des Präsidenten der Verwaltungsbeschwerdeinstanz vermag die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zu beeinflussen (EGMR, Urt. v. 28. 10. 1999, *Wille ./. Liechtenstein*, Appl. Nr. 28396/95). Auch bei den Grenzen der politischen Betätigung zur Wahrung der Unparteilichkeit der Staatsverwaltung ist der konkrete historische und politische Kontext relevant. Auf diese Weise werden weitreichende politische Betätigungsverbote vor dem Hintergrund der Gefahr der Identifikation von Polizei und Armee mit einer Partei im Gefolge eines 40jährigen Einparteiensystems gerechtfertigt (EGMR, Urt. v. 20. 5. 1999, *Rekvenyi ./. Ungarn*, Appl. Nr. 25390/94 = NVwZ 2000, 421). Auch bloße Mißstände ohne den Extremfall einer Diktatur können hinreichend sein, solange die Reaktion des Gesetzge-

2. *Verfahrensgarantien*

Vielfältige Einflüsse der EMRK auf das nationale Verfassungsrecht sind im Bereich der sogenannten „Verfahrensgarantien", im Kern der Justizgrundrechte, zu verzeichnen. Vor allem die Art. 5 und 6 der EMRK sind stärker als alle übrigen Rechte der EMRK vom anglo-amerikanischen Recht geprägt. Dementsprechend stärker ist der Kontrast zum und der potentielle Konflikt mit dem nationalen Verfassungsrecht in der überwiegenden Zahl der Mitgliedstaaten. Hier trafen die Grundrechte der EMRK in den Staaten Kontinentaleuropas auf Verfassungen, die solche Garantien überwiegend nicht kennen oder kannten.

Unter dem Einfluß der Judikatur des EGMR haben sich gemeineuropäische Verfahrensgrundsätze für die verschiedenen Verfahrensarten des Strafprozesses, des Zivilprozesses und des Verwaltungsprozesses herausgebildet, ohne daß es in den meisten Mitgliedstaaten Anhaltspunkte in den nationalen Grundrechten gegeben hätte. Die Garantie des fairen Verfahrens in Art. 6 EMRK steht im Zentrum dieser Einflüsse. Für die Frage, ob im Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung stattfindet, ob ein Armenverteidiger oder ein Dolmetscher beizuziehen ist, ob Akteneinsicht zu gewähren ist, schließlich wie der Zeugenbeweis oder der Nemo-tenetur-Grundsatz zu handhaben sind, bestehen heute gemeineuropäische Verfahrensgrundsätze,[82] die in keinem Mitgliedstaat mehr unberücksichtigt bleiben.[83]

Die größten Spannungen mit nationalem Verfassungsrecht entstanden durch die ursprünglich nicht absehbare Ausdehnung der ausdrücklich für „zivilrechtliche Ansprüche" und „strafrechtliche Anklagen" gel-

---

bers entsprechend ausführlich vorbereitet wurde und ausreichend differenziert ausfällt. Bemerkenswert ist, daß der EGMR das Konzept der wirksamen politischen Demokratie unter Hinweis auf die Präambel der Charta des Europarates über kommunale Selbstverwaltung auf die Gemeindeebene erstreckt und bemerkt, daß insbesondere der Umfang von Entscheidungen auf kommunaler Ebene und die Nähe des Wahlvolks auf der Gemeindeebene zur Politik, die von den Kommunalpolitikern betrieben wird, zu berücksichtigen seien (EGMR, Urt. v. 17. 12. 1996, *Ahmed ./. Österreich*, RJD 1996 VI, Ziff. 52).

[82] Vgl. *Frowein/Peukert* (Fn. 21), Art. 6 Rn 117ff., 156ff.

[83] Die meisten Verurteilungen durch den Straßburger Gerichtshof gehen freilich auf das Konto einer Garantie, die als große Errungenschaft des Straßburger Kontrollmechanismus gilt, ihn aber seit längerem lahmzulegen droht: jene des Gebots angemessener Verfahrensdauer. Von ihm ist auch die Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht zuletzt die deutsche, betroffen (EGMR, Urt. v. 1. 7. 1997, *Pammel ./. Deutschland*, RJD 1997 IV; Urt. v. 1. 7. 1997, *Probstmeier ./. Deutschland*, RJD 1997 IV; Urt. v. 16. 9. 1996, *Süßmann ./. Deutschland*, RJD 1996 IV; dazu *Klose* Grundrechtsschutz in der Europäischen Union und die Europäische Menschenrechtskonvention, DRiZ 1997, 122ff.).

tenden Garantien des fair trial auf verwaltungsgerichtliche Verfahren und auf Disziplinarverfahren.[84] Es ist das jener Bereich, in dem die Einflüsse auf das nationale Staatsorganisationsrecht am weitesten gingen, in dem aber die Straßburger Rechtsprechung seit Anfang der Neunziger Jahre unter dem Eindruck des Widerstands von nationalen Höchstgerichten[85] die Anforderungen auch wieder ein Stück weit zurückgenommen hat.[86]

3. *Grundrechtsschutz für Ausländer und Minderheiten*

Beim Grundrechtsschutz für Ausländer leistet die EMRK einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung eines ordre public in Europa. Zunächst liegt das daran, daß die EMRK fast durchwegs Menschenrechte garantiert, während einzelne – namentlich politische – Grundrechte im nationalen Verfassungsrecht vielfach nur Staatsbürgern vorbehalten sind.[87] Sodann gewährt die EMRK Ausländern Grundrechtsschutz, der sich aus ihrer spezifischen Rechtsstellung im Staat ihres Aufenthalts beziehungsweise der beabsichtigten Einreise in diesen ergibt. So vermitteln das *Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder*

---

[84] Bei der Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 6 EMRK im Hinblick auf das Merkmal „civil rights" hatte der EGMR nicht immer festes dogmatisches Terrain unter den Füßen. Vielmehr tastete er sich von Einzelfall zu Einzelfall vor und markierte Grenzen für das Verständnis von civil rights (vgl. *Grabenwarter* Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, 41 ff.); dies trug seiner Auslegung die Attribute „evolutiv und dynamisch" ein.

[85] Hervorzuheben sind Entscheidungen des österreichischen VfGH (VfSlg 11500/1987) und des Conseil d'Etat (vgl. die Nachweise bei *Costa* La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil d'Etat de France, RTDH 1 [1990], 125 ff.; *de Gouttes* Le juge français et la Convention européenne de droits de l'homme, RTDH 6 [1995], 605 ff.).

[86] Deutlich wird das in den Fällen *Zumtobel* (EGMR, Urt. v. 21. 9. 1993, *Zumtobel ./. Österreich*, Serie A 268-A) und *Fischer* (EGMR, *Fischer ./. Österreich* [Fn. 27]); vgl. dazu das Sondervotum *Martens* im Fall *Fischer*.

[87] Nur ausnahmsweise kommt es auf der Ebene des Schutzbereichs auf die Staatsangehörigkeit an. Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 des 4. ZP garantieren die Freizügigkeit und ein Ausweisungsverbot für eigene Staatsangehörige. Das Verbot von Kollektivausweisungen des Art. 4 4. ZP und die Verfahrensgarantien im Ausweisungsverfahren nach Art. 1 7. ZP knüpfen direkt oder indirekt an die Staatsangehörigkeit zum besonderen Schutz von Fremden an. Für bestimmte politische Grundrechte sieht Art. 16 EMRK vor, daß die Bestimmungen der Art. 10, 11 und 14 EMRK nicht so ausgelegt werden dürfen, daß sie den Vertragsstaaten verbieten, die politische Tätigkeit von Ausländern Beschränkungen zu unterwerfen. Zur Bedeutung dieser Vorschrift im Kontext des Unionsrechts s. unten V. 3., insbes. Fn. 163.

Behandlung (Art. 3) und das *Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens* (Art. 8) Ansprüche, die im Ergebnis dazu führen können, daß ein Ausländer nicht des Landes verwiesen werden darf.[88] In einer bemerkenswerten Auslegung von Art. 3 hat die Straßburger Rechtsprechung schon recht früh anerkannt, daß eine Verantwortlichkeit eines Mitgliedstaats der EMRK bei Ausweisung oder Auslieferung eines Ausländers begründet werden kann, wenn die betreffende Person im Verfolgerstaat einer Strafe oder Behandlung ausgesetzt zu sein droht, welche mit Art. 3 EMRK nicht vereinbar ist.[89] Ferner ist heute unbestritten, daß gegenüber einem Staat, der das 6. ZP ratifiziert hat, ein vergleichbarer Schutz gegen Ausweisung und Auslieferung auch dann besteht, wenn der Betroffene in jenem Land, in das er ausgewiesen werden soll, der Gefahr der Hinrichtung ausgesetzt ist.[90]

Art. 8 EMRK kann auch dann einen Schutz vor Ausweisung gewähren, wenn mit der Maßnahme ein Eingriff in das *Privat- oder Familienleben* verbunden ist. Der EGMR hat dabei ein umfangreiches Abwägungsinstrumentarium auf der Basis von Art. 8 Abs. 2 EMRK, insbesondere in Fällen zu Einwanderern der zweiten Generation, ent-

---

[88] Art. 4 4. ZP enthält lediglich ein Verbot von Kollektivausweisungen Fremder, gewährt aber Ausländern kein Grundrecht auf Aufenthalt in einem bestimmten Staat.

[89] Dazu statt vieler *Alleweldt* Schutz vor Abschiebungen bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe. Refoulement-Verbote im Völkerrecht und im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Art. 1 des GG, 1996, 16ff.; *Trechsel* Art. 3 EMRK als Schranke der Ausweisung, in: Aktuelle asylrechtliche Probleme der gerichtlichen Entscheidungspraxis in Deutschland, 1996, 83ff.; *van der Wyngaert* Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box? ICLQ 39, 1990, 757ff.; *Frowein/Peukert* (Fn. 21), Art. 3 Rn 18ff.; *Villiger* (Fn. 26), 297ff.; *van Dijk/van Hoof* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, 322ff.; *Harris/O'Boyle/Warbrick* Law of the European Convention on Human Rights, 1995, 73ff. Die entsprechende Rechtsprechung der Straßburger Instanzen beeinflußte maßgeblich die Praxis der Mitgliedstaaten und nahm mehr und mehr die Funktion des Ersatzes für ein individuelles Asylrecht mit gerichtlich durchsetzbarem Anspruch an. Freilich muß in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erwähnt werden, welche der Judikatur der Straßburger Instanzen explizit teilweise die Gefolgschaft verwehrte (BVerwGE 104, 265ff.; dazu *Buß* Grenzen der dynamischen Vertragsauslegung im Rahmen der EMRK, DÖV 1998, 323ff.; sowie unten bei Fn. 122).

[90] Das läßt sich *e contrario* bereits aus der Entscheidung des EGMR im Fall *Soering* schließen (Urt. v. 26. 1. 1989, *Soering ./. Vereinigtes Königreich,* Serie A 161, Ziff. 103; vgl. dazu *Grabenwarter* [Fn. 84], 10 Fn. 12). Der Conseil d'Etat (vgl. *Costa* L'application par le Conseil d'Etat français de la Convention européenne des droits de l'homme, RTDH 8 [1997], 395, 399) und der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfSlg 13981/1994; VfGH 16. 12. 1994, B 347/94) haben dies ausdrücklich anerkannt.

wickelt.[91] Schließlich enthält die EMRK prozessuale Garantien speziell für Ausländer, wie den auf Ausweisungsverfahren bezogenen Haftgrund des Art. 5 Abs. 1 lit. f und Verfahrensgarantien in Ausweisungsverfahren nach Art. 1 7. ZP.[92]

Die EMRK hat sich schließlich als wirksames Instrument zur Verhinderung von Diskriminierungen, insbesondere auch gesellschaftlicher Minderheiten erwiesen, und zwar für die Mitgliedstaaten der EU in Ergänzung zum Gemeinschaftsrecht[93] in Bereichen, die von diesem nicht erfaßt sind oder waren. So hat der EGMR einen Konventionsverstoß bei Benachteiligung von Homosexuellen angenommen, auch wenn Art. 14 EMRK die sexuelle Orientierung nicht ausdrücklich als verbotenen Diskriminierungsgrund aufzählt, und zwar wegen Verletzung des gemäß Art. 8 EMRK geschützten Privat- und Familienlebens.[94]

---

[91] Dazu *Frowein/Peukert* (Fn. 21), Art. 8 Rn 24ff.; *Villiger* (Fn. 26), Rn 576ff.; *van Dijk/van Hoof* (Fn. 89), 515ff.; *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Fn. 89), 331ff. In den Abwägungsentscheidungen spielen vor allem die Nachteile für die öffentliche Ordnung im Aufenthaltsstaat einerseits und das Ausmaß der Beziehungen des Betreffenden zum Herkunftsstaat andererseits eine Rolle.

[92] Vgl. *Frowein/Peukert* (Fn. 21), Art. 1 7. ZP Rn 3ff.; *Villiger* (Fn. 26), Rn 690ff.; *van Dijk/van Hoof* (Fn. 89), 682ff.; *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Fn. 89), 565f.; *Trechsel* Das verflixte Siebente? Anmerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, FS Ermacora, 1988, 195f. Daneben gibt es noch in zwei Grundrechten Bezugnahmen, die speziell für Ausländer Bedeutung haben. Die Eigentumsgarantie des Art. 1 1. ZP bindet die Zulässigkeit von Eingriffen allgemein an das Erfordernis des öffentlichen Interesses sowie der durch Gesetz vorgesehenen Bindungen, speziell für Ausländer darüber hinaus an die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts (dazu *Frowein/Peukert* [Fn. 21], Art. 1 1. ZP, Rn 60f.; *van Dijk/van Hoof* [Fn. 89], 635f.; *Harris/O'Boyle/Warbrick* [Fn. 89], 530ff.). Art. 14 EMRK verbietet die Diskriminierung aus Gründen der nationalen Herkunft. Diese Bestimmung wurde erst jüngst in einem Fall gegen Österreich (EGMR Urt. v. 16.9.1996, *Gaygusuz ./. Österreich*, RJD 1996 IV) relevant.

[93] Das Gemeinschaftsrecht kennt – beschränkt auf seinen Anwendungsbereich – verschiedene Gleichbehandlungsgrundsätze, die teilweise auf primärrechtlicher, teilweise auf sekundärrechtlicher Ebene angesiedelt sind; ein allgemeines Diskriminierungsverbot fehlt. Die Gleichbehandlung von Mann und Frau gewährleisten Art. 141 EG sowie die Gleichbehandlungsrichtlinie. Art. 12 EG enthält ein Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit, das in Einzelheiten in den Grundfreiheiten des Binnenmarktes nähere Ausgestaltung findet. Art. 13 EG ermächtigt den Rat, Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu treffen. Auf dieser Basis hat der Rat kürzlich eine Richtlinie zur Gleichbehandlung im Hinblick auf Rasse und ethnische Herkunft verabschiedet (RL 9339/00). Vgl. auch Art. 20ff. der Grundrechtscharta der Europäischen Union.

[94] EGMR Urt. v. 31.7.2000, *A.D.T. ./. Vereinigtes Königreich*, Appl. Nr. 35765/97; Urt. v. 21.12.1999, *Salgueiro da Silva Mouta ./. Portugal*, Appl. Nr. 33290/96; Urt. v.

Nicht selten waren auch nationalstaatlich geprägte Besonderheiten, historisch überkommene Residuen im Visier der Straßburger Richter, insbesondere bei Differenzierungen im Verhältnis zwischen Mann und Frau.[95]

4. Zwischenresümee

Fügt man die drei genannten inhaltlichen Schwerpunkte der EMRK zu einem Ganzen, dann zeigen sich aus grundrechtlicher Perspektive Eckpunkte des Leitbilds eines demokratischen Rechtsstaats europäischer Prägung.[96] Es ist einerseits um nationale Besonderheiten reduziert, andererseits mit gemeineuropäischen Verfassungstraditionen aufgeladen, die nicht in jeder nationalen Verfassung in dieser Form deutlich werden. Dem Charakter der EMRK als völkerrechtlichen Vertrages und

---

27. 9. 1999, *Smith u. Grady ./. Vereinigtes Königreich*, Appl. Nr. 33985/96 = NJW 2000, 2089 ff.; Urt. v. 22. 4. 1993, *Modinos ./. Zypern*, Serie A 259; Urt. v. 26. 10. 1988, *Norris ./. Irland*, Serie A 142; Urt. v. 22. 10. 1981, *Dudgeon ./. Irland*, Serie A 45. Das 12. ZP enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Es nennt unter den beispielhaft aufgezählten Diskriminierungsgründen die sexuelle Orientierung nicht, was in der Stellungnahme des Committee on Legal Affairs and Human Rights (Dok. 8614) kritisiert wurde. Vor der Einführung des Art. 13 EG hat der EuGH festgestellt, daß die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung vom Gemeinschaftsrecht nicht erfaßt war, EuGH, Urt. v. 17. 2. 1998, Rs. C-249/96 (*Grant*), Slg. 1998 I, 621 ff.

[95] In der Nichtgewährung einer vollen Rente an eine Frau durch die Schweizer Gerichte mit dem Hinweis auf die Erfahrungstatsache, daß Frauen mit der Geburt des ersten Kindes ohnedies ihre Berufstätigkeit aufgeben würden, wurde zutreffend ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot erkannt (EGMR, Urt. v. 31. 1. 1995, *Schuler-Zgraggen ./. Schweiz*, Serie A 305). In einer Reihe anderer Fälle stellte der EGMR eine Diskriminierung von Männern fest, welche zum Teil die Folge eines überkommenen Rollenverständnisses oder eines davon abweichenden Verhaltens von Ehegatten waren. Dazu gehört die Diskriminierung eines Vaters, dem nach alter österreichischer Rechtslage das Frauen in vergleichbarer Situation zustehende sogenannte Karenzurlaubsgeld verweigert worden war, ebenso wie die Befreiung der Frauen von der Entrichtung der Feuerwehrabgabe in Baden-Württemberg (EGMR, Urt. v. 18. 7. 1994, *Karlheinz Schmidt ./. Deutschland*, Serie A 291). Auch in einem niederländischen Fall vermochte sich der EGMR nicht von den Argumenten der Regierung überzeugen lassen, die eine Regelung, nach der nur unverheiratete, kinderlose Frauen über 45 Jahren, nicht aber Männer in der gleichen Situation von der Beitragspflicht zugunsten eines Kinderversorgungsfonds befreit waren, mit der Begründung rechtfertigte, daß Frauen im Gegensatz zu gleichaltrigen Männern sehr wahrscheinlich kinderlos bleiben würden (EGMR, Urt. v. 21. 2. 1997, *Van Raalte ./. Niederlande*, Serie A 29).

[96] Zur Rechtsstaatlichkeit vgl. auch *Wiederin* Rechtsstaatlichkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, in: Hoffmann et al. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa, 1996, 295 ff.; *Alkema* (Fn. 12), GS Ryssdal, 2000, 46 f.

dem Menschenrechtscharakter ihrer Garantien ist es zu danken, daß die Konvention für den Schutz der Rechte von Ausländern besondere Bedeutung erlangt hat.

Die Freiheitsrechte sind im Gewächshaus der Straßburger Instanzen in fünfzig Jahren zu üppigen Gewährleistungen herangereift, die ihre völkerrechtliche Qualität inhaltlich weitgehend abgelegt haben und Grundrechten nationaler Verfassungen sehr ähnlich geworden sind. Möglich war dies freilich nur auf dem Humus des demokratischen Rechtsstaats, den die EMRK zwar nicht selbst geschaffen, den sie aber in den Verfassungen der Mitgliedstaaten vorgefunden hat. Die EMRK ist heute tief verwurzelt im nationalen Recht, ihre Garantien wirken – materiell gesehen – auf dem Fundament der bereits entwickelten und der sich an deren Leitbild entwickelnden Rechtsstaaten. In diesem Prozeß gibt die EMRK ihrerseits Impulse für die Entwicklung, führt sie einzelne Rechtsordnungen an einen europäischen Standard heran und dient sie der Beseitigung von Verwerfungen in Randbereichen.

IV. Wechselwirkungen zwischen der EMRK und dem Recht der Mitgliedstaaten – Typologie

Die Art und Weise, in der diese Impulse gegeben werden, ist allerdings uneinheitlich. Wie eingangs erwähnt beansprucht das Recht der EMRK keine bestimmte Stellung im Recht der Mitgliedstaaten nach dem Muster der unmittelbaren Anwendbarkeit und des Anwendungsvorrangs. Die Arten der Wirkung im nationalen Recht hängen vielmehr von den Rahmenbedingungen im jeweiligen Recht des Mitgliedstaats ab. So lassen sich normative und faktische Wirkungen der EMRK unterscheiden. Weiter ist zu differenzieren zwischen der Wirkung der EMRK als abstrakt-genereller Norm und der Wirkung konkreter Urteile des EGMR. Auch hier kann man rechtliche Wirkungen in den Grenzen der Rechtskraft der Entscheidungen und faktische Wirkungen jenseits ihrer Grenzen unterscheiden.

1. Normative Wirkungen

a) Die Verdrängung nationalen Rechts durch die EMRK

Die EMRK kann ohne dazwischentretenden Akt entgegenstehendes innerstaatliches Recht entweder mit der Wirkung verdrängen, daß es für den konkreten Fall zurücktritt (Anwendungsvorrang), oder mit der

Wirkung, daß dessen Geltung beseitigt wird (Derogation). Der Anwendungsvorrang der EMRK ist in einigen Mitgliedstaaten vorgesehen, z.B. im Fall Belgiens oder der Niederlande (im Rahmen eines allgemeinen Vorrangs völkerrechtlicher Verträge).[97]

Derogationswirkung kann die EMRK gegenüber jenen innerstaatlichen Rechtsquellen haben, die den Rang mit ihr teilen. Demgemäß kann die im Gesetzesrang stehende EMRK älteres, zum Zeitpunkt der Inkorporation geltendes ungünstigeres Gesetzesrecht beseitigen, oder, soweit sie im Verfassungsrang steht, entgegenstehendem Verfassungsrecht derogieren. Im umgekehrten Fall, nämlich daß das konventionswidrige nationale Recht die lex posterior ist, kann diese Derogationswirkung entfallen: In bestimmten Fällen findet eine Derogation nicht statt,[98] mit der Konsequenz, daß bis zur Auflösung des Konflikts durch den (Verfassungs-)Gesetzgeber oder ein allenfalls dazu berufenes Gericht beide Vorschriften in Kraft bleiben.

Urteile des EGMR können anders als Entscheidungen von Verfassungsgerichten nationales Recht nicht unmittelbar beeinflussen, sie können Urteile und Gesetze nicht aufheben, sondern nur ihre Unvereinbarkeit feststellen.[99] „Derogationswirkung" – auch in einem übertragenen Sinn – haben daher auch sie nicht.

b) Der normative Veränderungsdruck durch Invalidation

Die schwächere Wirkung im Konflikt ist die bloße Invalidation von nationalem Recht. Dieses bleibt zwar rechtlich unberührt, „invalidiert"[100] aber, d.h. der Widerspruch zur EMRK erzeugt einen – rechtlichen – „Veränderungsdruck" mit der Folge, daß die invalidierte Norm des innerstaatlichen Rechts aufzuheben ist.

Nach nationalem Recht besteht ein solcher Veränderungsdruck jedenfalls dann, wenn die EMRK im Verfassungsrang steht. Demgemäß haben in Österreich Verstöße gegen die EMRK durch den Gesetzgeber

---

[97] Vgl. *Polakiewicz* (Fn. 31), 240; speziell zu den Niederlanden *van Dijk* FS Ermacora (Fn. 32), 631ff.; *Myjer* FS Wiarda (Fn. 35), 421ff.

[98] Für Deutschland *Frowein* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR VII, 1992, § 180 Rn 6; *Herdegen* (Fn. 4), Rn 37, mit der Begründung, daß nach den Prinzipien der völkerrechtsfreundlichen Auslegung die Gesetze im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands auszulegen sind. Vgl. auch BVerfGE 74, 358, 370; für Italien vgl. *Polakiewicz* (Fn. 31), 306f.

[99] *Polakiewicz* (Fn. 31), 223ff.; *Okresek* in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Bd. III, Losebl., Stand: 2000, Art. 46 EMRK, Rn 4, 8.

[100] Zum Begriff vgl. *Walter* Derogation oder Invalidation, in: Ermacora u.a. (Hrsg.), FS Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, 1968, 209ff.

unabhängig von einer Verurteilung durch den EGMR die Invalidation der Vorschrift zur Folge.[101] Doch auch dann, wenn die EMRK nur in Gesetzesrang steht, kann sich – etwa aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung – ein normativer Druck zur Beseitigung einer in einem Verfahren gegen den Staat festgestellten Verletzung der EMRK ergeben.[102] Im Vereinigten Königreich ist für den Fall der Feststellung einer Verletzung nun ein eigenes Gesetzgebungsverfahren vorgesehen.[103]

Auf der Ebene des Völkerrechts geht ein unmittelbarer normativer Veränderungsdruck vor allem von der Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR aus. Die aus Art. 46 EMRK erwachsende Urteilswirkung enthält die Verpflichtung zur Beendigung der Konventionsverletzung und zur Wiedergutmachung.[104] Beruht die Verletzung

---

[101] Angesichts der Aktivität des österreichischen Verfassungsgesetzgebers muß allerdings auch der Fall in Betracht gezogen werden, daß genuin innerstaatliches Verfassungsrecht gegen die EMRK verstößt. In einem solchen Fall muß nach der lex posterior-Regel gegebenenfalls auch die EMRK zurücktreten. Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen in VfSlg 11500/1987.

[102] *Bleckmann* Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit in der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1996, 137, 142; *Ress* Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, 350, 352; *Frowein* (Fn. 98), HbStR VII, § 180 Rn 15; *Herdegen* (Fn. 4), Rn 23.

[103] Dazu oben II. 2. d). Ein bedeutendes Beispiel dafür, wie dem Veränderungsdruck durch Auslegungsänderung nachgegeben wurde, ist die Begründung der Zuständigkeit der holländischen Zivilgerichte zur Überprüfung von Verwaltungsakten im Gefolge der Entscheidung im Fall *Benthem* (EGMR, Urt. v. 23.10.1985, *Benthem ./. Niederlande*, Serie A 97). Sie beruht u.a. auf einer geänderten Auslegung des Art. 112 Abs. 2 der holländischen Verfassung und eines Ausführungsgesetzes über die Gerichtsorganisation (vgl. EGMR, Urt. v. 27.11.1991, *Oerlemans ./. Niederlande*, Serie A 219, Ziff. 21 ff.; *Koopmans* La Convention européenne des droits de l'homme et le juge néerlandais, RIDC 1999, 21 ff.; *Polakiewicz* [Fn. 31], 259 ff.). Auch die Berücksichtigung der wiederholten Feststellung von Verletzungen durch die strafrechtliche Verurteilung von Journalisten durch österreichische Gerichte, die wegen Äußerungen über Politiker vor Gericht standen (EGMR, *Lingens ./. Österreich* [Fn. 73]; Urt. v. 23.5.1991, *Oberschlick I ./. Österreich*, Serie A 204; Urt. v. 1.7.1997, *Oberschlick II ./. Österreich*, Serie A 42; Urt. v. 28.8.1992, *Schwabe ./. Österreich*, Serie A 242-B; vgl. auch Urt. v. 23.4.1992, *Castells ./. Spanien*, Serie A 236), erfolgte letztlich im Interpretationsweg. Ein Beispiel für das Tätigwerden des Gesetzgebers wegen dieser Art von normativer Wirkung bildet die Gesetzgebung im Gefolge der Judikatur des EGMR zum österreichischen Rundfunkmonopol. Der VfGH mußte hier nicht mehr dazwischentreten. Die schleppende Umsetzung zog allerdings weitere Verurteilungen durch den EGMR nach sich (EGMR, Urt. v. 20.10.1997, *Radio ABC ./. Österreich*, RJD 1997 VI; Urt. v. 21.9.2000, *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH ./. Österreich*, Appl. Nr. 32240/96).

[104] *Polakiewicz* (Fn. 31), 231 ff.

auf einem EMRK-widrigen Gesetz, besteht aus konventionsrechtlicher Sicht die völkerrechtliche Pflicht zur Aufhebung oder Änderung von Gesetzen, wenn eine konventionskonforme Interpretation nicht möglich ist.[105] Freilich zeigt die Erfahrung von vierzig Jahren der Rechtsprechung des EGMR, daß Urteile häufig nicht entsprechend oder nur zeitlich verzögert umgesetzt wurden. Das hat im Europarat die Diskussion um ein Verfahren zur Durchsetzung von Urteilen des EGMR ausgelöst, die in eine Empfehlung des Ministerkomitees[106] und in einen Bericht an die Parlamentarische Versammlung[107] mündete. Beide Dokumente fordern neben anderen Maßnahmen vor allem die Einführung von Wiederaufnahmeverfahren im nationalen Recht nach einer Verurteilung durch den EGMR. Es bleibt abzuwarten, ob sich hieraus konkrete rechtliche Maßnahmen ergeben werden.

Die Pflicht zur Beseitigung der Konventionsverletzung kann Gerichte und im besonderen das Verfassungsgericht treffen, wenn die Konvention auch sein Prüfungsmaßstab ist. Ansonsten aber ist jedenfalls der Gesetzgeber verpflichtet.[108] Aus der Sicht der Konvention ist es gleichgültig, ob die Gesetzesänderung oder -aufhebung durch das Verfassungsgericht oder den Gesetzgeber erfolgt.[109] Bisweilen ist die Bindungswirkung der Urteile des EGMR so evident, daß das Verfassungsgericht diese nicht weiter begründet, sondern Teile der Begründung eines Urteils des EGMR als Ersatz für eine eigene Begründung wörtlich wiedergibt oder gar nur auf das Urteil verweist.[110]

---

[105] *Okresek* (Fn. 99), Art. 46 Rn 14.

[106] Empfehlung Nr. R (2000) 2 v. 19. 1. 2000 über die neuerliche Prüfung oder Wiederaufnahme von bestimmten Fällen der innerstaatlichen Ebene nach Urteilen des EGMR.

[107] Vgl. Council of Europe, Parliamentary Assembly, Doc. 8808 v. 12. 7. 2000. Vorgeschlagen wird ein umfangreicher Katalog von Maßnahmen auf nationaler Ebene wie auf der Ebene des Europarates.

[108] *Polakiewicz* (Fn. 31), 156ff.

[109] Im Fall des Vereinigten Königreichs steht die Pflicht des Gesetzgebers nun außer Streit. Section 10 HRA sieht für den Fall der Feststellung einer Verletzung der Konvention durch den EGMR oder ein nationales Gericht i.S.v. Section 4 HRA ein eigenes Gesetzgebungsverfahren vor.

[110] Auf diese Weise kam es in Österreich zur Ausdehnung der Garantie des ne bis in idem auf das Verwaltungsstrafrecht und die Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Ansprüche in die Eigentumsgarantie, EGMR, *Gradinger ./. Österreich* (Fn. 27) VfSlg 14696/1996, dazu *Giese* Das Grundrecht des „ne bis in idem", in: Grabenwarter/Thienel (Hrsg.), (Fn. 69), 97, 106; EGMR, *Gaygusuz ./. Österreich* (Fn. 92), VfSlg 15129/1998, dazu *Pech* Der Schutz öffentlich-rechtlicher Ansprüche, in: Grabenwarter/Thienel, a.a.O., 233, 243. – Zu den Niederlanden *Koopmans* (Fn. 103), RIDC 1999, 21ff.

c) Die „weiche" normative Wirkung

Die in der Praxis wichtigste Wirkung ist die „weiche" normative Wirkung. Sie führt zu Akten der Rechtsetzung oder Rechtsprechung, die zwar rechtlich nicht geboten sind, aber einem EMRK-konformen Verhalten des Staates und seiner Organe dienen, m.a.W. die Erfüllung der völkerrechtlichen Pflichten pro futuro sicherstellen. Ein Beispiel für entsprechende Rechtsetzungsakte bilden Regelungen auf einfachgesetzlicher Ebene, die Wiederaufnahmetatbestände nach der Feststellung einer Verletzung durch den EGMR vorsehen.[111]

Die größte Bedeutung hat diese Art von normativer Wirkung dann, wenn nationale Gesetzgebung oder Judikatur der Straßburger Rechtsprechung Rechnung tragen, ohne daß bereits ein Urteil gegen den betreffenden Staat ergangen ist. Eine rechtliche Bindung i.e.S. entfalten die Urteile gegen andere Staaten aus innerstaatlicher Perspektive nicht.[112] Man kann insoweit von einer „indirekten Wirkung",[113] „Orientierungswirkung"[114] oder „Präjudizwirkung"[115] der Urteile sprechen. Selbst dann, wenn die EMRK auch bei der Anfechtung von Gesetzen zum Prüfungsmaßstab des Verfassungsgerichts oder eines funktionell vergleichbaren nationalen Gerichts gehört, ist dieses nach innerstaatlichem Recht nicht an die „Auslegung" des EGMR aus dem konkreten Urteil heraus rechtlich gebunden. Wenn sich das Gericht dennoch daran orientiert, geschieht dies gleichwohl nicht ohne jede rechtliche Bindung, sondern unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Konvention die Staaten bindet und daß eine andere, vom Urteil des EGMR abweichende Praxis der Gerichte voraussichtlich zur Feststellung einer Konventionsverletzung führt. Obwohl das Urteil selbst nicht bindet, kann von einer rechtlichen Bindung an die Konvention in der durch den EGMR konkretisierten Wirkung gesprochen werden.[116]

---

[111] In Deutschland: § 359 Nr. 6 StPO; Österreich: § 363a StPO; Schweiz: Art. 139 a Bundesrechtspflegegesetz (OG), s. dazu *Haefliger/Schürmann* (Fn. 36), 429.

[112] So die h.L., z.B. *Frowein/Villiger* Constitutional Jurisdiction in the Context of State Powers, HRLJ 9 (1988), 23, 40; vgl. die Nachweise bei *Polakiewicz* (Fn. 31), 285f.

[113] *Frowein/Villiger* (Fn. 112), 40.

[114] *Ress* Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, 350. Im selben Sinn auch bereits *Polakiewicz* (Fn. 31), 356.

[115] *Wildhaber* Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR 98 (1979 II), 229, 355.

[116] Vgl. *Ress* (Fn. 114), EuGRZ 1996, 350. Ein Beispiel für diese Orientierungswirkung bildet die Aufgabe der seit dem Jahr 1823 geübten Praxis des Conseil d'Etat, bei strittigen Fragen der Auslegung völkerrechtlicher Verträge die offizielle Meinung des

Bezugnahmen in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte auf die Judikatur des EGMR jenseits der Rechtskraft der Urteile geben beredtes Zeugnis von dieser Art der Wirkung.[117] In Frankreich berücksichtigen der Conseil d'Etat und der Conseil Constitutionnel zunehmend die Rechtsprechung des EGMR teils mit ausdrücklicher Bezugnahme, auch soweit diese Urteile nicht gegen Frankreich ergangen sind.[118] Im Vereinigten Königreich werden die normativen Wirkungen von Entscheidungen der Straßburger Organe durch den HRA erheblich verstärkt. Die bisher mangels innerstaatlicher Verpflichtung zurückhaltende Berücksichtigung der Straßburger Judikatur durch die englischen Gerichte[119] muß nun angesichts der gesetzlichen Verpflichtung für Gerichte nach Section 2 HRA, die Entscheidungen aller Konventionsorgane zu berücksichtigen, aufgegeben werden.[120] In Deutschland schließlich ist die vom BVerfG angenommene „interpretationsleitende Rolle der EMRK" für die Auslegung des Grundgesetzes ein Beispiel für „weiche" normative Wirkungen.[121] Demgegenüber zeigt die von der des EGMR explizit abweichende Auslegung des Art. 3 EMRK durch das BVerwG sehr deutlich die Grenzen dieser Art von normativer Wirkung im deutschen Recht auf.[122]

d) Einflüsse durch Verweisungen

Unter die normativen Wirkungen ist schließlich jene Fallgruppe zu rubrizieren, in der Einflüsse und Auswirkungen die Folge davon sind, daß eine Vorschrift der einen Rechtsordnung auf eine Vorschrift der anderen verweist und die verwiesene Norm dadurch zum Inhalt der Verweisungsnorm wird. Ändert sich die verwiesene Norm, wird auch der

---

Außenministeriums einzuholen. Sie wurde nicht zuletzt im Hinblick auf die Gerichtsgarantie des Art. 6 EMRK im Fall G.I.S.T.I. (*Long et al.* [Fn. 45], 758) im Jahr 1990 aufgegeben, ein Standpunkt, der im Urteil *Beaumartin* des EGMR vier Jahre später bestätigt wurde (EGMR, Urt. v. 24. 11. 1994, *Beaumartin ./. Frankreich*, Serie A 296-B).

[117] Vgl. *Polakiewicz* (Fn. 31), 291 ff. Ein starker Einfluß der Straßburger Rechtsprechung auf die Judikatur der nationalen Gerichte, der überwiegend auf „weiche" normative Wirkungen zurückzuführen ist, zeigt sich beispielsweise in der Frage der Zulässigkeit der Ausweisung von Ausländern im Lichte des Art. 8 EMRK; vgl. zum Conseil d'Etat *Cassia/Saulnier* (Fn. 46), AJDA 1997, 416 ff.; *Costa* (Fn. 90), RTDH 8 (1997), 401.

[118] *Costa* (Fn. 90), RTDH 8 (1997), 400 ff.; *Gaia* (Fn. 44), RFDC 1996, 742 ff.; *Cassia/Saulnier* (Fn. 46), AJDA 1997, 415 ff.

[119] Vgl. *Polakiewicz* (Fn. 31), 338 ff.

[120] *Supperstone/Coppel* (Fn. 55), 319; *Marshall* (Fn. 54), 81.

[121] BVerfGE 74, 358, 370; dazu *Frowein* (Fn. 98), HbStR VII, § 180, Rn 6; *Kirchhof* (Fn. 62), EuGRZ 1994, 25 ff.

[122] BVerwGE 104, 265 ff.; dazu *Frowein*, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806, 811.

Inhalt der Verweisungsnorm ein anderer. Dadurch daß die verwiesene Norm zum Bestandteil der verweisenden Norm gemacht wird, sind Änderungen der Verweisungsnorm auf normative Änderungen zurückzuführen. Diese Spielart von normativen Wirkungen repräsentiert den wichtigsten Kanal von Einflüssen des nationalen Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts, auf die EMRK.[123] Sie hat aber auch in umgekehrter Richtung Bedeutung.[124]

2. *Faktische Wirkungen*

a) *Die „Bekräftigungswirkung"*

An der Grenze zwischen normativen und faktischen Wirkungen der EMRK liegt es, wenn die EMRK in Gerichtsurteilen herangezogen wird, um ein auf Grund des nationalen Verfassungsrechts gewonnenes Ergebnis zu bestätigen. Beispiele hierfür lassen sich in nahezu allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten finden, und zwar unabhängig vom Rang der EMRK im innerstaatlichen Recht. Die Entscheidungen des französischen Conseil d'Etat[125] und der Cour de Cassation[126] vermögen ebenso wie die Rechtsprechung der englischen Gerichte vor Inkrafttreten des Human Rights Act[127] reiches Anschauungsmaterial zu liefern. In Deutschland zog das BVerfG zur Bestätigung des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsatzes der Unschuldsvermutung wiederholt Art. 6 EMRK heran.[128]

b) *Bloße faktische Wirkungen*

Bloße faktische Wirkungen sind dann anzunehmen, wenn weder völkerrechtlich noch verfassungsrechtlich eine Pflicht zur Anpassung an die EMRK besteht, diese aber dennoch vorgenommen wird. Solche

---

[123] Ein Beispiel sei genannt: Die Einführung eines Bundesstaates erfordert Wahlen zu Landesparlamenten und erweitert so den Anwendungsbereich der Wahlrechtsgarantie des Art. 3 1. ZP. Weitere Beispiele bei *Ganshof van der Meersch* Die Bezugnahme auf das innerstaatliche Recht der Vertragsstaaten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 1981, 481 ff.

[124] Beispiele sind Inkorporationsklauseln im nationalen Recht.

[125] Vgl. *Costa* (Fn. 85), RTDH 1 (1990), 127.

[126] *Régis de Gouttes* La Convention européenne des Droits de l'homme et le juge en France et aux Pays-Bas, RICD 51 (1999), 7, 9 ff.

[127] S. etwa *R. v. Secretary of State for Home Affairs, ex p. Leech (No. 2)* [1994] Q.B. 198; dazu *de Smith/Woolf/Jowell* Judicial Review of Administrative Action, 5. Aufl. 1995, Rn 6–053 ff. m.w.N.

[128] BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 115, 120. S. auch *Kirchhof* (Fn. 62), EuGRZ 1994, 32 f.; *Schlette* (Fn. 62), RFDC 1996, 756 f.; *Klose* (Fn. 83), DRiZ 1997, 126 f.

Wirkungen sind für all jene *Entscheidungen von Gerichten* und im besonderen von Verfassungsgerichten verantwortlich, in denen die EMRK als Maßstab für Urteile oder Gesetze Beachtung findet, ohne daß das Gericht insoweit zur Beachtung der EMRK verpflichtet ist.

Gesetzgebungsakte, welche ein Grundrecht umsetzen, das in einem Zusatzprotokoll enthalten ist, welches nicht ratifiziert worden ist, oder Gesetzesänderungen, welche die Zurückziehung eines Vorbehalts vorbereiten, beruhen auf rein faktischen – nämlich politischen – Wirkungen der EMRK. Auch die Übernahme von Elementen des Straßburger Verfahrens in das nationale Prozeßrecht gehört in diese Kategorie.[129]

Ferner gehört es zu den faktischen Wirkungen der EMRK, wenn der *Verfassungsgesetzgeber* die EMRK oder Teile davon übernimmt und nationale Grundrechte an den Rechten der EMRK ausgerichtet werden. Art. 6 EMRK prägte z.B. maßgeblich die Art. 29, 30 und 32 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV)[130] oder § 21 der finnischen Verfassung. Art. 5 EMRK beeinflußte entscheidend Art. 30 der Schweizerischen BV und das BVG zum Schutz der persönlichen Freiheit in Österreich.[131] Auch die Kodifikation der Straßburger Rechtsprechung findet sich in nationalen Grundrechten.[132]

3. Zwischenresümee

Obwohl die Verfassungen beim Rang der EMRK und ihren Wirkungen im innerstaatlichen Bereich verschiedene Wege gehen, spiegeln sich

---

[129] Im Vereinigten Königreich überlagert der HRA das hergebrachte System der Klagebefugnis im judicial review. Eine Person kann sich nach Section 7 para. 1 auf ein Konventionsrecht berufen, wenn sie „Opfer" des rechtswidrigen Akts einer Behörde ist. Diese Opfereigenschaft entspricht gem. Section 7 para. 7 exakt jener des Art. 34 EMRK, welche die Voraussetzung für eine Beschwerde an den EGMR bildet (vgl. *Feldman* [Fn. 59], E.H.R.L.R. 1998, 696). In einer zweiten Hinsicht ist das Verfahrensrecht nach dem HRA dem Verfahren vor dem EGMR nachgebildet. Wenn ein Gericht Schadensersatz zuspricht, hat es bei der Frage, ob und bejahendenfalls in welcher Höhe Ersatz zugesprochen wird, die Grundsätze des EGMR bei der Zuerkennung von Schadensersatz nach Art. 41 EMRK zu berücksichtigen (Section 8 para. 4; dazu *Amos* Damages for breach of the Human Rights Act 1998, E.H.R.L.R. 1999, 178, 188).

[130] Vgl. *Koller/Biaggini* Die neue schweizerische Bundesverfassung. Neuerungen und Akzentsetzungen im Überblick, EuGRZ 2000, 337, 344.

[131] BGBl. 1988/684.

[132] Nach § 9 Abs. 4 der finnischen Verfassung dürfen Ausländer nicht ausgewiesen, ausgeliefert oder zurückgeschickt werden, wenn für sie die Gefahr der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen, die Menschenwürde verletzenden Form der Behandlung besteht – das entspricht im Grundsatz der Rechtsprechung des EGMR zur Zulässigkeit von Ausweisungen und Auslieferungen am Maßstab der Art. 3 EMRK und des 6. ZP (s. oben III. 3.).

diese Wege nicht in der faktischen Wirkung der EMRK wider. Die Unterscheidung zwischen bloßer *de facto*- und echter *de iure-Wirkung* korrespondiert nicht der Unterscheidung nach der Stellung der EMRK im nationalen Recht. Die Stellung der EMRK hat zwar Bedeutung für die Gewichtung der verschiedenen Wirkungen. Daß die Einflüsse aber wegen des unterschiedlichen Rangs im Ergebnis erheblich divergierten, läßt sich nicht nachweisen.[133]

V. Die EMRK und das Recht der Europäischen Union

1. Die „Achtung" der EMRK durch die Europäische Union

Nach Art. 6 Abs. 1 EU „beruht" die Union auf den – allen Mitgliedstaaten gemeinsamen – Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit. Art. 6 Abs. 2 EU enthält die Anordnung, daß die Union[134] die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben, „achtet".[135] Mit der Wendung der „Achtung" der Menschenrechte wird jene Art der Grundrechtsbindung bestätigt, die der Rechtsprechung des EuGH[136] zur Herleitung der Gemeinschaftsgrundrechte aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspricht: Nicht nur die Grundrechte aus den Verfassungsüberlieferungen (für die dies in Art. 6 Abs. 2 EU aus-

---

[133] Vgl. bereits *Drzemczenski* European Human Rights in Domestic Law. A Comparative Study, 1983, 342ff.; *van Dijk* (Fn. 32), FS Ermacora, 631f.

[134] Meint Union und Gemeinschaften. Vgl. *Hilf* Europäische Union und Europäische Menschenrechtskonvention, FS Bernhardt, 1995, 1193, 1194; *Griller et al.* The Treaty of Amsterdam, 2000, 135.

[135] Gem. Art. 46 lit. d EU ist Art. 6 Abs. 2 EU (nunmehr auch) der Jurisdiktion des EuGH unterstellt, sofern es sich um Handlungen von Gemeinschaftsorganen handelt und der EuGH im Rahmen der Gemeinschaftsverträge und des Unionsvertrages zuständig ist. Zur späten Einführung von Art. 46 lit. d EU vgl. *Rodriguez-Iglesias* Zur Stellung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Europäischen Gemeinschaftsrecht, FS Bernhardt, 1995, 1269, 1281; *Krück* in Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Bd. 5, 5. Aufl. 1997, Art. L Rn 20f.; *Cremer* in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 46 EUV Rn 3; *Herdegen* (Fn. 4), Rn 170; *Kingreen* Die Gemeinschaftsgrundrechte, JuS 2000, 857, 859; *Hengstschläger* Grundrechtsschutz kraft EU-Rechts, JBl. 2000, 409, 413.

[136] Vgl. EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*), Slg. 1970, 1125, Rn 4; Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73 (*Nold/Kommission*) Slg. 1974, 491, Rn 13.

drücklich angeordnet wird), sondern auch jene der EMRK sind nicht unmittelbarer Bestandteil des Unionsrechts, sondern finden „nur" in Gestalt der allgemeinen Rechtsgrundsätze Eingang in dieses.[137]

Der Aufbau von Art. 6 Abs. 2 EU wirft die Frage nach dem Verhältnis zwischen der EMRK und den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auf. Aus dem völkerrechtlichen Verhältnis beider Rechtsquellen zueinander ergibt sich jedenfalls, daß der Grundrechtsschutz nach den Verfassungen der Mitgliedstaaten im Ergebnis zwar über die Gewährleistung der EMRK hinausgehen, aber nicht das durch die EMRK vermittelte Schutzniveau unterschreiten darf.[138] Die nationalen Grundrechte in Gestalt der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten kommen namentlich dort zum Tragen, wo die EMRK schweigt, weil sie kein entsprechendes Grundrecht enthält.[139] Im übrigen aber ge-

---

[137] *Bleckmann* Der Vertrag über die Europäische Union, DVBl. 1992, 335, 336; *Hilf* FS Bernhardt (Fn. 134), 1206; *Kokott* Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), 599, 602f.; *Baumgartner* EMRK und Gemeinschaftsrecht, ZfV 1996, 319, 327; *Ress* Menschenrechte, europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht, FS Winkler, 1997, 897, 914, 916; *Beutler* in Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Bd. 1, 5. Aufl. 1997, Art. F Rn 28; *Hilf/Pache* Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, 705, 706 mit Fußn. 12; *Pauly* Strukturfragen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes, EuR 1998, 242, 249f.; *Hummer* in: ders. Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, 71ff., 82; *Oppermann* (Fn. 4), Rn 494; *Kingreen* in: Calliess/Ruffert (Fn. 135), Art. 6 EUV Rn 17, 43. Ein Beispiel bildet der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes: In der Rechtssache *Johnston* sprach der EuGH unter Bezugnahme auf Art. 6 der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG aus, daß der in dieser Regelung vorgeschriebene gerichtliche Rechtsschutz „Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sei, der den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten" zugrunde liege. Sodann verwies der Gerichtshof darauf, daß dieser Grundsatz auch in den Art. 6 und 13 EMRK verankert sei. Daß jedoch nicht jede einzelne Teilgewährleistung dieser Artikel gemeinschaftsrechtlich bindend ist, verdeutlichte der EuGH, indem er festhielt daß (bloß) „die leitenden Grundsätze dieser Konvention im Rahmen des Gemeinschaftsrechts *zu berücksichtigen*" seien; EuGH, Urt. v. 15.5. 1986, Rs. 222/84 (*Johnston*), Slg. 1986, 1651, Rn 18f. [Hervorhebung nicht im Original]. S. (zuletzt) auch EuGH, Beschl. v. 4.2.2000, Rs. C-17/98 (*Emesa*), Rn 8f. = RFDA 2000, 417f.

[138] Vgl. Art. 57 EMRK.

[139] Wenn daher aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ein grundrechtlicher Anspruch hergeleitet werden kann, der entweder von der EMRK überhaupt nicht oder nur in weniger weitgehendem Umfang geschützt wird, kann der Inhalt des Gemeinschaftsgrundrechts im Rückgriff auf die nationalen Verfassungen ermittelt werden. Vgl. z.B. die in ständiger Rechtsprechung des EuGH anerkannte Berufsfreiheit, zuletzt EuGH, Urt. v. 28.4. 1998, Rs. C-200/96 (*Metronome Musik GmbH*), Slg. 1998 I, 1971, Rn 21. Zum Ganzen vgl. *Günter* Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, 1998, passim.

nügt der Rückgriff auf die EMRK. Die Verfassungsüberlieferungen dienen insoweit nur der Bestätigung. Auf diese Weise bildet die EMRK gleichsam den *europarechtlichen Mindeststandard*, zu dem sich jeder einzelne Mitgliedstaat völkerrechtlich verpflichtet hat.[140]

Die zunehmende Ableitung von Grundrechtsgehalten aus der Konvention hat dabei einen ganz pragmatischen Grund: Den verschiedenen Verfassungen der Mitgliedstaaten mit fünfzehn Gerichtsbarkeiten steht ein einheitlicher Normtext mit einem Quasi-Verfassungsgericht[141], das zur verbindlichen Entscheidung und Auslegung berufen ist,[142] gegenüber. Auf diese Weise erspart der Rückgriff auf die EMRK weitgehend den Vorgang der wertenden Rechtsvergleichung, ohne daß die Verfassungsüberlieferungen gänzlich an Bedeutung verlören: Denn daß die EMRK ihrerseits auch Ausdruck der Verfassungsüberlieferungen ihrer Mitgliedstaaten ist, macht ihre Präambel hinreichend deutlich. EMRK und Verfassungsüberlieferungen sind zwar nicht die einzige Basis der Ermittlung von Gemeinschaftsgrundrechten;[143] sie sind aber durch

---

[140] Konfliktpotential bietet in dieser Hinsicht eine jüngere Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Emesa* (EuGH, Beschl. v. 4.2.2000, Rs. C-17/98 = RFDA 2000, 417f.). Die Kläger sahen ihr Grundrecht auf rechtliches Gehör dadurch verletzt, daß keine Möglichkeit einer Stellungnahme auf die Schlußanträge des Generalanwalts besteht. Hierfür beriefen sie sich auf Art. 6 EMRK und das Urteil des EGMR im Fall *Vermeulen* (EGMR, Urt. v. 20.2.1996, *Vermeulen ./. Belgien*, RJD 1996 I). In diesem Fall hatte der EGMR im Fehlen der Möglichkeit zur Erwiderung auf die Schlußanträge des Staatsanwalts beim belgischen Kassationsgerichtshofs eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gesehen. Der EuGH widersprach dem Vorbringen der Kläger mit dem Hinweis auf die Besonderheiten des gemeinschaftsrechtlichen Gerichtsverfahrens, insbesondere die Möglichkeit der Wiedereröffnung gem. Art. 61 seiner Verfahrensordnung. Ob diese Ansicht mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar ist, erscheint höchst zweifelhaft.

[141] Allgemein *Frowein* (Fn. 14), JuS 1986, 845; *Walter* (Fn. 9), ZaöRV 1999, 962; *Flauss* La Cour européenne des droits de l'homme, est-elle une Cour constitutionnelle?, RFDC 1998, 711; *Villiger* (Fn. 26), 468; *Alkema* (Fn. 12), GS Ryssdal, 2000, 57ff. für die Niederlande: *Koopmans* (Fn. 103), RIDC 1999, 21ff. Zum Teil übernimmt der EGMR die Funktion eines Ersatzes für fehlende verfassungsgerichtliche Zuständigkeiten. So wurde für Frankreich das Fehlen einer nachträglichen Normenkontrolle im Fall *Chassagnou* durch die Entscheidung des EGMR kompensiert (EGMR, Urt. v. 29.4.1999, *Chassagnou ./. Frankreich*, Appl. Nr. 25088/94 = NVwZ 2000, 57ff.; dazu auch *Walter* a.a.O., 963f.). In Österreich fehlt die Möglichkeit, Grundrechtsverstöße durch Gerichtsurteile im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof geltend zu machen.

[142] Art. 19 und 46 EMRK.

[143] *Pernice* Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990, 2409, 2413ff.; *Hilf* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Losebl., Stand: Januar 2000, Art. F Rn 34; *Beutler* in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Fn. 137), Art. F Rn 32, 33ff.; *Hengstschläger* (Fn. 135), JBl. 2000,

Art. 6 Abs. 2 EU hervorgehoben und stehen einer vorrangigen Heranziehung eines rechtlich nicht bindenden Grundrechtekataloges entgegen.[144]

Nur sehr am Rande erfährt die Frage Beachtung, welcher Bestand an Grundrechten[145] mit dem Verweis auf die EMRK erfaßt ist, anders gewendet: ob neben den Art. 1 bis 14 der EMRK auch die Zusatzprotokolle zu den Rechtsgrundsätzen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 EU gehören. Der Wortlaut des Art. 6 EU kann ohne weiteres dahingehend verstanden werden, daß auch die Rechte in den Zusatzprotokollen solche der EMRK sind,[146] im Hinblick auf den gegenwärtigen Ratifikationsstand allerdings nur die Rechte des 1. und des 6. ZP.[147] Das 4. und das 7. ZP sind dagegen für drei bzw. sieben EU-Mitgliedstaaten völkerrechtlich nicht verbindlich. Ihre Rechte können nur insoweit zur Bestimmung des Inhalts der Gemeinschaftsgrundrechte herangezogen werden, als sie auch zu den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zählen. So hat der EuGH einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des „ne bis in idem" jedenfalls im Verhältnis zwischen Verfahren nach dem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht verneint.[148] Ob auch

---

414ff.; *Hummer* (Fn. 137), 83; a.A. *Kingreen* in: Calliess/Ruffert (Fn. 135), Art. 6 EUV, Rn 40.

[144] Eine Differenzierung im Ausmaß der Berücksichtigung der EMRK nach Schutzbereich und Schranken der Gemeinschaftsgrundrechte (so *Kingreen* in: Calliess/Ruffert [Fn. 135], Art. 6 EUV, Rn 43) ist in Art. 6 EU nicht angelegt, mag auch der systematische Zusammenhang mit dem übrigen Gemeinschaftsrecht auf der Schrankenebene größere Bedeutung haben.

[145] Aus dem Begriff „Grundrechte" in Art. 6 Abs. 2 EU ergibt sich, daß das Verfahrens- und Organisationsrecht der EMRK nicht gemeint ist.

[146] Aus EMRK-Perspektive verdeutlichen bspw. die Art. 5 1. ZP und Art. 6 6. ZP diesen Zusammenhang. Dort ist erstens von „Zusatzartikeln" die Rede und zweitens die entsprechende Anwendbarkeit der Konvention angeordnet. Vgl. *Hummer* (Fn. 137), 82; *Baumgartner* (Fn. 137), ZfV 1996, 324; *Krogsgaard* Fundamental Rights in the European Community after Maastricht, LIEL 1993, 99, 110; *Schermers* The Protection of Human Rights in the European Community, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 36 (1993), 25f.; *Hilf* in: Grabitz/Hilf (Fn. 143), Art. F Rn 33.

[147] Zum 1. ZP vgl. EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79 (*Hauer*), Slg. 1979, 3727, Rn 15ff. Für das 6. ZP wird das durch die Erklärung Nr. 1 der Regierungskonferenz anläßlich der Ratifikation des Vertrags von Amsterdam bestätigt. Darin „erinnert" die Konferenz „unter Bezugnahme auf Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union ... daran", daß das 6. ZP die Abschaffung der Todesstrafe vorsieht. Gleichzeitig wird darauf verwiesen, daß das ZP von „einer großen Mehrheit unterzeichnet und ratifiziert wurde".

[148] EuGH, Urt. v. 13.2.1969, Rs. 14/68 (*Walt Wilhelm*), Slg. 1969, 1ff.; vgl. auch *Specht* Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem, 1999, 78ff.

ein innerstaatliches „ne bis in idem"-Gebot nach den Verfassungsüberlieferungen als allgemeiner Rechtsgrundsatz gegeben ist, erscheint zweifelhaft.[149] Im übrigen können die Garantien dieser Zusatzprotokolle Indizwirkung für das Bestehen gemeinsamer Werte im Sinn des Art. 6 Abs. 1 EU haben: Immerhin sind auch die nicht von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Protokolle Zusätze zur Konvention, welche ausweislich ihrer Präambel und des Statuts des Europarates ebenso auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, des Menschenrechtsschutzes und der Rechtsstaatlichkeit beruht.

2. *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der EU-Mitgliedstaaten nach der EMRK*

Umstritten ist, ob das Handeln von Organen der Union und staatlichen Organen im Anwendungsbereich des Unionsrechts der völkerrechtlichen Bindung der EMRK unterliegt. Die Konsequenz einer solchen Annahme ist die Kompetenz der Straßburger Konventionsorgane zur Überprüfung von Unionsrecht und Handlungen auf dessen Grundlage. Die Europäischen Gemeinschaften und die Union sind selbst nicht Vertragsparteien der EMRK und daher auch nicht verpflichtet.[150] Allerdings könnte die Mitgliedstaaten der Union entweder einzeln oder zur gesamten Hand eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit auch für sol-

---

[149] Art. 103 Abs. 3 GG im deutschen Recht und Art. 4 7. ZP als Grundrecht des österreichischen Verfassungsrechts dürften die Ausnahme bilden, mag es auch einfachgesetzliche Vorschriften dieses Inhalts in einzelnen Rechtsordnungen geben (vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts *Maynas* im Fall *Walt Wilhelm*, EuGH, Urt. v. 13.2.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1 ff.).

[150] Zur Frage eines Beitritts der EG zur EMRK und den damit verbundenen rechtlichen Problemen vgl. EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, EMRK-Beitritt, Slg. 1996, I-1759; *Bernhardt* Probleme eines Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechts-Konvention, FS Everling, 1995, 103 ff.; *Glaesner* Eine unendliche Geschichte, FS Everling, 1995, 327 ff.; *Vedder* Die „verfassungsrechtliche Dimension" – die bisher unbekannte Grenze für Gemeinschaftshandeln?, EuR 1996, 309 ff.; *Kokott/Hoffmeister* Anm. zum Gutachten 2/94 des EuGH vom 28.3.1996, AJIL 90 (1996), 664 ff.; *Jacqué* Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme, in: Pettiti/Decaux/Imbert (Hrsg.), La Convention européenne des droits de l'homme, 2. Aufl. 1999, 83; *Benoît-Rohmer* L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, RUDH 2000, 57 ff. Teilweise wird eine formelle Verknüpfung der beiden Systeme durch den Beitritt der EU/EG zur EMRK aufgrund der Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des EuGH und deren Kodifikation in Art. 6 Abs. 2 EU bereits als überflüssig angesehen. So bspw. *Glaesner*, a.a.O., 336; in diese Richtung auch *Schwarze* Europäischer Grundrechtsschutz – Grundfragen, aktuelle Rechtsentwicklungen, künftige Perspektiven, ZfV 1993, 1, 9.

che Konventionsverstöße treffen, die dem Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht zuzurechnen sind.

Aus völkerrechtlicher Sicht läßt sich diese Annahme damit begründen, daß ein Mitgliedstaat mit der Ratifikation der EMRK Verpflichtungen eingegangen ist, von denen er nicht dadurch frei wird, daß er Hoheitsbefugnisse auf völkerrechtliche Entitäten überträgt.[151] Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die konventionskonforme Ausübung dieser Hoheitsbefugnisse besteht fort[152], und der Mitgliedstaat hat für die Konsequenzen einzustehen, die sich aus einer solchen Übertragung von Hoheitsrechten ergeben.[153] Es ist kein Grund ersichtlich, warum das nicht auch für das Gemeinschaftsrecht gelten soll, und zwar für primäres Gemeinschaftsrecht[154] ebenso wie für sekundäres Gemeinschaftsrecht, für das Handeln von Organen der Gemeinschaften im direkten Vollzug,[155] für die Entscheidungen der Gemeinschaftsgerichte[156] und für Akte der Mitgliedstaaten in Durchführung von Ge-

---

[151] *Pernice* Vollstreckung gemeinschaftsrechtlicher Zahlungstitel und Grundrechtsschutz, RIW 1986, 353, 356f.; *Tomuschat* Völkerrechtliche Grundlagen der EG-Drittstaatsbeziehungen, in: Hilf/Tomuschat (Hrsg.), EG und Drittstaatsbeziehungen nach 1992, 1991, 139ff., 150 – allerdings nur für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts; *Hilf* FS Bernhardt (Fn. 134), 1198; *Bernhardt* (Fn. 150), FS Everling, 1995, 103, 105; *Vedder* (Fn. 150), 317; *Ress* (Fn. 137), FS Winkler, 1997, 919f.; *ders.* Die EMRK und das Europäische Gemeinschaftsrecht, ZEuS 1999, 471, 481; *Bultrini* L'interaction entre le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme et le système communautaire, ZEuS 1998, 493, 494, 498f.; *Villiger* (Fn. 26), Rn 21, 106; vgl. auch *Tulkens* L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme, RUDH 2000, 50, 51f.

[152] Vgl. jüngst EGMR, Urt. v. 18.2.1999, *Waite u. Kennedy ./. Deutschland*, RJD 1999 I Ziff. 67 = EuGRZ 1999, 207ff.; EGMR, Urt. v. 18.2.1999, *Beer und Regan ./. Deutschland*, Appl. Nr. 28934/95, Ziff. 57; EGMR, Urt. v. 18.2.1999, *Matthews ./. Vereinigtes Königreich*, RJD 1999 I, Ziff. 32 = EuGRZ 1999, 200ff.

[153] EGMR, *Matthews ./. Vereinigtes Königreich* (Fn. 152), Ziff. 33. In diesem Sinne bereits EKMR, Entsch. v. 10.6.1958 (Nr. 235/56), Yearbook of the ECHR, Bd. 2, 256, 300f.

[154] Bezogen auf den Direktwahlakt v. 20.9.1976 (ABl. 1976 Nr. L 278/1): EGMR, Urt. v. 18.2.1999, *Matthews ./. Vereinigtes Königreich* (Fn. 152), Ziff. 33. In der rechtlichen Einordnung des DWA übereinstimmend mit *Hölscheidt* in: Grabitz/Hilf (Fn. 143), Art. 190 EGV, Rn 4; *Haag/Bieber* in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 5. Aufl. 1997, Art. 138 EGV, Rn 6. Vgl. auch *Hilf* Völkerrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Elemente des Beschlusses vom 20. September 1976 im Lichte des Souveränitätsdenkens in der EG, in: Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, 21, 26.

[155] *Bernhardt* (Fn. 150), FS Everling, 1995, 105; *Ress* (Fn. 137), FS Winkler, 1997, 920.

[156] Nachdem der EGMR der Frage im Fall *Guérin* noch offen lassen konnte (EGMR, Entsch. v. 4.7.2000, *Guérin ./. les 15 Etats de l'Union Européenne*, Appl. Nr. 51717/99),

meinschaftsrecht.[157] Das heißt in der Konsequenz, daß die von den Mitgliedstaaten mit der Ratifikation übernommene Verpflichtung zur „Zusicherung" der Konventionsgarantien gegenüber allen „ihrer Jurisdiktion unterstehenden Personen" (Art. 1 EMRK) umfassend in dem Sinne zu verstehen ist, daß sich diese Verpflichtung nicht nur auf den Schutz vor der Hoheitsgewalt bezieht, die von dem jeweiligen Konventionsstaat selbst unmittelbar ausgeübt wird, sondern weitergehend auf den Schutz der der Hoheitsgewalt dieses Staates unterstellten Personen vor Eingriffen in die Konventionsrechte durch die Organe internationaler Organisationen.[158]

Diese völkerrechtliche „Haftung" auch für das Verhalten „anderer" (mittelbare Bindung) hat im übrigen – jedenfalls gemeinschaftsrechtlich – auf der Grundlage des Art. 307 Abs. 1 EG, welcher vor dem EG-Beitritt eingegangene völkerrechtliche Verpflichtungen unberührt läßt und dem insoweit eine Pflicht zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des EG-Rechts zu entnehmen ist,[159] Konsequenzen für das Verständnis des Art. 6 Abs. 2 EU: Bei der Achtung der Grundrechte ist einem Gemeinschaftsgrundrecht im Zweifel ein Inhalt beizulegen, der mit den in der EMRK eingegangenen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten vereinbar ist; ansonsten muß ein Fall der Unvereinbarkeit (Art. 307 Abs. 2 EG) angenommen werden, der die Mitgliedstaaten zur Behebung derselben, gegebenenfalls zur gegenseitigen Hilfeleistung verpflichtet.

---

wird er in Kürze die Gelegenheit haben, zu dieser Frage im Fall der deutschen Schifffahrtgesellschaft *DSR-Senator Lines* (Appl. Nr. 56672/00) Stellung zu nehmen, der ein Strafgeld in Höhe von 13 Mio. Euro auferlegt wurde. In einer gegen die 15 EU-Mitgliedstaaten gerichteten Beschwerde macht sie eine Verletzung ihres Rechts auf Zugang zu Gericht nach Art. 6 EMRK geltend, die darin bestehe, daß ihrer Berufung keine aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Auf dem Boden der hier vertretenen Argumente müßte die Beschwerde zulässig sein. Allerdings darf nicht vernachlässigt werden, daß die Straßburger Judikatur in dieser Frage in der Vergangenheit wenigstens auch von pragmatischen Erwägungen des Verhältnisses zum EuGH geprägt war (vgl. insb. EKMR, Entsch. v. 9.2.1990, *M. & Co. ./. Deutschland*, DR 64, 138, 145f.).

[157] *Bernhardt* FS Everling (Fn. 150), 105. Im Grundsatz bereits auch EKMR, Entscheidung vom 9.2.1990, *M. & Co. ./. Deutschland* (Fn. 156), 145.

[158] Vgl. auch die Maastricht-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 89, 155, 175); *Walter* (Fn. 9), ZaöRV 1999, 980. In einer die Mitgliedstaaten der EMRK vergleichenden Perspektive würde die Ablehnung der Verantwortlichkeit erhebliche Verzerrungen in den mitgliedstaatlichen Pflichten mit sich bringen. In bestimmten Rechtsgebieten (z.B. im Wettbewerbsrecht) käme es zu einer Aufspaltung in zwei Klassen, nämlich in jene der EU-Mitgliedstaaten, deren Hoheitsgewalt und damit konventionsrechtliche Verantwortlichkeit beschränkt ist, und in jene der übrigen Mitgliedstaaten, die weiterhin voll verantwortlich wären.

[159] *Schmalenbach* in: Calliess/Ruffert (Fn. 135), Art. 307 EGV, Rn 15.

3. *Wechselwirkungen zwischen der EMRK und dem Recht der Union*

Mit der stärker werdenden Integration gewinnt das Recht der Union nicht nur im nationalen Kontext eine immer größere Bedeutung. Die Übertragung von weiteren und wichtigeren Zuständigkeiten auf die EU und die damit verbundene gemeinschaftsrechtliche Vereinheitlichung führen auch zu einer gewichtigeren Rolle des Unionsrechts im Bereich der EMRK. Welcher Art diese Einflüsse sind, soll an Hand der für das Verhältnis zu den Mitgliedstaaten entwickelten Typologie gezeigt werden.

Die Mitgliedschaft der EU-Mitglieder in der EMRK und die Rezeption der EMRK in den Gemeinschaftsgrundrechten nach Art. 6 Abs. 2 EU entfalten normative Wirkungen im Unionsrecht, freilich überwiegend in abgeschwächter mittelbarer Form, vergleichbar den „weichen" Wirkungen. Wichtigstes Beispiel ist die Berücksichtigung der Art. 6 und 13 EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zu den Verfahrensgarantien im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes.[160] Daß auch der Inhalt des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu den vom EuGH zu berücksichtigenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählt, steht heute außer Streit.[161]

Weiche normative Auswirkungen zeitigen völkerrechtliche Verpflichtungen, die von den Mitgliedstaaten (im Fall der Gründungsstaaten) vor dem 1. 1. 1958 bzw. vor dem Beitritt eingegangen wurden. Nach Art. 307 Abs. 1 EG werden sie nicht berührt. Das legt nahe, im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 EU einem Gemeinschaftsgrundrecht im Zweifel entweder einen Inhalt beizulegen, der mit den in der EMRK eingegangenen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten vereinbar ist (Art. 307 Abs. 1 EG), oder aber andere geeignete Mittel zur Behebung von Unvereinbarkeiten anzuwenden (Art. 307 Abs. 2 EG). Als Folge „weicher" normativer Wirkungen in die umgekehrte Richtung – vom Unionsrecht auf die

---

[160] Besonders deutlich jüngst EuGH, Urt. v. 17. 12. 1998, Rs. C-185/95 P (*Baustahlgewerbe*), Slg. 1998 I, 8417, Rn 281 ff. = EuGRZ 1999, 26. Zu den Elementen dieses Grundsatzes gehören jedenfalls das Recht auf Zugang zu einem Gericht, volle Kontrollbefugnis des Gerichts sowie eine hinreichende Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung. Ferner ist noch die Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten zu nennen (vgl. *Schwarze* Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten, DVBl. 1996, 881, 884). Sie liegt aber außerhalb der Themenstellung.

[161] EuGH, 18. 10. 1989, Rs. 374/87 (*Orkem*), Slg. 1989, 3283, Rn 30. Weitere Beispiele für Bezugnahmen des EuGH auf Art. 6 EMRK sind: EuGH, Urt. v. 1. 4. 1987, Rs. 257/85 (*Dufay*), Slg. 1987, 1561, Rn 9 f. = EuGRZ 1989, 189 ff.; Urt. v. 18. 10. 1990, verb. Rs 297/88, C-197/81 (*Massam Dzodzi*), Slg. 1990 I, 3763, Rn 68; Urt. v. 10. 11. 1993, Rs C-60/92 (*Otto/Postbank*), Slg. 1993, I-5683, Rn 11.

EMRK – kann die Ratifikation des 6. ZP durch Belgien und Griechenland im Gefolge der Erklärung Nr. 1 der Regierungskonferenz anläßlich der Ratifikation des Amsterdamer Vertrags zur Abschaffung der Todesstrafe angesehen werden.[162]

Normative Wirkungen des Unionsrechts auf die EMRK gibt es als Folge der Verweisung der EMRK auf nationales Recht und auf das Recht der Europäischen Union. Beispiele sind der Begriff des „Ausländers" in Art. 16 EMRK und der Begriff der „gesetzgebenden Körperschaft" in Art. 3 1. ZP („Rezeptionsbegriffe"). Art. 16 läßt Beschränkungen der politischen Tätigkeit von Ausländern im Bereich der Art. 10, 11 und 14 zu. Die Rechtsentwicklung im Recht der Europäischen Union führt zur Reduktion des Ausländerbegriffs in Art. 16 EMRK auf Drittstaatsangehörige mit der Konsequenz, daß EU-Ausländer Staatsbürgern bei der Ausübung der Rechte nach den Art. 10, 11 und 14 jedenfalls für die Zwecke der Wahlwerbung vor Wahlen zum EP gleichgestellt werden.[163] – Der Begriff des „gesetzgebenden Organs" in Art. 3 1. ZP,

---

[162] Anläßlich der Unterzeichnung des Amsterdamer Vertrags hatte die Regierungskonferenz die Erklärung Nr. 1 zur Abschaffung der Todesstrafe angenommen, in der unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 2 EU darauf verwiesen wird, daß das 6. ZP von einer großen Mehrheit der Mitgliedstaaten unterzeichnet und ratifiziert wurde. Die Konferenz stellte fest, daß seit der Unterzeichnung des Protokolls am 28.4.1983 die Todesstrafe in den meisten Mitgliedstaaten der Union abgeschafft und in keinem Mitgliedstaat angewandt worden ist. Belgien und Griechenland ratifizierten das Zusatzprotokoll sodann im Jahr 1998 nach der Unterzeichnung und vor dem In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags. Im Jahr 1999 ratifizierte schließlich das Vereinigte Königreich das ZP als letzter Mitgliedstaat der EU im Zusammenhang mit dem Erlaß des Human Rights Acts 1998 und der Inkorporation der EMRK in das britische Recht (dazu *Hummer* [Fn. 137], 97; *Griller et al.* [Fn. 134], 138f.; *Klug* [Fn. 59], 272f.).

[163] Das bedeutet, daß die entsprechenden Deutschenvorbehalte der Art. 8 und 9 GG hinter der EMRK zurückbleiben. Für EU-Ausländer besteht daher innerstaatlich der Schutz nach Art. 11 EMRK auf einfachgesetzlicher Ebene; eine Verfassungsbeschwerde kann nach h.M. auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützt werden (BVerfG 35, 383, 399; 78, 179, 196f.; *Dreier* in: ders. [Fn. 9], Art. 2 I Rn 31f.; *Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, 1040f. mwN.). Berücksichtigt man die Einführung der Unionsbürgerschaft mit dem Vertrag von Maastricht und ihre Verfestigung im Vertrag von Amsterdam, so ist davon auszugehen, daß die EMRK über die Art. 10 Abs. 2 und 11 Abs. 2 hinausgehende Beschränkungen der politischen Tätigkeit von EU-Ausländern nicht zuläßt. Diesen Standpunkt hat die Europäische Kommission für Menschenrechte bereits im Fall einer Abgeordneten des Europäischen Parlaments eingenommen. Der EGMR hatte hingegen die Anwendbarkeit des Art. 16 in diesem Fall mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union, mit der Mitgliedschaft im Europäischen Parlament und mit der Tatsache begründet, daß die Bevölkerung jenes Teils des örtlichen Geltungsbereichs der EMRK an den Wahlen zum Europäischen Parlament teilnehme. Im konkreten Fall handelte es sich um das französische

der ursprünglich nur eine Garantie für nationale Parlamente enthalten sollte, enthält eine Verweisung auf das nationale Verfassungsrecht. Er muß unter Berücksichtigung der verfassungsmäßigen Strukturen des betroffenen Staats ausgelegt werden.[164] Auf dieser Grundlage hat der EGMR die Anwendbarkeit des Art. 3 1. ZP auf die Wahlen zum EP bejaht.[165]

Das Ergebnis beruht auf der Veränderung von Strukturen im Unionsrecht, genauer: auf der Auslagerung verfassungsrechtlicher Inhalte und Strukturen auf die europäische Ebene. In den Worten des EGMR: In dem Maße, in dem die EMRK-Mitgliedstaaten im Rahmen internationaler Verträge verfassungsrechtliche und parlamentarische Struk-

---

Übersee-Territorium Französisch-Polynesien. Das auf die „Unionsbürgerschaft" gestützte Argument verwarf der Gerichtshof jedoch mit dem Hinweis, daß die Gemeinschaftsverträge zum maßgeblichen Zeitpunkt keine entsprechende Bürgerschaft anerkannt hätten (EGMR, Urt. v. 27.4.1995, *Piermont ./. Frankreich*, Serie A 314, 24, Ziff. 64 = InfAuslR 1996, 45 ff.). Vgl. hierzu *Herdegen* (Fn. 4), Rn 269; *Stock* Urteilsanmerkung, InfAuslR 1996, 51.

[164] Vgl. EGMR, Urt. v. 2.3.1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt ./. Belgien*, Serie A 113, Ziff. 53; EKMR, Entsch. v. 12.7.1976, *X. ./. Österreich*, DR 6, 120; EKMR, Entsch. v. 11.9.1995, *Timke ./. Deutschland*, DR 82-A, 158.

[165] EGMR, *Matthews ./. Vereinigtes Königreich* (Fn. 152), Ziff. 39, 54. Der EGMR stellte fest, daß das europäische Parlament nicht schon deshalb aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 1. ZP falle, weil es sich um ein supranationales und nicht um ein rein innerstaatliches Organ handele. Unter Heranziehung der einschlägigen Vorschriften vor und nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht gelangt der EGMR zum Ergebnis, daß das europäische Parlament in die allgemeine demokratische Überwachung der Tätigkeiten der Europäischen Gemeinschaften hinreichend mit eingebunden ist, um einen Teil der gesetzgebenden Körperschaft für die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft darzustellen. Diese Schlußfolgerung bringt im Zusammenhang mit dem Direktwahlakt und den Wahlordnungen der Mitgliedstaaten Verschiebungen beim persönlichen Schutzbereich des Grundrechts. Grundsätzlich ist von der EMRK anerkannt, daß die Staatsangehörigkeit Voraussetzung für die Ausübung des Wahlrechts in den nationalen Rechtsordnungen ist. Die Wahlvölker für die Wahl zum Europaparlament sind jedoch nicht notwendigerweise identisch mit den nationalen Völkern. Zwar wählt grundsätzlich jeder EU-Bürger die parlamentarischen Vertreter seines Landes, nach dem Maastrichter Vertrag können EU-Bürger aber ihr aktives und passives Wahlrecht auch in einem Mitgliedstaat ausüben, in dem sie dauerhaft ihren Wohnsitz haben, dessen Staatsangehörigkeit sie jedoch nicht besitzen (Art. 19 Abs. 2 EGV). Das bedeutet, daß die Vertreter des europäischen Parlaments eines Mitgliedstaates, die gerade das Volk dieses Mitgliedstaates repräsentieren sollen, auch von Nicht-Staatsangehörigen mitbestimmt werden, ja sogar Nicht-Staatsangehörige sein können. Auch hier besteht freilich eine Ausnahme. In Ausgestaltung von Art. 19 Abs. 2 EGV a.E. sieht Art. 14 der Richtlinie vor, daß in Mitgliedstaaten, in denen der Anteil der staatsfremden Unionsbürger 20% übersteigt, die Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts von einer Mindestaufenthaltsdauer abhängig gemacht werden kann.

turen schaffen, sind diese durch gegenseitige Verträge bedingten Strukturänderungen bei der Auslegung der Konvention zu berücksichtigen.[166]

Durch den Einfluß des Gemeinschaftsrechts wird auch der Volksbegriff, der den nationalen Verfassungen zugrunde liegt, auf der Ebene des Art. 3 1. ZP durch die Einbeziehung von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten zur Europäischen Union hin erweitert.[167] Damit werden scheinbar Elemente jenes Demokratiemodells, nach dem das Betroffenheitskriterium maßgeblich für die Frage der politischen Mitbestimmung ist, in das nationale Recht integriert.[168] Bei genauer Betrachtung zeigt sich aber, daß das Junktim von Staatsangehörigkeit und Wahlrecht durchaus erhalten bleibt. Durch den Direktwahlakt wird nämlich nur die Basis erweitert: Wahlrecht genießen EU-Bürger, d.h. Inhaber der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates, nicht aber alle übrigen dauerhaft in einem Mitgliedstaat wohnenden und damit betroffenen Ausländer, die Angehörige von Drittstaaten sind.[169]

Als weiteres Beispiel ist die Berücksichtigung des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzsystems für die Beurteilung der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges als Voraussetzung der Zulässigkeit der Beschwerde zu erwähnen. Auch Rechtsbehelfe im Rechtsschutzsystem des Gemeinschaftsrechts sind im Sinne dieser Vorschrift „innerstaatlich".[170] In dieselbe Kategorie von Wirkungen gehört es, wenn der EGMR bei der Bemessung der Höhe des Schadensersatzes wegen einer

---

[166] EGMR, *Matthews ./. Vereinigtes Königreich* (Fn. 152), Ziff. 39. – In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung der EKMR im Fall *Caprino* zu sehen. Sie stellte in Bezug auf das Merkmal „gesetzlich vorgesehen" aus Art. 5 EMRK fest, daß bei Mitgliedstaaten der EG in der Frage nach dem innerstaatlich anwendbaren Recht auch Gemeinschaftsrecht zu berücksichtigen ist, soweit dieses unmittelbar anwendbar ist; EKMR, Entsch. v. 3.3.1978, *Franco Caprino ./. Vereinigtes Königreich*, DR 12, 14.

[167] *Hobe* Das Staatsvolk nach dem Grundgesetz, JZ 1994, 191, 193, spricht von einer „Europäisierung des Staatsvolksbegriffs".

[168] *Kluth* in: Calliess/Ruffert (Fn. 135), Art. 19 EGV, Rn 1.

[169] Die Diskussion um ein allgemeines kommunales Ausländerwahlrecht ist in der Bundesrepublik nach der Entscheidung des BVerfG (E 83, 37, 60ff.) weitgehend verstummt, s. aber *Davy* Rechtliche Instrumente der Integration: In welchem Kontext steht die Verleihung der Staatsangehörigkeit?, in: dies. (Hrsg.), Politische Integration der ausländischen Wohnbevölkerung, 1999, 58ff.

[170] EKMR, Entsch. v. 19.1.1989, *Christiane Dufay ./. EG, hilfsweise gegen die Gesamtheit der Mitgliedstaaten und die einzelnen Mitgliedstaaten*, Appl. Nr. 13539/88, Ziff. 2 (s. auch EuGH, Urt. v. 1.4.1987, Rs. 257/85 [*Dufay*], Rn 12f. = EuGRZ 1989, 189, 190). *Mutatis Mutandis* auch EKMR, Entsch. v. 7.12.1982, *X. ./. Deutschland*, DR 31, 217.

Konventionsverletzung nach Art. 41 EMRK auch gemeinschaftsrechtliche Schadensersatzansprüche berücksichtigt.[171]

Kein Einfluß auf die Bindung nach der EMRK erwächst aus dem Inhalt der Grundfreiheiten. Die Inhalte der Grundfreiheiten, die Berufung auf Gemeinschaftsvorbehalte und der unterschiedliche systematische Zusammenhang, in dem die Grundrechte (auch der EMRK) im Gemeinschaftsrecht stehen, haben zwar im Gemeinschaftsrecht Einfluß auf das Grundrechtsniveau. Auf völkerrechtlicher Ebene bleibt die Verantwortlichkeit (der Mitgliedstaaten) für den Inhalt des Gemeinschaftsrechts aber unverändert.[172] Nur im Rahmen eines völkerrechtlichen „Beurteilungsspielraums" der Mitgliedstaaten bei der Frage der Gewichtung von Eingriffsschwere und der Bedeutung des legitimen Ziels vermag die Rechtslage im Gemeinschaftsrecht eine eingeschränkte Bedeutung zu haben.

Eine „Anhebung" der Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten nach der EMRK durch das Gemeinschaftsrecht kommt ebensowenig in Betracht. Der Hinweis auf den Grundsatz des Verbots des „venire contra factum proprium" mit der Überlegung, daß etwas, was gemeinschaftsrechtlich verboten sei, konventionsrechtlich nicht in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich sein könne,[173] vernachlässigt den Umstand, daß ein Staat sich in einem bestimmten Kontext und gegenüber einem eingeschränkten Kreis von Staaten zu mehr verpflichten kann, als nach der EMRK geboten ist, ebenso wie ihm das auch innerstaatlich unbenommen ist. Diese Einsicht wird durch Art. 53 EMRK bestätigt.

Faktische Wirkungen liegen in der *Bekräftigungswirkung* des Gemeinschaftsrechts für die Auslegung der EMRK. Ein jüngeres Beispiel bildet die Auslegung des Begriffs der „zivilrechtlichen" Angelegenheiten zur Abgrenzung des Kreises der beamtenrechtlichen Streitigkeiten, die in

---

[171] EGMR, Urt. v. 1.4.1998, *Hornsby ./. Griechenland*, RJD 1998 II, Ziff. 18. Der vom EGMR zugesprochene Schadensersatz fiel im Vergleich zu den Forderungen des Bf. gering aus. Der EGMR verwies auf die Rechtsprechung des EuGH, nach der ein Staat bei verspäteter Umsetzung von Richtlinien den von der Richtlinie Begünstigten Schadensersatz zu leisten hat (EuGH, Urt. v. 10.7.1997, verb. Rs. C-94/95 [*Bonifaci u.a.*] und C-95/95 [*Berto u.a.*], Ziff. 45ff.; ebenso Rs. C-261/95 [*Palmisani*] und Rs. C-373/95 [*Maso u.a., Gazzetta u.a.*]). In diesem Zusammenhang ist auch auf zwei Entscheidungen der EKMR zu verweisen, in denen sie sich mit der Vorlagepflicht nationaler Gericht zum EuGH gem. Art. 234 EG befaßte. Sie kam zu dem Ergebnis, daß es einen Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen kann, wenn die Ablehnung der Vorlage willkürlich erfolgt; EKMR, Entsch. v. 12.5.1993, *Divagsa Company ./. Spanien*, DR 74, 274; EKMR, Entsch. v. 28.6.1993, *F.S. und N.S. ./. Frankreich*, DR 75, 39.

[172] A.A. *Langenfeld/Zimmermann* (Fn. 29), ZaöRV 1992, 313.

[173] *Langenfeld/Zimmermann* (Fn. 29), ZaöRV 1992, 313.

den Schutzbereich des Art. 6 EMRK fallen. Hier zieht der EGMR neuerdings ein auf die Aufgaben des Beamten bezogenes funktionelles Kriterium heran: Zur Wahrung des Allgemeininteresses des Staates berücksichtigt er die funktionelle Abgrenzung, die die Europäische Kommission und der EuGH zur Bestimmung der Ausnahme der „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung" von der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf der Basis des Art. 39 Abs. 4 EG herangezogen haben.[174, 175]

---

[174] EGMR, Urt. v. 8.12.1999, *Pellegrin ./. Frankreich*, Appl. Nr. 28541/95. Der Gerichtshof nahm den Fall zum Anlaß, in Bezug auf die Frage der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK eine eigenständige Definition des Begriffs „öffentlicher Dienst" („fonction publique", „Civil Service") einzuführen. Dies sei notwendig, um Ungleichbehandlungen zwischen den einzelnen Vertragsstaaten zu vermeiden und um die Gleichbehandlung von Staatsbediensteten mit gleichen Aufgaben unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung ihres Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten. In diesem Sinn stellt der Gerichtshof auf ein funktionales Kriterium ab, basierend auf der Natur der ausgeübten Aufgaben und Verantwortlichkeiten, wobei insbesondere die enge Anlehnung dieses Kriteriums an EG-Recht bemerkenswert ist. Danach sind vom Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK nur solche Streitigkeiten Staatsbediensteter ausgeschlossen, deren Posten insoweit charakteristisch für die spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung sind, als diese als Trägerin hoheitlicher Befugnisse zur Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften tätig wird (wortgleich zu Art. 39 Abs. 4 EG: EuGH, Urt. v. 2.7.1996, C-473/93 [*Kommission/Großherzogtum Luxemburg*], Slg. 1996 I, 3248, 3255f., Rn 27). In diesem Sinn typische Aufgaben werden von den Streitkräften und der Polizei wahrgenommen. Der EGMR führt hierzu aus, daß er bei der Prüfung dieser Voraussetzungen unverbindlich die von der Europäischen Kommission in ihrer Mitteilung vom 18.3.1988 (Mitteilung vom 18.3.1988, Abl. EG C 72/2) und vom Europäischen Gerichtshof aufgezählten Beschäftigungsbereiche und Tätigkeiten berücksichtigen wird. Streitigkeiten allerdings, deren Gegenstand Versorgungsbezüge sind, fielen sämtlich in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK, da der Eintritt der Bediensteten in den Ruhestand nach Ansicht des EGMR ihre besondere Verbindung mit dem Staat jedenfalls beende. Dazu *Palm*, The Civil Servant and the New Court, GS Ryssdal, 2000, 1065, 1068ff.

[175] Auch die Vorgänge rund um die Aufhebung der „Sanktionen der XIV" gegen Österreich zeigen die faktisch-politische Bedeutung der EMRK im Rahmen der EU. Die Erstellung des „Weisenberichts", der letztlich die Aufhebung der „Sanktionen" ermöglichte, ist auf zwei Ebenen von der EMRK beeinflußt. Auf verfahrensrechtlicher Ebene wurde der Präsident des EGMR ersucht, die drei Berichterstatter auszuwählen und das Mandat an diese „weiterzureichen". Auf inhaltlicher Ebene zieht der Bericht sowohl bei der Beurteilung der Arbeit der neuen österreichischen Bundesregierung als auch bei der Beurteilung der „politischen Natur der FPÖ" die EMRK als Maßstab heran (vgl. *Ahtisaari/Frowein/Oreja* Österreich-Bericht für 14 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, EuGRZ 2000, 404ff. [Ziff. 6ff., 16, 66ff., 98, 102]). – Die „Sanktionen" selbst waren dem Recht der Europäischen Union zuzuordnen, innerhalb dessen rechtserheblich und vor allem deshalb rechtswidrig, weil sie einerseits außerhalb des vorgesehenen Regimes des Art. 7 EU verhängt wurden und andererseits gegen das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Loyalität zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 10 Abs. 2

4. *Die EMRK und die Grundrechtscharta*

Am 2. Oktober 2000 legte der Grundrechtskonvent gemäß dem Mandat des Europäischen Rats von Köln den Entwurf einer Grundrechtscharta vor.[176] Nach deren Art. 51 Abs. 1 soll die Charta für jenen Bereich gelten, in dem die Gemeinschaftsgrundrechte zur Anwendung kommen.[177] Auch inhaltlich soll sich wenig ändern:[178] „Diese Charta" – so der 5. Erwägungsgrund in der Präambel – „bekräftigt die Rechte, die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, aus dem Vertrag über die Europäische Union und aus den Gemeinschaftsverträgen, aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aus den von der Gemeinschaft und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben."[179]

Aus der Perspektive der EMRK stellen sich drei Fragen zur Charta, nämlich die Frage nach dem Einfluß der EMRK auf den Inhalt der

---

EG) verstießen (so mit unterschiedlicher Akzentsetzung im Ergebnis auch *Winkler* Europa quo vadis. Die Anatomie eines europäischen Willküraktes, ZÖR 2000, 231, 239ff.; *Hummer/Obwexer* Die Verhängung der „EU-Sanktionen" und der mögliche Ausstieg aus ihnen, ZÖR 2000, 269, 276; *dies.* Die Wahrung der „Verfassungsgrundsätze" der EU, EuZW 2000, 485, 491; *Leidenmühler* Zur Legalität der Maßnahmen gegen die österreichische Bundesregierung. Rechtsfragen aus Anlaß der internationalen Reaktionen auf die Regierungsbildung eines Mitgliedstaates der EU, ZÖR 2000, 299, 309ff.; *Regan* Are EU Sanctions against Austria Legal?, ZÖR 2000, 323, 328ff.; *Schorkopf* Verletzt Österreich die Homogenität in der Europäischen Union?, DVBl. 2000, 1036, 1040ff.).

[176] Zur Vorgeschichte und zum politischen Hintergrund der Charta sowie zum Verfahren des Konvents *Weber* Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537ff.; *Pernice* Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, 847ff.; *Braibant* La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Conclusions, RUDH 2000, 66f.; *Baer* Grundrechtecharta ante portas, ZRP 2000, 361ff.; *Neisser* Die Europäische Union auf dem Weg zur Grundrechtsgemeinschaft, Journal für Rechtspolitik 2000, 264ff.

[177] Zur Reichweite der Gemeinschaftsgrundrechte statt vieler *Holoubek* Grundrechtsschutz durch Gemeinschaftsgrundrechte, in: Griller/Rill (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft, 1997, 73ff.; *Ruffert* Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte, EuGRZ 1995, 518ff.

[178] So die allgemeine Einschätzung, vgl. statt aller *Jaqué* La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne, RUDH 2000, 3, 4.

[179] Die Charta ist abgedruckt in Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ, JuS (2000) sowie in EuGRZ 2000, 554ff.

Charta, die Frage des Verhältnisses der beiden Grundrechtskataloge zueinander und schließlich die Frage nach dem Stellenwert der Charta im Unionsrecht nach der vorgesehenen Proklamation.[180]

a) Der Einfluß der EMRK auf den Inhalt der Grundrechtscharta

Wenn man nach dem Einfluß der EMRK auf die Charta fragt, so zeigt die Entstehungsgeschichte ganz deutlich, daß in wesentlichen Teilbereichen die EMRK Pate gestanden hat.[181] Auch der Wortlaut mancher Bestimmung bestätigt das. Die Rechte in Kapitel I (Würde des Menschen), in Kapitel II (Freiheiten) und in Kapitel VI (Justizielle Rechte) sind ganz wesentlich von der EMRK beeinflußt.[182] Dort finden sich nahezu sämtliche Artikel der Konvention wieder.

Beschränkt man die Betrachtung auf die Rechte, die wenigstens auch von der EMRK geprägt worden sind, so zeigen sich zwei Abweichungen. Zum einen enthält die Charta auch Rechte aus Zusatzprotokollen, die nur von einem Teil der Mitgliedstaaten der EU ratifiziert wurden, wie das Verbot von Kollektivausweisungen (Art. 19 Abs. 1 der Charta) und das Verbot des *ne bis in idem* (Art. 50).[183] Zum anderen fällt auf, daß

---

[180] Zum Inhalt der Charta vgl. *Grabenwarter* Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, 1 ff.

[181] Vgl. den Entwurf v. 5.5.2000, der die vorgeschlagenen Rechte der Charta den entsprechenden Garantien der EMRK gegenüberstellt, Convent 28, Charte 4284/00; vgl. auch die Wiedergabe der den Chartarechten entsprechenden Grundfreiheiten der EMRK im Text der Erläuterungen zur Charta (EuGRZ 2000, 559, 569).

[182] Zur Medienfreiheit etwa *Stock* Eine Grundrechtscharta für die Europäische Union: Wie sollte die Medienfreiheit darin ausgestaltet werden?, ZUM 2000, 533, 534f. – Der Menschenwürdeartikel am Beginn der Charta und das Recht auf Unversehrtheit sind in abgewandelter Form aus dem nationalen Verfassungsrecht, namentlich dem Bonner Grundgesetz entnommen, letzteres Recht freilich ergänzt um spezielle Gewährleistungen, die sich in der Bioethikkonvention des Europarates wiederfinden. Die Kapitel III (Gleichheit) und V (Bürgerrechte) sind dagegen vornehmlich aus vorhandenen Gewährleistungen im Gemeinschafts- und Unionsrecht gespeist. Das mit „Solidarität" überschriebene Kapitel mit sozialen und wirtschaftlichen Rechten nimmt eine Sonderstellung ein und ist in mehrfacher Hinsicht heterogen. Es enthält neben Mindestgarantien für Arbeitnehmer und Regelungen des Jugendschutzes eine dem Art. 6 Abs. 1 GG verwandte Bestimmung über den Schutz der Familie, ferner bloß „anerkannte" oder „geachtete Rechte" wie den Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und schließlich als Zielbestimmungen aufzufassende Artikel wie den sogenannten „Zugang zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" und zwei Garantien mit Bezug zu Umwelt- und Verbraucherschutz (Art. 36 bis 38).

[183] Eine gemeinsame Verfassungstradition läßt sich zwar für das Verbot von Kollektivausweisungen begründen, nicht aber ohne weiteres für das Verbot des ne bis in idem, jedenfalls nicht in der weiten Auslegung des EGMR; vgl. EGMR, *Gradinger ./. Österreich* (Fn. 27); dazu *Kucsko-Stadlmayer* Das „Gradinger-Urteil" des EGMR, ecolex

die Gewährleistungen der Charta auf Schutzbereichsebene zum Teil weiter gehen, wie sich im Wegfall der Schutzbereichsbegrenzung für die Gerichtsgarantie des Art. 6 EMRK (Art. 47 Abs. 2 der Charta), in der Einbeziehung der beruflichen Aus- und Weiterbildung in das Recht auf Bildung (Art. 14 der Charta) und in der Weiterentwicklung des Diskriminierungsverbots zu einem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 20 und 21 der Charta) im Sinn des 12. ZPEMRK zeigt.

Der Einfluß der EMRK geht aber über die im vordergründigen Textvergleich feststellbaren Parallelen hinaus. In dem zitierten Erwägungsgrund Nr. 5 wird neben der EMRK und anderen Rechtsquellen auch die Rechtsprechung des EGMR als mitkonstitutierendes Element des Inhalts der Gemeinschaftsgrundrechte genannt. Berücksichtigt man diesen Umstand, dann wird der gegen die Charta erhobene Einwand der Unbestimmtheit weitgehend entkräftet. Die Auslegung der Charta muß eben vermittelt durch den Verweis auf die EMRK und die Judikatur des EGMR nicht erst „bei Null beginnen", sondern kann auf eine reich entfaltete Rechtsprechung des EGMR zurückgreifen, die zwar nicht zur Gänze, aber doch in wesentlichen Teilen unmittelbar übertragbar sein wird. Dies verleiht Rechtssicherheit bei der Anwendung der Charta und sichert den Einfluß der EMRK und des EGMR unabhängig von der rechtlichen Qualität der Charta im Recht der Europäischen Union.

b) Das Verhältnis zwischen EMRK, Charta und nationalen Verfassungen nach den Art. 52 und 53 der Charta

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen EMRK und Charta ist in den horizontalen Klauseln der Art. 52 und 53 der Charta geregelt. Sie stellt sich indessen nur dann, wenn die Charta auch Verbindlichkeit erlangt.

1996, 50ff.; *Grabenwarter* Entscheidungsanmerkung, JBl. 1997, 578ff.; vgl. dagegen EGMR, Urt. v. 30.7.1998; *Oliveira ./. Schweiz*; RJD 1998 V = JBl. 1999, 102ff.; dazu *Grabenwarter* Entscheidungsanmerkung, JBl. 1999, 104; *Giese* (Fn. 110), 106f. Die Rechtsprechung des EGMR ist maßgeblich bei der Auslegung eines Grundrechts der Charta heranzuziehen, wie sich aus dem Hinweis im fünften Erwägungsgrund der Präambel ergibt. Der EuGH hat bis heute einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des ne bis in idem nicht anerkannt. Seine Rechtsprechung beschränkt sich auf die Anerkennung eines Gebots zur Berücksichtigung früherer Sanktionsentscheidungen bei der Bemessung späterer Sanktionen aufgrund eines allgemeinen Billigkeitsgedankens (EuGH, Urt. v. 13.2.1969, Rs. 14/68 [*Walt Wilhelm*], Slg. 1969, 1ff.; Urt. v. 14.12.1972, Rs. 7/72 [*Boehringer*], Slg. 1972, 1281ff.; vgl. auch *Specht* [Fn. 148], 78ff.) Problematisch ist daher die unkritische Bezugnahme auf Art. 4 7. ZP in den Erläuterungen zu Art. 50 der Grundrechtscharta (EuGRZ 2000, 568).

In den beiden Artikeln wird der Versuch unternommen, für Konfliktfälle eine Regelung zu treffen. Für die Rechte der Charta, die jenen der EMRK entsprechen, wird in Art. 52 Abs. 3 angeordnet, daß sie die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Ein weitergehender Schutz durch das Unionsrecht bleibt unberührt.[184] Demgegenüber sieht der dem Art. 53 EMRK nachgebildete Art. 53 der Charta (mit der Überschrift „Schutzniveau") vor, daß keine Bestimmung der Charta als eine Einschränkung oder Verletzung von Menschenrechten und Grundfreiheiten auszulegen ist, wie sie unter anderem in der EMRK sowie in den Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.

Im Ergebnis treffen hier drei Günstigkeitsprinzipien aufeinander: jenes zugunsten eines weiterreichenden Schutzes im Unionsrecht in Art. 52 Abs. 3 und jenes in Art. 53 zugunsten von Unionsgrundrechten, von EMRK-Rechten[185] sowie von nationalstaatlichen Grundrechten.[186] Hinzu tritt das für die Mitgliedstaaten geltende Günstigkeitsprinzip des Art. 53 EMRK, das sich auch auf günstigere Rechte nach Unionsrecht erstreckt. Nur im zweipoligen Staat-Bürger-Verhältnis erhöhen diese drei Günstigkeitsprinzipien den Schutz auf das jeweils höchste Niveau. Im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis kann das scheinbar privilegierte Grundrechtssystem deshalb nicht unberührt bleiben, weil sonst eine über die Ausgangsrechtsordnung hinausgehende Einschränkung etabliert würde. Zwischen zwei wechselseitigen Günstigkeitsprinzipien im selben Grundrechtskatalog entsteht dann aber ein unauflöslicher Widerspruch, wenn nicht einem der beiden der Vorrang eingeräumt wird.

---

[184] Diese Regelung, die zunächst als Verweis auf das Schutzniveau der EMRK zu verstehen ist, wirft bereits für sich genommen Probleme auf. Fraglich ist zunächst, wann ein Recht der Charta einem Recht der EMRK im Sinn des Art. 51 Abs. 3 „entspricht" mit der Konsequenz, daß der Gewährleistungsinhalt der EMRK maßgeblich sein soll. Sodann wirft die Formulierung „gleiche Bedeutung und Tragweite" die Frage auf, ob damit im Sinn der Überschrift und des Abs. 1 des Art. 51 lediglich die Schrankenebene oder aber auch die Schutzbereichsebene gemeint ist.

[185] Die EMRK wird als Beispiel für „internationale Übereinkommen" genannt, „bei denen ... alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind". Diese Formulierung spricht dafür, daß das Günstigkeitsprivileg nur die EMRK und die von allen Staaten ratifizierten ZP Nr. 1 und 6 erfaßt, nicht aber das 4. und das 7. ZP (a.A. *Wachsmann* Les droits civils et politiques, RUDH 2000, 15, 16).

[186] Im Fall der Verfassungen der Mitgliedstaaten kann ein Konflikt deshalb nicht entstehen, weil diese in ihrem Verbindlichkeitsanspruch mit der Charta wegen des verschiedenen Anwendungsbereichs (Art. 50) nicht in Konkurrenz treten können. Interessant ist, daß insoweit nicht auf die „Verfassungsüberlieferungen", sondern auf die „Verfassungen" der Mitgliedstaaten abgestellt wird.

Ein solcher Vorrang dürfte der EMRK nach Art. 53 der Charta zukommen, weil sie weiterreichend formuliert ist und mit der Formulierung „keine Bestimmung dieser Charta ist als eine Einschränkung ... auszulegen" auch die potentiell konfligierende Norm des Art. 52 Abs. 3 erfaßt. Damit ist sichergestellt, daß der Standard der EMRK jedenfalls gewahrt wird.[187]

Für das Verhältnis der Rechte der Charta zu den Grundrechten der nationalen Verfassungen ist in diesem Zusammenhang schließlich die mitgliedstaatliche Perspektive zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht und andere Verfassungsgerichte[188] machen die generelle Gewährleistung eines wirkungsvollen Grundrechtsschutzes auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaften zur Bedingung dafür, daß die Kontrolle der Einhaltung der Grundrechte im Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts von ihnen nicht ausgeübt wird. Dieser Schutz muß dem nach der nationalen Verfassung unabdingbaren Grundrechtsschutz im wesentlichen gleich zu achten sein.[189] Das bedingt aus nationalverfassungsrechtlicher Sicht, daß weitergehenden Abweichungen im Schutzniveau zwischen Verfassungen der Mitgliedsstaaten und dem Recht der Europäischen Union auch im Rahmen der Grundrechtscharta Grenzen gesetzt sind. Andernfalls müßten die Verfassungsgerichte ihre derzeit „ruhendgestellte" Kompetenz zur Grundrechtskontrolle wieder ausüben.[190]

Für das Verhältnis zwischen EMRK und Charta wird schließlich nicht nur entscheidend sein, welche rechtliche Qualität letztere im Rahmen des Unionsrechts erlangt, sondern auch, wie die Frage des Verhältnisses zwischen EGMR und EuGH institutionell gelöst wird, sei es durch ein Vorlageverfahren oder durch einen Beitritt der EU zur EMRK.[191] Die

---

[187] Im Ergebnis auch *Jacqué* (Fn. 178), RUDH 2000, 4; *Fischbach* Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, RUDH 2000 7, 8.

[188] Z.B. für Italien Corte Costituzionale, Urt. Nr. 183 aus 1973 v. 27. 12. 1973, EuGRZ 1975, 311 ff.

[189] BVerfGE 37, 271 ff.; 73, 339, 384.

[190] Vgl. nun auch BVerfG, Beschl. v. 7. 6. 2000, 2 BvL 1/97.

[191] Zu diesen Vorschlägen statt vieler *Baumgartner* (Fn. 137), ZfV 1996, 327 f.; *Iliopoulos-Strangas* Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechtskonvention aus der Sicht der Mitgliedstaaten, in: dies. (Hrsg.), Grundrechtsschutz im europäischen Raum, 1993, 343; *Pipkorn* La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, RTDH 4 (1993), 221, 232 ff.; *Hilf* (Fn. 134), FS Bernhardt, 1207 ff.; *Benoît-Rohmer* (Fn. 150), RUDH 2000, 57 ff.; *Alber/Widmaier,* Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung, EuGRZ 2000, 497 ff.

Rechtsprechung des EGMR im Gefolge des Urteils im Fall *Matthews* könnte schon bald zum Handeln zwingen.[192]

c) Die Bedeutung einer Charta als unverbindlicher Erklärung

Nach den Schlußfolgerungen des Rats von Köln[193] soll die Charta zunächst vom Europäischen Parlament geprüft und dann von Parlament, Rat und Kommission proklamiert werden. Danach soll erst die Frage der Integration der Charta in die Verträge geprüft werden. Das bedeutet, daß die Charta zunächst nicht verbindlich ist und die Rechtslage hinsichtlich der Gemeinschaftsgrundrechte auf der Basis des Art. 6 Abs. 2 EU unverändert bleibt. Die EMRK ist neben den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten weiterhin die maßgebliche Basis für die Ermittlung des Inhalts der Gemeinschaftsgrundrechte als allgemeiner Rechtsgrundsätze.

Ungeachtet dessen wird eine bloß proklamierte, rechtlich unverbindliche Charta das rechtliche Umfeld von Unionsrecht, EMRK und nationalem Verfassungsrecht in dreifacher Hinsicht beeinflussen:

a) Zunächst steht zu erwarten, daß der *EuGH* sehr bald die Grundrechtscharta mit heranziehen wird, um ein auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 EU gewonnenes Ergebnis durch den Inhalt der konkreteren Charta zu bestätigen (Bekräftigungswirkung). Diese Prognose erscheint besonders realistisch, wenn man das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Hauer* betrachtet, in dem die kurz zuvor zur EMRK verabschiedete gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rats und der Kommission der Gemeinschaft[194] in die Begründung einfließt.[195]

b) Ferner ist abzusehen, daß die *Verfassungsgerichte* der Mitgliedstaaten auf die Charta Bezug nehmen werden, um zu begründen, daß auf Gemeinschaftsebene ausreichender, dem nationalen Niveau entsprechender Grundrechtsschutz gewährleistet wird. Darin liegt zunächst

---

[192] So auch *Fischbach* (Fn. 187), RUDH 2000, 8f.

[193] Der für die Charta einschlägige Teil ist abgedruckt in EuGRZ 1999, 264f.; RUDH 2000, 83. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, daß nach der Entschließung des Europäischen Parlaments zur Erarbeitung einer Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 16.3.2000 das Parlament seine endgültige Zustimmung zu einer Charta der Grundrechte „in hohem Maße" davon abhängig macht, daß die Charta durch die Aufnahme in den Vertrag über die Europäische Union volle Rechtsverbindlichkeit erhält (Entschließung C 5-0058/99-1999/2064 [COS] Erwägungsgrund V.7).

[194] EG Abl. Nr. C 103/1 vom 27.4.1977.

[195] EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79 (*Hauer*), Slg. 1979, 3727, Rn 15; vgl. nur die ersten Bezugnahmen auf die Charta in Schlußanträgen der Generalanwälte *Tizzano* v. 8.2.2001, Rs. C-173/99 (*Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union [BECTU]*) und *Alber* v. 1.2.2001, Rs. C-340/99 (*TNT Traco SpA*).

eine Bekräftigungswirkung. Darüber hinaus kommt einem solchen Akt – wie das Bundesverfassungsgericht zur gemeinsamen Erklärung aus 1977 festgestellt hat – nicht nur gemeinschaftsintern, sondern auch im Verhältnis der Gemeinschaft zu ihren Mitgliedstaaten rechtserhebliche Bedeutung als „quasi-authentische" Interpretation der Verträge und daher eine wenigstens „weiche" normative Wirkung zu.[196]

c) Schließlich ist nicht ausgeschlossen, daß auch der EGMR die Grundrechtscharta in seiner Rechtsprechung ohne rechtliche Verpflichtung de facto berücksichtigen wird, sei es als Hilfsmittel zur Bestimmung eines europäischen Standards, sei es, um die Evidenz der Richtigkeit eines Ergebnisses zu unterstreichen.

VI. Schlußbetrachtung

Nimmt man zum Abschluß die EMRK und ihre Wirkungen aus der Perspektive des eingangs formulierten funktionellen Verfassungsbegriffs in den Blick, so zeigt sich, daß die EMRK im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten, aber auch im Verhältnis zum Recht der Europäischen Union zwar formal nach wie vor den Charakter eines multilateralen völkerrechtlichen Vertrags hat. Sowohl in inhaltlicher Sicht als auch mit Blick auf die Wechselwirkungen und die Verflechtungen mit nationalem Verfassungsrecht wie Unionsrecht zeigt sich allerdings, daß kein qualitativer Unterschied zwischen den Gewährleistungen der EMRK und den Grundrechten nationaler Verfassungen mehr besteht. Mehr noch: die EMRK füllt Lücken im nationalen Verfassungsrecht aus und verdrängt im Konfliktfall bisweilen sogar Verfassungsrecht im formellen Sinn. Art und Weise dieses Wirkens sind von Verfassungsordnung zu Verfassungsordnung verschieden, die Unterschiede in den Ergebnissen ebnen sich aber zunehmend ein.

Diese Einsicht ist Ursache wie Folge der Auslegung der EMRK. *Hans Huber* hat sie im Jahr 1967 in einer Weise formuliert, die auch heute noch Gültigkeit hat. Er schreibt: „Die Europäische Menschenrechts-

---

[196] BVerfGE 73, 339, 383 f. Nach Ansicht des BVerfG gibt die Erklärung in förmlicher Weise die übereinstimmende Rechtsauffassung der Vertragsstaaten und der Gemeinschaftsorgane hinsichtlich der Gebundenheit der Gemeinschaft an Grundrechtsverbürgungen wieder, wie sie sich aus den mitgliedstaatlichen Verfassungen ergeben und als allgemeine Rechtsgrundsätze Geltung als primäres Gemeinschaftsrecht entfalten. Ferner sieht das Bundesverfassungsgericht darin die Bekundung einer Absicht zur Handhabung der Gemeinschaftsverträge, die auch völkerrechtlich für die Bestimmung des Inhalts der Verträge rechtserheblich ist.

konvention will den Beziehungen zwischen Individuum und Staat in den Vertragsstaaten vom Völkerrecht her eine neue und eigene rechtliche Grundlage verschaffen. Kein anderer völkerrechtlicher Vertrag besitzt einen Gegenstand, der in dieser Tiefe und Breite das innerstaatliche Recht ergreift, indem er das umfassende Verhältnis 'the man versus the state' bestimmt. Darin sollte eine Warnung liegen: Es wird schwerlich gelingen, diesen Vertrag in das herkömmliche Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht einzubringen, gleichgültig nach welcher Theorie dieses auch aufgefaßt wird, und man wird überdies Vorsicht walten lassen müssen, wenn für die Bewältigung wahrer Schwierigkeiten Rechtsinstitute, Begriffsbildungen und Lehren angeboten werden, die aus dem alten Arsenal stammen."[197] Heute zeigt sich, daß die Konvention mit völkerrechtlichen Begriffsbildungen und Lehren allein nicht mehr zutreffend erfaßt und ausgelegt werden kann. Inhalt, Wirkungsweise und Verflechtung der EMRK im europäischen Verfassungsgefüge erfordern Interpretationsansätze, die jenen für nationale Verfassungen, wenn schon nicht entsprechen, so doch weitestgehend angenähert sind.

[197] *Huber* Das Zusammentreffen der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit den Grundrechten der Verfassungen, GS Peters, 1967, 375, 388.

Leitsätze des 4. Berichterstatters über:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

I. Zum Begriff des europäischen Verfassungsrechts

1. In dem Maße, in dem das Europarecht Funktionen übernimmt, die traditionell dem nationalen Verfassungsrecht zugeschrieben werden, erscheint die Verwendung eines funktionalen, nicht staatsbezogenen Verfassungsbegriffs angemessen. Das gilt jedenfalls für den Bereich der Grundrechte, in dem sich Verfassungsinhalte nur noch durch Aufschlüsselung der wechselseitigen Verwiesenheit und Verbundenheit von nationaler und europäischer Ebene darstellen lassen.

II. Die EMRK und das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten – rechtliche Rahmenbedingungen

2. Der Umfang der völkerrechtlichen Bindung an die EMRK variiert von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat. Viele Mitgliedstaaten sind teils eine geringere Bindung dadurch eingegangen, daß sie Zusatzprotokolle nicht ratifiziert haben, teils dadurch, daß sie Vorbehalte zu einzelnen Bestimmungen der EMRK erklärt haben. Das Erste und das Sechste Zusatzprotokoll gehören heute – jedenfalls für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union – zum europäischen Standard. Die Bedeutung der Vorbehalte ist im letzten Jahrzehnt aus rechtlichen und politischen Gründen erheblich zurückgegangen.

3. Die EMRK läßt durch Art. 53 weiterreichende nationale Grundrechte unberührt. Im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis aber greift dieses Günstigkeitsprinzip dann nicht, wenn der weiterreichenden Schutzpflicht aus einem nationalen Grundrecht ein abwehrrechtlicher Anspruch aus einem kollidierenden Menschenrecht der EMRK entgegensteht.

4. Die EMRK ist heute in fast allen Staaten Bestandteil des innerstaatlichen Rechts. Dort steht sie überwiegend im Rang zwischen Verfassung und Gesetz. Der Rechtsvergleich zeigt, daß die EMRK – einerseits begünstigt durch die Praxis neu beitretender Staaten, andererseits durch Entwicklungen in den „alten" Mitgliedstaaten – insgesamt an Rang und Bedeutung gewonnen hat.

5. Soweit die EMRK bloß im Gesetzesrang steht, wird auf verschiedenen Wegen versucht, der EMRK im Rechtsanwendungsprozeß eine Bedeutung zuzuweisen, die sie einfachen Gesetzen im Ergebnis überlegen macht.

6. Eine Sonderstellung nimmt das Vereinigte Königreich ein. Unter formaler Wahrung der „Sovereignty of Parliament" enthält der Human Rights Act 1998 spezielle Verfahren und Vorkehrungen, welche der Vermeidung oder möglichst raschen Beseitigung einer Konventionsverletzung dienen („pre-enactment scrutiny", Gebot konventionskonformer Interpretation, „fast-track procedure").

7. Obwohl die EMRK im deutschen Recht nur Gesetzesrang hat, wird sie als Interpretationshilfe bei der Auslegung der Grundrechte herangezogen. Die lex posterior-Regel gilt im Verhältnis zwischen späteren Gesetzen und EMRK nicht. Jene Rechte der EMRK, die sich nicht mit dem Regelungsbereich eines Freiheitsrechts decken, können – im Rahmen einer auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Recht der EMRK gestützten Verfassungsbeschwerde – als Maßstab der Gesetzesprüfung vom Bundesverfassungsgericht herangezogen werden. Des Umwegs über das Rechtsstaatsprinzip bedarf es insoweit nicht.

III. Das Leitbild der EMRK: demokratischer Rechtsstaat europäischer Prägung

8. Die politischen Grundrechte der EMRK orientieren sich am Typus einer liberalen Parteiendemokratie. Staatlichen Eingriffen sind durch die Gesetzesvorbehalte insoweit engere Grenzen gezogen, als die Einschränkung die Auseinandersetzung in der Demokratie betrifft.

9. Die Verfahrensgarantien der EMRK sind zum Standard für fast alle gerichtlichen Verfahren geworden. Damit setzt sich eine bestimmte Vorstellung von Rechtsstaat durch, nach der die Unabhängigkeit des Gerichts und die Fairneß des Verfahrens zentrale Bedeutung haben.

10. Gewährleistungen, die an die Staatsangehörigkeit im Mitgliedstaat anknüpfen, finden sich in der EMRK nur vereinzelt. Einige Menschenrechte der EMRK vermitteln Ausländern besonderen Schutz.

IV. Einwirkungen im Verhältnis zwischen der EMRK und dem Recht der Mitgliedstaaten – Typologie

11. Die Einwirkungen im Verhältnis zwischen der EMRK und dem Recht der Mitgliedstaaten lassen sich in normative und faktische Wirkungen unterteilen.

12. Normative Wirkungen in Gestalt des Anwendungsvorrangs oder der Derogation nationalen Rechts kommen der EMRK und den Urteilen des

EGMR regelmäßig nicht zu. Normativer Veränderungsdruck ist gegeben, wenn zwar ein rechtlich erheblicher Normwiderspruch vorliegt, dieser aber nicht durch eine Vorrangregel ipso iure beseitigt wird, sondern durch einen konstitutiven Akt des Gesetzgebers oder eines Gerichts beseitigt werden muß („Invalidation"). Ein solcher Veränderungsdruck geht für den betroffenen Mitgliedstaat regelmäßig von der Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR aus.

13. „Weiche" normative Wirkungen entfaltet die EMRK im innerstaatlichen Recht, wenn Organe zur Erfüllung von Verpflichtungen des Staates aus der Konvention Handlungen setzen oder eine Interpretation wählen, zu der sie nach innerstaatlichem Recht nicht verpflichtet sind. Häufigster Anwendungsfall ist die Umsetzung von Urteilen des EGMR jenseits der inter partes-Wirkung der Rechtskraft.

14. Normative Einflüsse liegen schließlich darin, daß eine Vorschrift der einen Rechtsordnung auf eine Vorschrift oder einen Begriff der anderen Bezug nimmt, mit der Folge, daß eine Änderung in dieser gleichzeitig eine Änderung in jener bedeutet („dynamische Verweisung"). Auf diesem Weg nimmt vor allem das nationale Recht auf den Inhalt der EMRK Einfluß.

15. Einen Grenzfall zwischen normativer und faktischer Wirkung bildet die Heranziehung der EMRK und einschlägiger Urteile des EGMR zu dem Zweck, ein Ergebnis zu bestätigen, das durch Interpretation nationalen Verfassungsrechts gewonnen wurde („Bekräftigungswirkung").

16. Auf bloß faktischen Wirkungen beruhen Gesetzgebungsakte, die Menschenrechten Rechnung tragen, ohne daß eine völkerrechtliche Bindung besteht, sei es mangels Ratifikation eines Zusatzprotokolls, sei es als Folge eines Vorbehalts. Auch soweit einzelne Garantien aus politischen Gründen inhaltsgleich in den nationalen Grundrechtskatalog aufgenommen werden, liegt eine bloß faktische Wirkung vor.

V. Die EMRK und das Recht der Europäischen Union

17. Art. 6 Abs. 2 EU begründet eine Bindung an die Gewährleistungen der EMRK als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Im Verhältnis zu den – ebenfalls in Art. 6 Abs. 2 EU in Bezug genommenen – Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten bildet die EMRK einen grundrechtlichen Mindeststandard. Faktisch gewinnt die Konvention deshalb an Bedeutung, weil der Rekurs auf ein Konventionsrecht eine aufwendige Rechtsvergleichung bei der Ermittlung des Inhalts des Grundrechts entbehrlich macht.

18. Auf völkerrechtlicher Ebene sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union für Handlungen der Organe der Union und ihrer eigenen Or-

gane bei der Durchführung des Unionsrechts nach der EMRK verantwortlich. Ein Staat kann sich einer einmal eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtung nicht durch Delegation seiner Hoheitsgewalt auf eine internationale Organisation entledigen.

19. Zwischen Unionsrecht und EMRK bestehen Wechselwirkungen. Die EMRK entfaltet „weiche" normative Wirkungen als Folge der Rezeption in Art. 6 Abs. 2 EU. Das Recht der Union zeitigt im Recht der EMRK normative Wirkungen als Folge von dynamischen Verweisungen, so bei der Reduktion des Ausländerbegriffs in Art. 16 EMRK auf Drittstaatsangehörige oder bei der Subsumtion des Europäischen Parlaments unter den Begriff des „gesetzgebenden Organs" in Art. 3 des Ersten Zusatzprotokolls.

20. Der Umstand, daß die Rechte der EMRK im Unionsrecht in einem anderen normativen Zusammenhang stehen, kann die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten auf völkerrechtlicher Ebene nicht verringern. Er hat auf das Ausmaß der Verpflichtung nach der EMRK keinen Einfluß.

21. Auch im umgekehrten Fall, daß im Recht der Union weiterreichende Rechte als nach der EMRK eingeräumt werden, wird die völkerrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten nicht berührt. Hierin liegt ein Anwendungsfall von Art. 53 EMRK.

22. Die im Entwurf vorliegende Grundrechtscharta ist in den Garantien der Menschenwürde, der Freiheitsrechte und der Justizgrundrechte entscheidend durch die EMRK geprägt. Unterschiede bestehen namentlich bei der Einbeziehung von Rechten aus Zusatzprotokollen, die nur von einem Teil der Mitgliedstaaten ratifiziert worden sind, sowie bei der Ausdehnung des Schutzbereichs einzelner Grundrechte.

23. Nach der Charta soll im Verhältnis zwischen Rechten aus der EMRK und Grundrechten in der Union der jeweils höhere Standard gewahrt werden. Im Kollisionsfall gebührt der EMRK der Vorrang.

24. Obwohl die Grundrechtscharta wie ein Katalog verbindlicher Menschenrechte formuliert ist, soll sie zunächst nur als unverbindliche Erklärung proklamiert werden. Dennoch werden die Rechte der Charta in der Judikatur des EuGH voraussichtlich zur Bekräftigung eines auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 EU gewonnenen Ergebnisses herangezogen werden.

VI. Schlußbetrachtung

25. Die rechtlichen Wege des Einflusses der EMRK auf das Recht der Mitgliedstaaten sind sehr unterschiedlich. Ungeachtet dessen bestehen in der Rechtspraxis kaum Unterschiede in der Wirkung der EMRK. Sie kann heute auf europäischer Ebene als ausgelagertes Verfassungsrecht im materiellen Sinn angesehen werden.

5. Aussprache und Schlußworte

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

Vorsitzender (Bauer): Verehrte Kolleginnen und Kollegen, die vier Berichterstatter haben unseren heutigen Beratungsgegenstand durch ausgesprochen spannende Vorträge aufbereitet, für die ich im Namen des Vorstands ganz herzlich danke. Bei aller Konzilianz in der Form hat es in den Berichten nicht an kontroversen Positionen in der Sache gefehlt; schon allein deshalb können wir uns auf eine ebenso interessante wie anregende Diskussion freuen. Für die Aussprache liegen bereits 32 Wortmeldungen vor, von denen ich zuallererst die von Herrn *Mußgnug* aufrufen möchte, der einen Beitrag zu den historischen Bezügen unseres Themas angekündigt hat.

Mußgnug: Die Ehre, als erster sprechen zu dürfen, macht mich verlegen. Denn ich bin nicht auf eine grundlegende Stellungnahme zu den vier so anregenden und herausfordernden Referaten vorbereitet. Ich möchte lediglich als bekennender Nichteuroparechtler – gleichsam von außen – einen historischen Hinweis in die Diskussion einbringen, der daran erinnern soll, daß die deutsche Staatsrechtslehre keineswegs zum erstenmal um den zwischen Herrn *Pernice* und Herrn *Huber* entbrannten Konflikt zwischen der supranationalen und der staatlichen Verfassungsordnung ringt.

Dieses Thema stand bereits im frühen 19. Jh. auf der Traktandenliste so gut wie aller damaligen Staatsrechtler. Auch damals hat der Deutsche Bund für seine Verfassung – die Bundesakte von 1815 und die Wiener Schlußakte von 1820 – den Vorrang vor allem Landesverfassungsrecht eingefordert. Mit dem Postulat „Bundesrecht – Landesrecht" setzte der Deutsche Bund auch den Vorrang seines „sekundären Bundesrechts" – also z.B. der Karlsbader Beschlüsse – vor dem Landesverfassungsrecht mit unerbittlicher Schärfe und nimmermüder Hartnäckigkeit durch. Es versteht sich von selbst, daß der Bund damit in den Landtagen und bei den auf der Seite der Landtage fechtenden Staatsrechtslehrern auf erheblichen Widerspruch gestoßen ist. Der Streit, der daraus entstanden ist, wurde nahezu mit den gleichen Argumenten ausgetragen wie unser heutiger Streit um das rechte Verhältnis zwischen dem EG-Recht und dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaa-

ten. Es ging nur sehr viel heftiger zu, weil damals nicht der Zugang der Frau zum Soldatendienst mit der Waffe, sondern die vom Bund verworfenen, aber in einigen Landesverfassungen garantierten Grundrechte der Presse- und Versammlungsfreiheit einen sehr viel stärker mit Emotionen beladenen Streitgegenstand lieferten, der freilich den großen Vorzug aufwies, daß er die Diskussion sehr viel schärfer und unübersehbarer auf den Kern der Probleme fokussiert hat. Da es um die Presse- und die Versammlungsfreiheit ging, konnte man nicht so gelassen zur Tagesordnung übergehen, wie wir das nach dem Urteil des EuGH im Falle *Tanja Kreil* getan haben. Es stand mehr auf dem Spiel. Um so genauer war man sich der staatsrechtlichen wie der bundesrechtlichen Problematik bewußt.

Auch das Demokratieproblem, das im Referat von Frau *Lübbe-Wolff* im Mittelpunkt stand, hat den Deutschen Bund unausgesetzt beschäftigt. Der Deutsche Bund wurde – wie die EG – unter Umgehung der Landtage von den Landesregierungen gelenkt. Man traf sich in Frankfurt in der Bundesversammlung und faßte dort frei von jeder parlamentarischen Mitwirkung tief einschneidende Beschlüsse, die man dann zu Hause nach der Regel „Bundesrecht – Landesrecht" auf dem Verordnungswege umsetzte, ohne sich von den Landtagen daran hindern zu lassen. Die Pressezensur wäre überall im Deutschen Bund am Widerstand der Landtage gescheitert; sie wäre dort auf soviel Unwillen gestoßen, daß sich die Regierungen nicht getraut hätten, sie auch nur vorzuschlagen. Aber auf dem Umweg über den Bund lief alles glatt. Der Bund konnte – gleichsam als Zugabe – auch noch die Verpflichtung der Landtage zur Bewilligung der Steuermittel drauflegen, die zur Bezahlung des Zensors benötigt wurden. Der Deutsche Bund erwies sich somit als zwar völlig undemokratisch, aber höchst praktisch. Es gab dort keine Volksvertreter, die man um „Beirat und Zustimmung" hätte ersuchen müssen; so wurde Frankfurt zum archimedischen Punkt, von dem aus man den heimatlichen Landtag aushebeln konnte. Die theoretischen Auseinandersetzungen, die das so gut wie allenthalben ausgelöst hat, sind außergewöhnlich spannend und dazu außergewöhnlich aufschlußreich auch für die Beurteilung des heutigen Verhältnisses zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten. Drum sollten wir diesen Zweig der Verfassungsgeschichte, die jetzt europäische Verfassungsgeschichte zu werden beginnt, nicht verdorren lassen. Er hilft, die verfassungsrechtlichen Probleme um die europäische Einigung klarer zu durchschauen. Davon abgesehen eröffnet sich mit der Verfassungsgeschichte des Deutschen Bundes ein zu Unrecht vernachlässigtes Feld der Rechtsvergleichung. Auch die Geschichte ist voll von Stoff für Vergleiche.

Schuppert: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte nur eine kleine methodische Bemerkung machen und dabei, Herr Vorsitzender, wenn Sie dies nicht zu selbstreferentiell finden, an meine gestrige Diskussionsbemerkung anknüpfen, wo ich über die Maßstabsarmut der deutschen Staatsrechtslehre gesprochen habe. Wenn ich dies auf das heutige Thema übertrage, so bedeutet das zweierlei: Wir brauchen einmal einen vernünftigen Maßstab, um das zu beurteilen, was wir der Einfachheit halber hier schlicht Europa nennen wollen. Aber wir brauchen nicht nur einen tauglichen, also europadäquaten Maßstab, sondern wir brauchen auch eine präzise analytische Erfassung des zu beurteilenden Gegenstandes und deswegen müssen wir uns darüber vergewissern, wir wir Europa eigentlich nennen wollen. Ich möchte an dieser Stelle dafür werben, den Begriff des Mehrebenensystems zu verwenden, der ja schon wiederholt in Bezug genommen worden ist und der sich wegen seiner gleich zu nennenden Vorteile in der Politikwissenschaften nahezu vollkommen durchgesetzt hat. Er ist entwicklungsoffen, legt nichts fest, ist flexibel, kann der Dynamik der sich verändernden Verhältnisse gerecht werden und vor allen Dingen schärft er das methodische Bewußtsein für die Unterschiedlichkeit der einzelnen Ebenen. Denn wenn wir von Europa als einem Mehrebenensystem ausgehen, so lädt dies dazu ein, in differenzierender Weise mehrere Mehrebenen-Schichten zu unterscheiden und etwa von Mehrebenenstaatlichkeit, Mehrebenendemokratie, Mehrebenenverfassung und Mehrebenenlegitimation zu sprechen. Und wenn wir dies in dieser Weise tun, dann können wir mit Gewinn zwei sich anschließende methodische Schritte unterscheiden. Der erste methodische Schritt bestünde darin, daß man jeweils ebenenspezifische Fragen stellt, um dann in einem zweiten Schritt danach zu fragen, wie sich die Ebenen zueinander verhalten, da ja diese Ebenen nicht einfach autistisch nebeneinander leben, sondern miteinander verzahnt sind und interaktiv miteinander kommunizieren, es sich also um eine interaktive Mehrebenenstruktur handelt. Wenn wir also ebenenspezifisch argumentieren – und damit bin ich bei Frau *Lübbe-Wolff* – dann müssen wir auch das Legitimationsproblem ebenenspezifisch diskutieren, da wir nur so der Blaupausenfalle entgehen, wie sie in der schlichten Übertragung nationalstaatlicher Kategorien auf Europa beschlossen liegt. Dann aber müssen wir die europäische Ebene daraufhin untersuchen, was auf ihr demokratietheoretisch von Belang sein könnte. Es geht also darum – wie *Wolfgang Hoffmann-Riem* zu Recht reklamiert hat – die Entscheidungsstrukturen auf der europäischen Ebene unter dem Gesichtspunkt ihrer Legitimationskraft mehr ins Auge zu fassen und zum Beispiel die von Frau *Lübbe-Wolff* zutreffend hervorgehobene wichtige Rolle nicht-staatlicher Gemein-

wohlakteure auf der europäischen Bühne zu würdigen. Möglicherweise ergäbe eine solche Prüfung, daß hier sogar mehr als nur ein Legitimationsrinnsal vorhanden ist. Man hätte also – um bei dem gewählten Beispiel zu bleiben – zu überlegen, was es unter dem Gesichtspunkt von Demokratie und Legitimation bedeutet, daß auf der europäischen Ebene die sogenannten Nichtregierungsorganisationen intensiv in die Entscheidungsvorbereitung einbezogen werden; sie sozusagen den Ball auf die nationalstaatliche Ebene zurückspielen und die nationalen Regierungen dann aufgrund des Drucks dieser Akteure wiederum ihre Vorstellungen in die europäischen Entscheidungsprozesse einspeisen.

Noch ein zweiter kleiner Punkt: Man müßte – so denke ich – die zwischen den beiden Ebenen stattfindenden Interaktionsprozesse genauer in den Blick nehmen und fragen, was dort an Transferleistungen erbracht wird, Transferleistungen, die zum Beispiel auch in einem Legitimitätstransfer bestehen können. Ich denke also, daß wir mit der Figur des Mehrebenensystems über ein brauchbares analytisches Raster verfügen, um damit die Probleme etwas genauer und präziser in den Griff zu bekommen, als wenn man nur von einem Verbundsystem und einem Verbundföderalismus spricht. Vielen Dank.

Badura: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! Die vier Referate haben letzten Endes die Frage behandelt: Was ist „Verfassung in Europa"? – und das ist eine Frage, die – wie ich finde – rein begrifflich oder methodisch nicht erfaßt werden kann. Sofern ich Begriffe benutze, muß ich mich fragen, welchen Sitz sie im Leben haben, und daraus entspringt ein Mißtrauen gegen solche mehr schematischen Vorstellungen wie „Mehrebenensystem" und vergleichbares, da eben die Ebenen nicht vergleichbar sein dürften.

Nun, es ist die Frage gestellt worden: Was ist „Verfassung in Europa"? und es sind verschiedene „Funktionen", also Aufgaben, Möglichkeiten und Notwendigkeiten der Verfassung behandelt worden – die Verschaffung von Legitimation, die Sicherung von Integration, eine bestimmte Art der Repräsentation der Völker Europas, die Konstituierung von Organen und Institutionen. Auch eine gewisse Gestaltung, was ja bei der Verfassung in der europäischen Geschichte immer eine besondere Rolle gespielt hat, weil man Verfassungen nicht einfach am grünen Tisch gemacht hat, sondern auf Grund bestimmter sozialer und politischer Bedürfnisse. Vielleicht, für meinen Geschmack, ist zu wenig die Rolle der Verfassung als Garantie für Freiheit, für Wohlfahrt und für Gerechtigkeit behandelt worden. Denn das verlangen wir von einer Verfassung, die ja eine erfolgreiche Politik ermöglichen muß, nämlich, daß sie eine Garantie für Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlfahrt zur Folge

hat. „Verfassung" hat also auch etwas Substantielles an sich, wie ja von allen Referenten auch über den Rechtsstaat gesprochen worden ist, auch von der Demokratie – besonders im ersten und dritten Referat –, und etwas weniger vielleicht vom Sozialstaat, von der Wohlfahrt und von der Umwelt.

Nun kann man nicht erwarten, daß Europa – die europäischen Verhältnisse – alle Funktionen der Verfassung, die wir jetzt zusammenstellen können, in gleicher Weise realisiert. Manche Funktionen werden vielleicht sehr gut realisiert, wie Wirtschaftsfreiheit oder auch die Möglichkeit von Wohlfahrt, andere weniger, vielleicht Demokratie, oder nur in einer besonderen Weise. Ich meine also, daß der Dualismus, der ja besteht und auch in Europa weiterbestehen wird – wenn Sie so wollen, auch als „Mehrebenendualismus" – immer ein differenzierter Dualismus sein wird. In diesem differenzierten Dualismus würde ich – und darin mag ich mich vielleicht von Herrn *Huber* unterscheiden – die Europäische Union als eine originäre Rechtsgemeinschaft ansehen. Und so ist sie in meinen Augen auch funktionsfähig. Ich kritisiere also Formulierungen wie „autonome" Rechtsgemeinschaft und ähnliches nicht, sondern sehe darin den eigentlichen Gewinn der europäischen Integration. Aber diese Rechtsgemeinschaft ist natürlich eine partielle und das unterscheidet sie vom Staat, der ja eine – wie der hl. Thomas gesagt hat – vollkommene Gesellschaft ist. Das ist die Europäische Union natürlich nicht. Der Staat bleibt – und damit stimme ich Herrn *Huber* vollkommen zu – eine basale Rechtsgemeinschaft in Europa. Die bevorstehende Erweiterung der Europäischen Union wird es sicherlich noch viel augenfälliger machen, daß die Basis Europas die Mitgliedstaaten und die Funktionsfähigkeit, die Demokratie und der Rechtsstaat in den Mitgliedstaaten ist.

Richtig ist schließlich, daß wir es mit einem Prozeß zu tun haben. Man kann nicht sozusagen statisch gewisse Ebenen und Begriffe gegenüberstellen. Es ist ein Prozeß, der vielleicht in irgendeinem Zeitpunkt – aber vielleicht auch nicht – den Sprung zu einer Selbständigkeit Europas zur Folge haben kann. Und ich glaube schon, daß dann, wenn man der Forderung von Herrn *Pernice* folgen würde, wenn man also beispielsweise das Europäische Parlament zu einem gesetzgebenden Parlament machen würde, dieser Sprung erfolgen würde. Damit würde – wie ich glaube – ein Grundprinzip der bisherigen Supranationalität Europas in Frage gestellt werden. Der Ausdruck „postnational" hat mir deshalb weniger gefallen. Denn die Nationalstaaten bestehen und ohne die Funktionsfähigkeit und Kraft der Nationalstaaten sehe ich auch keine Möglichkeit dafür, daß die Europäische Union erfolgreich ist.

Die Europäisierung der Verfassungen in Europa ist ein in meinen Augen vorteilhafter Schritt – es ist beschrieben worden, wie das geschieht. Vor allem im vierten Referat sind dafür wesentliche Gesichtspunkte auf der Ebene der Grundrechte gezeigt worden. Das ist ein Fortschritt. Es gibt natürlich, mehr oder weniger, eine europäische Verfassungstradition und die supranationale Föderation Europas muß auf dieser Verfassungstradition aufbauen, ohne zu vergessen, daß sie auf der nationalstaatlichen Ebene entstanden ist und auch fortbestehen muß, wenn wir erreichen wollen, daß die Garantie für Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlfahrt auch in Zukunft in Europa Bestand hat.

Herdegen: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich bin den Referenten für die fast orchestral abgestufte Annäherung an das Problem sehr dankbar. Bei den Vorträgen von Herrn *Pernice* und Herrn *Huber*, dem reichen visionär getränkten Gewebe eines national-europäischen Verfassungsverbundes einerseits und dem vielleicht auch normativ etwas härteren Versuch einer Bestandsaufnahme andererseits, bin ich mir nicht ganz sicher, ob Beiträge wirklich komplementär sind oder konträr. Hier wäre ich für Präzisierung dort dankbar, wo sich die Dinge hart im Raum stoßen. Dazu gehört wohl nicht die Frage nach dem Verfassungsbegriff. Wenn man sagt, Verfassung ist nicht unbedingt auf den Staat bezogen, sondern ist eine normative Rahmen- und Grundordnung für die Ausübung politischer Gewalt, dann ist das in sich schlüssig. Nur hat das keinen Erkenntniswert, dann kann man auch sagen, die Charta der vereinten Nationen ist eben die Verfassung der International Community, die WTO-Ordnung ist die Verfassung der globalen Weltwirtschaftsordnung. Das führt uns normativ nicht wesentlich weiter. Die entscheidende Frage ist wohl eher die nach der Kompetenzabgrenzung und nach dem letzten Wort im Streitfall sowie nach der steuernden Wirkung des materiellen Verfassungsrechts: Was steuert das Grundgesetz noch jenseits der Beteiligung von Bundestag und Bundesrat im Hinblick auf die materielle Substanz der Verfassung, soweit es um die Ausübung von Staatsgewalt geht, im Rat der Europäischen Union und im Gouvernensrat der Europäischen Zentralbank. Das ist verfassungsrechtlich gebundene Gewalt. Es ist auch eine Aufgabe der deutschen Staatsrechtslehre, sich dazu jenseits der prozeduralen Vorgaben zu äußern. Beim Kompetenzproblem, Herr *Huber*, haben Sie die Auseinandersetzung auf das Feld des Autonomiethemas getragen. Ich weiß nicht, ob es heute noch sinnvoll ist, die Autonomie des Gemeinschaftsrechts in Frage zu stellen. Wir alle sind uns darüber einig, daß, wenn es eine Autonomie gibt, sie natürlich gegenständlich begrenzt ist, daß sie nicht sozusagen selbstfortzeugend neue Kompetenzen schaffen kann. Wir wissen, daß

das Ganze auf einem gestuften Prozeß verfassungsrechtlicher Fundierung ruht. Die entscheidende Frage ist doch, wer bestimmt über die Grenzen der einmal übertragenen Kompetenzen? Sie haben hier mit kritischer Tendenz auf Stimmen hingewiesen, die hier ein nicht auflösbares Problempotential feststellen: weil wir die europarechtliche Perspektive und die verfassungsrechtliche Perspektive nicht völlig zur Dekkung bringen können. Ich bin eigentlich geneigt, auch nach Ihrem Beitrag an dieser Ratlosigkeit festzuhalten und zu sagen, es gibt ein nicht restlos auflösbares Problempotential. Im übrigen gibt es einzelne Mechanismen zur Konfliktentschärfung jenseits vertraglicher Ratifikation. Wenn die nationalen Rechtsprechungsorgane sagen, wir machen das mit, was der Europäische Gerichtshof judiziert zu den Fragen der gemeinschaftsrechtlich bekundeten Staatshaftung, dann ist das auch eine Form konkludenter Ratifikation und dann stellt sich die Frage nach dem Kompetenzexzeß eben nicht mehr.

Interessant ist die Erwägung in der These 10 von Herrn *Huber* zum Verfassungsvorbehalt. Aber wenn ich ihn richtig verstanden habe, führt er eigentlich dazu, daß wir einen völkerrechtlichen Grundkonsens, den wir schon seit den Zeiten des klassischen Völkerrechts haben, in Frage stellt. Nämlich, daß sich ein Staat gegenüber der einmal völkervertraglichen wirksam begründeten Verpflichtung nicht mehr auf ein eigenes Verfassungsrecht und sonstiges nationales Recht berufen kann. Wenn wir über die „Herren der Verträge" sprechen, dann müßten wir klären, wer Herr der Kompetenz ist. Ist es wahr, wie wir lange Zeit auch unseren Studenten erzählt haben, daß es sich im Gemeinschaftsrecht nur um die Ausübung, die Überlassung von Kompetenzen zur Ausübung handelt oder ist es wirklich ein endgültiger Verlust des Kompetenzsubstrates? Ich meine, man wird sich jedenfalls für den Bereich der Währungsunion der zweiten Auffassung anschließen müssen. Das beantwortet auch die Frage nach den „Herren der Verträge". Vielleicht noch eine letzte Bemerkung zu dem schönen Vortrag von Herrn *Pernice*. Herr *Pernice*, Sie haben glänzend Demythologisierung betrieben, aber auch ein bißchen Remythologisierung. Sie haben ganz zu Recht deutlich gemacht, daß der Begriff der Souveränität völkerrechtlich eigentlich seine Substanz eingebüßt hat. Sie haben ihn aber wieder auferstehen lassen, indem Sie gesagt haben, heute im nationaleuropäischen Verfassungsverbund sei der Souverän das Individuum. Ich bezweifele, daß uns das weiterführt. Ähnliches gilt für den Versuch der soziologisch-politologischen Erfassung, des Bezugsgegenstands der britischen und der französischen Staatslehre. Sie sagten, in Frankreich sei das die Nation, in Großbritannien sei es die Society. Ich halte das jedenfalls im Jahre 2000 ein bißchen für eine Fabel. In Frankreich ist es die rechtlich verfaßte

„République une et indivisible". Darauf – und nicht auf die Nation – hat der Verfassungsrat Bezug genommen, als er sich auseinandergesetzt hat mit den Einwänden gegen das Europarechtsübereinkommen gegen den Schutz von Minderheiten. In Großbritannien ist es immer noch, auch noch heute, die „Queen in Parliament" und nicht die Society. Vielleicht ist es ganz interessant, daß außerhalb von Deutschland die Bürger, aber auch die Staatsrechtslehrer, weniger die Frage nach der Verfassung umtreibt. Das, was die Menschen und die Staatsrechtslehrer wirklich beschäftigt, ist doch die Frage nach der Kompetenz und der letztverbindlichen Autorität.

Doehring: Zu den Thesen von Herrn *Pernice.* Dort heißt es, Souveränität sei die Selbstbestimmung des einzelnen. Wir müssen wohl dann eine verschiedene Terminologie benutzen, und wir können uns wohl deswegen schwer verständigen. Unter Souveränität verstehe ich Befehlsunabhängigkeit. Aber wenn der einzelne souverän ist und also befehlsunabhängig seine Selbstbestimmung betätigt, dann möchte ich das Chaos nicht erleben, das im staatlichen und gesellschaftlichen Leben herrscht. Dann geht es weiter mit der These 8. Da ist gesagt, die Union sei ein Zweckverband und der Staat sei ein Zweckverband. Was aber ist der Zweck des Staates als Zweckverband? Es sind so manche Bücher geschrieben über den Staatszweck, aber ihn gleichzustellen mit den Zwecken, wie die Europäische Union sie definiert, erscheint doch unzulässig. Die Staatszwecke im Sinne eines Zweckverbandes können wir nicht definieren, und deshalb ist die Parallelstellung für mich nicht nachvollziehbar. Dann heißt es, wir leben in einer immer engeren Union durch immer stärkere europäische Integration. Da liegt der Hase im Pfeffer, denn ich möchte wissen, wie weit diese Integration nun geht. Wo hört sie auf? Ist sie nach vorne völlig offen, dann landen wir in einem Bundesstaat, von dem ständig gesagt wird, man wolle ihn gar nicht. Aber wenn man den Bundesstaat nicht will, dann möchte ich wissen, wo die Integration endet. Wenn man das nicht definieren kann, ist man so klug wie vorher. In These 14 ist dann die Rede von der doppelten Identität des Bürgers in Europa. Doppelte Identität war für mich bisher das klassische Merkmal der Schizophrenie. Meine Frau ist Nervenärztin und daher ist mir das aufgefallen. Aber nicht die Bürger haben eine doppelte Identität – sie sind immer die gleichen –, sondern sie sind zwei Hoheitsgewalten unterworfen. Dann ist die Rede von der doppelten Loyalität. Das ist sicherlich richtig, daß diese gefordert wird, doch möchte ich wissen, welche der Loyalitäten nun Vorrang hat, aber darauf habe ich keine Antwort den Thesen entnehmen können. Das waren die wesentlichen Gesichtspunkte, die mich irritiert haben, aber sie führen

doch auch zurück zu der Frage nach dem Verhältnis zwischen Unionsbürger und Staatsbürger. Der Staatsbürger als Republikaner kann zumindest sein Parlament und damit auch seine Regierung auswechseln, sich selbst eine neue Regierung geben. Das ist das responsible government. So ist es mit der Demokratie im Nationalstaat. In der Union können sämtliche Staatsbürger doch die 15 Regierungen nicht auswechseln. Nicht einmal das Europäische Parlament kann die Regierungen kontrollieren und so besteht kein responsible government. Das ist der wesentliche Unterschied, den auch Frau *Lübbe-Wolff* im Hinblick auf die fehlende Demokratie in Europa ganz richtig aufgezeigt hat. Nun noch einige Bemerkungen zu Herrn *Huber*. Die clausula rebus sic stantibus, von der im Hinblick auf den Austritt aus der Gemeinschaft die Rede ist, setzt voraus, daß ein von allen Seiten unvorhergesehenes Ereignis eintritt. Aber ein Austritt aus der Europäischen Gemeinschaft kommt dann vor allem in Frage, wenn von der einen Seite ein Vertragsbruch vollzogen wird, wobei in erster Linie eine vertragswidrige Kompetenzausweitung in Betracht kommt. Dann gilt nach jedem Vertragsrecht und das geradezu atavistisch, daß die andere Seite frei von ihren Verpflichtungen wird. Daß es um diese Frage in Europa gehen kann, hat das Maastricht-Urteil ganz richtig aufgezeigt. Im übrigen bleibt auch bei den Thesen von Herrn *Huber* das Ziel der Europäischen Gemeinschaft unklar. Auch dort ist die Rede von einer immer stärker werdenden Integration. Aber wo ist auch hier dann der Stop, ohne den die Integration zum Bundesstaat führt? Wenn es dieses Haltezeichen gibt, möchte ich wissen, wie man es erkennt. Zu Frau *Lübbe-Wolff* wollte ich noch sagen, daß sie das Demokratiedefizit richtig charakterisiert hat. Aber sie hat doch noch etwas vergessen. Es fehlt der Hinweis, daß der Gerichtshof der Gemeinschaft durchaus nicht als ein Organ der Demokratie erscheint. Mir gefällt schon nicht, wenn politische Parteien alleine die Richter ernennen, wie das bei dem Bundesverfassungsgericht der Fall ist. Aber wenn der Ministerrat der Europäischen Gemeinschaft seine Richter allein durch die Regierungen ernennt, muß man doch annehmen, daß nur Richter ernannt werden, die den Regierungen genehm sind.

Winter: Ich denke, wir werden alle damit umgehen müssen, daß wir doppelte oder sogar mehrfache politische Identitäten haben. Warum sollte man nicht zugleich Deutscher und Europäer sein, durch ökonomisches Kalkül, politische Einsicht und gar mit dem Herzen.

Mein Beitrag ist aber eigentlich auf etwas anderes gerichtet. Alle drei Referate benutzen letzten Endes doch einen Verfassungsbegriff, der sich auf staatsähnliche Strukturen orientiert. Frau *Lübbe-Wolff* und Herr *Per-*

nice wollen die Verfassung der EU im Sinne einer Doppelstaatlichkeit ausbauen, Herr *Huber* meint, eine EU-Verfassung gebe es nicht und konstruiert die EU eher in völkerrechtlichen Kategorien, verwendet in der Abgrenzung aber ebenfalls den staatsbezogenen Verfassungsbegriff. Mein Einwand geht dahin, daß der herkömmliche Verfassungsbegriff zu sehr Distanz hält von der Realität der Entscheidungsstrukturen in der Europäischen Union. Ich knüpfe damit an dem an, was Herr *Schuppert* sagte: Es fehlt an der juristischen Rezeption der Realanalyse der Entscheidungsstrukturen. Durch eine solche würden politologische oder soziologische Begriffe und Theoriestücke zur juristischen Kenntnis kommen, die dazu anregen könnten, die zukünftige europäische Verfassung stärker an diesen realen Strukturen entlang oder auch im Kampf gegen sie, jedenfalls aber in konkreter Auseinandersetzung mit ihnen, zu entwickeln. Ein Beispiel für ein solches Vorgehen ist die Netzwerkanalyse.

Als Anschauungsmaterial mag die europäische Entscheidungsbildung im Chemikalien- und im Naturschutzrecht dienen. Wer entscheidet über das Verbot einer gefährlichen Chemikalie? Formal gesehen die europäische Legislative, und zwar per Richtlinie, die in nationales Recht umgesetzt werden muß. Tatsächlich werden die Weichen aber in einer informellen Arbeitsgruppe gestellt, in der die chemische Industrie zusammen mit fachbehördlichen Vertretern aus den Mitgliedstaaten und der Generaldirektion Industrie sitzt. Danach geht die Angelegenheit ins offizielle Komitologieverfahren und anschließend in den Legislativprozeß. Die Interessenrepräsentation ist in der Arbeitsgruppe sehr einseitig, weil die Umweltverbände, die an sich zur Mitwirkung eingeladen sind, aus Kapazitätsgründen nicht teilnehmen können. Es gibt hier also sozusagen ein industrienahes informelles Netzwerk quer zu den formalen Institutionen. Auch im Naturschutzbereich gibt es eine solche Netzwerkstruktur. In ihr wirken die Generaldirektion Umwelt mit den nationalen Naturschutzbehörden und den Naturschutzverbänden zusammen. Sie hat zB bei der Erstellung der Listen für die Natura 2000-Gebiete erheblichen Einfluß gewonnen, und zwar über eine höchst informelle, wenn auch fachlich durchaus fundierte europäische Liste möglicher Naturschutzgebiete, die von Verbänden erstellt worden ist und in den formalisierten Zusammenhängen bis hin zu Entscheidungen des EuGH als Referenzmaterial dient. Die Interessenrepräsentation ist auch hier wieder einseitig, weil die betroffenen Bauernverbände nicht beteiligt waren und mangels fachlicher Einflußmöglichkeit nur auf Zeitverzögerung setzen können.

Netzwerke sind charakterisiert dadurch, daß sie sich quer zu den förmlichen Strukturen bilden, quer zu den Entscheidungsebenen zwi-

schen der EG und den Mitgliedstaaten, quer zu den Gremien, in denen an sich die Interessen integriert werden sollen, also dem Parlament oder den Komitologieausschüssen, und quer zu den förmlichen Phasen der Entscheidungsverfahren. Angesichts dessen ist nach Anschlußbegriffen zu fragen, die die Realität -affirmativ oder offensiv-aufgreifen und in die neue Verfassung vermitteln. Ich gestehe allerdings, daß ich solche Anschlußbegriffe nicht zur Hand habe, und möchte die Referenten fragen, ob sie zumindest die Notwendigkeit eines entsprechenden Untersuchungsprogramms anerkennen. Übrigens – hier relativiere ich meine Frage selbst – halte ich es für möglich, daß letzten Endes doch wieder nur die alte Begrifflichkeit zur Verfügung steht, so die kontrafaktischen Prinzipien der parlamentarischen Repräsentation, der Gewaltenteilung, der Entscheidungsebenen, der Stufung von Entscheidungsverfahren, der Normenhierarchie, etc., weil sie aufgrund jahrhundertelanger Diskussion über Herrschaft und Legitimation sich eben dann doch letzten Endes als einzig geeignet erwiesen hat.

Eckart Klein: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Wenn wir uns exakt 10 Jahre zurückerinnern, an unsere Tagung in Zürich, dann stellen wir fest, daß der Stoff, aus dem unsere Träume oder vielleicht – für manche – Alpträume sind, sich seitdem erheblich weiterentwickelt hat, obwohl wir natürlich auch manche Konstanten feststellen können. So erinnere ich mich, daß wir damals sehr über den Verfassungsbegriff oder auch über die mitgliedstaatliche Struktur der Gemeinschaft diskutiert haben, und das sind Topoi, die auch heute wieder aufgetaucht sind. Ich möchte im folgenden zu zwei Punkten Stellung nehmen: Einmal zum Sinn der Verfassungsdebatte im europäischen Bereich und zweitens zur Frage des Menschen- und Grundrechtsschutzes.

Ich habe nichts gegen die Verwendung des Verfassungsbegriffs im Rahmen der Europäischen Union, wenn man weiß, wovon man spricht. Und ich halte es auch für richtig, den Verfassungsbegriff funktional zu sehen. Wenn, um nur ein Element zu nennen, Hoheitsgewalt unmittelbar gegen Individuen ausgeübt wird, dann ist dieses Verhältnis zwischen Hoheitsgewalt und einzelnen zu regeln, und das ist ein typisches Element einer Verfassungsordnung. Das Ganze reiht sich ganz natürlich in die derzeit geführte generelle Konstitutionalisierungsdebatte ein. Unser Vorsitzender, Herr *Frowein*, hat im letzten Jahr vor der Völkerrechtsgesellschaft einen wichtigen Vortrag über die Konstitutionalisierung des Völkerrechts gehalten. Es wird ferner derzeit über die Konstitutionalisierung der Europäischen Menschenrechtskonvention gesprochen, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wird als Verfassungsgericht bezeichnet. Es ist ein wenig eine allgemeine Konstitutionalisie-

rungstendenz, die wir feststellen können. Wir nennen heute gerne alles Verfassung. Aber das kann es ja nun eigentlich nicht sein. Wenn wir heutzutage so betont von der Europäischen Verfassung im Werden oder gar schon der vorhandenen europäischen Verfassung sprechen, dann muß ein bißchen mehr dahinterstecken. Es muß auch etwas mehr dahinterstehen als die Erkenntnis, die ja auch nicht neu ist, daß sich beide Ordnungen irgendwie beeinflussen. Daß das nationale Verfassungsrecht auf „den Druck des Gemeinschaftsrechts" reagiert und daß auch das Gemeinschaftsrecht zunächst im wesentlichen bestimmt war und weiter bestimmt ist von verfassungsrechtlichen Vorstellungen der Mitgliedstaaten, ist gesicherte Erkenntnis. Was aber bedeutet „Verfassung" dann? Ich glaube man kommt dem Punkt näher, wenn man sich den Thesen von Herrn *Pernice* zuwendet, wobei die Rechtsfolgerungen, die er unter III. zieht, ich eigentlich ohne weiteres unterschreiben kann, vielleicht außer dem letzten Satz der These 21, aber im übrigen kann ich das nachvollziehen. Aber auch dies bezeichnet nicht, was einen qualitativen Sprung über die bisherige Debatte hinaus bedeutet. Vorrang – das alles hatten wir doch schon früher erkannt. Vielleicht kommt man dem Punkt näher, wenn man sieht, daß Sie, Herr *Pernice*, gegen die Rechtsanwendungsbefehlslehre Stellung nehmen. Hier wird in der Tat – und das zeigt vielleicht die eigentliche Stoßrichtung dieser Verfassungsdebatte – eine Abkoppelung, eine Ablösung vom Willen der Mitgliedstaaten vorgenommen, und die ist mir nicht einleuchtend. Die Punkte nämlich, die Sie benennen, daß alles was im Rahmen der Union geschieht, letztlich auf den Willen der Bürger zurückführbar sein muß, daß die Hoheitsgewalt supranational durchschlägt, alles dies läßt sich ja auch ohne weiteres auch im Rahmen der Rechtsanwendungsbefehlsdoktrin erklären und so ist es ja auch bisher gesehen worden. Das wird ja überhaupt nicht bestritten. Meine Frage an Sie ist deshalb: Warum bestehen Sie so auf der Ablehnung dieser Idee?

Zweiter Punkt: Grundrechte, Menschenrechte. Wenn wir von der europäischen Verfassung reden, muß auch die europäische Verfassung eine „offene" Verfassung sein. So wie es zweifellos immer noch viele nationale Juristen gibt, die ja nationalrechtlich zentriert sind und nicht über den Tellerrand hinausschauen wollen, so gibt es vielleicht auch manchen im Bereich des Europarechts, der europazentriert – ich sage lieber europazentriert als eurozentriert – seine Betrachtungen anstellt. Wir haben freilich im Gemeinschaftsrecht eine solche Öffnungsklausel; Art. 6 Abs. 2 des EU-Vertrages weist zwar über die Gemeinschaft hinaus, aber ich glaube, daß das noch nicht genug ist. Hier werden zwar die EMRK und ihre Zusatzprotokolle – und ich würde entgegen Herrn *Grabenwarter* sagen: im umfassenden Sinn, nicht nur soweit die Mitglied-

staaten diese Verträge ratifiziert haben – inkorporiert. Aber der institutionelle Teil ist davon nicht erfaßt, und da frage ich, warum muß die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaft in höherem Maß von einem flankierenden völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz exemt sein als ein Staat, der die entsprechenden Aufgaben erfüllt. Ich halte es für höchst zweifelhaft, daß der Europäische Gerichtshof in Luxemburg in seinem EMRK-Gutachten gemeint hat, die Gemeinschaft habe keine Kompetenz zum Beitritt – sonst hat er auch keine Bedenken gehabt, die Kompetenzen relativ breit auszulegen. Dasselbe war beim EWR-Gutachten der Fall; dahinter stand natürlich gleichfalls die Absicherung der eigenen Kompetenzen. Das ist kein guter Ansatzpunkt. Wenn die EG unmittelbar Hoheitsgewalt ausübt und ja zum Teil ausschließliche Hoheitsgewalt, wie etwa im Kartellrecht usw., dann besteht überhaupt kein Grund, daß sie insoweit nicht auch einer internationalen menschenrechtlichen Kontrolle unterliegen sollte. Da das nun nicht unmittelbar geht, wird verständlicherweise der Umweg über die Mitgliedstaaten bestritten. Wir haben jetzt einen ganz neuen Fall, den DSR Senator Lines Case, wo eine GmbH, weil sie sagt, sie hat vor dem EuGH keinen ausreichenden einstweiligen Rechtsschutz erhalten, die 15 Mitgliedstaaten vor dem Europäischen Gerichtshof in Straßburg verklagt hat. Ich glaube nicht, daß dieser Gerichtshof sagen wird, eine solche Klage sei von vornherein unzulässig, wenn man die Entscheidungen berücksichtigt, die es bisher in diesem Bereich gegeben hat. Vielen Dank.

Denninger: Ich glaube, daß alle vier Referate in einer sehr plastischen Weise die Schwierigkeiten zum Ausdruck gebracht haben, in der wir uns alle befinden. Ich möchte mich jetzt einmal kurz auf die Ebene begeben, die Herr *Pernice* und Frau *Lübbe-Wolff* in ihren Referaten beschritten haben und auf eine Schwierigkeit aufmerksam machen. Herr *Schuppert* hat ja in seinem Beitrag zur EU davon gesprochen, daß wir neue Begriffe brauchen; dem stimme ich zu. Der Begriff des Mehrebenensystems ist in der Politikwissenschaft eingeführt und man muß ihn nicht so schematisch verstehen, wie Herr *Badura* das hier wohl meint. Also den könnte man verwenden. Wichtiger scheint mir, daß wir, wenn wir neue Begriffe suchen und finden, uns auch von alten Begriffen trennen und da müßte man, glaube ich, doch noch ein bißchen mehr, Herr *Herdegen* hat das Wort gebraucht, Demythologisierung betreiben als das bei Ihnen etwa, Herr *Pernice*, geschehen ist. Ich spiele jetzt an auf Ihre These 7 und den Zusammenhang und die Stimmigkeit dieser These mit der These 15. In der These 7 lesen wir, daß Souveränität die Selbstbestimmung des Einzelnen ist. Sie haben im Text gesagt „bedeutet". Das gefällt mir schon besser. In der These 15 sprechen Sie dann von der ge-

teilten Souveränität, meinen ungefähr das, was man früher in der Bundesstaatsdiskussion unter geteilter Souveränität verstanden hat. Ich glaube, beides paßt nicht zusammen, und meine Frage ist, und das wäre vielleicht sogar ein Vorschlag, daß wir uns überhaupt von dem Souveränitätsbegriff radikal befreien; wir brauchen ihn nicht mehr. Gerade für eine Betrachtung mehrerer funktionaler Ebenen, gerade wenn man einen, was ich auch tun möchte, funktionalen Verfassungsbegriff verwendet, etwa in dem Sinne, wie Herr *Klein* das eben mustergültig erläutert hat – dem würde ich mich voll anschließen – dann müssen wir zwar noch einen Begriff für Hoheitsgewalt haben, das können wir auch „Staat" nennen, man kann es auch „Hoheitsgewalt" nennen. Wir brauchen aber den Souveränitätsbegriff nicht mehr, der nur noch Irrtümer schafft und Zweideutigkeiten wie, Herr *Doehring* hat das ja auch gerügt, in dem Gebrauch einmal der geteilten Souveränität und dann der Souveränität überhaupt. Ich will mich jetzt über den Souveränitätsbegriff nicht auslassen, nur darauf hinweisen, daß die Diskussion darüber ja schon zwischen *Jellinek* und *Heller* seinerzeit geführt worden ist und ich würde mich zu der Position von *Heller* bekennen, daß man, wenn man von Souveränität spricht, dann immer von einer ungeteilten Souveränität sprechen muß. Dafür fehlen uns aber heute gerade die Subjekte. Wir haben nicht mehr solche einheitlichen Willenssubjekte. Dafür fehlt uns dann auch der Begriff der Kompetenzkompetenz, das muß man sehen. Und trotzdem glaube ich, daß wir zu einer vernünftigen theoretischen Durchdringung und Beschreibung dieses neuen Mehrebenensystems kommen können. Vielen Dank.

Zuleeg: Die beiden Referenten der ersten Hälfte haben das Verdienst, die Zweifel an der Verfassung der Europäischen Union zu zerstreuen. Eine Verfassung hat auch die Funktion, den Zusammenhalt der Personen zu bewirken, die einem Staat oder einem anderen Gebilde zugehören. Dabei hat es die Europäische Union schwerer als ein Staat. Der Mitgliedstaat hat die Nation als eine zusätzliche Möglichkeit, Zusammenhalt zu erzielen. Umso wichtiger ist dann der rechtliche Zusammenhalt in der Europäischen Union. Dabei komme ich nun auf einige Punkte von Herrn *Huber* zu sprechen. Sie haben den Staatenverbund zitiert und haben ihm eine Definition gegeben. Meines Erachtens fehlt ein ganz wesentlicher Punkt in dieser Begriffsbestimmung, nämlich die Rechte der Einzelnen. Der Europäische Gerichtshof hat zur Charakterisierung der Gründungsverträge als Verfassung ausdrücklich hinzugefügt, daß diese den Einzelnen Rechte gibt. Dies ist ein Merkmal des Gemeinschaftsrechts. Nicht nur die Grundrechte, sondern auch einzelne Rechte werden gesichert und werden in die Verfassung der Europäi-

schen Union einbezogen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs hat überdies Wert darauf gelegt, daß nicht nur Rechte gewährt werden, sondern daß sie auch effizient durchgesetzt werden. Er hat Instrumente dafür geschaffen, was sich auch ausgezahlt hat. Dann möchte ich zum zweiten darauf zu sprechen kommen, Herr *Huber*, daß Sie sich über den Rückzug aus der Europäischen Union Gedanken gemacht haben. Wenn ich das richtig verstanden habe, dann meinen Sie, daß man am Zustimmungsgesetz ansetzen kann. Ich meine aber, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG stellt die Pflicht auf, daß Deutschland der Europäischen Union angehört. Allenfalls können Sie dann über eine Verfassungsänderung einen Wandel herbeiführen. Man braucht sich das ja nicht weiter auszumalen. Letzter Punkt: der Verfassungsvorbehalt. Wenn Sie der Europäischen Union verwehren wollen, die Verfassung eines Mitgliedstaats anzutasten, dann habe ich den Eindruck, Sie gehen davon aus, daß diese Verfassung durchgehend eine hochwertige Qualität hat. Die Europäische Union braucht sich aber nicht zu verstecken. Sie hat einige Charakteristika, die in der deutschen Verfassung nicht so ausgeprägt sind. Zum Beispiel werden Ziele aufgestellt und für die Kompetenzen müssen Ziele oder Aufgaben vorhanden sein. Es gibt einen Begründungszwang für alle Rechtsakte in der Europäischen Union und es wird dafür gesorgt, daß die Einheit des Gemeinschaftsrechts besteht und die Gleichheit vor dem Gesetz herrscht. Dazu dient die Durchsetzung des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Es gibt eine Gemeinschaftsaufsicht, ein Verfahren vor dem Gerichtshof, das bis hin zu Sanktionen gelangen kann. In der jüngsten Zeit ist die erste Entscheidung dieser Art getroffen worden. Griechenland war als erster Staat damit konfrontiert, eine Geldzahlung wegen der Nichteinhaltung des Gemeinschaftsrechts leisten zu müssen. Rechtsstaatliche Erfordernisse werden an die Mitgliedstaaten herangetragen. Die Überprüfung der Kompetenzen geschieht durch den Europäischen Gerichtshof. Im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, Herr *Huber*, müssen die Grundrechte des Europarechts Anwendung finden; denn wenn das nicht gewährleistet wäre, müßte doch die Einheit des Gemeinschaftsrechts in Gefahr geraten und damit die rechtsstaatliche Forderung nach Gleichheit vor dem Gesetz. Die einheitliche Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts würde verfehlt. Daher wäre ich dankbar, wenn Sie dazu Stellung nehmen könnten.

Streinz: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Dank gebührt den Referenten wegen der jeweiligen Akzentsetzung und zwar unabhängig davon – jetzt bezogen auf die ersten beiden Referate von Herrn *Pernice* und Herrn *Huber* –, welchem Ansatz man im Ergebnis folgen möchte oder nicht. Denn eine wissenschaftliche Auseinandersetzung,

die ja im 19. Jahrhundert viel heftiger geführt wurde als heute, ist wichtig. So wichtig Dogmatik ist, um so entbehrlicher ist eine Dogmatisierung der einen oder anderen These. Darf ich einige Punkte und Fragen aus dem reichen Schatz herausgreifen. Zunächst die These 10 von Herrn *Pernice*. Mir gefällt die Hervorhebung des Vertrags und der Bürger der Mitgliedstaaten, die sich vertragen. Aber es kommt m.E. auf die Betonung an: Es geht um die Bürger der Mitgliedstaaten. Diese Bedeutung wird auch deutlich in Artikel 189 EG-Vertrag. Ich verwende noch die Bezeichnung EG-Vertrag, da ich meine, daß die Bezeichnung EG sachlich seitens des EuGH gerechtfertigt sein mag, deswegen dessen Differenzierung, dies aber kein Oktroi für unseren Sprachgebrauch sein muß, und ich glaube auch nicht, daß da noch mehr dahinter steckt, etwa daß man den Vertrag verschwinden lassen möchte. In Artikel 189 EG-Vertrag heißt es, das Europäische Parlament besteht aus Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten. Dieser Artikel 189 EG-Vertrag ist im Amsterdamer Vertrag geändert worden, aber diese Formulierung hat man beibehalten, trotz der Unionsbürgerschaft, die wir seit dem Maastricht-Vertrag haben. Die Vertragsänderung ist abhängig von der Zustimmung der Bürger jeweils der Mitgliedstaaten, sei es vermittelt durch die Parlamente, sei es durch die Bürger selbst, wenn diese direkt etwas zu sagen haben. So kann man meinetwegen die Bürger der Mitgliedstaaten als Herren – mehrfach übertragen natürlich – der Verträge bezeichnen. Daß sie es sind, zeigten zuletzt die Dänen bei der Volksabstimmung über die Einführung des Euro. In Niederbayern, das gestern auch angesprochen wurde, würde man sagen, die Dänen haben gezeigt, wer der Herr ist oder der EU den Herrn gezeigt. Diese Einführung des Euro war ebensowenig durch eine Mehrheitsabstimmung der Unionsbürger möglich, wie es die Vertragsänderung, die Änderung des Unions-Vertrags, sein könnte. Auf solche Abstimmungen sollte man dann auch mehr geben als auf Umfragen, seien sie von Eurostat oder seien sie von der „Sun", die meinte, daß die Bürger des Vereinigten Königreichs gegen den Euro sind – das ist bekannt – oder sogar für den Austritt. Die „Sun" wird entsprechend gefragt und dann das Gewünschte herausbekommen haben. Die Wahrheit liegt hier m.E. auf dem Platz bzw. an der Urne. Herr *Pernice* und Herr *Huber* betonen zu Recht das Mehrebenensystem, und hier zwei Ebenen, nämlich Mitgliedstaaten und Europäische Gemeinschaft bzw. Europäische Union. Nicht übersehen werden dürfen weitere Ebenen. Nämlich innerhalb der Mitgliedstaaten die Regionen, von deren Existenz der EG-Vertrag durch den Ausschuß der Regionen zwar ausgeht, deren Ausgestaltung die Union aber m.E. zu Recht – und da führt die Landesblindheit zu einem positiven Effekt – der Gestaltung durch die Mit-

gliedstaaten überläßt. Auch überhalb der EG bzw. Union haben wir eine Ebene, nämlich die Ebene der Vereinten Nationen bzw. der Welthandelsorganisation, der WTO, die potentiell viel weitergehende Eingriffsmöglichkeiten haben, wenn man das Sanktionssystem des Sicherheitsrats betrachtet. Wir haben ja noch keine Bundesexekution auf EG-Ebene und kriegen hoffentlich auch keine in dieser Form, sondern die Formen, die vorher genannt wurden, die Verurteilung zu Zwangsgeldern. Das System der Vereinten Nationen, das ja nur wegen des Vetorechts imperfekt ist, und das System der Welthandelsorganisation, das die EG mutatis mutandis in eine ähnliche Situation bringt, wie die Mitgliedstaaten gegenüber der EG stehen. Allerdings mutatis mutandis, wir haben da ganz erhebliche Unterschiede, wie der EuGH zu Recht im letzten Urteil Portugal gegen den Rat herausgestellt hat. Auch da stellen sich Probleme demokratischer Legitimation etc., aber dies wäre ein eigenes Thema. Mehrebenen und Mehrebenenverflechtung bringen aus meiner Sicht vor allem ein Problem, nämlich die Begründung und Zuordnung von Verantwortlichkeit. Gerade die wird zwischen EG und Mitgliedstaaten hin und her geschoben, und Brüssel, dem man offenbar alles zutraut, wird für manches verantwortlich gemacht, wofür eigentlich die Mitgliedstaaten und auch die nationalen Parlamente, die ihre Vertreter im Rat nicht kontrollieren, verantwortlich sind. So gesehen verdient die These 19 von Herrn *Huber* aus meiner Sicht Zustimmung. Allerdings nur dann, wenn sich dies unter Wahrung der Verantwortlichkeit und Zurechenbarkeit bewerkstelligen läßt, also durch die Einbeziehung der nationalen Parlamente. Da würde ich darum bitten, zu präzisieren, wie das geschehen kann. Denn jegliche Form von Mischverantwortung bringt natürlich die Gefahr mit sich, daß wir keine eigentliche Zuordnung mehr haben. Zustimmung auch zu These 20 von Herrn *Huber.* Allerdings aus meiner Sicht bei richtiger Betonung, die aber auch vorgenommen wurde, nämlich die Bindung der Mitgliedstaaten an die EG-Grundrechte bzw. die Grundrechtecharta nur im Bereich des Vollzugs von Gemeinschaftsrecht. Aber die Frage ist, was gehört da eigentlich dazu, und das wirft dann gleich das Problem auf, daß wir die Kompetenzen abgrenzen müssen. In diesem Bereich ist aber aus meiner Sicht wie schon bisher nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unabweisbar, daß die Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sind. Zuletzt zum Bundesverfassungsgericht als eingemotteter fleet in being. Man muß natürlich sehen, daß die konkreten Fälle, die Champignonkonserven aus Taiwan und die Bananen, vielleicht nicht so geeignet waren, um hier diese Grundsatzfrage genauer zu präzisieren. Wie dem auch sei: Im Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, das hat Herr *Grabenwarter* aufgezeigt, steht ein anderes

Schlachtschiff bzw. Rettungsboot vielleicht bereit, das an diese Stelle treten kann. Zumindest dann, wenn entsprechend gravierende Fälle, wie das Wahlrecht, kommen. Danke schön.

Hans-Peter Schneider: Zunächst, lieber Herr *Pernice*, gilt Ihrem großen Zukunftsentwurf, ich würde fast sagen: Ihrer „euro-emphatischen" Sicht der Dinge, meine ungeteilte Bewunderung. Mir bereitet aber Ihr „postnationaler" Verfassungsbegriff gewisse Probleme. Ich bin bei allen Begriffsbildungen skeptisch, die lediglich darin bestehen, daß man, wenn man nicht genau weiß, was man ausdrücken will, einen Begriff aus der Vergangenheit wählt, ihn mit der Vorsilbe „post-" versieht und schon glaubt, etwas Neues entwickelt zu haben. „Postmodern", „postindustriell", man landet dabei möglicherweise leicht auch bei „postdemokratisch". Dann hätte sich das Referat von Frau *Lübbe-Wolff* erübrigt. Man muß also mit solchen Begriffsschöpfungen sehr, sehr vorsichtig sein. Ich gehöre im Grunde noch zu denjenigen, die nach wie vor der Meinung sind, daß Begriffe, die in Rechtstexten verwendet werden, auch für die Theoriebildung Bedeutung haben sollten. Wenn wir in die Verträge schauen, so sind die konstituierenden Faktoren der Europäischen Union zunächst einmal die Staaten (wir können sie also nicht einfach beiseite schieben), zweitens die europäischen Völker und drittens, im Entstehen begriffen, der Unionsbürger. Das sind die drei konstituierenden Elemente der Europäischen Union. Wenn wir also von europäischer „Verfassung" reden, müßten wir uns fragen, ob und in welchen Formen oder Verfahren diese drei konstituierenden Elemente miteinander verknüpft werden und wie hier gewissermaßen die Gewichte unter ihnen verteilt sind.

Von einer Verfassung, Herr *Pernice*, erwarte ich zumindest – und das gilt für alle Verfassungen dieser Welt – eine klare Verteilung der Verantwortlichkeiten. Herr *Klein* hat schon darauf hingewiesen. Es geht dabei nicht nur um das Verhältnis von öffentlicher Gewalt und einzelnem Bürger, sondern auch, ja vielleicht sogar vorrangig um die Verteilung der Kompetenzen zwischen den verschiedenen Ebenen. Solange wir in Europa noch mit dem System der begrenzten Einzelermächtigung leben müssen, kann ich nicht von „Verfassung" sprechen, das ist ganz klar. Hier werden sich künftig auch die Geister scheiden. Wir werden sehen, wie weit die Integrationskraft reicht, wenn es wirklich darum geht, etwa die Zuständigkeiten für das Steuer- und Sozialwesen oder im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedsstaaten sachgerecht aufzuteilen. Die heutige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, mit der die Tabakrichtlinie für nichtig erklärt worden ist, wird uns jedenfalls Gelegenheit zum

Nachdenken darüber geben. Es handelt sich dabei wohl um die erste Entscheidung des Gerichts, in der eine Kompetenz der Union, die von allen Organen mit großer Mehrheit in Anspruch genommen wurde, definitiv verneint worden ist. Das liegt – so glaube ich – unsere große Zukunftsaufgabe: hier etwas beizutragen zu dieser doch außerordentlich schwierigen Frage der Verteilung der Kompetenzen.

Ein letztes Wort: Mir hat sehr gefallen, Frau *Lübbe-Wolff*, was Sie zum Demokratiedefizit gesagt haben. Nur meine ich, daß wir auch wirklich einmal die Nagelprobe machen sollten. Wie weit sind denn eigentlich die Regierungen der Mitgliedstaaten überhaupt bereit, Demokratie zuzulassen. Daß sich die Osterweiterung nicht für direktdemokratische Verfahren eignet, das liegt nahe. Aber könnten wir nicht wenigstens einmal die europäischen Völker über die Charta der Grundrechte abstimmen lassen, in allen Mitgliedstaaten? Das wäre zweifellos auch ein wichtiger Beitrag zur Herstellung einer europäischen Öffentlichkeit. Wir hätten endlich ein Thema, das alle Unionsbürger angeht und über das sie dann auch selbst zu entscheiden hätten. Statt dessen werden uns wieder einmal Grundrechte gnädig „von oben" gewährt, wie einst in Zeiten des Konstutionalismus. Im übrigen brauchten wir dazu noch nicht einmal eine Grundgesetzänderung. Das Erfordernis einer Volksabstimmung (einschließlich des Verfahrens) müßte nur in die Verträge aufgenommen werden, da ja nationalem Verfassungsrecht vorgehen. Alle reden von der Notwendigkeit einer Demokratisierung der Unionsorgane; dies wäre aber ein eminent wichtiger Schritt „praktizierter" Demokratie an der Basis. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schneider*. Herr *Zuleeg* meldet sich mit einem Spontanbeitrag.

Zuleeg: Nur einen Satz, Herr *Schneider*. Das ist nicht die erste Entscheidung, die der Gerichtshof wegen eines Kompetenzmangels gefällt und einen Rechtsakt deshalb für nichtig erklärt hat.

Volkmann: Ich möchte mich vor allen Dingen beziehen auf das Referat von Herrn *Pernice*. Lieber Herr *Pernice*, ich fand Ihr Referat brillant und ich war tief beeindruckt. Man hat, wenn man Ihnen so zuhört, manchmal so etwas wie eine Ahnung oder Eingebung. Vielleicht, so sagt diese Ahnung, kann es ja tatsächlich so funktionieren, wie Sie es beschrieben haben, vielleicht klappt das Ganze am Ende doch. Das ist ein warmes, ein behagliches Gefühl; man sonnt sich gern ein wenig darin. Doch dann denkt man nach, und es kommt der Zweifel. Und dieser Zweifel speist sich aus einem Grund, der in den Referaten von

Herrn *Huber* und Frau *Lübbe-Wolff* angesprochen ist, den man vielleicht aber noch etwas präziser benennen kann. Man nähert sich diesem Grund, wenn man sich einmal vor Augen führt, was eigentlich zu den demokratischen Grundstrukturen gehört, so wie sie uns im Verfassungsrecht der Bundesrepublik vor Augen treten. Ich meine, man kann dabei insgesamt vier Elemente oder Bausteine unterscheiden. – Demokratie ist danach und an ihrem Grund zunächst ein Zusammenhang gegenseitiger Anerkennung. Bürger setzen sich wechselseitig als Koautoren ihrer Rechtsordnung ein und erkennen sich auch als solche an. Schon an diesem Basiszusammenhang scheint es mir jedoch zu fehlen. Ob tatsächlich der Spanier den Briten, der Franzose den Deutschen und vielleicht auch einmal der Grieche den Türken als Koautoren seiner eigenen Rechtsordnung akzeptiert, scheint mir sehr zweifelhaft. – Darüber hinaus ist, als zweiter Baustein, Demokratie wesentlich auch ein Interaktionszusammenhang. Das bringen wir auf verschiedene Weise auf den Begriff: Wir sprechen etwa von demokratischer Repräsentation, die ja auch nicht etwas Statisches ist, sondern ein ständiger Prozeß der Angleichung zwischen zwei verschiedenen Einheiten; das Bundesverfassungsgericht oder das Parteiengesetz verwenden die gerade in ihrer Unbestimmtheit sehr schöne Formel von der beständigen lebendigen Verbindung zwischen dem Volk und den Staatsorganen. Auch für diese beständige lebendige Verbindung fehlt es jedoch auf europäischer Ebene bereits an den elementaren Voraussetzungen – nämlich schon daran, daß sich die da unten für das, was da oben passiert, überhaupt interessieren. Ich habe im letzten Semester in unserem Examenskurs zum Verfassungsrecht den Studenten zur Probe einmal die Frage gestellt, wie denn der Präsident oder die Präsidentin des Europäischen Parlaments hieße. Langes Schweigen, dann kam einer, der wußte es, und sagte: Hänsch – der schon seit einigen Jahren nicht mehr im Amt ist. – Zum dritten ist Demokratie wesentlich auch ein Zusammenhang wechselseitiger Verantwortung: einer Verantwortung der öffentlichen Gewalt gegenüber der Gesellschaft und auch umgekehrt einer Verantwortung der einzelnen Bürger gegenüber der öffentlichen Gewalt. Frau *Lübbe-Wolff* hat hierzu sehr schön nachgezeichnet, wie sich diese Verantwortungsstrukturen in Europa verwischen, wie sie sich verlieren. Für dieses Sich-Verlieren, Sich-Verwischen haben wir mittlerweile immerhin auch einige schöne Bezeichnungen gefunden; wir haben sie gehört, sie heißen „Mehrebenensystem" oder „Netzwerkstrukturen". Andere sprechen von „losen Kopplungen verschiedener Arenen". Aber letztlich besagen diese Begriffe doch nur, daß man sich mit allem so abfinden will, wie es ist, wenn man es nur in ein Denkgebäude bringen kann. – Zum vierten und letzten ist Demokratie noch ein Zusammenhang gemeinsamen Sin-

nes, und auch dieser ist uns unter verschiedenen Namen geläufig: Horizont geteilter Überzeugungen, Werteordnung, demokratischer Grundkonsens, Solidarität. Ganz allgemein kann man auch von einem Willen zur politischen Gemeinschaft sprechen. Und hier sind wir, denke ich, doch an dem entscheidenden Punkt, an dem es mit der Demokratisierung und der Verfassunggebung in Europa zu haken scheint. Überlicherweise geht ja dieser Willen zur Gemeinschaft ihrer Befestigung durch Recht voraus: Erst kommt der Wille zur Gemeinschaft, und dann ihre rechtliche Absicherung. Das ist gleichsam der natürliche Gang der Dinge. In Europa, und das hat der Beitrag von Herrn *Zuleeg* sehr schön deutlich gemacht, wird demgegenüber der umgekehrte Weg eingeschlagen. Zuerst kommt die Befestigung durch Recht, und der Wille zur Gemeinschaft soll sich dann aus ihr heraus entwickeln. Auch das kann man sehr schön an verschiedenen Beispielen demonstrieren. Ein erstes ist etwa die Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Maastricht-Vertrag. Sie begründet, wie zunächst das Bundesverfassungsgericht gesagt hat, ein rechtliches Band zwischen den Unionsbürgern. Aber das Bürger-Sein geht ja tiefer; es ist ja auch eine sozialpsychologische Gemeinsamkeit, die in diesem Bürger-Sein zum Ausdruck kommt und den Menschen erst zum Bürger macht. Diese Gemeinsamkeit gibt es nicht: Also schafft man die rechtliche Hülse dafür, und sie soll sich dann irgendwann einstellen. Ein noch schlagenderes Beispiel ist m.E. die Institutionalisierung der europäischen politischen Parteien in Art. 191 EGV. Historisch, das hat ja *Triepel* beschrieben, haben die Parteien um ihre Anerkennung lange kämpfen müssen: Zunächst wurden sie bekämpft, dann ignoriert, dann legalisiert und schließlich in die Verfassung inkorporiert. In Europa ist demgegenüber der wohl einzigartige Fall zu bewundern, daß ein Parteienartikel schon da ist, bevor es auch nur eine einzige Partei gibt, auf die er angewendet werden könnte. Auch hier ist also die rechtliche Hülse zuerst da, und man hofft darauf, daß sie sich irgendwann auch mit Leben füllt. Ob das am Ende funktioniert, weiß ich nicht. Ich glaube dabei gar nicht, daß man das Problem mit der These, die uns in fast jedem Referat noch einmal zitiert worden ist, erledigen kann, das Recht und der Staat lebten von Voraussetzungen, die sie selber nicht garantieren könnten. Das Recht kann hier, meine ich, eine ganze Menge ermöglichen. Aber es ist natürlich seinerseits angewiesen auf bestimmte begünstigende oder ermöglichende Bedingungen, und zu diesen begünstigenden oder ermöglichenden Bedingungen würde zunächst die Angabe eines Ziels gehören, auf welches das Ganze irgendwann einmal zulaufen soll. Eine solche Zielvorgabe ist, so scheint es mir, für Europa nicht recht erkennbar, nachdem das ursprüngliche Ziel der Schaffung einer europäischen Friedensordnung

oder Friedenseinheit sehr weitgehend erreicht ist. Da man nun das Ziel nicht hat, setzt man auf die Form: Man weiß nicht, wohin man will, aber um dahin zu kommen, braucht man die Verfassung. Aber die Form kann die Last nicht tragen, und also muß eine weitere Rechtfertigung her. Als solche kommt, so wie ich es sehe, letztlich nur eine ökonomische in Betracht. Die Märkte müssen weiter konvergieren, das Voranschreiten der wirtschaftlichen Integration erscheint wirtschaftlich sinnvoll oder sogar geboten, und daraus erwächst ein Bedürfnis nach demokratischer Kontrolle, das dann in der Verfassung eingefangen wird. Demokratie wird dann aber nicht politisch, sondern ökonomisch begründet. Ob jedoch ein ökonomischer Imperativ tatsächlich eine taugliche Grundlage für Demokratie und Verfassung sein kann – da habe ich meinen Zweifel und hier liegen seine eigentlichen und tieferen Gründe. Vielen Dank.

Masing: Meine Damen und Herren, es bestand Einigkeit zwischen den Referenten, insbesondere auch zwischen den konträren Positionen von Herrn *Pernice* und Herrn *Huber*, daß die Frage nach einer europäischen Verfassungsentwicklung nur vor einer Begriffsfolie des Begriffs Verfassung gestellt werden kann, die nicht der traditionellen entspricht. Das scheint mir wichtig und auch richtig zu sein. Wir müssen eine Begriffserweiterung suchen, weil wir ein neues Problem haben. Wenn wir die Grundordnung in Europa beschreiben, handelt es sich um ein Phänomen, das neu und daher mit den traditionellen Begriffen nicht voll zu fassen ist. Im übrigen hatten wir auch im Mittelalter Verfassungen, die nicht als Verfassungen im modernen, heute klassisch-traditionellen Sinne zu qualifizieren sind. Man muß sich dann allerdings im klaren darüber sein, daß damit die Legitimationswirkung, die in dem Wort Verfassung steckt, nicht automatisch hinübertransportiert wird, wenn die europäische Grundordnung als „Verfassung" bezeichnet wird. Die Frage nach der Legitimationskraft des Verfassungsbegriffs muß dann neu gestellt werden. Insofern scheint es mir wichtig, auf einen Unterschied hinzuweisen zwischen der neuen Verfassungsvorstellung, wie sie von Ihnen, Herr *Pernice*, gezeichnet wird, und dem traditionellen Verfassungsbegriff. Was war der revolutionäre Akt in der französischen Nationalversammlung? Es war die Abstimmung nach Köpfen und damit verbunden die Abschaffung der pouvoirs intermédiaires: In der neuen Zeit sollte sich das Volk als ganzes einheitlich vertreten sehen und über seine Zukunft entscheiden. Vorausgesetzt war dabei, daß man sich insoweit als gleich anerkannte und in dieser Anerkennung einig war. Genau das aber ist in Ihrem Entwurf der Verfassung, Herr *Pernice*, nicht mehr enthalten. Zwischengewalten tauchen wieder auf. Zwar wird

ein theoretisch unmittelbares Verfassungsverhältnis zwischen Bürger und der Grundordnung und der Europäischen Verfassung konstruiert, aber dieses soll vermittelt sein durch ein Geflecht von vielen verschiedenen Beziehungen auf diversen Ebenen. Und erst in diesem Geflecht als Ganzem sei dann der Bürger durch diese Verfassung zu seinem Recht gebracht in dem Sinne, daß er diese Verfassung und die von ihr ausgehende Gewalt legitimiert. Mir leuchtet nicht ein, warum das weniger fiktiv sein soll, als die Konstruktion der herkömmlichen Legitimationsstrukturen. Man muß sehen, daß, wenn die Repräsentation in dieser Form auf der Grundlage vielschichtiger Verhandlungen erfolgt, natürlich auch Entscheidungsstrukturen vorgegeben sind. Zum einen das Prinzip jeder Verhandlungen: *do ut des.* Zum anderen die Nichtöffentlichkeit. Sie ist nicht eine zufällige Entscheidung, sondern durch das Prinzip der Verhandlung mit bedingt. Und das Volk, wenn es als Volk denn noch gefragt wird, kommt damit immer in eine Ratifikationslage. Es kann ja oder nein sagen. Nun ist freilich zu sehen, auch die herkömmliche Legitimation im Nationalstaat, zumal heute, beruht ein Stück weit auf Fiktion. Wir wissen alle, Gesetze sind weithin vorab paktiert, sind vorher ausgehandelt. Nur führt das Modell, was Sie entwerfen Herr *Pernice*, durch die verschiedenen Verhandlungsstufen nicht zu einer Reduktion der Fiktion. Im Gegenteil, es potenziert sie. Insbesondere in einem Punkt führt es zu einer substantiellen Verdünnung. Und zwar durch das Fehlen eines hinreichenden gemeinsamen europäischen Bezugspunkts. Es wird nicht nur ausgehandelt, sondern es wird ausgehandelt immer in Rückbindung an die jeweiligen nationalen Entitäten und damit in Blick auf allein diese – jedenfalls wenn man zunächst vom Rat als dem Organ ausgeht, dem die Hauptentscheidungskompetenz zukommt. Insofern fehlt weithin das Bezugsobjekt Europa als ganzes. Freilich fehlt es nicht auf allen Ebenen; auf der Ebene des Europäischen Parlaments etwa ist es im Ansatz erkennbar. Wenn wir nach einer Verfassung Europas fragen, die Legitimationskraft entwickeln soll, können wir zwar kaum beim alten Verfassungsbegriff der Staatlichkeit stehen bleiben. Aber eine Legitimationswirkung setzt zumindest voraus, daß Europa sich in seinen Entscheidungen auch auf Europa als ganzes bewußt und kriteriell bezieht, und insoweit muß die Verfassung eine Rückbindung herstellen. Das aber verlangt eine deutliche Veränderung auch in den Institutionen der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere etwa hinsichtlich des Entscheidungsverfahrens im Rat oder im Sinne einer Aufwertung der Kommission und des Parlaments. Wenn man sich demgegenüber die tatsächliche Entwicklung ansieht – gerade die jüngste Rede von Prodi vor dem Europäischen Parlament hat das wieder gezeigt – scheint sich eher eine Renationalisierung dieser Legitimations-

zusammenhänge abzuzeichnen. Ein Verfassungsrecht aber, das darauf setzt, daß im Geflecht der verschiedenen Vertragslösungen durch verschiedene Zwischengewalten, in deren Status insoweit die Nationalstaaten einrücken, letztlich der Bürger dann schon irgendwie repräsentiert und vertreten sein wird, allein weil in seinem Namen verhandelt wurde, scheint mir Herrschaft eher zu verschleiern als in seiner Legitimation offenzulegen. Dies ist eine ähnliche Hoffnung oder besser eine ähnliche Fiktion wie das Vertrauen auf die unsichtbare Hand von *Adam Smith.* Wenn alle verhandeln wird schon das Gute herauskommen. Skepsis gilt dem gegenüber um so mehr angesichts des erheblichen Ungleichgewichts der Verhandlungspartner im europäischen Konzert. Der Fall Österreich hat das, denke ich, deutlich gezeigt. Danke.

Steiger: Ich möchte zu den Vorträgen von Herrn *Pernice* und Frau *Lübbe-Wolff* etwas sagen. Beide verbinden sich im Hinblick auf die Demokratisierung auf den verschiedenen Ebenen des von ihnen, Herrn *Pernice* sogenannten Verfassungsverbundes oder Verfassungssystems. Ich ziehe den letzten Begriff vor. Denn der Begriff Verfassungsverbund ist offenbar vielfältiger verwendbar, wie sich aus dem Vergleich der beiden Vorträge *Pernice* und *Huber* ergibt. Sie beide verwenden zwar den Begriff Verfassungsbund, aber ich habe mich schon versprochen, ich wollte sagen, das Wort Verfassungsbund, aber nicht denselben Begriff. Das jedenfalls war mein Eindruck am Ende Ihres Vortrags, Herr *Huber,* am Anfang nicht. Dazu hätte ich gern etwas Näheres gewußt. Ich habe den Eindruck, daß Herr *Pernice* von einem einheitlichen Verfassungssystem, gebildet aus den europäischen Elementen dieser einheitlichen Verfassung und den dazugehörigen staatlichen Elementen ausgehen will. Mich erinnert das ein bißchen an das Alte Reich zwischen 1648 und 1806, das ja immer wieder als ein Vorbild oder als ein Paradigma für die EU genommen, und für das heute der komplementäre Charakter der Reichsebene und der Territorialebene zunehmend betont wird. Ich würde in diesem Zusammenhang allerdings, Herr *Pernice,* weder die Ebene des Staates, noch die Ebene der Europäischen Union als Zweckverband bezeichnen. Da stimme ich denjenigen zu, die das schon kritisiert haben. Denn beide sind am Gemeinwohl orientiert und, da beide am Gemeinwohl orientiert sind, haben sie natürlich auch die Möglichkeit, Verfassung zu haben. Man kann zwar sagen, das Gemeinwohl sei der Zweck, dann kriegen Sie das wieder hin; aber beim Zweckverband denken wir eventuell mehr an den Ruhrverband oder an etwas Derartiges. Ich komme darauf durch den Hinweis auf Thomas von Aquin. Der Staat ist aber wohl keine *societas perfecta* mehr, weil er seine Aufgaben nicht mehr voll wahrnehmen kann. Das hat er mal für 150 oder

200 Jahre getan, nun tut er es eben nicht mehr; man kann den Begriff des Staates trotzdem wohl weiterverwenden, aber es ist ein anderer Begriff als vor 100 Jahren. Dasselbe gilt für Souveränität. Herr *Denninger*, ich wäre auch gern dafür, den Souveränitätsbegriff aufzugeben. Aber es läßt sich wohl nicht machen. Er ist fest verankert, infolgedessen müssen wir ihn inhaltlich umprägen, umformulieren. Die Demokratie zu sichern in dem einen Verfassungssystem, muß natürlich auch, Herr *Schuppert* hat das schon gesagt, auf den verschiedenen Ebenen laufen. Ich glaube nicht, daß es letztlich wirklich möglich ist, über die nationalen Parlamente den Rat in seinem Handeln für die EU als Einheit zu legitimieren. Ich habe da Vorbehalte gegen die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts. Wie z.B. ist der Landesminister, den wir ja von Zeit zu Zeit entsenden dürfen, für die EU legitimiert? Durch Bundestagswahlen nicht, sondern nur durch eine Landtagswahl oder durch den Bundesrat, der ihn dahin schickt, oder die Bundesregierung, die ihn instruiert oder nicht instruiert oder nicht instruieren darf. Ich will mit dieser „Stotterei" eben auf die Schwierigkeit aufmerksam machen, daß hier in der Tat, was Frau *Lübbe-Wolff* für mich überzeugend dargelegt hat, die ursprüngliche deutsche demokratische Legitimation ausrinnt, daß man damit nicht mehr auf EU-Ebene arbeiten kann. Die Frage ist, ob man, wenn man auf der europäischen Ebene eine demokratische Legitimation im Europäischen Parlament stärker verankert, über die nationalen Parlamente ein Gegengewicht bilden kann, indem man sie à la Dänemark mit einbezieht in die Entscheidung. Aber die können ja immer nur die Dänen legitimieren, also die dänische Vertretung, aber nicht die französische oder die deutsche. Wir müßten das also in allen Mitgliedstaaten machen. Aber kann das wirklich praktikabel sein? Wie wäre es mit einer zweiten Kammer aus Mitgliedern der nationalen Parlamente? Mit der Partizipation scheint es mir auf der untersten Ebene möglich zu sein, aber da hätte ich gern noch mehr gewußt, wie das sich auf die europäische Ebene fortschreiben soll. Denn das ist mir noch nicht ganz klar geworden, Frau *Lübbe-Wolff*. Als Drittes und Letztes: die Voraussetzung ist natürlich eine klare Kompetenzordnung. Ich glaube nicht, daß das Subsidiaritätsprinzip allein das leitende Prinzip sein kann. Da das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung meines Erachtens durch die finalfunktionale Rechtsangleichung sehr weitgehend unterlaufen wird, genügt das auch nicht. Das heißt auch, die Demokratisierung hängt letzten Endes an einer klaren Kompetenzordnung. Danke.

Enders: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, meine Bemerkungen beziehen sich vor allem auf das Referat von Herrn *Pernice*, und ein wenig auch auf das von Herrn *Huber*. Gegen Ihre Thesen, Herr *Per-*

nice, drängen sich zwei Einwände auf. Sie haben ja vornehmlich staats-, verfassungs- und demokratietheoretisch argumentiert. Wenn ich mich zunächst einmal auf diese Theorieebene begebe, dann fällt mir auf, daß Sie gesprochen haben, von Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, von kooperativer Rechtswahrung im nichthierarchischen System, vom kooperativen Verwaltungsstaat, kurzum: Das Kooperations-, Einvernehmlichkeits- oder wie man das sonst nennen will -prinzip, die Gleichordnungsebene zieht sich durch, in Vermeidung von Unterschieden, von Vor- und Nachrangverhältnissen. Bei soviel Kooperation habe ich mich schließlich gefragt: Wozu braucht man da eigentlich noch ein Gesetz, das Vor- und Nachrangverhältnisse festlegt. Die Frage zeigt, daß es tatsächlich nur mit Kooperation und Gleichrangigkeit nicht zu machen ist und der Grund ist auch leicht zu nennen. Den Widerspruch nämlich zwischen Einzelinteresse, zwischen vielen Einzelinteressen und dem Gemeininteresse, den bekommen wir nicht hinweg. Den bekommt auch die schönste Demokratietheorie nicht hinweg und das bedeutet, wir brauchen eine Entscheidungsinstanz, die hier vermittelt, aber nicht nur vermittelt, sondern Vor- und Nachrangverhältnisse festlegt. Diese Notwendigkeit einer eindeutigen Entscheidung, die immer zu Vor- und Nachrangverhältnissen führen wird, die scheint mir bei Ihnen verschwunden zu sein. Das führt zum zweiten Einwand, nämlich zur Frage, wie es abseits dieser Theorieebene mit den rechtsnormativen Grenzen für mögliche Integrationsmodelle bestellt ist. Die scheinen bei Ihnen auch etwas zu kurz gekommen zu sein, Herr *Huber* ist verstärkt darauf eingegangen. Begreife ich die Verfassung als die im herkömmlichen Sinne ranghöchste Norm zur Ordnung eines Gemeinwesens, dann ist klar, wo die Grenzen zu suchen sind. Der Blick fällt zwangsläufig auf Art. 79 Abs. 3 GG. Es ist richtig, das Grundgesetz ist integrationsoffen, das sagt die Präambel, das sagt Art. 23. Art. 23 Abs. 3 Satz 1 GG verweist dann aber genauso zutreffend deklaratorisch und bekräftigend auf Art. 79 Abs. 3. Wollte man nun in Anbetracht dieser Rechtsgrenze, der ja die bundesdeutsche Staatsgewalt seit Existenz des Grundgesetzes immer lückenlos unterlegen ist, der also der Gesetzgeber und verfassungsändernde Gesetzgeber immer unterlegen ist, seit er Verträgen zugestimmt hat, wollte man nun diese Grenze umkehren zu einem Vorrangverhältnis des Gemeinschaftsrechts, als eines von außen herangetragenenen Maßstabs, dann würde man die in Art. 79 Abs. 3 GG verfaßte Letztverbindlichkeit der Verfassung meines Erachtens unterlaufen. Aus diesem Befund, den Herr *Huber* ja auch festgehalten hat, nämlich der Letztverbindlichkeit des Art. 79 Abs. 3, aus diesem Befund ergeben sich meines Erachtens zwei Folgerungen: Entweder wir erkennen das einfach so an, wie es da steht in Art. 79 Abs. 3 GG und müssen

damit dann allerdings auch normativ den Vorrang der nationalen Verfassung anerkennen. Was daraus folgt, Herr *Huber* hat ja versucht, die Konsequenzen zu ziehen, ist vielleicht nicht immer ganz klar. Deswegen wäre natürlich die zweite Möglichkeit Art. 79 Abs. 3 GG zu streichen in einem Akt der Verfassungsneugebung nach Art. 146 GG und eine Norm an seine Stelle zu setzen, die wohl dem Art. 94 der niederländischen Verfassung entsprechen müßte, wenn ich sie richtig verstanden habe, also von Verfassungs wegen den unbedingten Vorrang des Europarechts festsetzt. Das wäre im übrigen historisch auch durchaus konsequent, wenn man die Entstehungsgeschichte betrachtet und wenn man sieht, daß Art. 79 Abs. 3 GG auf dem Hintergrund der Volkssouveränität eigentlich eine contradictio in adiecto ist. Nicht beantwortet ist damit freilich die Frage, die Sie ja auch beschäftigt hat, das ist zuzugeben, was es mit dem Staatscharakter der europäischen Union oder mit ihrer Verfassung auf sich hat.

Langenfeld: Ich wollte eine Bemerkung zu dem Referat von Frau *Lübbe-Wolff* machen. Und zwar betreffend Ihre These 6. Es geht mir also um die Frage, wie das Demokratiedefizit auf der europäischen Ebene behoben werden kann. Sie haben in Ihrem Referat insoweit unterschieden zwischen spezifischen EG-Themen, die die demokratische Frage aufwerfen und den Fragen, die sich auf nationaler wie auch auf der EG-Ebene stellen. Es ist so, daß ich ihrer Analyse vollkommen zustimme, wonach man eben nicht einfach sagen kann, daß die Europäische Gemeinschaft ein Zweckverband sei, dessen Entscheidungen, die den Einzelnen ja unmittelbar betreffen, keiner demokratischen Legitimation bedürften. Auf der anderen Seite ist es so, daß die Entscheidungsprozesse auf der europäischen Ebene in anderer Weise strukturiert sind als im nationalen Raum. An dieser Stelle möchte ich Herrn *Winter* zustimmen, der darauf hingewiesen hat, daß einmal intensiver analysiert werden müßte, inwieweit diese Entscheidungsprozesse nicht auch demokratische Legitimation vermitteln können. Ich bin aber dennoch zusätzlich der Auffassung, daß man – ganz im Sinne des klassischen Weges der Vermittlung demokratischer Legitimation – um eine weitere Stärkung der Kompetenzen des europäischen Parlaments nicht herumkommen wird. Insbesondere kann auf diese Weise eine stärkere Identifikation des Bürgers mit der europäischen Integration erreicht werden, als es bedauerlicherweise gegenwärtig der Fall ist. Das Entstehen einer europäischen politischen Öffentlichkeit, einer europäischen öffentlichen Meinung kann über einen weiteren Kompetenzzuwachs des Parlaments befördert werden ebenso wie die Entstehung europäischer Parteien im eigentlichen Sinne, die für die Gestaltung des demo-

kratischen Prozesses auf der europäischen Ebene unverzichtbar sind. Auf die Notwendigkeit einer solchen Entwicklung hat im übrigen auch das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil hingewiesen. Allerdings hat es angesichts des bestehenden Demokratiedefizits auf der europäischen Ebene und wegen Art. 38 GG einer weiteren Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Gemeinschaft und wohl auch auf das Europäische Parlament Grenzen gesetzt. Im Sinne einer Zementierung der Zuständigkeiten des Parlaments bis zu dem Zeitpunkt, an dem auch im politischen Sinne von einem europäischen politischen Bewußtsein oder gar von einem europäischen Volk die Rede sein kann, wird man diese Aussage sicherlich nicht verstehen können.

Zum Schluß möchte ich noch etwas bemerken zu Ihrer These, daß das Parlament weiter in Richtung auf ein vollwertiges, demokratisches Repräsentationsorgan entwickelt werden muß. Dem stimme ich im Grundsatz zu: Die Erreichung dieses Ziels dürfen wir nicht aus den Augen verlieren. Allerdings müssen auf dem Weg dorthin noch einige Schwierigkeiten aus dem Weg geräumt werden. Denn kommt man zu vollkommen gleicher Repräsentativität, würde das bedeuten, daß kleine oder kleinere Staaten nur über einige oder sogar gar keine Abgeordneten verfügen, es sei, man ließe das Europäische Parlament auf eine monströse Größe anwachsen, was niemand wünschen kann. Dieses Problem zeigt doch sehr deutlich, wo – jedenfalls mittelfristig – die Grenzen von Repräsentativität liegen, wie wir sie aus der nationalen Verfassungsordnung kennen und daß die Herstellung von Wahlgleichheit auf der europäischen Ebene, insbesondere wenn sie zusätzlich verknüpft wird mit einer Stärkung der Kompetenzen des Europäischen Parlaments, nur schrittweise erfolgen kann. Vielen Dank.

Funk: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren Kolleginnen und Kollegen! Das Problem der Begriffe und des Umganges mit diesen steht an diesem Tag im Vordergrund. Ich möchte dazu einige erkenntnistheoretische Anmerkungen machen. Wegen des knappen Zeitbudgets darf ich das in Form von Thesen tun. Erstens: Es ist sinnvoll, über die Funktion und die Leistungen der Theorie in der Staats- (Rechts-) Lehre zu sprechen und sich einer Theorie der Theorie zuzuwenden. Vor allem die Beiträge von Herrn *Pernice* und Herrn *Huber* waren in hohem Maße staatsrechtstheoretisch akzentuiert. Dies entspricht Entwicklungen im Recht und im Rechtsdenken, die einen gewaltigen Theoriebedarf erzeugen. Dieser Sachverhalt scheint mir evident zu sein und braucht nicht näher belegt zu werden. Zweitens: Staatsrechtliche Theoriebildung befindet sich derzeit in der Phase einer Hochkonjunktur und damit zugleich auch unter besonderen Heraus-

forderungen an Theorie-Theorie. Drittens: Theorie hat die Funktion, Wirklichkeit zu beschreiben, zu erklären und Prognosen zu ermöglichen. Theorien konkurrieren miteinander und können im Sinne von *Popper* evaluiert werden. Viertens: Es ist das Dilemma jeder Theorie, daß sie einerseits auf Begriffe und Bilder angewiesen ist, um denkbar und mitteilbar zu sein, daß aber andererseits eben diese Begriffe und Bilder in die Irre führen können, weil sie für jene Wirklichkeit gehalten werden, die sie abbilden sollen. Da wir aber über einen Zugang zur Wirklichkeit selbst nicht verfügen, sondern wieder auf Bilder angewiesen sind, um das Verhältnis von Bildern und Wirklichkeit zu erfassen, können wir nicht sagen, wie die Wirklichkeit wirklich beschaffen ist. Um dies sagen zu können, würden wir ein komplexeres System für die Erfassung der Subjekt-Objekt-Beziehung benötigen als wir es haben. Fünftens: Staatsrechtliche Theorie befaßt sich wesentlich mit Normen und deren Beziehungen zu anderen Normen und zu nichtnormativen Sachverhalten, wie zB Erklärungsmustern. Sie ist Netzwerk- oder Mehrebenentheorie. Die Staatslehre und ihre Theorie betreiben Komplexitätsforschung, erstere auf Sachebene, letztere auf Metaebene. Sechstens (als Kern meiner Überlegungen): Normen existieren nicht, real und existent sind nicht Normen, sondern Normvorstellungen und Normerwartungen. Diese werden imperativ oder konsensual erzeugt, sie werden mit Hilfe von empirisch-deduktiven und diskursiven Methoden ermittelt und entwickelt. Damit bin ich bei der staatsrechtlichen Theorie als einer Theorie von Normen, besser gesagt: von Normvorstellungen, und ihren Beziehungen. Als Theorie von Normvorstellungen enthält sie notwendigerweise auch wirklichkeitskonstituierende Elemente. Diese Funktion der staatsrechtlichen Theorie, die Normvorstellungswirklichkeit nicht nur abbildet, sondern auch erzeugt, muß in die theoretische Reflexion einbezogen werden. Das bedeutet, daß wir theoretisch und metatheoretisch zugleich agieren müssen. Für das Verhältnis des staatlichen, im besonderen des österreichischen, und des europäischen Verfassungsrechts ist nach meinem Verständnis ein dualistischer Ansatz wirklichkeitsentsprechender als ein monistischer. Es ist übrigens bemerkenswert, daß in diesem Zusammenhang so unbefangen von „national" und „nationalstaatlich" gesprochen wird, obwohl doch diese Worte historisch stark belastet, um nicht zu sagen: kompromittiert sind. Siebentens: Herr *Pernice* hat das dualistische Modell – auch mit Hinweis auf Österreich – kritisch angesprochen. Ich möchte dem entgegenhalten, daß seine monistische Sichtweise mehr an Wirklichkeit erzeugt als sie beschreibt. Betrachtet man das Wechselspiel, das auch im staatsrechtlichen Denken um das kreist, was besteht, was erreichbar und was wünschbar ist, so sehe ich den monistischen Ansatz sehr in der

Nähe des Wünschbaren und in diesem Sinne als Neuauflage eines der mythischen Elemente in der Staatsrechtslehre. Solches finden wir auch in der österreichischen Staatsrechtslehre. Hier wird zur Beschreibung des Verhältnisses von staatlichem und europäischem Verfassungsrecht vielfach das Bild vom Stufenbau der Rechtsordnung bemüht, wobei gesagt wird, daß die sog Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, das sind deren leitenden Prinzipien und tragenden Elemente, über dem europäischen Gemeinschaftsrecht stünden. Bei näherer Betrachtung erweist sich dieses Bild als irreführend. Die Frage, um die es geht, hat mit dem Problem von gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten zu tun, die „ultra vires" gesetzt werden. Es geht um die Identifikation solcher Akte und um die Frage der letzten Kompetenz zur Letztentscheidung in der Alternative eines staatlichen Höchstgerichts oder des Gerichtshofes der europäischen Gemeinschaften. Das Bild vom Stufenbau der Normen, das unter dem Einfluß des nationalstaatlichen Souveränitätsdenkens des 19. Jahrhunderts zu dessen Legitimierung und Entlegitimierung entwickelt wurde, bringt für das Verständnis der Beziehungen zwischen staatlichem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht so gut wie nichts. Mit der Beibehaltung oder dem Austausch von Begriffen und Bildern wäre nichts gewonnen, wenn diese Vorgänge metatheoretisch unreflektiert blieben.

Breuer: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, von den hervorragenden Referaten, die wir gehört haben, möchte ich nur die beiden ersten, nämlich die Referate von Herrn *Pernice* und Herrn *Huber*, zum Gegenstand einiger Fragen machen. Dankenswerterweise waren Thesen und Antithesen so deutlich, daß man gezwungen ist, Stellung zu nehmen. Es wird nicht ganz überraschen, wenn ich bei den Thesen von Herrn *Pernice* beunruhigt bin und mich eher mit den Gedankengängen von Herrn *Huber* anfreunden kann. Die entscheidende Frage lautet meines Erachtens nicht, ob die Verfassung systematisch auf den Staat bezogen werden muß oder auch auf die Europäische Union oder die Europäische Gemeinschaft bezogen werden kann. Mit dieser begriffstheoretischen Frage möchte ich mich nicht auseinandersetzen. Fragen möchte ich jedoch, ob der Verfassungsstaat einen solchen Verfassungsverbund verträgt, wie Herr *Pernice* ihn vorgeschlagen hat. Mir scheint, daß der Verfassungsstaat einen solchen Verfassungsverbund nicht verträgt. Der Verfassungsstaat – insoweit bin ich mit Herrn *Pernice* einig – ist die Form der originären Selbstorganisation des Staatsvolkes, bezogen auf den Staat. Die Mitgliedstaaten sind mit dieser Qualität des Verfassungsstaates, also mit ihrer Selbstorganisation, in die Gemeinschaft und die Union eingetreten. Die Europäische Gemeinschaft und die Eu-

ropäische Union erfüllen noch nicht die Qualität der originären Selbstorganisation. Was den Entstehungsakt des Gemeinschaftsrechts sowie der Gemeinschaft und der Union anbelangt, so hat Herr *Huber* dies meines Erachtens zu Recht in These 8 ausgeführt. Noch wichtiger scheint mir die Frage zu sein, was eigentlich materiell den Verfassungsstaat ausmacht und was der Verfassungsstaat vor diesem Hintergrund verträgt. Der Verfassungsstaat ist kein Abstraktum, er ist in Deutschland Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat und Bundesstaat, und in den anderen Mitgliedstaaten gilt cum grano salis das gleiche. Mit den Merkmalen der Demokratie hat der Staatsbürger die Möglichkeit, die Konstituierung der Staatsgewalt mitauszuüben, und er ist der staatlichen Schicksalsgemeinschaft ausgeliefert. Im Rechtsstaat und im Sozialstaat lebt der Bürger wie die Gesellschaft von den Garantien der Grundrechte und der sozialen Gewährleistungen. Man kann meines Erachtens nicht nachdrücklich genug betonen, daß es sich hier um institutionelle Gewährleistungen mit institutioneller Sicherheit für den Bürger und die Gemeinschaft, also für den Staat, handelt. Diese institutionelle Sicherheit scheint mir doch sehr in Gefahr zu geraten, wenn man nun in dem System mehrerer Ebenen eine Verfassung konstituiert oder konstruiert, die vom einzelnen Bürger herkommen soll. Nun bin ich kein Scholastiker im Sinne des *Thomas von Aquin.* Ich bin auch kein Mystiker, sondern ich bin ein Staatsrechtler und versuche, das Europarecht zu verinnerlichen. Verfassunggebung auf der nationalen Ebene bewegt sich in den Formen und nach den Maßstäben des Grundgesetzes. Art. 79, insbesondere sein Abs. 3, ist genannt worden, die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 stehen im Zusammenhang damit, ebenso die wertbezogenen Prinzipien des Art. 1. Wenn dies geändert werden oder sich fortentwickeln soll, dann kann sich dieser Prozeß nur in den erwähnten verfassungsrechtlichen Bahnen bewegen. Europarecht entsteht durch Vertrag in den bekannten völkerrechtlichen Formen, und es ist an Art. 23 Abs. 1 GG zu erinnern, wo für die Europäische Gemeinschaft und die Union wie auch für den Bestand der Staatsstrukturprinzipien der Bundesrepublik Deutschland feste Positionen festgelegt sind. Nur in diesen Bahnen ist eine Fortentwicklung der Verfassung denkbar. Das nationale Recht kann sich nur in diesen Bahnen weiterentwickeln, und das europäische Recht kann sich nur, soweit es in den vorgesehenen Formen des Vertragsrechts erlassen worden ist, seinerseits fortentwikkeln. Es ist mir nicht verständlich, wie nun daneben der Bürger als Einzelner auf der europäischen Ebene eine Verfassung tragen soll. Hier wird mir offengestanden angst und bange, wenn man daran denkt, daß die institutionelle Verläßlichkeit unseres Staatsrechts die Basis ist, auf der wir alle stehen. Wir haben das gestern in anderem Zusammenhang

gehört. Insofern, Herr *Pernice*, möchte ich Ihrer These 10 mit Nachdruck widersprechen. Die Verfassunggebung ist der kritische Urakt jeder Staatlichkeit und jeder öffentlichen Gewalt. Hier scheint es mir doch zumindest einer besonderen Sorgfalt zu bedürfen, wenn man aus den vorgesehenen Bahnen des positiven Rechts ausbricht. Mir wäre an einem erklärenden Wort dazu sehr gelegen.

Lassen Sie mich am Ende noch zwei Punkte erwähnen. Erster Punkt: Wir sollten uns darüber klar sein, daß zu den institutionellen Gewährleistungen des Staatsrechts und des Europarechts eine klare Kompetenzordnung gehört. Gewiß, auch die Europäische Gemeinschaft wie die Europäische Union arbeitet mit Kompetenzen, aber wir haben es mit einem anderen Kompetenzverständnis zu tun. Es wird in Politikbereichen gedacht, also final, während man es im nationalen Verfassungsrecht gewohnt ist, nach Aufgabenfeldern zu denken. Die Dynamik des Europarechts, die den einen begeistert und den anderen besorgt stimmt, kommt im wesentlichen oder zu großen Teilen daher, daß dieses dynamische Kompetenzdenken in Politikbereichen mehr und mehr durchdringt. Hier lautet meine Frage an die Referenten, ob es nicht doch angezeigt wäre, bei zunehmendem Fortgang des Prozesses und bei zunehmender Verdichtung über den guten Sinn des Kompetenzdenkens nach Kompetenzfeldern wieder einmal nachzudenken, und ob es wirklich richtig sein kann, mit der Dynamisierung der Politikbereiche letztlich Kompetenzgrenzen brüchig werden zu lassen. Zweiter Punkt: die Gretchenfrage, die heute mehrfach angesprochen worden ist, lautet, ob eine Kompetenzüberschreitung, nämlich eine Überschreitung der Gemeinschaftskompetenzen, von den Mitgliedstaaten geltend gemacht werden kann und wie dies möglich ist. Entscheidet darüber ausschließlich der Europäische Gerichtshof, oder gibt es eine Gegenkontrolle durch die Mitgliedstaaten? Die Hoffnung, die das Maastricht-Urteil hat aufkommen lassen, indem es das Kooperationsprinzip erwähnt hat, scheint nach dem letzten Bananen-Urteil wohl vergeblich gewesen zu sein. Dennoch wird man hier nachhaken müssen, weil jeder Mitgliedstaat der Gemeinschaft vor die Situation gestellt sein kann, daß existenzielle Fragen der Kompetenzordnung sowie des Rechts- und des Sozialstaatsprinzips auf der Gemeinschaftsebene anders entschieden werden, als der betreffende Mitgliedstaat es für richtig hält. Wichtiger als die Bananenfrage ist meines Erachtens in Deutschland die Frage, inwieweit es möglich ist, zur Strukturförderung in den neuen Ländern Beihilfen zu leisten. Hier gibt es die Wiedervereinigungsklausel, die bekanntlich unterschiedlich ausgelegt wird. Nach der Auffassung des EuG und der Europäischen Kommission ist diese Klausel ausgelaufen oder fast ausgelaufen, weil es keine wiedervereinigungsbedingten Struktur-

probleme mehr gebe. Nach der Auffassung der Bundesregierung – jedenfalls zur Zeit der Wiedervereinigung – ist dies anders zu beurteilen, und nicht umsonst sind die damaligen Vorschriften der Art. 92, 93 EG-Vertrag unverändert geblieben. Dies könnte, meine Damen und Herren, eine existentielle Frage eines Mitgliedstaates sein, wo die Frage gestellt ist, ob man sich auf Gedeih und Verderb der Vertragsauslegung und der Kompetenzdeutung der Gemeinschaftsorgane ausliefern muß oder ob es ein Verfahren der kooperativen Kontrolle gibt, um hier den Konsens zu finden.

Lege: Es wird auf zwei Fragen hinauslaufen, eine an Herrn *Pernice* und eine an Herrn *Huber.* Ich möchte aber mit einer kleinen Geschichte beginnen. Als die Revolution 1848 nach Lübeck kam, trat der Konsul Buddenbrook vor die aufgebrachte Menge und fragte: „Wat wüllt ji eentlich?" Darauf der Anführer der Menge: „Wi wüllt een Republike". Darauf der Konsul: „Ji hebbt doch schon een!", und die Antwort war: „Denn wüllt wi noch een!" – Herr *Pernice,* Sie haben mitgeteilt, daß 70% der Bürger eine Europäische Verfassung wollen, und Sie haben diesen Bürgern heute geantwortet: Ihr habt doch schon eine! Nur, die Bürger vermissen offenbar an der Verfassung, die Sie dann vorgestellt haben (auf die Begriffsverschiebung hat schon Herr *Masing* hingewiesen) – die Bürger vermissen offenbar an dieser Verfassung etwas, das man bisher „wesensmäßig" mit dem Begriff Verfassung verbunden hat. Nun, was könnte das sein?

Zur Antwort möchte ich auf die These 5 von Herrn *Huber* zurückgreifen. Herr *Huber,* Sie schreiben dort: Das europäische Primärrecht, d.h. die europäische Verfassung (siehe These 3), könne die „strukturelle Kopplung" sein zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Sekundärrecht. Dazu eine Ergänzung: Der Begriff „strukturelle Kopplung" stammt, wie Sie wissen, eigentlich aus *Luhmanns* Systemtheorie, und er bezeichnet dort gerade nicht das Verhältnis der einen Rechtsnorm zur anderen, sondern die Verkoppelung verschiedener Funktionssysteme. Am konkreten Beispiel: Vertrag und Eigentum sind Kopplungen von Recht und Wirtschaft, und die Kopplung von Recht und Politik ist die Verfassung. In dieser Weise funktional verstanden, erfüllt die Verfassung für das Verhältnis von Recht und Politik im wesentlichen zwei Funktionen: erstens eine Klarstellungsfunktion, und zwar mit Hilfe eines mehr oder weniger geschlossenen Textes; zweitens die Funktion der Institutionalisierung der wesentlichen Entscheidungsprozesse der politischen Organisation, wobei in demokratischen Verfassungen das Hauptproblem die angemessene Repräsentation des Volkes ist.

Nun die beiden Fragen. Wegen der Klarstellungsfunktion habe ich große Bedenken gegen die These 17 von Herrn *Pernice*. Es heißt dort, es habe eine Mutation des nationalen Verfassungsrechts stattgefunden, ohne daß dies textlich zum Ausdruck käme. Ich halte nun Texte ohne hinreichenden Realitätsbezug für eher gefährlich, deshalb, Herr *Pernice*: Wie halten Sie es mit dem Text? Oder sehen Sie darin gar kein Problem mehr (das Nötige zu Art. 79 Abs. 3 GG hat Herr *Enders* bereits gesagt)? – Die zweite Frage, gerichtet an Herrn *Huber*, betrifft die Funktion der Institutionalisierung der politischen Willensbildung: Herr *Huber*, wie halten Sie es mit dem Volk? Wie halten Sie es insbesondere mit der Stärkung unmittelbar-demokratischer Elemente, so wie Frau *Lübbe-Wolff* es vorgeschlagen hat?

Lassen Sie mich noch einmal auf die Buddenbrooks zurückkommen. Man kann dem Volk natürlich sagen: Ihr habt doch schon eine Republik, ihr habt doch schon eine Verfassung. Das Volk als politische Größe wird damit nicht zufrieden sein, wenn es nicht hinreichend beteiligt wird. Gerade weil nun aber das Volk als politischer Begriff nur insoweit existiert, als es rechtlich verfaßt ist, spricht vieles für eine bessere Institutionalisierung des europäischen Volkes in textlich klaren verfassungsrechtlichen Formen.

Engel: Frau *Lübbe-Wolff* hat zentral gefragt: wofür braucht man und wie gewinnt man demokratische Legitimation? Zu beidem möchte ich nachfragen.

Wofür braucht man demokratische Legitimation? Frau *Lübbe-Wolff* sagt uns: auch für Deregulierung. Sie meint damit sicher nicht bloß eine Selbstverständlichkeit: die Aufhebung eines Gesetzes bedarf wieder eines Gesetzes. Vielmehr hält sie auch Nichtregulierung, also Nichtherrschaft für legitimationsbedürftig. Mir scheint, daß man damit das Konzept der Legitimation überzieht. Man braucht diese Konstruktion auch gar nicht. Wenn der Staat auf die regulierende Intervention in einen Lebensbereich verzichtet, versinkt dieser Bereich nämlich nicht in der Anarchie. Vielmehr überantwortet das Recht diesen Lebensbereich damit implizit den Regeln der Privatrechtsordnung einschließlich des Kartellrechts. Beide Rechtsmassen stellen nicht nur die Rahmenordnung für privates Handeln zur Verfügung. Vielmehr enthalten sie zugleich Duldungsbefehle. Die Privatrechtsordnung verlangt den Bürgern den Verzicht auf ihre natürliche Gewalt ab. Sie dürfen ihre Interessen nur noch in den Formen des Privatrechts verfolgen. Noch einschneidender sind die Duldungsbefehle des Kartellrechts. Es gibt den Wettbewerbern, drastisch gesprochen, die Lizenz zum Töten. Wenn ein Konkurrent einen anderen in das treiben will, was man im 19. Jahrhundert so plastisch den

bürgerlichen Tod nannte, also in den Konkurs, so darf sich der andere dagegen nur mit den Mitteln des Wettbewerbs wehren.

Wie gewinnt man demokratische Legitimation? Frau *Lübbe-Wolff* sagt: wenn die Parteien nicht mehr als typische Bündel von Präferenzen erkennbar sind, verdünnt sich demokratische Legitimation. Sie stellt also eine Verbindungslinie zwischen Legitimation und Integration her und verlangt, daß die Parteien auch je für sich integrierend wirken. Wenn sie das faktisch weniger tun, entsteht in dieser Perspektive ein Bedarf nach arbeitsteiliger Legitimation, also vor allem nach einer Ausweitung von Volksabstimmungen. Über das Ergebnis, also die Einschätzung von Referenden, kann man füglich streiten. Die Begründung trägt aber nach meinem Eindruck nicht. Integration haben wir zu Recht immer nur auf den Staat als ganzen bezogen. Integration in den Staat als ganzen ist gerade die Begründung, warum wir den Unterlegenen zumuten können, die Ergebnisse des Parteienwettbewerbs hinzunehmen.

Skeptisch bin ich auch gegenüber dem Legitimationsverständnis. Frau *Lübbe-Wolff* scheint mir nämlich den Unterschied zwischen Akzeptanz und Legitimation zu verwischen. Legitimation ist gerade nicht aktuelle oder auch nur vermutete Zustimmung zur konkreten staatlichen Entscheidung. Legitimation verlangt nicht einmal die empirisch nachweisbare Bereitschaft, das Ergebnis von Entscheidungen zu ertragen, weil sie in einem demokratischen Verfahren getroffen sind. Vielmehr muß sich diese Erwartung nur normativ begründen lassen. Idealtypisch hat *Albert Hirschman* die möglichen Begründungsstränge auf die Formel „Abwanderung und Widerspruch" gebracht. Abstimmungen sind eine Möglichkeit zum Widerspruch, aber Wahlen ebenfalls. Und je leichter die Abwanderung fällt, desto stärker legitimiert sich Herrschaft auch dadurch, daß die Adressaten von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen.

Preuß: Ich empfand es als bemerkenswert, daß auch nach meiner Beobachtung der Diskussion ein grundlegender Widerspruch gegen die Idee des Verfassungsverbundes bezüglich der Beziehung zwischen nationalen und europäischen Verfassungen nicht erhoben worden ist, was ja doch voraussetzt, daß man anerkennt, daß sowohl die europäische Verfassung wie aber vor allen Dingen die nationalstaatliche Verfassung etwas Fragmentiertes, Unvollständiges, auf Komplementarität Ausgerichtetes sind. Das ist eine interessante und bedeutsame Feststellung im Kreise der Staatsrechtslehrer, die doch überwiegend von der Idee der Vollständigkeit und der Abgeschlossenheit der Verfassung als Staatsverfassung ausgegangen sind. Es gibt natürlich einige Einwände, Herr *Breuer* hat Widerspruch angemeldet, aber dieser ist doch mehr oder

minder unkommentiert hingenommen worden. Wenn man näher hinguckt, dann stellt sich aber heraus, daß Herr *Huber* und auch Herr *Pemice* doch sehr unterschiedliche Voraussetzungen machen. Man muß doch fragen, wo ist der pouvoir constituant, wo ist sozusagen der Autor, wo ist der Urgrund dieser jeweiligen Verfassung oder dieses Verfassungsverbundes. Da stellt sich heraus, daß im Grunde genommen Herr *Huber* dann doch davon ausgeht, daß letztlich der Staat, der Mitgliedstaat, die Quelle aller verfassungsrechtlichen Legitimation und Verantwortungszusammenhänge darstellt, wobei ich dann allerdings, Herr *Huber*, eine Frage zu dem Verhältnis von These 8 zu These 11 habe. Auf der einen Seite sagen Sie, die Staaten sind die Herren der Verträge, eindeutig im Gegensatz zu Herrn *Pernice*, auf der anderen Seite sprechen Sie in These 11 davon, daß wir von einem faktischen Ende nationaler Verfassungsautonomie sprechen müssen. Nach meinem Dafürhalten kann eigentlich nur eines richtig sein, vielleicht können Sie das nachher aufklären. Der entscheidende Punkt ist aber das Argument von Herrn *Pernice*, weil darin das Provokante liegt. Herr *Schneider* hat ja darauf hingewiesen, daß wir in den Verträgen eigentlich drei mögliche Quellen von Legitimation haben, nämlich die Staaten, die Völker und die Bürger. Wenn man Ihnen zugehört hat, dann haben Sie im Grunde genommen die Staaten und die Völker ein wenig zur Seite geschoben und die Bürger zum zentralen Element der Verfassungslegitimität gemacht. Das finde ich sehr sympathisch, man muß aber natürlich doch nachfragen, warum ist das so. Sie können das ja nicht willkürlich setzen, es muß sich eine begriffliche Begründung finden, und die sehe ich darin, daß diese klassische staatsvermittelte Legitimationskette auch wirklich sehr brüchig geworden ist. Frau *Lübbe-Wolff* hat ja über die inneren Schwächen dieser Legitimationskette, die vom Staat her abgeleitet wird, auch gerade auf europäischer Ebene gesprochen. Es gibt viele Beispiele, die zeigen, daß im Grunde genommen einerseits der Kompetenzzuwachs der Gemeinschaft und andererseits auch gleichzeitig das Selbständigkeitsbegehren der europäischen Bürger dazu führt, daß sie sich mit dieser Legitimationskette staatsvermittelter Art nicht mehr abspeisen lassen, so daß wir aus Gründen des Legitimationsbedarfs eine neue Begründung finden müssen. Diese Begründung zeigt sich auch darin, daß ja nicht nur die Unionsbürgerschaft als eine neue Institution geschaffen worden ist, sondern daß wir jetzt auch außerhalb der Verträge in Gestalt der Erzeugung einer Unions- Grundrechtscharta ein vollkommen neuartiges Verfahren erleben, das die Dynamik dieses bürgerzentrierten Prozesses zeigt. Zwar wird die europäische Grundrechtscharta noch nicht rechtlich verbindlich sein, aber sie wird doch in einem Verfahren gestaltet, das viel stärker auf Rechenschaft gegenüber Wählerschaften

gerichtet ist, als der bisherige doch sehr juristisch-bürokratisch exekutiv geprägte Prozeß der Integration leistete. Zwei Drittel der Mitglieder des Konvents sind in irgendeiner Form parlamentarisch legitimiert, das heißt also Wählerschaften gegenüber legitimiert. Hier zeigt sich also eine innere Dynamik, die sich im Grunde genommen aus der Tatsache ergibt, daß die Gesellschaft auch die europäische Gesellschaft, eine Bürgergesellschaft wird. Das erklärt die Notwendigkeit, ein neues System der Legitimation auf der Basis des Bürgers zu begründen, wie es Herr *Pernice* gemacht hat. Aber ich denke schon, daß das, was Sie gesagt haben, zwar die Lösung eines Problems darstellt, daß diese Lösung aber ein neues Problem aufwirft. Genau genommen sind es zwei Probleme sind, mit denen Sie sich auseinandersetzen müssen. Das erste ist ein Problem ganz konventioneller Natur, wie es von Herrn *Badura* und Herrn *Breuer* angeschnitten worden ist. Wir dürfen nicht vergessen, daß wir, bevor wir den Staat verabschieden, uns sehr genau darüber Rechenschaft ablegen müssen, was Staatlichkeit für die Bürger, also für den Bürgerstatus bedeutet, nämlich Demokratie, Sozialstaatlichkeit, Rechtsstaatlichkeit, all diese Errungenschaften, die Herr *Breuer* nochmal in Erinnerung gerufen hat, wenn auch aus meiner Sicht etwas zu sehr rückwärts gerichtet. Aber man muß doch erkennen, daß da Probleme drin stecken, und so muß man Ihnen entgegenhalten, daß man sehr sehr vorsichtig sein muß, diese Errungenschaften staatlich definierter Bürgerschaft, im Sinne von Partizipation, sozialer Sicherheit, rechtsstaatlicher Sicherheit, aufzugeben. Das zweite Problem ist ein Paradox, und es führt mich zu einer Frage. Das Paradox ist, daß, indem Sie sich auf den Bürger als Quelle europäischer Herrschaftslegitimation beziehen, sich auf eine sehr anspruchsvolle Kategorie berufen, die aber bisher nur im nationalstaatlichen Rahmen existierte. Sie haben gesagt, was den Bürger auszeichnet, ist Anvertrauen von Herrschaftsbefugnissen, nicht Staatsdelegation. Das heißt, der Status des Bürgers setzt nicht nur eine Vertrauensbeziehung zwischen dem Bürger und den Institutionen der Herrschaft, sondern auch eine horizontale, gewissermaßen zivile Solidarität zwischen den Bürgern voraus. Bürger ist derjenige, der bereit ist, sich von seinesgleichen regieren zu lassen und über seinesgleichen zu regieren. Das ist eine Vertrauensbeziehung, die möglicherweise so etwas wie eine vorpolitische Gemeinsamkeit voraussetzt, die erklärt und legitimiert, daß Bürger als Gleiche übereinander herrschen. Jetzt haben Sie aber die paradoxe Situation, daß Sie möglicherweise die europäische bürgerschaftliche Verfassung überhaupt nur auf der Grundlage legitimieren können, daß der Bürgerstatus, das Vertrauen der Bürger untereinander, in einem nationalstaatlichen Rahmen geschaffen wird. Denn bisher hat historisch gesehen das Vertrauen der Bürger un-

tereinander, diese horizontale Vertrauensbeziehung eigentlich immer nur im Nationalstaat existiert, wenn ich mal von ethnischen, rassischen, also vorpolitischen Vertrauensverhältnissen absehe. Aber in einem politisch-zivilisatorischen Sinne hat es diese Bürgerbeziehung horizontaler Natur immer nur im Nationalstaat gegeben. Sie geraten jetzt in das Dilemma, daß Sie für Ihr Projekt einer auf Vertrauen und Anvertrauen beruhenden bürgerschaftlichen Legitimation europäischer Herrschaft auf Ressourcen einer Institution zurückgreifen müssen, die Sie eigentlich schon verabschiedet haben, nämlich auf die Ressourcen des Nationalstaats und seiner Staatsbürger.

Hilf: Herr Vorsitzender, würde ich im Ergebnis eher Herrn *Pernice* oder Herrn *Huber* zustimmen könne? Vor derzeit gegebenem Verfassungsrecht würde ich – zu meiner eigenen Überraschung – sicher auf der Seite von Herrn *Huber* stehen. Aus der Sicht der Verfassungswirklichkeit bzw. ihrer visionären Fortentwicklung würde ich dagegen eher Herrn *Pernice* zustimmen.

Frau *Lübbe-Wolff*, Sie haben Ihr Referat auf das Demokratiedefizit zugespitzt, das sie für die europäische Ebene als unheilbar erklärt haben. In der Tat werden wir mit den jeweiligen Erscheinungsformen von Demokratie auf keiner Ebene je zufrieden sein können. Ich weiß nicht, ob ich Ihr Bild mit den verschiedenen Legitimationsketten richtig verstanden habe: Kann es nicht so sein, daß wir in Zukunft verschieden starke Legitimationsketten haben werden? Hierbei dürfte die auf der europäischen Ebene bestehende Legitimationskette mit der Zeit und mit verschiedenen Vertragsergänzungen stärker werden, während die nationale Legitimationskette naturgemäß schwächer wird, weil zunehmend wichtige Schicksalsfragen auf europäischer Ebene entschieden werden müssen. Die nationalen Parlamente können auch im Vorfeld europäischer Entscheidungen kaum miteinander verhandeln. Sie können auch im Nachhinein die auf der europäischen Ebene gefundenen Kompromisse kaum in angemessener Weise beurteilen können. Ein festzulegender Getreidepreis würde beispielsweise in kaum einem nationalen Parlament nachträglich Zustimmung finden können, da er notwendigerweise von den jeweiligen Vorstellungen abweicht. Es bleibt also nur eine parlamentarische Begleitung bzw. Mitentscheidung auf europäischer Ebene.

Für die europäische Ebene haben Sie den nach Ihrer Meinung noch sehr unklaren Begriff des „europäischen Volkes" angesprochen. Je nach dem Begriff des Volkes wird man hier zu unterschiedlichen Einschätzungen kommen können. Ich halte die Herausbildung eines „europäischen Volkes" durchaus für denkbar, wenn man nicht mehr fordert als

eine nachweisbare Willens- und Kommunikationsgemeinschaft der vom Unionsrecht Betroffenen. Diese Art der Gemeinschaft ist in verschiedenen Gesellschaftsbereichen zunehmend nachweisbar. Für die Wirtschaft und den politischen Prozeß, aber auch für weite Bereiche des Kulturbereichs gilt das durchaus schon heute. In den Arbeiten des Grundrechtskonvents, der in der letzten Woche seine Arbeit zur Erstellung der Grundrechtscharta der Europäischen Union abgeschlossen hat, konnten die verschiedenen Legitimationsketten deutlich unterschieden werden und zugleich zu einem abschließenden Kompromiß zusammengeführt werden.

Herr *Grabenwarter*, Sie haben das weite Konfliktfeld der Gerichte auf der Ebene der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention aus meiner Sicht sehr zutreffend analysiert. Selbstverständlich werden sich die Gerichte der Europäischen Union an der EMRK und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausrichten. Hierzu sind sie bereits aufgrund von Art. 6 Abs. 2 EUV auch verpflichtet. Konflikte sind eigentlich nur denkbar, wenn sich eine neue Grundrechtsfrage zunächst vor dem EuGH stellt, die dort ohne Vorlagemöglichkeit beantwortet werden muß. Wenn später der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem anderen Zusammenhang zu einem anderen Ergebnis kommen sollte, so dürfte der EuGH dieses Ergebnis seiner weiteren Rechtsprechung zugrunde legen. Im Einzelfall hat jedoch der EuGH stets die besondere Struktur und den Zusammenhang der Europäischen Union mit in seine Abwägung einzustellen, so daß die Einzelergebnisse durchaus abweichen können.

Abschließend möchte ich die Arbeiten des Grundrechtskonvents unter den Kriterien beurteilen, die Sie, Frau *Lübbe-Wolff*, abschließend mit Ihrer „Entschärfungsoption" vorgeführt haben. Auch der Konvent war ein äußerst heterogenes Gremium, das einer sicheren Grundlage bedurfte, die es in dem unbestrittenen Mandat des Gipfels von Köln vom Juni 1999 erhalten hatte. Der von Ihnen geforderte Zugang der Bürger ist während der Arbeiten des Konvents durch die Nutzung des Internets eröffnet worden und hatte in verschiedenen Anhörungen vor dem Konvent bzw. vor dem nationalen Parlament seinen Ausdruck gefunden. Schließlich war die von Ihnen für nötig befundene Aufsicht über das Entscheidungsgremium durch den Europäischen Rat gesichert bzw. durch die drei Organe, die schließlich die Grundrechte-Charta übernehmen und als Feierliche Erklärung verkünden sollen. Auch die nationalen Parlamente, die Vertreter in den Konvent entsandt hatten, werden die abschließenden Ergebnisse billigen müssen, bevor es zu einer Unterzeichnung in Nizza kommen wird.

Herr Vorsitzender, das heutige Thema zeigt wieder einmal, daß sich deutsches und europäisches Recht auch in unserer Vereinigung nicht mehr trennen lassen, wenn die Mitgliedsbeiträge ab dem nächsten Jahr in Euro eingezogen werden. Dann könnte man nach gegebener Zeit über eine Umbenennung unserer Vereinigung nachdenken.

Groß: Mir scheint, daß die drei ersten Referate sehr schön die zeitliche Dynamik der europäischen Integration widerspiegeln. Das erste Referat von Herrn *Pernice* würde ich in der Zeitachse der Zukunft Europas zuordnen. Ich kann, wie auch andere hier im Raum, noch nicht richtig erkennen, daß in der gegenwärtigen Situation, der gegenwärtigen institutionellen Struktur diese direkte Verbindung zwischen Bürgern und europäischen Institutionen hinreichend unterfüttert ist mit Instrumenten der Einflußnahme, insbesondere, wenn man die nach wie vor zweitrangige Position des Parlamentes im Institutionengefüge ansieht. Das kann nicht kompensiert werden durch ein Petitionsrecht oder durch ein Akteneinsichtsrecht, geschweige denn durch direktdemokratische Institutionen, die noch gar nicht vorhanden sind.

Der Vergangenheit würde ich das Modell von Herrn *Huber* zuordnen. Es ist meiner Meinung nach ein gaullistisches Konzept, das sich eher an dem Geist des Luxemburger Kompromisses aus den 60er Jahren orientiert, das immer noch sehr stark auf die nationale Legitimation fixiert ist und, wie sich eindeutig aus dem Umkehrschluß aus der These 18 ergibt, eben auch den Vorrang der nationalen Legitimation in die Zukunft fortschreiben will, als unabänderliches Strukturmerkmal. Dahinter steht ganz offensichtlich, wie auch beim Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ein Delegationsmodell. Vorrangig ist die nationale Legitimation. Das scheint mir aber dem jetzigen Integrationsstand nicht mehr angemessen zu sein. Die übertragenen Kompetenzen sind so weit gefaßt, daß jede Parallele zu Grundgedanken des Art. 80 GG nicht mehr paßt, wenn man insbesondere Art. 95 EG, die Rechtsangleichungskompetenz, ansieht und das in Kombination mit dem weitreichenden Abgehen vom Einstimmigkeitsprinzip, was Sie ja auch in These 18 erwähnen. Viele wesentliche Rechtsetzungsbefugnisse beruhen nicht mehr auf Einstimmigkeit und damit entsteht die Verantwortungsdiffusion, die Frau *Lübbe-Wolff* beschrieben hat.

Daraus ergibt sich eindeutig, daß ich ihre Analyse der Gegenwart zuordnen würde, dem jetzigen Status der Integration, der weder als funktionierendes parlamentarisches Legitimationsmodell, noch als ein vielleicht früher in den 50er, 60er Jahren angemessenes Delegationsmodell, das die nationale Schiene betont, beschrieben werden kann. Bei Frau *Lübbe-Wolff* stellt sich mir allerdings die Frage, ob der Begriff des Defi-

zits ein normativer Begriff ist. Er setzt voraus, daß es eine nicht defizitäre Situation gibt und ich frage mich, gibt es eine Norm, aus der sich eine Pflicht zur Beseitigung dieses Defizites ergibt? Wo könnte eine solche Norm zu finden sein? Sicher nicht im Gemeinschaftsrecht selber, denn das wäre eine bloße Selbstverpflichtung, die auch wieder hinausgeschoben oder aufgehoben werden könnte, von denen, die sie geschaffen haben. Also müssen wir wohl im nationalen Recht suchen. Da haben Sie Art. 79 Abs. 3 GG angesprochen, den Sie aber, wie ich finde, völlig zutreffend, wie auch das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, für nicht einschlägig halten, weil er wohl nur ein Mindestniveau beschreibt. Dann ist aber die Frage, gibt es einen anderen Anknüpfungspunkt? Ich würde vorschlagen, über Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG nachzudenken, die Aussage, daß die demokratischen Grundlagen der Europäischen Union ein wesentliches Charakteristikum sind. Daraus könnte man eventuell in Anlehnung an Herrn *Bryde* ein Optimierungsgebot ableiten, was letztendlich natürlich nur ein Verhandlungsauftrag an die deutsche Regierung in einer Regierungskonferenz wäre, aber immerhin ein normativer Anknüpfungspunkt, der diese Defizitanalyse unterfüttern würde.

Weber: Zunächst möchte ich den beiden Referenten gratulieren. Ich glaube, wir sind uns weitgehend über den funktionalen Verfassungsbegriff einig. Sicherlich sind auch andere Auffassungen bekannt, deren Vertreter sich hier unter uns befinden. Der Unterschied zwischen den beiden Referenten scheint mir nicht nur in der semantischen Formulierung zwischen Staatenverbund und Verfassungsverbund zu liegen. Den von Herrn *Pernice* gebrauchten Begriff Verfassungsverbund halte ich für recht gelungen, während mit dem Begriff Staatenverbund, auch wie ihn das Bundesverfassungsgericht verwendet, für die weitere Diskussion nicht sehr förderlich scheint. Zwischen diesem terminologischen Unterschied scheint sich mir doch eine tiefgreifende Differenz zu verbergen. Denn es geht etwa um die Frage, wenn es sich um eine massive Kompetenzüberschreitung der Organe der EG handelt, sowie darum, ob die übertragenen Kompetenzen überhaupt noch rückholbar oder widerrufbar sind. Beide Referenten haben dankenswerterweise diesmal auch die von uns wiederholt angemahnte Verfassungsvergleichung betrieben und auf die vorhandene Judikatur der Verfassungsgerichte bzw. Obersten Gerichtshöfe verwiesen; die daraus gezogenen Folgerungen erscheinen mir allerdings nicht ganz klar. Meines Erachtens kann man aus der Judikatur der Obersten Gerichte etwa Italiens, Spaniens, Frankreichs oder Dänemarks kaum den Schluß ziehen, daß diese Kompetenzen etwa beliebig widerrufbar seien; dies dürfte auch dann gelten, wenn die Formu-

lierung etwa des spanischen Verfassungsgerichts über die Abtretung (*cesión*) der Kompetenzen dies zunächst nahezulegen scheint. Bei der Judikatur der französischen und spanischen Gerichte ist überdies die Funktion der präventiven Normenkontrolle zu berücksichtigen. Bei dem Bundesverfassungsgericht scheint mir allerdings ein grundlegender Unterschied zu bestehen, und ich kann – im Gegensatz etwa zu Herrn *Döring* – die Begründung des Verfassungsgerichts diesbezüglich nicht nachvollziehen. Bekanntlich hat das Gericht nicht nur einen möglichen Austritt aus der Währungsunion, sondern sogar aus der gesamten Gemeinschaft für denkbar gehalten, auch wenn die praktische Realisierung ganz gering sein mag. Ich möchte noch auf einen anderen Punkt kurz eingehen, nämlich den des Verfassungs- bzw. Herrschaftsvertrags, der von Herrn *Pernice* und anderen verwendet worden ist. Anders als etwa der Begriff des Verfassungsverbundes, der mir eine adäquate Beschreibung der intersystemaren Zusammenhänge zwischen mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen und gemeinschaftlicher Verfassungsordnung wiederzugeben scheint, halte ich den Begriff Verfassungsvertrag zumindest für mißverständlich, wenn nicht irreführend. Zwar mag er als politische Leitvorstellung und heuristischer Formelkompromiß nützlich sein, verdeckt aber auch nach dem jetztigen Stand der Verfassungsentwicklung die verfassungsrechtlichen Legitimationsansätze. Zum einen läßt sich schon heute in den bestehenden Verträgen mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein „Verfassungsvertrag" erblikken, zum anderen bleibt unklar, in welchem Verfahren höherer Legitimationen ein künftiger Verfassungsvertrag zustande kommen sollte. Es ist gegenwärtig auch vor Nizza schwer erkennbar, wie ein Verfassungsgebungs- oder -änderungsverfahren anders als auf die bisherige Legitimation der Mitgliedstaaten einerseits und der hoffentlich erweiterten Mitwirkung des Europäischen Parlaments gestützt werden könnte. Von einem wirklichen Verfassungsvertrag ließe sich doch wohl nur dann sprechen, wenn hiermit eine neu zu wählende europäische Konstituante gemeint ist, die dann – wie Herr *Schneider* zu Recht betont hat – auch einer europäischen Volksabstimmung auf der Grundlage der Konstituierung eines europäischen Volkes bedürfte. Allerdings scheint mir dies angesichts der gegenwärtigen Bedingungen europäischer Verfassungsgebung und der vorrangig anzustrebenden demokratischen Legitimation über den europäischen Rat einerseits und das Europäische Parlament andererseits kein in kurzer Zeit zu erreichendes Traktandum zu sein. Mir scheint nur, daß die Verantwortungszusammenhänge auch bei grundsätzlich wünschbaren Ziel- und Verfassungsprojektionen der Europäischen Union nicht unnötig verschleiert werden. Schließlich brauchen wir – um an die gestrigen Vorschläge anzuknüpfen – die Entwick-

lung einer europäischen Verfassungslehre, aber keiner „Staatslehre". Eine solche Verfassungslehre müßte die Ergebnisse europäischer Verfassungsgeschichte, Verfassungsvergleichung auf der Ebene nicht nur semantischer Textvergleichung, sondern auch der Verfassungsjudikatur einbeziehen. Dies wäre auch ein Anliegen für unsere Zunft. Vielen Dank.

Griller: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte mir im Interesse der Kürze erlauben, vier Fragen an die Vortragenden zu formulieren und bitte um Unterbrechung, falls ich länger als 5 Minuten brauche. Die erste Frage geht primär an Herrn *Pernice* und ist, wenn ich recht sehe, eine Verschärfung der von Herrn *Klein* formulierten Frage: Warum belasten Sie Ihr Konzept der Verfassungsentwicklung der EU mit dem brüchigen Ansatz der Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung und der Leugnung des Rechtsanwendungsbefehls im Zustimmungsgesetz? Wiederholen wir heute nicht zum Teil die Debatte, die vor 30 Jahren um die Gesamtaktslehre stattgefunden hat? Bei *Hans-Peter Ipsen* können wir nachlesen, die Gemeinschaftsverträge seien zwar die rechtliche Bedingung, nicht aber der Geltungsgrund der Gemeinschaften. Ich habe das nie verstanden, vielleicht weil ich aus Wien komme und dort – vor allem von *Merkl*, aber auch von *Kelsen* – mit guten Gründen der Standpunkt entwickelt wurde, daß »rechtliche Bedingtheit« und »Geltungsgrund« nur verschiedene Bezeichnungen desselben Phänomens sind. Daher leuchtet mir auch dieser Begründungsversuch für die »Autonomiethese« nicht ein. Der EuGH hat sie im übrigen wohl nie wirklich begründet, *Ipsen* hat versucht, ihm argumentativ beizuspringen. Ihre These 13, wonach das Zustimmungsgesetz nicht Rechtsanwendungsbefehl, sondern Modus zur Teilnahme der Bürger am europäischen contrat social über die Verfassung der Union sei, bringt meines Erachtens nichts anderes als die staatsrechtliche Seite der »Autonomiemedaille« zum Ausdruck, ohne für die These insgesamt eine bessere Begründung zu liefern. Und nun frage ich mich im nächsten Schritt, warum brauchen Sie die These eigentlich für Ihr Gesamtkonzept? Natürlich, wenn man die Autonomie im skizzierten Sinne verneint, dann folgt daraus die rechtliche Bindung der Gemeinschaften und der Union an die Verträge. Dann kann es (mehr theoretisch) ultra vires Akte geben, dann sind auch die Mitgliedstaaten »Herren der Verträge«. Warum sollte Sie das schrecken? Sie wollen keinen europäischen Staat, ja Sie prophezeien, daß es ihn in den nächsten Jahrzehnten nicht geben wird. Sie wollen keine Reduzierung des Grundrechtsschutzes, Sie wollen keine Reduzierung der Gewaltentrennung. Warum beharren Sie dann auf der Autonomiethese?

Die zweite Frage geht an Herrn *Huber*, dessen Position zur Autonomiethese sich mit der soeben auch von mir verfochtenen Auffassung treffen dürfte. Allerdings haben Sie uns, wenn ich recht verstehe, die völker- und verfassungsrechtliche Bedingtheit der Union und der Gemeinschaften als Sedativum für die Verfassungsdebatte angeboten. Polemisch zugespitzt: Das klingt in etwa so wie der Duktus des BVerfG im Maastricht-Urteil, dh wenn nicht mehr Kompetenzen übertragen werden, das Europäische Parlament nicht zum echten Gesetzgeber wird usw, dann ist alles in Ordnung, nämlich insbesondere mit der demokratischen Legitimation. Die funktioniert dann angeblich über die nationalen Parlamente. (Beim Grundrechtsschutz ist mir Ihre Lösung hingegen unklar geblieben.) Aber auch die demokratische Legitimationskette, Frau *Lübbe-Wolff* hat das schön gezeigt, ist mehr als brüchig in dieser Konstruktion. Sie funktioniert schon heute nicht, und es ist eine Verharmlosung, die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltentrennung usw durch das Festhalten am Status quo retten zu wollen. Die Erosion hat längst stattgefunden, das Maastricht-Urteil vermittelt nur trügerische Sicherheit. Daher sind neue Lösungen unabweislich, um diese Verfassungsgrundsätze unter den geänderten Umständen zu bewahren!

Das dürften zwar bei weitem nicht 5 Minuten gewesen sein, aber ich fügte mich gern dem Zeichen des Vorsitzenden.

Schachtschneider: Herr Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen, wenn es um das Verfassungsrecht geht, muß man die Verfassung vom Verfassungsgesetz unterscheiden. Die Verfassung haben wir alle in uns, sie ist mit uns geboren, nämlich die Verfassung der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit. Das ist eine aufklärerische Position, aber Freiheit gibt es nicht ohne Recht, und Recht gibt es nicht ohne den Staat. Das Verfassungsgesetz ist die Staatsverfassung; denn der Staat ist nach Kant die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. Das Verfassungsgesetz vereinigt die Menschen in einem Staat. Das ist der substantielle Verfassungsbegriff, über den wir reden sollten. Alles hat irgendeine Verfassung, jede Blume, jedes Tier, jeder Mensch und in sofern hat die Europäische Union eine Verfassung, jedenfalls eine funktionale Verfassung. Das besagt aber wenig über die europäische Rechtslage. Wesentlich ist für die Verfassungsfrage, wer die Verfassungshoheit und damit auch die Hoheit über das Recht hat. Das sind immer noch, wie das Herr *Huber* klargelegt hat, die Mitgliedstaaten, die Völker, die sich zu Staaten verfaßt haben. Man kann eine europäische Verfassung nicht herbeireden, Herr *Pernice*, und damit die Legitimation des Verfassungsbegriffs nutzen, um den europäischen Verfassungsstaat, den existentiellen Staat Europa, zu begründen. Der Verfassungsverbund, von

dem Sie, Herr *Pernice*, sprechen, wäre der Verfassungsstaat. Entscheidend ist die Frage, wer die personale Basis des Rechts bildet. Das kann nur die Bürgerschaft, das Volk, sein. Ein Volk ist verfaßt, aber ein europäisches Volk, welches sich verfaßt hätte, gibt es bislang nicht und wird es auf absehbare Zeit nicht geben. Dafür bedürfte es eines Doppelschritts: Erstens müßten die Völker ihre existentielle Staatlichkeit durch Verfassungsreferenden aufgeben, um sich für einen Verfassungsstaat Europa zu öffnen, und zweitens müßten die Menschen in Europa, die Unionsbürger, den Verfassungsstaat Europa durch einen entsprechenden Verfassungsakt begründen. Ich befürchte, Herr *Pernice*, daß sich *Jean-Jacques Rousseau* während Ihres Vortrages gut zehn mal im Grabe herumgedreht hat, weil Sie so oft mit seinem Begriff contrat social eine Verfassung Europas zu legitimieren versucht haben. Einen contrat social der Menschen oder auch nur der Völker Europas gibt es nicht. Weder die Organe der Mitgliedstaaten noch gar die Organe der Europäischen Union sind befugt, einen Verfassungsstaat Europa zu schaffen. Für die ersteren überschreitet das die Grenzen der Vertretungsbefugnisse und für die zweiteren das Prinzip der begrenzten Ermächtigung. Für beide Organisationen sind die Schritte zum Verfassungsstaat Europa ultra vires. Ihre Bürger und Völker haben die Integrationspolitiker schon längst zurückgelassen. Im übrigen hat *Rousseau* für den contrat social Einstimmigkeit postuliert und es scharf zurückgewiesen, daß man seine Freiheit übertrage. Zudem vertritt *Rousseau* das Prinzip der kleinen Einheit. Der Großstaat Europa läßt sich nicht mit Rousseauschen Begriffen legitimierten. Die Frage ist, ob wir einen Verfassungsstaat Europa, den existentiellen Staat Europa, wollen und wollen sollten. Die Staatlichkeit der Europäischen Union ist bereits im Übermaß entwikkelt. Das Maastricht-Urteil hat die Grenzen, welche das Grundgesetz zieht, aufgezeigt. Dennoch geht die Integrationsbewegung weiter und es ist, zumal durch den Euro-Beschluß, fraglich geworden, ob das Bundesverfassungsgericht weiterhin die existentielle Staatlichkeit der Völker, deren „Souveränität", verteidigen wird. Demnächst, in Nizza, soll ein weiterer Schritt zum europäischen Verfassungsstaat gemacht werden, die Proklamation der Grundrechtecharta der Europäischen Union, deren Text keinesfalls ausgereift ist und die als ein zukünftiger Baustein des europäischen Verfassungsgesetzes in einem recht undurchsichtigen Verfahren erarbeitet wurde. Der Diskurs über eine europäische Grundrechtecharta darf durchaus einige Jahre in Anspruch nehmen. Ich jedenfalls bin gegen den Verfassungsstaat Europa, weil er weder freiheitlich noch gleichheitlich noch brüderlich sein wird. Die gegenwärtige Union ist demokratisch defizitär. Frau *Lübbe-Wolff* hat das in aller Deutlichkeit herausgestellt. Aber auch der Rechtsstaat ist in der europäi-

schen Integration notleidend geworden. Das demokratische Prinzip hat in einem Staat mit etwa 500 Millionen Menschen, die zudem nicht dieselbe Sprache sprechen, keine Chance. Die weitere Integration ist das Ende der sozialen Realisation. Wir haben nicht die Mittel, um auch nur einen durchschnittlichen sozialen Standard zu schaffen, der eingefordert werden wird, insbesondere von den zukünftigen Mitgliedstaaten. Das ohnehin vernachlässigte Sozialprinzip wird den liberalistischen Verhältnissen einer amerikanisierten Union weichen müssen. Einen existentiellen Staat Europa, der die in Art. 6 EUV genannten Prinzipien und zudem das dort nicht genannte Sozialprinzip wahrt, werden wir nicht bewältigen. An dem Versuch wird das wirtschaftliche Integrationswerk scheitern. Tragfähig ist in Europa allein die Republik der Republiken, das Europa der Völker. Danke schön.

Nicolaysen: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich spreche nicht von der demokratischen Legitimation, darüber ist viel gesagt worden, mir fällt dazu nichts mehr ein, jedenfalls heute nicht. Ich spreche statt dessen von der Legitimation der Gemeinschaften, und zwar von der Legitimation ihrer Verfassung schon in ihrem Gründungsakt, von dem auch *Hans Peter Ipsen* gesprochen hat („Gesamtakt staatlicher Integrationsgewalt"). Dieser Gründungsakt erhielt seine stärkste Legitimation aus dem Ziel der Sicherung des Friedens in Europa mit Hilfe einer supranationalen Verfassung, wie es sie vorher noch nicht gegeben hat: gemeinschaftliche Ausübung eigener, autonomer Hoheitsgewalt der Gemeinschaft, Vorrang ihrer Rechtsordnung vor den mitgliedstaatlichen Ordnungen, Durchgriffswirkung auf innerstaatliche Stellen und auf den einzelnen Bürger mit eigenen Rechten und Pflichten innerhalb dieser Ordnung. Dieses supranationale Konzept der Gründerväter lag schon dem *Schuman*-Plan und auch der EWG zugrunde, es war und ist als Alternative zum Nebeneinander und Gegeneinander souveräner Nationalstaaten eine säkulare Errungenschaft zur Sicherung des Friedens in Europa. Es ist daher ein Rückfall, wenn das Bundesverfassungsgericht im Maastricht – Urteil wieder vom souveränen Nationalstaat spricht und das Konzept der supranationalen Gründung dadurch in Frage stellt, daß es mit der Konstruktion des nationalen Anwendungsbefehls zur Widerruflichkeit der Integration kommt („diese Zugehörigkeit aber letztlich durch einen gegenläufigen Akt auch wieder aufheben" zu können). Das ist mein Argument gegen die Konstruktion des Anwendungsbefehls: Sie ruiniert die supranationale Idee, sie ermöglicht den einseitigen Austritt, sie bedeutet ein Ende dieser Errungenschaft des Jahrhunderts, die darin erfolgreich war, den Frieden zwischen den Mitgliedstaaten über 50 Jahre hinweg zu sichern. Das ist das Entscheidende.

Ich möchte einen weiteren Gedanken hinzufügen, und zwar zum Thema „Herren der Verträge". Dazu ist viel gesagt worden. Ich erinnere demgegenüber an die mitgliedschaftliche Struktur der Gemeinschaft. Sie anerkennt, daß die Mitgliedstaaten in der Gemeinschaft eine große Rolle zu spielen haben, aber sie tun dies als Mitgliedstaaten, nicht als souveräne Nationalstaaten. Das bedeutet, daß sie in die Gemeinschaft eingebunden sind, daß sie in der Gemeinschaft nichts anderes tun und lassen können, als die Verträge ihnen zumessen. Ihre Rechte in der Gemeinschaft ergeben sich aus den Verträgen, sie gehen nicht darüber hinaus. Das gilt auch für Vertragsänderungen: Dafür gibt es das vertraglich vorgesehene Verfahren, an dem übrigens auch Gemeinschaftsorgane (Rat, Kommission, Parlament, Ratspräsident) beteiligt sind.

Die Bindung der Mitgliedstaaten an das Gemeinschaftsrecht gilt erst recht gegenüber der Vorstellung des Bundesverfassungsgerichts, daß Deutschland als einer der Herren der Verträge seine Zugehörigkeit zur Gemeinschaft wieder aufheben könne. – Noch weiter gehend halte ich auch die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts für verfehlt, daß deutsche Staatsorgane bei einem Machtmißbrauch der Gemeinschaftsorgane, durch Mißachtung der generellen Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards oder durch Überschreitung der ihnen eingeräumten Kompetenzen, nicht an die betreffenden Rechtsakte gebunden wären. Zum einen sind dies in einer Rechtsgemeinschaft in Europa irreale Hypothesen, die eine so weitgehende Konstruktion nicht tragen können. In der Realität geht es um die Bananenmarktordnung oder um die Tabakwerbung und also um die Auslegung von Gemeinschaftsrecht. Und zum zweiten ist diese Auslegung des Gemeinschaftsrechts nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts oder deutscher Staatsorgane, sondern ausschließlich Aufgabe des Gerichtshofs mit Wirkung für die ganze Gemeinschaft, so wie er jetzt im Fall der Tabakwerbung in Anwendung des Gemeinschaftsrechts für die Einhaltung der Ordnung gesorgt hat, die das Gemeinschaftsrecht vorgibt. Auch insoweit ist also der Begriff „Herren der Verträge" verfehlt, auch insoweit sind sie Mitgliedstaaten in der Gemeinschaft und nicht mehr souveräne Nationalstaaten, wie das Bundesverfassungsgericht sie sieht.- Ich danke Ihnen.

Rauschning: Vorweg ein Bekenntnis zu Europa. Ich meine nicht, daß wir dann, wenn wir diese oder jene Kritik an Europa haben, uns dahingehend denunzieren lassen müssen, daß wir Europa nicht wollten. Wir sollten in der Methodik und in der rechtswissenschaftlichen Argumentation ehrlich bleiben. Wir brauchen die Begriffe und die Sauberkeit der Begriffe, damit wir uns wissenschaftlich verständigen können. Was eine

Verfassung ist, wissen wir nach *Carl Schmitt*, *Rudolf Smend* oder *Herbert Krüger*. Wir kennen auch die verschiedenen Verfassungsbegriffe, die Verfassung im normativen, im formellen, im materiellen, im positiven oder im qualitativen Sinne. Die Frage ist, ob wir diese Begriffe nun auf die Gemeinschaft übertragen können. Herr *Pernice* hat gesagt, die Verträge entsprächen nicht dem traditionellen Vorstellungsbild von Verfassung. Nun gut, wenn sie dem nicht entsprechen, dann stellt sich doch die Frage, ob wir das, was dort gemeint ist, nicht besser Gemeinschaftsordnung nennen? Warum müssen wir es denn Verfassung nennen? Oder wir sollten eben Gemeinschaftsverfassung und Staatsverfassung sagen. Wir müssen dann Verfassung immer mit einem Index versehen, damit wir wissen, wovon wir sprechen.

Die Gemeinschaftsordnung Verfassung zu nennen hat gewiß einen bestimmten Zweck. Der Zweck ist der, die Gemeinschaftsordnung zur Verfassung zu erklären, damit sie an der Dignität einer Verfassung teilnehme. Das ist eine Art von Magie, die hier ganz bewußt benutzt wird.

Und damit gehe ich zu meiner zweiten Bemerkung über. Derselbe Gesichtspunkt gilt nämlich auch, Frau *Lübbe-Wolff*, für die Demokratie. Wer in den Diskussionen der letzten dreißig Jahre für irgendeine Regelung die Qualifikation „demokratisch" durchsetzen konnte, hatte damit den Streit gewonnen. Demokratisch ist gut und erstrebenswert. Nach meinem Eindruck haben Sie große Zweifel an der Leistungsfähigkeit der repräsentativen Demokratie angemeldet. So stellt sich die Frage, was denn nun eigentlich noch die Merkmale der Demokratie seien. Ist sie materiell bestimmt derart, daß demokratisch ist, was dem Volk nutzt? Dieser Auffassung gegenüber hätten wir erhebliche Reserven. Ist Demokratie durch ein besonderes Verfahren gekennzeichnet? Dann sollte aber Einigkeit darüber bestehen, welches Verfahren denn nun die Demokratie kennzeichnet? Wenn wir zu einer „Verunklärung" des Demokratiebegriffs kommen, dann kann jeder in Anspruch nehmen, daß seine Ziele oder seine Verfahren demokratisch seien und somit gut und erstrebenswert. Ich halte daran fest, daß wir im wissenschaftlichen Bereich zu einer klaren Begrifflichkeit verpflichtet sind.

Dörr: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren, bei dem ersten Punkt kann ich mich ganz kurz fassen, weil ich an das anknüpfe, was viele Kolleginnen und Kollegen schon angesprochen haben, das ist Ihre neue durchaus faszinierende theoretische Untermauerung der europäischen Verfassung, Herr *Pernice*, und damit auch der Rechtsnatur der Europäischen Union. So faszinierend und schlüssig ich Ihr Konzept finde, vermag ich es doch nicht zu teilen. Ich glaube nicht, daß man die europäische Verfassung an dem europäischen Bürger an-

binden kann. Ich will das nochmal ganz kurz wiederholen, warum dies aus meiner Sicht nicht geht. Einmal ist mir ein Punkt unklar, nämlich Ihr Souveränitätsbegriff, den Sie zur Begründung Ihrer These verwenden, also Träger der Souveränität sei der Bürger, nicht mehr der Staat. Diesen Souveränitätsbegriff vermag ich nicht ganz zu verstehen, wäre für eine gewisse Erläuterung dazu dankbar. Zum zweiten kommt ein weiterer Grund hinzu, den Frau *Lübbe-Wolff* mit ihrem faszinierenden Referat beschrieben hat. Ihre Theorie spiegelt für mich nicht genügend die Wirklichkeit wider. Wir haben eben die demokratischen Defizite und die lassen es nicht zu, die europäische Verfassung – gegen den Begriff Verfassung habe ich mit Herrn *Klein* in diesem Zusammenhang nichts einzuwenden – auf den Bürger zurückzuführen. Drittens ist meines Erachtens Ihre Theorie nicht mit dem Verfahren der Vertragsänderung vereinbar. Denn insoweit sind die Mitgliedstaaten durchaus noch Herren der Verträge. Man muß Herren natürlich in einem einschränkenden Sinne, nämlich vertraglich gebundene Herren der Verträge, da hat Herr *Nicolaysen* ganz zu Recht drauf hingewiesen, verstehen. Aber trotzdem läßt sich das Vertragsänderungsverfahren, das bei den Mitgliedstaaten liegt, aus meiner Sicht nicht mit Ihrer Theorie vereinbaren. Ich wollte aber noch einen weiteren Punkt ansprechen, den Sie, Herr *Grabenwarter*, ganz zu Recht ansprachen, nämlich die Frage der Bindung der europäischen Union an die EMRK und die sich daraus ergebenden Probleme. Da ist ein Problem, aus meiner Sicht besonders virulent und besonders schwerwiegend. Einmal, daß der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sich weiterhin vorbehält, die Vertragsstaaten, die auch Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind, am Maßstab der Europäischen Menschenrechtskonvention zu messen. Zum anderen kommt hinzu, daß sich dort auch Probleme divergierender Entscheidungen des EuGH und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben können, denn ich sehe es nicht ganz so, daß der EuGH sich bisher vollständig an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte orientiert. Es gibt bei einzelnen Menschenrechten durchaus feststellbare Auslegungsunterschiede, und die enthalten natürlich ein ganz neues Gewicht auf der Grundlage der neuen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der ja in der Gibraltar-Entscheidung ganz deutlich zum Ausdruck gebracht hat, daß er mittelbar auch Gemeinschaftsrecht, wenn natürlich auch bezogen auf die Vertragsstaaten kontrollieren will. Vielen Dank.

Rengeling: Ich habe eine kurze Anmerkung und eine Frage zu dem Themenbereich Kompetenzen und Grundrechte im Rahmen einer Ver-

fassung. Zu Recht hat Herr *Huber* hervorgehoben, daß die Verfassungsdiskussion durch die Grundrechtecharta beflügelt wird, und die Bedeutung dieser Charta hat Herr *Grabenwarter* in seiner These 24 meines Erachtens völlig zutreffend beschrieben. Auch wenn sie nur eine Proklamation wird und vielleicht auf längere Zeit bleibt, wird es so sein, daß man sich an den Inhalten dieser Charta außerordentlich stark orientieren wird. Was den Geltungsbereich angeht, so ist es zwar „geregelt", daß die Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts gebunden sind, aber die Rechtsprechung des EuGH geht doch wohl noch etwas weiter. Im Anwendungsbereich der Verträge sollen die Grundrechte nach ihr für die Mitgliedstaaten gelten. Und damit komme ich zu dem zweiten Punkt, zu dem ich etwas fragen wollte, nämlich zu den Kompetenzen. Die Verfassungsdiskussion, die wir führen, läuft ja auch auf eine bestimmte Begrenzung der Aufgaben hinaus, und zwar auf der Ebene der Gemeinschaft. Wenn es so ist, daß die Charta im Anwendungsbereich der Verträge für die Mitgliedstaaten gilt, frage ich mich, und diese Frage würde ich gerne weitergeben, wie es mit der allgemeinen Aussage am Ende der Charta bestellt ist, daß nämlich durch die Schaffung und durch die Proklamation der Charta und erst recht dann, wenn sie verbindlich wird, die Kompetenzen der Gemeinschaft nicht erweitert werden? Mich beschäftigt diese Frage auch in einem etwas konkreteren Zusammenhang. Es ist ja so, daß sowohl die Rechtsprechung zur EMRK als auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Schutzpflichten entwickelt hat, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu den Grundrechten und der Europäische Gerichtshof jüngst bei der Blockade an der französischen Grenze zu Grundfreiheiten. Diese Rechtsprechung läßt sich unschwer auf Grundrechte übertragen. Frage: Wenn eine solche Rechtsprechung fortgesetzt werden würde, läßt sie dann tatsächlich die Kompetenzen der Gemeinschaft unberührt, so wie sie jetzt bestehen? Das wäre meine Frage. Vielen Dank.

Haverkate: Die Referate haben ein sehr schönes und sehr plastisches Bild, denke ich, des Streitstandes gegeben, wie die Begriffe zu verstehen sind: Verfassungsverbund, Mehrebenenverfassung, Zusammenhang von Verfassungsverbund und Staatenverbund. Das sind nicht zufällig Neologismen. Wir haben ja in diesem Streitfeld, das wir heute beakkern, angefangen mit den überkommenen Begriffen der allgemeinen Staatslehre, die sehr stürmische Entwicklung fassen zu wollen, ist die EU ein Staat, hat sie eine Verfassung, sollte sie eine bekommen? Bündige Antworten zu geben erwies sich als schwierig, wir haben dann Neologismen entwickelt, heute sind noch mehr dazugekommen, aber

auch die Neologismen entheben uns der eigentlichen Schwierigkeit nicht. Wir brauchen als Juristen konturenscharfe Begriffe und konturenscharfe Begriffe sind nun einmal statisch. Die eigentliche Frage scheint mir also zu sein, wie kann ich Bewegung, eine sehr heftige und eine sehr stürmische Bewegung mit notwendigerweise statischen Begriffen festhalten? Wir brauchen dafür ganz sicher Entwürfe, mutige klare Entwürfe, wie unsere Begriffswelt anzupassen ist, angemessen ausgestaltet werden kann, und ich denke, die beiden Referate – vor allen Dingen von Frau *Lübbe-Wolff* und von Herrn *Pernice* – haben diese mutigen Entwürfe vorgelegt. Die beiden anderen Referate hatten eine andere Funktion als solche Entwürfe vorzulegen. Ich denke, wir müssen dankbar sein für diese Entwürfe. Wir haben eigentlich keinen Anlaß, von diesem Entwurfscharakter her eine düstere Bewertung abzuleiten. Ich sage das zu Herrn *Breuer*, wir sollten uns erstmal freuen, daß wir diese Entwürfe haben, dann können wir diskutieren.

Punkt 2: Demokratische Strukturen in der Union. Herr *Huber*, Sie haben von einer unzureichenden demokratischen Kontrolle des Rates gesprochen (These 19), andererseits (in These 18) Skepsis gegenüber der Parlamentarisierung des europäischen Regierungssystems angemeldet, da frage ich, was gilt denn nun? Sehe ich da recht, daß doch eine tendenzielle Gegenläufigkeit dieser Thesen besteht? Frau *Lübbe-Wolff* hat da ein sehr schlüssiges Konzept vorgelegt mit einer mich sehr überzeugenden scharfsinnigen Kritik an allen Verharmlosungsversuchen, da bin ich gerne einverstanden. Im übrigen, Frau *Lübbe-Wolff*, Ihre Ausführungen belegen, daß wir gar keine political question doctrine brauchen, wir brauchen in der Tat wohl nur Urteilskraft und dafür haben Sie ja sehr überzeugend plädiert. Gerne auch Zustimmung zu Ihrer These, unsere demokratischen Verfahren müßten zugeschnitten werden, neu zugeschnitten werden auf wachsende Komplexität und Diversifizierung, Differenzierung, (dem in Baden-Württemberg Lehrenden fällt das Panaschieren und Kumulieren im baden-württembergischen Kommunalrecht ein). Da können wir in der Tat wohl noch mehr Phantasie entwickeln.

Letzter Punkt: Vorrang des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Das Bundesverfassungsgericht hat zu Recht Kritik auf sich gezogen wegen seines Maastricht-Urteils. Das war in der Begründung zu nationalstaatlich. Es wurde abgestellt auf die nationalen Grundrechte, auf den nationalen Rechtsanwendungsbefehl, auf die nationale Demokratie. In der Begründung zu eng, aber im Ergebnis vielleicht doch weitsichtig. Das eigentliche Anliegen des Verfassungsgerichts war doch wohl nicht nationalstaatliche Vorurteile zu tradieren. Das eigentliche Anliegen sehe ich darin, kein überstürztes Verfahren beliebiger Verfassungssetzung auf

europäischer Ebene. Stärkere Anbindung der europäischen Rechtsentwicklung an die nationalen Verfassungsrechtskulturen, Zielrichtung eines organischen Wachstums in Europa. Fast fühlt man sich in der deutschen Tradition erinnert an einen berühmten Verfassungstheoretiker, der nie als solcher firmiert hat, nämlich an *Savigny* mit seinem Plädoyer gegen die Willkür des Gesetzgebers. Im Grunde genommen steht das Bundesverfassungsgericht mit dem Maastricht-Urteil in dieser Tradition: Plädoyer für organische Rechtsentwicklung, und diesmal ist es Gott sei Dank kein Plädoyer gegen Verfassungsstaatlichkeit (wie bei *Savigny*), sondern für gewachsene Verfassungsstaatlichkeit in Europa. Also auch der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist nicht allein mit dem Lineal zu ziehen, um Ihr Wort aufzugreifen, Frau *Lübbe-Wolff*, sondern mit Urteilskraft und ich glaube, da müssen wir nochmal unsere Kritik an der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung revidieren. Danke schön.

Murswiek: Das primäre Gemeinschaftsrecht ist die europäische Verfassung im funktionalen Sinne, darüber waren sich ja die beiden ersten Referenten einig. Und Herr *Pernice* hat nun versucht, die demokratische Legitimation dieser europäischen Verfassung vom Individuum her zu begründen. Er sieht das Individuum als das demokratische Subjekt, Subjekt der Souveränität und meint, die Übertragung von Hoheitsgewalt lasse sich als Akt eines originären Anvertrauens oder Zuweisens von Kompetenz vom Individuum her begreifen. Ich glaube, mit diesem Konstrukt ist der europäischen Idee und der Legitimation der europäischen Verfassung nicht gedient, denn dieses Konstrukt hat mit der Realität nichts zu tun und läßt sich demokratietheoretisch nicht begründen. Fragen Sie doch mal die Leute, wer denn zum Beispiel dem Vertrag von Maastricht zugestimmt hat und hier Hoheitsgewalt übertragen hat und sei es nur stillschweigend oder konkludent bei der Abgabe der Stimme zur Bundestagswahl. Oder fragen Sie, wer denn wenigstens nachträglich dem Vertrag zugestimmt hat, da werden Sie viele Ja-, aber auch viele Nein-Antworten erhalten. Längst nicht jeder stimmt zu, und wenn die Europäische Gemeinschaft versuchen wollte, auf einen so individuell verstandenen contrat social ihre Legitimität zu stützen, dann würden sich die Leute doch veräppelt fühlen. Demokratietheoretisch läßt sich diese Idee nicht halten, weil Subjekt der Demokratie nur das Volk sein kann, nicht das Individuum. Die Rolle des Individuums in der Demokratie ist es, an der demokratischen Willensbildung des Volkes und an der Entscheidung des Volkes zu partizipieren. Aber dieses Recht und diese Möglichkeit impliziert auch, daß man überstimmt wird und daß die Mehrheit anders entscheidet, als man das individuell will. Demokra-

tische Selbstbestimmung ist daher nur denkbar als Selbstbestimmung des Volkes und nicht als Selbstbestimmung des Individuums. Hiervon ausgehend kann die Legitimation der europäischen Verfassung nur auf der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes beruhen und die Frage ist dann, welches Volk ist das, sind es die Staatsvölker der Mitgliedstaaten oder ist es ein europäisches Gemeinschaftsvolk. Bezogen auf die vorhandene europäische Verfassung können es nur die Staatsvölker der Mitgliedstaaten sein. Das ergibt sich einfach aus dem Zustandekommen der Verfassung, des primären Gemeinschaftsrechts, das auf Verträgen beruht, die die Mitgliedstaaten geschlossen haben, und sofern nicht einzelne Staatsvölker durch Volksabstimmung am Zustandekommen dieser Verträge beteiligt waren, ist die Legitimation auf das jeweilige Volk zurückzuführen, durch die Legitimationsketten, die das jeweilige nationale Verfassungsrecht begründet einschließlich der Öffnungsklauseln, die die nationalen Verfassungen für die europäische Integration enthalten. Grund und Grenze der europäischen Verfassung sind also de lege lata legitimatorisch betrachtet die mitgliedstaatlichen Verfassungen, Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt also die mitgliedstaatlichen Völker. Das kann in Zukunft anders werden. Das wäre dann anders, wenn wir zu einer europäischen Verfassung kämen aufgrund der Entscheidung des europäischen Volkes. Dann hätten wir ein anderes Subjekt der verfassunggebenden Gewalt. Das wäre ein völlig neuer Akt der Verfassunggebung. Wenn man das will, wie das im politischen Raum ja gelegentlich gefordert wird, muß man sich über die Konsequenzen Klarheit verschaffen. Eine Konsequenz könnte sein, daß dieses andere Subjekt der verfassunggebenden Gewalt nicht mehr gebunden wäre an den Rechtsrahmen der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassung. Deshalb müßte man prüfen, ob ein solcher Akt mit der jeweiligen nationalen Verfassung zu vereinbaren ist.

Sieckmann: Ich möchte zu einem Punkt Stellung nehmen, der bisher nur am Rande diskutiert wurde, nämlich dem einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Ich meine, man kann durchaus sinnvoll von einer europäischen Verfassung sprechen, aber Verfassung, in dem Sinne, wie wir es heute verstehen, ist ja in ihrer Bedeutung ganz wesentlich dadurch geprägt, daß wir auch eine Verfassungsgerichtsbarkeit haben, die sie durchsetzt. Also müssen wir fragen, welche Institutionen sollen denn die Verfassung anwenden. Damit ergibt sich die Frage, brauchen wir vielleicht ein europäisches Verfassungsgericht oder ein Verfassungsgericht der Europäischen Union? Man könnte meinen, der Europäische Gerichtshof ist doch eine Art Verfassungsgericht, aber die Frage ist, ob der Europäische Gerichtshof hinreichend neutral ist. In

den Vorträgen ist ja ganz deutlich geworden, daß wir einen ungelösten Verfassungskonflikt in der Europäischen Union haben, zwischen der Europäischen Union selbst und den Mitgliedstaaten. Auf der einen Seite wird für die EG-Rechtsordnung Autonomie in Anspruch genommen und ein Anwendungsvorrang für das EG-Recht. Dafür gibt es auch gute Gründe, Integration, Effektivität der europäischen Politik. Aber auf der anderen Seite ist Ausgangspunkt der demokratischen Legitimation der Mitgliedstaat, und die Verfassungen der Mitgliedstaaten sichern in erster Linie Demokratie und Grundrechte, zumindest derzeit noch besser als die Europäische Union. Wir können also einen Ausbau der Europäischen Union derzeit nur unter Einbußen an Demokratie und Grundrechtsschutz erreichen. Das führt zu Problemen, die ja durchaus anerkannt sind, etwa in verfassungsrechtlichen Struktursicherungsklauseln, im EG-Vertrag durch Forderungen wie Kooperationsgebot und Rücksichtnahmegebot, aber das sind natürlich alles sehr vage Grundsätze und Forderungen, die einen Verfassungskonflikt in der Europäischen Union nicht ausschließen. Wer soll in diesem Konflikt entscheiden? Mir scheint, daß hier der Europäische Gerichtshof, wenn er sich nach seiner Funktion und seinem Verständnis als Motor der europäischen Integration sieht, nicht neutral ist. Natürlich können auch die nationalen Verfassungsgerichte nicht in diesem Konflikt entscheiden. So meine ich, brauchen wir eine neutrale Instanz in Form eines Verfassungsgerichts der Europäischen Union, was genau in dieser Konfliktlage unparteiisch entscheiden muß, so daß wir eben nicht einen ungelösten Konflikt haben, der nur nach politischen Machtverhältnissen entschieden werden kann, sondern daß wir diesen Konflikt auch verrechtlichen können.

Meyer: Herr *Huber*, in These 18 vertreten Sie indirekt die Behauptung, eine Parlamentarisierung des Regierungssystems in der Union sei verfassungsrechtlich unzulässig. Ich frage Sie, wie Sie das vereinbaren wollen mit Art. 23 der geltenden deutschen Verfassung? In Satz 1 steht, daß wir verpflichtet sind, dafür zu sorgen, daß die Union selbst demokratisch organisiert ist. Für das Regierungssystem gibt es aber keinen adäquateren Ausdruck als eine parlamentarische Regierung.

Häberle: Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen. Ich habe darum gebeten, meine Wortmeldung ganz am Schluß zu plazieren. Dies liegt dann nahe, wenn man wie ich heute das Glück hat, daß einer der Referenten einmal der eigene Habilitand war. Und ich stimme auch all denen zu, die alle vier Referate gleichermaßen gerühmt haben. In aller Kürze nur drei Fußnoten: *Erstens*: Große Zustimmung zu Herrn *Gra-*

benwater, weil er von vornherein in der vollen Breite und Tiefe das Verfassungsrecht von Europa im weiteren Sinne einbezogen hat, vor allem die EMRK. Sie ist schon ein Stück europäischer Teilverfassung. Sie wird in der Schweiz im Gegensatz zu Deutschland schon auf Verfassungsstufe praktiziert und gelebt, der EGMR ist ein europäisches Verfassungsgericht. Im übrigen können wir von der „Werkstatt Schweiz" viel lernen: im Blick auf das, was sich in einem langgezogenen europäischen Verfassungsprozeß entwickeln könnte, ich empfehle immer die Feindurchstrukturierung der Volks- und anderen Grundrechte sowie den mehrsprachigen Föderalismus. Übrigens als Nachtrag zu gestern: Tu felix Helvetia! Die nationale Staatsrechtslehre der Schweiz erwies sich, von einigen Randerscheinungen abgesehen, als gegen die Degeneration der Rechts- und Verfassungsidee wie in Deutschland und Österreich gefeit. Ein *Nawiasky* wurde in St. Gallen 1933 aufgenommen!- *Zweitens*: Ich bin besonders glücklich, wie in unserer Vereinigung, gerade auch seit dem Vorstand *Starck* und soeben im Votum *Weber*, jetzt die vergleichende Dimension im Verfassungsrecht stärker praktiziert wird. Trefflich haben die Referenten *Pernice* und *Huber*, selbstverständlich und fast lässig, mit leichter Hand mindestens punktuell die verschiedenen nationalen Staatsrechtslehren in Italien, Irland, Griechenland usw. befragt, auch die vielen nationalen Verfassungsgerichte. Auch sind die unterschiedlichen Verfassungs- und Staatsverständnisse einzubeziehen, etwa das Republikverständnis Frankreichs und der Parlamentarismus Großbritanniens. Wir sollten uns hüten, das europäische Verfassungsrecht primär oder gar ausschließlich von der nationalen deutschen Staatsrechtslehre her zu schreiben. Im übrigen staune ich über die reiche empirische Ausbeute im Referat von Frau *Lübbe-Wolff*, offenbar lernt man so etwas in Bielefeld, ganz locker, ja flott, topisch argumentierte sie.- *Drittens*: eine letzte Frage zur Causa Österreich, worauf leider keiner der Referenten einging. Ist diese Frage vielleicht unerlaubt – Herr *Frowein*, unser Vorsitzender und einer der „Drei Weisen" von 2000? Ich bin der Meinung, daß die Art und Weise des kollektiven Boykotts der 14 EU-Staaten gegen Österreich ein Verstoß gegen EU-Recht war. Dieses sieht den Mechanismus der Art. 6 bzw. 7 EUV vor. Sie sind nach herkömmlicher Juristenkunst eine abschließende Regelung des Problems, ein anderes Verfahren gibt es im Umkehrschluß noch nicht. Das wurde umgangen. Auch gab es kein faires rechtsstaatliches Verfahren der vorherigen Anhörung Österreichs, das quasi-föderale Gebot der Rücksichtnahme wurde verletzt. Das einzig Positive sehe ich darin, daß die kurzfristig entstandene „Skandalöffentlichkeit" in Europa die Sensibilität für die europäischen Werte erhöht hat, zu denen freilich auch die demokratische Selbstbestimmung der Mitgliedsländer gehört. Kurz:

Das Verhalten der 14 verletzte das europäische Verfassungsrecht in Geist und Buchstaben.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr *Häberle*. Am Ende unserer Aussprachen stehen traditionell die Schlußworte der Referenten, um die ich in umgekehrter Reihenfolge der Berichte zunächst Herrn *Grabenwarter* bitten darf.

Grabenwarter: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, ich habe auf fünf Diskussionsbemerkungen einzugehen. Ich möchte mit der schwierigsten Frage beginnen, die Herr *Rengeling* aufgeworfen hat, nämlich mit der Frage nach dem Anwendungsbereich der Charta. Mit letzter Sicherheit kann ich die Frage zwar nicht beantworten, ich denke aber, daß eines ganz klar wird: Die Charta knüpft in ihrem Art. 51 an die Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte an, wenn dort von der Durchführung des Rechts der Union die Rede ist. Dieser Begriff findet sich erst jüngst in ganz verwandter Form in einem Urteil des EuGH vom 13. April diesen Jahres, in dem im selben Zusammenhang von der „Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen" die Rede ist. Damit ist aber noch keine Antwort auf den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte gegeben. Die Probleme sind hier vielfältig und noch keineswegs gelöst. Sie beginnen bei den Schutzpflichten, Herr *Rengeling*, Sie haben ja auf die Gemüsekrawalle in Frankreich hingewiesen. Die Frage, die sich hier vor allem stellt, ist: Was ist eine Regelung „im Bereich" der Grundfreiheiten? Hier braucht man aber nicht erst die Schutzpflichten zu bemühen, auch bei eingreifenden Regelungen stellt sich dieselbe Problematik. Bei aller Unsicherheit meine ich, daß die Charta keine Abweichung vom Stand der Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte schaffen sollte, das geht auch aus der Entstehungsgeschichte recht deutlich hervor.

Nun zu den Fragen, die das Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und EMRK betreffen. Zunächst zu Ihrer Frage, Herr *Hilf*: Was soll der EuGH tun, wenn er in seiner Rechtsprechung zur Charta auf ein Problem stößt und keine Antwort in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte findet? Rechtlich wird er in Auslegung der EMRK den europäischen Standard der 41 Mitgliedstaaten der EMRK suchen und dort die Lösung finden. Praktisch aber glaube ich, daß das Gewicht des EuGH erheblich steigen wird, wenn er die Charta-Rechte explizit in ihrer Ausprägung und mit dem Inhalt, den sie in der EMRK gefunden haben, anwendet. Ich verweise in diesem Zusammenhang auf ein Beispiel, das schon jetzt zeigt, welchen Einfluß das Gemeinschaftsrecht bei der Bestimmung des europäischen Stan-

dards haben kann. Bei der Frage, ob in beamtenrechtlichen Streitigkeiten die Gerichtsgarantie des Art. 6 EMRK anwendbar ist, hat der EGMR seine bisherige Judikatur erst jüngst verlassen, einen funktionellen Ansatz gewählt und dafür unter anderem die Ausnahme von der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Tätigkeiten im öffentlichen Dienst in Art. 39 Abs. 4 EG herangezogen. Das zeigt, daß der faktische Einfluß heute schon erheblich ist. Man muß in diesem Zusammenhang auch bedenken, daß zu erwarten steht, daß es nicht bei 15 Mitgliedstaaten der EU bleiben wird und daß die Differenz zwischen deren Zahl und der Zahl der Mitgliedstaaten der EMRK geringer werden wird.

Ich komme damit zu den beiden Bemerkungen von Herrn *Klein*, die mich betreffen. Zur ersten Frage, welche Zusatzprotokolle der EMRK in Art. 6 Abs. 2 EU bezogen sind, meine ich, daß man ein historisches und zwei systematische Argumente dafür anführen kann, daß hier tatsächlich nur das mit umfaßt ist, was alle Mitgliedstaaten der Union ratifiziert haben. Wenn wir uns an die ersten Erwähnungen der EMRK in den Entscheidungen des EuGH zurückerinnern, dann zeigt sich, daß der EuGH in der Tat erst auf die EMRK Bezug genommen hat, als alle damaligen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften die EMRK ratifiziert hatten, also unmittelbar nach der Ratifikation der EMRK durch Frankreich. In systematischer Sicht meine ich erstens, daß die Gleichstellung von EMRK und Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ein Argument dafür ist, daß in Art. 6 Abs. 2 EU nur das enthalten ist, was sich aus *allen* mitgliedstaatlichen Überlieferungen ergibt, sei es aus den Verfassungen, sei es aus der völkerrechtlichen Bindung im Rahmen der EMRK. Als zweite systematische Erwägung läßt sich die Bedeutung der Erklärung Nr. 1 zur Regierungskonferenz in Amsterdam betreffend die Abschaffung der Todesstrafe anführen. Unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 2 EU wird auf den hohen, aber nicht vollkommenen Ratifikationsstand des 6. Zusatzprotokolls zur EMRK in Bezug auf die Mitglieder der EMRK hingewiesen. Wenn, so frage ich mich, die Abschaffung der Todesstrafe nach dem 6. Zusatzprotokoll in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 EU bereits vor der Ratifikation durch alle Mitglieder der Union geschuldet war, warum wurde dann noch auf den Ratifikationsstand hingewiesen, mit der impliziten Aufforderung, daß doch auch Belgien, Griechenland und Großbritannien ratifizieren mögen?

Ich stimme Ihnen dann völlig zu, Herr *Klein*, in Ihrer Einschätzung des Falls DSR Senator Lines, der die Konventionskonformität einer vom EuGH geforderten Bankgarantie in der Höhe von mehr als 13 Millionen Euro als Voraussetzung für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes betrifft. Natürlich gilt das, was für primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht gilt, grundsätzlich auch für das Handeln des EuGH.

Die Besonderheit des Falls liegt darin, daß erstmals ein Akt des EuGH auf dem Prüfstand der Straßburger Richter steht. Der *Matthews*-Fall betraf mit dem Direktwahlakt einen gemeinschaftlichen Akt der Mitgliedstaaten, für den der EuGH keine Zuständigkeit hat. Ich glaube, daß diese jüngere Entwicklung das Erfordernis deutlich macht, ganz intensiv über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK und über die Schaffung der notwendigen Rahmenbedingungen nachzudenken. Ich weise nur auf zwei Dinge hin, die problematisch sind. Das erste Problem ist ein prozessuales, nämlich die Frage, der Richter welches Mitgliedstaates im Hinblick auf die Vielzahl belangter Mitgliedstaaten ex officio-Mitglied der Kammer im Gericht ist. Dieses Problem läßt sich noch relativ leicht nach der Verfahrensordnung des Gerichtshofes lösen. Schwieriger ist das zweite Problem, das sich bei der Umsetzung der Urteile durch die Mitgliedstaaten stellt: Wie soll das im Fall *Matthews* verurteilte Großbritannien den konventionskonformen Zustand herstellen, wenn die übrigen Mitgliedstaaten nicht mitspielen, liegt doch das konventionsrechtliche Problem im Direktwahlakt begründet?

Meine letzte Bemerkung gilt Ihrer Frage, Herr *Häberle*, nach der Rechtmäßigkeit der Sanktionen gegen Österreich. Ich halte die Sanktionen für europarechtswidrig. Sie sind erstens dem Recht der Europäischen Union zuzuordnen. Dafür gibt es zahlreiche Argumente, ich will nur auf einen bemerkenswerten Umstand hinweisen, der wohl nicht dafür spricht, daß die Sanktionen bilateral waren: Der Präsident des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wurde vom portugiesischen Präsidenten beauftragt, drei Personen für einen Bericht über Österreich vorzuschlagen. Dieser hat dem Auftrag entsprochen, seine Antwort aber – als Folge des Wechsels im Vorsitz des Rates der Europäischen Union zur Jahresmitte – dem Präsidenten der französischen Republik gegeben. Zweitens sehe ich in den Sanktionen einen Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Loyalitätspflichten im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten. Ein Satz noch: Wenn die ganze Sache etwas Gutes gehabt, dann das, daß sie gezeigt hat, daß die Menschenrechtskonvention in Europa unabhängig und selbständig vom Recht der Europäischen Union heute so etwas wie einen Wertekonsens bildet. Das zeigt nicht nur die Vorgehensweise der „Vierzehn" unter Einschaltung des Straßburger Gerichtspräsidenten, sondern auch der Inhalt des Weisenberichts, in dem seine Autoren, ohne dazu angehalten zu sein, die EMRK ganz wesentlich zum Maßstab bei der Beantwortung der gestellten Fragen machten. Danke schön.

Lübbe-Wolff: Herrn *Groß* stimme ich vollinhaltlich zu, ganz mißverstanden fühle ich mich dagegen durch Äußerungen, die in die Rich-

tung gehen, als hätte ich die repräsentative Demokratie mißbilligt. Herr *Rauschning*, das war nicht meine Absicht. Natürlich billige ich die repräsentative Demokratie und halte sie für im Kern unersetzbar. Trotzdem führt kein Weg daran vorbei, daß Umstände, die ich in meinem Referat zu benennen versucht habe, zu wachsenden Funktionsmängeln dieses Legitimationstyps führen, und daß man sich deshalb nach Korrektur- und Ergänzungsmechanismen umsehen muß. Herr *Engel*: Inwiefern bedarf auch die Nichtausübung von Herrschaftsgewalt demokratischer Legitimation? Natürlich bin ich nicht der Auffassung, die Nichtausübung von Herrschaft müsse in genau denselben Verfahrensschritten legitimiert werden wie das Treffen von Maßnahmen, so daß z.B. der Gesetzgeber für jede Maßnahme, die er nicht trifft, auch extra ein Gesetzgebungsverfahren durchführen müßte. In diesem verfahrensbezogenen Sinne ist also die Nichtausübung von Herrschaftsgewalt nicht gleichermaßen legitimationsbedürftig wie die Ausübung. Wohl aber in dem Sinne, daß man als gewählter Repräsentant das, was man nicht tut, genauso zu verantworten hat, wie das, was man tut. Man kann nicht nur für Handlungen, sondern auch für Unterlassungen gewählt und abgewählt werden. Fordere ich, haben Sie weiter gefragt, aktive Zustimmung als eine Voraussetzung dafür, daß ich bereit bin, staatlichen Maßnahmen das Prädikat „demokratisch legitimiert" zu vergeben? Nein, natürlich nicht. Allerdings glaube ich, daß wir ein Demokratieproblem haben, wenn das politische System entwicklungsbedingt dazu tendiert, immer geringere Grade von aktiver Zustimmung zu generieren. Herr *Hilf*, warum kann demokratische Legitimation nicht über verschiedene Legitimationsketten vermittelt werden? Ich will nicht bestreiten, daß es unterschiedliche Mechanismen demokratischer Legitimation geben kann, die man womöglich kombinieren muß; das verstärkt zu tun, habe ich ja selbst empfohlen. Gerade das Modell der repräsentativdemokratischen Legitimationskette hat aber ja seinen End- und Schlußpunkt, der das Modell auch so überzeugend macht, darin, daß die politisch Verantwortlichen für das, was sie getan oder nicht getan haben, am Ende abgewählt werden können. Gerade dieser zentrale, wichtigste Legitimationsmechanismus verträgt aber keine Aufspaltung in mehrere nebeneinander herlaufende Stränge, denn er setzt ja voraus, daß man ein konkretes politisches Zurechnungssubjekt hat, dem man die Verantwortung für das, was entschieden worden ist, zuschreiben kann. Diese Verantwortlichkeit wird durch Duplizierungen eher geschwächt als unterstützt. Zu Frau *Langenfelds* Frage nach den Grenzen der Möglichkeit, das Europäische Parlament zu einem vollwertigen demokratischen Legitimationsorgan zu entwickeln: Ich sehe natürlich ein, daß das Problem, das Sie am Beispiel Luxemburg illustriert haben, eine harte Nuß

ist. Aber die Entwicklungsrichtung wird doch wohl die sein müssen, daß die Stimmengewichte der Bürger Europas im Parlament weiter aufeinander zu bewegt werden. Die Entwicklung sollte dahin gehen, daß das Parlament möglichst repräsentativ zusammengesetzt ist, während der Rat eher die Funktion der Staatenvertretung in einem föderalen System übernimmt, bei der ja eine nichtbevölkerungsproportionale Repräsentanz der Einzelstaaten allgemein üblich ist. Dieses Modell muß auch keineswegs auf einen europäischen Bundesstaat hinauslaufen. Hier werden oft zwei verschiedene Dimensionen der Integration verwechselt. Man kann die Integration vertiefen in dem Sinne, daß man da, wo Kompetenzen vergemeinschaftet sind, eine demokratischere Form der Wahrnehmung dieser Kompetenzen vorsieht. Das bedeutet aber nicht, daß ein in dieser Weise integriertes Institutionengefüge auch dem Umfang seiner Kompetenzen nach Staatsqualität haben muß. Viel problematischer als die ungleichen Stimmengewichte sind aus meiner Sicht die schwachen Rechte des Europäischen Parlaments; hier sehe ich dementsprechend auch den dringlicheren Reformbedarf. Dabei muß dann auch die Stellung der Kommission neu justiert werden. Ich sehe keine Rechtfertigung dafür, daß dem Parlament ein eigenes formelles Initiativrecht fehlt, während das Initiativrecht der Kommission so stark ist, daß im Rat Einstimmigkeit herrschen muß, wenn man von einem Initiativvorschlag der Kommission abweichen will. Daß viele europäische Gesetzgebungsakte bis heute ganz ohne Mitwirkung des Parlaments zustande kommen, und daß es sogar Richtlinien – nicht nur Durchführungsrichtlinien – gibt, die selbst ohne Mitwirkung des Rates allein von der Kommission erlassen werden, – das sind doch Merkwürdigkeiten, bei denen man sich fragt, ob es wirklich noch Gründe gibt, damit einverstanden zu sein. Ich sehe solche Gründe nicht. Der letzte Punkt, auf den ich eingehen möchte, sind die von Herrn *Winter* in die Diskussion eingeführten Stichworte: Netzwerkanalyse, Mehrebenensystem. Ich bekenne mich schuldig, davon nicht gesprochen zu haben, und finde den Gebrauch, den die Politikwissenschaft von diesen Begriffen macht, oft auch wenig überzeugend. Da hat man nun gesehen, daß auf der europäischen Ebene alles nicht so läuft, wie wir das von der staatlichen Ebene gewohnt sind, man hat sich angesehen, wie es denn tatsächlich läuft, und da ist man auf alle diese Ausschüsse und sonstigen Gremien und die damit verbundenen diffusen Kommunikationsbeziehungen gekommen und hat das Vorgefundene auf den Begriff des Netzwerks gebracht. Das ist ja auch alles ganz schön und gut, aber doch kein Grund, mit dem Vorgefundenen zufrieden zu sein. Nur weil man jetzt ein schönes neues Wort dafür hat, muß man das, was dieses Wort bezeichnet, ja noch nicht als eine neue Form der Demokratie begreifen. Mit der For-

derung, „Netzwerkanalyse" zu betreiben, bin ich völlig einverstanden. Nach allem, was ich bisher an Netzwerkanalyse betrieben bzw. an Literatur dazu konsumiert habe, gibt es aber keinen Anlaß, das europäische Netzwerkwesen sozusagen als die europäische Variante der Demokratie zu akzeptieren.

Huber: Ich möchte anfangen mit dem Beitrag von Herrn *Mußgnug*, der den Deutschen Bund vermißt hat. Ich fände eigentlich eher, daß die Staatsrechtsdiskussion des Kaiserreichs und ihre Genese Erklärungsbeispiele auch für unseren heutigen Gegenstand bieten kann. Das hat etwa Herr *Oeter* in seinem schönen Aufsatz von 1995 eindrücklich belegt. Dann stellt sich natürlich die Frage, worin sich diese damalige Situation von der heutigen unterscheidet und wodurch sie sich von der Situation abhebt, die im Deutschen Bund, vor der Reichsgründung, bestanden hat. Hier ist, Herr *Zuleeg*, ein wesentlicher Unterschied sicher der Durchgriff auf den Einzelnen, den Sie zu Recht betont haben. Im Begriff des Staaten*ver*bundes ist es die Silbe „ver", die dieses Spezifikum zum Ausdruck bringt, und ich habe dies auch in meinem Vortrag – übrigens unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung – deutlich gemacht. Herr *Denninger* hat die Verabschiedung des Souveränitätsbegriffs erhofft, in bester kelsenianischer Tradition, der insoweit vom Gorgonenhaupt der Macht gesprochen hat, wenn ich mich richtig erinnere. Nun, die staatliche Souveränität ist durchaus teilbar und kann deshalb auch auf verschiedene Träger öffentlicher Gewalt verteilt werden. Deshalb können wir auch mit Blick auf die Union von einer „geteilten Souveränität" sprechen, bei der – Herr *Streinz* – auch die Regionen nicht unter den Tisch fallen müssen. Denn hinter der Souveränität des Staates steht die des Volkes, die Volkssouveränität, letztlich der Einzelne, auf den es Herrn *Pernice* und auch mir ankommt. Dieser ist natürlich unteilbarer Träger für die Legitimation aller öffentlichen Gewalt. Herr *Badura* und Herr *Herdegen* haben noch einmal ein Plädoyer für die Autonomiethese gehalten und gesagt, es würde keinen Sinn mehr machen, diese zu verabschieden, weil sie sich letztlich eben doch etabliert habe oder jedenfalls überzeugend sei. Ich habe versucht, in meinem Referat deutlich zu machen, daß es immer Widerstand gegen die Autonomiethese gegeben hat, nicht nur in Deutschland, sondern in allen Mitgliedstaaten. Da können Sie alle Verfassungsordnungen Revue passieren lassen. Wir haben gesehen – Herr *Streinz* hat darauf hingewiesen –, wie die Vorschriften des dänischen Verfassungsrechts die Einführung des Euros letzte Woche verhindert haben und wie das vor sechs Jahren bei dem Volksentscheid über den Maastricht-Vertrag der Fall gewesen ist, und ich habe auf den Ratifikationsvorbehalt hingewiesen. Das sind Fakten,

es sind textlich verankerte Wertentscheidungen, in denen das Unionsrecht, meine ich, selbst dieser These den Boden entzieht. Der tragende Gesichtspunkt dabei ist natürlich die Rolle der demokratischen Legitimation in diesem Konzept. Wo bleibt die Rückkoppelung zu der Bevölkerung, wenn die Verträge – einmal entstanden – nicht mehr zurückgeholt und korrigiert werden können, was ja wohl die Autonomiethese impliziert? Fragt man sich mit Herrn *Griller*, ob man sie überhaupt braucht, dann habe ich relativ deutlich gemacht, daß wir auch ohne sie zu (fast) denselben Ergebnissen kommen können – mit dem Vorbehalt des ultra-vires-Handelns und der (theoretischen) Austrittsmöglichkeit. Herr *Preuß* und Herr *Dörr* haben gefragt, wie es mit den „Herren der Verträge" und der Verfassungsautonomie bestellt sei. Hier zeigt ein Blick in die Verträge, in den Art. 48 EU und in die Vertragspraxis, daß die Mitgliedstaaten zwar an dieses Verfahren gebunden und insofern nicht frei sind – da stimme ich Herrn *Nicolaysen* natürlich zu –, daß sie im übrigen jedoch die Verfassungshoheit in der Union besitzen. Das schließt es aus, Herr *Häberle*, daß man jenseits dieser vertraglichen Vorgaben noch auf die herkömmlichen Instrumente des Völkerrechts zurückgreift. Sanktionen bilateraler Natur, wie sie gegen Österreich ergriffen worden sind, da schließe ich mich Herrn *Grabenwarter* an, sind, zumal wenn die Verträge ausdrückliche Vorschriften wie im Art. 7 EU enthalten, mit dieser Verfassungsordnung nicht vereinbar. Herr *Steiger* hat gefragt, ob „mein" Verfassungsverbund nun komplementär oder konträr zu dem von Herrn *Pernice* sei. Ich würde sagen, das kommt darauf an. Und zwar auf folgendes: Wenn Herr *Pernice* sagt, es gehe nicht um Über- und Unterordnung, sondern um dauerhafte Koppelung, dann bin ich dabei, allerdings auf der Basis, daß alle 15 Mitgliedstaaten im Unionsrecht eine gemeinsame Teilverfassung besitzen und daß wir in der Union letzten Endes eine einheitliche europäische Verfassungsordnung haben, die aus 16 (Teil-)Verfassungsordnungen aufgrund von 15 verschiedenen „Grundnormen" existiert. Diese Konstruktion ist auch verfassungsrechtlich abgesichert und kann aufgrund einer politischen Entscheidung der Mitgliedstaaten morgen auch nicht ohne weiteres zurückgenommen werden. Sie ist gesichert, Herr *Zuleeg*, durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 GG, der die Lösung aus der EU verbietet, sowie ähnliche Vorgaben in Frankreich, Portugal, Österreich etc. Und sie wird auch durch das Unionsrecht begrenzt. Wenn Herr *Pernice* mit seiner Konzeption aber die Überordnung des europäischen Verfassungsrechts meinen sollte, dann sind wir natürlich konträrer Auffassung. Die Konsequenz für die Kompetenzfrage, die von den Herren *Herdegen*, *Funk* und *Breuer* angesprochen worden ist, ist natürlich, daß die Mitgliedstaaten auf der Grundlage ihres Rechtsan-

wendungsbefehls und seiner verfassungsrechtlichen Steuerung auch die Möglichkeit besitzen, ultra-vires-Handeln der EU aufgrund nationaler Entscheidungen zu korrigieren. Das ist gar nicht so ketzerisch, wie sich das vielleicht in manchen Ihrer Ohren anhört. Alle Mitgliedstaaten, ich habe es ja in meinem Referat aufgelistet, sehen das als (hypothetische) Möglichkeit in ihrem (Verfassungs-)Recht so vor. Auch Herr *Everling*, Herr *Hirsch* und Herr *Rodrigues Iglesias* erkennen an, daß es natürlich einen – Herr *Pernice* sagt – Notvorbehalt der Mitgliedstaaten bei eklatanten Verletzungen oder Überschreitungen des Integrationsprogramms auch aus unionaler Sicht gibt. So gesehen sind wir, wenn man die Suprematiethese außen vor läßt, nicht soweit auseinander. Was die Kompetenzordnung oder einen Kompetenzkatalog für die EU angeht, bin ich skeptisch. Ich verstehe die Bedürfnisse und das Anliegen. Andererseits habe ich nicht den Eindruck, daß die ausgefeilten Kompetenzkataloge der Art. 73 ff. GG die Unitarisierung der Bundesrepublik Deutschland wirklich gebremst hätten. Für die EU würde es einen grundlegenden Systemwechsel bedeuten, der, glaube ich, vielleicht verfassungspolitisch wünschbar wäre, mir aber auf jeden Fall unrealistisch erscheint. Deshalb würde ich mit Herrn *Schwarze* eigentlich eher restriktive Formulierungen der Gemeinschaftskompetenzen favorisieren, wie sie sich seit Maastricht in mehreren Vertragsartikeln finden, z.B. „unter Ausschluß jeder Harmonisierung", oder verfahrensrechtliche Vorkehrungen, auch einen Subsidiaritätsbeirat, den Herr *Pernice* in seiner Berliner Antrittsvorlesung vorgeschlagen hat. Zur demokratischen Legitimation: Auch bei mir steht, wie gesagt, der Einzelne im Mittelpunkt, ist weder der Staat noch die Union Selbstzweck. Deshalb geht es um den „Input", um die Selbstverwirklichung, die Absicherung der eigenen pursuit of happiness, die letzten Endes durch demokratische Partizipation erreicht werden muß. Das setzt Bedingungen der Gleichheit und der funktionierenden Öffentlichkeit voraus und würde, wenn man Europa als Ganzes zum Bezugsrahmen nähme, Herr *Meyer*, natürlich auch ein parlamentarisches Regierungssystem auf europäischer Ebene tragen. Die Frage, ob die Verfassungen der Mitgliedstaaten das zum jetzigen Zeitpunkt zulassen, kann ich aus Zeitgründen wohl nicht mehr ansprechen. Ich meine mit Blick auf Art. 20 GG: nein! Aber das setzte ohnehin voraus, daß die soziologischen und gesellschaftlichen Bedingungen für ein solches Regierungssystem, das allein dem Mehrheitsprinzip folgt, in der Europäischen Union vorhanden wären, daß ein Grundkonsens existierte, der diese Verfahren tragen könnte. Dieser Grundkonsens ist – das ist sozialpsychologisch nachgewiesen – nachweisbar, und das wissen wir alle, es ist von mehreren von Ihnen angesprochen worden, (noch) nicht vorhanden. Solange das nicht der Fall ist, und das hat Herr *Frowein* in

mehreren Arbeiten überzeugend herausgearbeitet, spielt der Konsens für die Legitimation eine zentrale Rolle, und den Konsens können wir nur mit dem Rat erzielen. Weil das so ist, Herr *Groß*, ist meine Konzeption nicht von gestern und auch nicht aus der Vergangenheit, sondern außerordentlich wirklichkeitsnah. Das gilt auch für die Betonung des Einstimmigkeitsprinzips, wenn Sie dieses zahlenmäßig und politisch gewichten.

Pernice: Ich sehe, daß die Zeit recht fortgeschritten ist, deswegen tut es mir leid, ich kann nicht auf alle Beiträge antworten, das erwartet auch niemand. Vielleicht ganz kurz drei Pünktchen. Für mich ist, Herr *Funk*, die Theorie etwas womit ich versuchen will, etwas zu erklären, zu deuten, klarzumachen, auch zu beschreiben, aber dann auch zu bewirken natürlich. Das Hauptinteresse ist, was ich am Schluß des Referats sagte, es geht darum, daß der Bürger merkt, daß Europa und was da passiert, seine Sache ist. Und wenn jemand sagt, die Staaten machen Europa, daher kommt die Legitimation, frage ich mich, wer steckt denn dahinter, wer legitimiert die Staaten und meine Vorstellung ist letztlich, verantwortlich kann nur der Bürger sein. Und ich habe gesagt, sicher, der Bürger wußte nicht viel davon und weiß es vielleicht immer noch nicht. Aber das ist ja das Problem. Daher der Versuch, mit einer Theorie jetzt das zurückzuführen auf den, der allein legitimieren kann, wenn es nicht der Liebe Gott ist. Postnationale Verfassungstheorie nur als Idee, daß es über den Staat hinausgehen soll, aber ich brauche natürlich für die EU den Staat. Sie basiert auf dem Staat und ich will keinen von Ihnen und mir auch nicht den Staat wegnehmen. Aber er ist nicht Ein und Alles, das zeigt die EU. Und wir müssen uns vielleicht daran gewöhnen, daß über diesen Staat hinaus wir auch mitverantworten, was Brüssel entscheidet. Das ist keine Fremdherrschaft, sondern die eigene Herrschaft. Das geht schon wieder viel zu weit, ich möchte nicht auf Autonomie und solche Thesen eingehen, nur was unterscheidet mich vielleicht doch ein klein wenig von Herrn *Huber*? Ich glaube, im Ergebnis nicht sehr viel, aber Verfassungsverbund ist für mich ein System, und ich verstehe Herrn *Huber* so, daß übertrieben gesagt, es 15 Verfassungsverbündchen gibt, jede Verfassung hat noch ihr eigenes europäisches Dach und das kann ich nicht so richtig nachvollziehen. Deswegen sage ich mir lieber, ich verbinde das Ganze zu einem System, wo eine Einheitlichkeit des Rechts gilt. Freilich, Verfassungen der Mitgliedstaaten sind natürlich individuell für jeden Mitgliedstaat gültig. Also das ganze basiert auf 15 Füßchen. So, Grundkonsens; darauf kann ich nicht weiter eingehen. Ein Volk: Ich meine, diese Formel der amerikanischen Verfassung „we are the people" sollte uns zu denken geben, auch die Überlegung von Frau *Lübbe-Wolff*, daß man vielleicht durch einen normativen oder einen

erweiterten Erfolgsbegriff, durch das, was sich schrittweise bildet, zu einem Begriff der Unionsbürgerschaft im Sinne dessen, was wir für einen Staat als Volk bezeichnen, kommen kann, und die sind dann die Legitimationsbasis letztlich für die EU. Die These governments, Netzwerke usw., Frau *Lübbe-Wolff* hat genau das gesagt, viel besser als ich es mir je hätte vorstellen und sagen können, aber vielleicht muß tatsächlich diese Verfassungsdiskussion auch auf diese zusätzlichen Demokratisierungs- und Partizipationselemente verstärkt eingehen. Das Projekt der Kommission ein Weißbuch zur government zu entwickeln, mehr Demokratie zu schaffen in dem Sinne, ist auf dem Wege. Ich hatte das Privileg zu beginnen, ich habe auch das Privileg, das letzte Wort zu haben und möchte es dafür nutzen, daß ich im Namen sicher aller Referenten auch Ihnen allen herzlich danke für die sehr, sehr intensive, interessante Diskussion, die zum Nachdenken und Weiterarbeiten sehr anregt und dann natürlich auch dem Vorstand einen herzlichen Dank für die Wahl dieses Themas, das für mich persönlich gesehen, einfach das beste Thema war, was ich hätte mir vorstellen können. Vielen Dank.

Vorsitzender: Auch ich danke – Ihnen allen für die fruchtbare und weiterführende Diskussion und natürlich speziell den Referenten für ihre Berichte. Die Vorträge und die Aussprache haben gezeigt, daß die Europäisierung des Verfassungsrechts ein großes, ein sehr großes Thema ist. Hier und heute wurden eine Zwischenbilanz vor- und Entwicklungsperspektiven offengelegt. Danach ist die fortschreitende Europäische Integration zu einer dauerhaften Herausforderung nicht nur für das Verwaltungsrecht, sondern – mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung – auch für das Verfassungsrecht geworden. Darauf wird sich die deutsche Staatsrechtslehre künftig stärker als bisher einstellen müssen. Mit dieser Bemerkung schließe ich die Beratung über den ersten Gegenstand unserer Leipziger Tagung.

Anhang

Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Entwurf)

Art. 51 [Anwendungsbereich]

(1) Diese Charta gilt für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung gemäß ihren jeweiligen Zuständigkeiten.

(2) Diese Charta begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Gemeinschaft und für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.

Art. 52 [Tragweite der garantierten Rechte]

(1) Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muß gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

(2) Die Ausübung der durch diese Charta anerkannten Rechte, die in den Gemeinschaftsverträgen oder im Vertrag über die Europäische Union begründet sind, erfolgt im Rahmen der darin festgelegten Bedingungen und Grenzen.

(3) So weit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, daß das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt.

Art. 53 [Schutzniveau]

Keine Bestimmung dieser Charta ist als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der Union und das Völkerrecht sowie durch die internationalen Übereinkommen, bei denen die Union, die Gemeinschaft oder alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, darunter insbesondere die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.

Dritter Beratungsgegenstand:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

1. Bericht von Prof. Dr. *Wolfgang Löwer*, Bonn

Inhalt

		Seite
I.	Einleitung	417
II.	Ausschluß der Erwerbswirtschaftlichkeit des Staates	418
	1. Gemeinwohlgebundenheit und Erwerbswirtschaftlichkeit	418
	2. Erfordernis eines unmittelbaren Gemeinwohlbezugs	420
	3. Stützende positiv-rechtliche Anhalte im Grundgesetz	420
	4. Zwischenergebnis	423
	5. Abhängigkeit staatlichen Wirtschaftens von einem öffentlichen Zweck	424
	6. Vorrang regulierter Privatwirtschaftlichkeit vor staatlicher Marktteilnahme?	427
III.	Formale Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Marktteilnahme	432
IV.	Besondere Probleme der gemeindlichen Wirtschaftsteilnahme	434
	1. Zulässigkeit der Erwerbswirtschaftlichkeit kraft Art. 28 Abs. 2 GG?	434
	2. Konsequenzen der Eingliederung der Gemeinden in den Staat für die Autonomie der Aufgabenwahl	435
	3. Gemeindegebietsübergreifende Versorgungsaktivitäten	436
	4. Öffentlicher Zweck, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit im Gemeindewirtschaftsrecht	438
V.	Steuerungs- und Rechtsformprobleme öffentlicher Unternehmen	440
	1. Rigidität der Konsequenzen des Demokratieprinzips	440
	2. Abmilderungen über den Gedanken funktionsgerechter Organstruktur	443
VI.	Abwehransprüche und Rechtsschutz	444
VII.	Europarechtliche Implikationen	448

I. Einleitung

Sollen wir uns mit der Stadtwerke Leipzig GmbH freuen? Ihr „Wachstumspotential für die Zukunft" gewinnt sie unter anderem dadurch, daß sie „verschiedene Vorhaben" in China, Aserbaidschan, der Mongolei, Polen und Tschechien angeschoben hat. Einzelheiten möchte der Vorstand der Öffentlichkeit gegenüber noch nicht nennen[1]. Ein kommunales Unternehmen „schiebt" etwas der Öffentlichkeit Unbekanntes in der Mongolei an mit Wachstumspotential für die Zukunft!

Die Beispiele lassen sich fast beliebig vermehren: Beteiligung der Stadtwerke und der Sparkasse Köln an dem Fernsehsender VOX[2], der Aufbau kommunaler Telekommunikationsdienstleister[3], die Errichtung eines Multi-Media-Parkes des Zweiten Deutschen Fernsehens[4], die Altautoverwertung durch ein kommunales Unternehmen[5], das kommunale Angebot von Grün-Dienstleistungen an Private usw.[6] Für die Landes- und Bundesebene sind expansive Tendenzen bei der wirtschaftlichen Betätigung gegenwärtig weniger zu beobachten. Hier stehen in der aktuellen Diskussion gemeinschaftsrechtliche Überformungen von traditionell vorfindlichen Unternehmen im Vordergrund, aber auch Strukturprobleme politischer Kontrolle (Stichwort: WestLB)[7].

Wie aus den Beispielen[8] ersichtlich verstehe ich das Thema als Frage nach Inhalt und Grenzen der Wirtschaftssubjektivität des Staates als

---

[1] FAZ vom 6. Juli 2000 Nr. 154, S. 23.

[2] Zum ‚Vox-Engagement' der Kölner Stadtwerke s. *Ehlers* Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, 497 (503) sowie *Held* Ist das kommunale Wirtschaftsrecht noch zeitgemäß, WiVerw 1998, 264 (274).

[3] S dazu die Hinweise bei *Held* in: Held u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, § 107 GO Anm. 10 sowie die Hinweise bei *Löwer* Der Fall Gelsengrün, 1997, 46f.

[4] S dazu LG Mainz, AfP 2000, 482; dazu *C. E. Eberer*, in: Fs. f. W. Rudolf, 2001, S. 99.

[5] S zuerst LG Wuppertal, DVBl. 1999, 939, aufgehoben von OLG Düsseldorf, vom 28. Oktober 1999 – 2 U 7/99 – (n. rkr.).

[6] S dazu OLG Hamm, NJW 1998, 3504 m. Anm. *Tettinger* = JuS 1991, 191 (Emmerich) = JZ 1998, 576 m. Anm. *Martin Müller.*

[7] LTNRW Drucks 17/470: Zwischenbericht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses IV betreffend: „Benutzung von eigenem oder gecharterten Flugzeugen der WestLB"; s. dazu auch *Löwer* Hybris gegenüber dem Parlament und dem Recht, FAZ, v. 13.3.2000 (Nr. 61/200), 12.

[8] S außerdem OLG München, Urteil v. 20. April 2000 – 6 U 4072/99: Erfolgreiche Abwehrklage eines Elektrohandwerkers gegen den Versuch der Münchener Stadtwerke (GmbH) z.B. auf dem Oktoberfest selbst die Elektroinstallationen für die Marktstände vornehmen zu wollen; weit. Hinw. bei *W. B. Schünemann* Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit, in: Stober/Vogel (Hrsg.), Wirtschaftliche Betäti-

Frage nach seiner eigenwirtschaftlichen Betätigung im Sinne der bekannten *Popitz*'schen Formel[9]. Die wichtigsten ökonomischen Wettbewerbsschübe sind im übrigen in diesem Zusammenhang dadurch ausgelöst, daß die monopolistisch strukturierten Daseinsvorsorgeunternehmen nationalen Zuschnitts ihre Leistungen grenzüberschreitend anbieten wollen. Hier ist die Entwicklung auf den Energieversorgungs- und Telekommunikationsmärkten[10] beispielgebend.

II. Ausschluß der Erwerbswirtschaftlichkeit des Staates

1. Gemeinwohlgebundenheit und Erwerbswirtschaftlichkeit

Eine Aussage gilt für die wirtschaftliche Betätigung des Staates, in welcher organisatorischer Gestalt sie auch immer anzutreffen ist: Eine Betätigung nur um des Erwerbszwecks willen, nur um des Gewinnes willen ist verfassungsrechtlich unzulässig – trotz der Allzuständigkeit des Staates.[11] Diese Allzuständigkeit in der Aufgabenwahl ist nämlich nicht frei von verfassungsrechtlichen Bindungen. Diese folgen aus den unterschiedlichen Baugesetzen der Staatlichkeit auf der einen Seite[12] und der Individuen in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit auf der anderen Seite: Dem Staat ist das Prinzip ‚Freiheit' vorenthalten; er ist kon-

---

gung der öffentlichen Hand, 1999, 41 ff. in Fn. 2–19; s. auch die Studie von Markus Heintzen, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, 1998.

[9] *Popitz* Gutachten, erstattet der Studiengesellschaft für den Finanzausgleich, Berlin 1932, 49: Konkurrenzwirtschaft des Staates solle vorliegen, wenn es um Leistungsangebote gehe, die „ihrer Art nach auch durch Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung in den allgemeinen Verkehr gebracht zu werden pflegen."

[10] S dazu *Lukes* Energierecht, in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, Teil M sowie etwa für das Postrecht *v. Danwitz* in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2000, EuGrdl. (79 ff.).

[11] Diese Sicht entspricht der h.L. in der Lit.: s. etwa *Hidien* Gemeindl. Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und öff. Zweck kommunaler wirtschaftl. Unternehmen, 1981, 138 ff.; *Burmeister* Selbstverwaltungsgarantie und wirtschaftliche Betätigung, in: Püttner (Hrsg.), HdBKommWissPrax V, 2. Aufl. 1984, 3 (42 f.); *Scholz* in: Maunz-Dürig, GG, Art. 12 Rn 403; *v. Arnim* Rechtsfragen der Privatisierung (Karl-Bräuer-Institut des Bundes der Steuerzahler 82), 1995, 73; *Löwer* (Fn. 3) 64; *Ronellenfitsch* Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HStR III, 1988, § 84 Rn 32 ff.; zuletzt umf. mit sorgfältiger Begr. *Hösch* Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, 2000, 62 f.; zusammenfassend *ders* DöV 2000, 393 ff.; w.Nachw. bei *Selmer* Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und Unternehmergrundrechte, in: Stober/Vogel (Hrsg.), Wirtschaftl. Betätigung der öff. Hand, 2000, 75 (88) Fn. 62.

[12] Grundlegend *Isensee* Der Staat 20 (1981) 160 (insbes. 168 f.).

stituiert durch die Pflicht, das gemeine Wohl zu fördern; nur Individuen sind „Freie und Gleiche".

Weil die Einzelnen frei und gleich sind, verhalten sie sich ökonomisch als Wettbewerber, in dem der eine seine Freiheit gegen die Freiheit des anderen durchzusetzen versucht. Das „Entdeckungsverfahren des Marktes" ist nichts anderes als das Verhalten der Einzelnen in Freiheit.[13] Wettbewerb aus der Sicht des Grundgesetzes ist Resultante der Freiheit der Bürger, Güter anzubieten und zu erwerben. Wettbewerb ist also der Wettbewerb unter Privaten. Wettbewerb ist aus der Sicht der Verfassung nicht ein vorgegebenes institutionelles Gebäude (anders im einfachen Recht des GWB, des UWG und im europäischen Gemeinschaftsrecht), das etwa der Regel folgte, jeden Marktteilnehmer zu akzeptieren, der sich wie ein Wettbewerber verhält; Wettbewerb ist vielmehr Ausdruck privater Autonomie. Folgt der Wettbewerb dem Bauprinzip ‚Freiheit', ist er Wettbewerb unter Privaten. Dann ist der Staat kein geborener Mitspieler. Wenn er als Marktteilnehmer auftreten will, ist das Intervention[14] und nur rechtfertigungsfähig aus seinem Bauprinzip, der Kompetenz zur Erfüllung von Staatsaufgaben.

Wegen dieser baugesetzlichen Unterschiedlichkeit ist der Staat nur teilrechtsfähig.[15] Er ist an eine limitierte Zwecklichkeit gekettet trotz seiner Befähigung, sich in eigener Verantwortung diejenigen Aufgaben stellen zu dürfen, die er wegen der zu bewältigenden Lagen für erforderlich hält.[16] Das „Für-Erforderlich-Halten-Dürfen" ist durch die Grundrechte und Schranken der Gemeinwohlbezogenheit begrenzt. Diese Bindung an die objektive Gemeinwohlverpflichtung wird zwar nicht gerade häufig entscheidungsrelevant, aber sie existiert und wird z. B. in dem Verbot eigennützigen und dem Gebot fremdnützigen Amtswalterhandelns auch permanent praktisch. Wann immer der Staat tätig wird, muß er also eine Aufgabe mit Gemeinwohlbezug benennen können. Benennt der Staat als sein Ziel, er wolle Geld durch Marktteilnahme verdienen oder ist er zu anderen Zielformulierungen überzeu-

---

[13] *Hösch* (Fn. 11), 18: „Die Grundrechte konstituieren den Wettbewerb als Koordinationsverfahren und nicht umgekehrt."

[14] Das ist für jene Autoren selbstverständlich, die in der Marktteilnahme des Staates einen Grundrechtseingriff sehen (s. nur *Selmer* [Fn. 11]); das leugnen Autoren, die von einer prinzipiellen Berechtigung des Staates zum Wirtschaften ausgehen; s. z. B. *Hellermann* Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, 208f., der die Bindung kommunalen Wirtschaftens an einen öffentlichen Zweck für einen (allerdings zulässigen) Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie hält; s. auch *Petri* in: Thieme (Hrsg.), NdsGO, Kommentar, 3. Aufl. 1997, § 108 Rn 6.

[15] S nur *Burmeister* (Fn. 11), 44.

[16] S nur *Krüger* Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, 760f.

gend nicht in der Lage, liegt auf der Hand, daß unmittelbar damit keine drittnützigen Interessen gefördert werden.

In Betracht käme zur Rechtfertigung schierer Erwerbswirtschaftlichkeit nur ein mit dem Geldverdienen verbundener instrumenteller (mittelbarer) Gemeinwohlbezug.

2. *Erfordernis eines unmittelbaren Gemeinwohlbezugs*

Warum soll aber ein mittelbarer Gemeinwohlbezug – Einnahmenmehrung für den Staat – nicht ausreichen, um erwerbswirtschaftliche Marktteilnahme des Staates zu legitimieren? Die Antwort liegt auf der Hand: Der Staat würde so um der Finanzierung seiner Aufgaben willen gewinnen, was er nicht hat: Freiheit. Wie das Bundesverfassungsgericht zurecht judiziert, muß dem Staat der Grundrechtsschutz für sein Eigentum vorenthalten bleiben,[17] weil grundrechtlich nicht das Privateigentum sondern das Eigentum Privater geschützt ist. Eigentum in der Hand des Staates ist durch seine Aufgabennützigkeit legitimiert, nicht durch seine Ertragskraft. Die Grundrechte schützen nicht Privatautonomie sondern die Autonomie Privater[18] und weiter ist eben hinzuzufügen, daß Wettbewerb der Wettbewerb Privater ist. Auch aus der Privatrechtsfähigkeit des Staates folgt kein kompetenzbegründender „Wert".[19] Die Marktteilnahme des Staates muß folglich unmittelbar dem Gemeinwohl dienen.

3. *Stützende positiv-rechtliche Anhalte im Grundgesetz*

Dieses Ergebnis wird aus vier weiteren grundgesetzlichen normativ verankerbaren Erwägungen gestützt (es handelt sich also nicht nur um staatstheoretische Argumente):

- Zum einen: Wer für die erwerbswirtschaftliche Marktteilnahme argumentiert, tut das mit dem Evidenzargument, daß eine Erhöhung der Einkünfte doch angesichts der Finanzlage der öffentlichen Körperschaften immer willkommen sein muß.[20] Dagegen spricht, daß die

---

[17] Leitenscheidung BVerfGE 61, 82 (105–109) – Sasbach in Anschluß an BVerfGE 45, 63 (79f.) – Hameln; bestätigt in BVerfGE 75, 192 – Sparkassen.

[18] *Schmidt-Aßmann/Krebs* Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 1988, 77.

[19] S nochmals *Burmeister* (Fn. 11), 42f. und 44.

[20] S etwa *Petri* (Fn. 14) mit der Attitüde des „Warum-denn-eigentlich-nicht?" oder *Cronauge* in: Rehn/Cronauge, GO NW, Kommentar, 2. Aufl. 1996ff.; § 107 Anm. I 3; s. weiter *Otting* DVBl. 1997, 1258 (1260ff.); *Steckert* StT 1996, 281 (282); *Moraing* WiVerw 1998, 233 (252).

Finanzierung solcher Erwerbsaktivitäten ohne Eigenkapital, das aus Steuermitteln stammt, nicht denkbar ist. Steuern werden dem Staat aber nur zum Zwecke der Staatsaufgabenfinanzierung zugewendet und nicht als Finanzanlage. Auch das Bundesverfassungsgericht hat gelegentlich betont, daß die Steuermittel dem Staat zur Verwendung für das gemeine Wohl anvertraut sind[21] – also nicht als Wagniskapital zur Generierung weiterer Einkünfte. Wird das Gewinnziel nämlich nicht erreicht – und das ist bei schierer Marktteilnahme immer ins Kalkül zu ziehen – werden Steuermittel ohne Gemeinwohlförderung verbraucht[22] und es müssen sogar noch Steuermittel zur Verlustdekkung eingesetzt werden, weil der Staat mindestens faktisch sein Unternehmen nicht einfach in Konkurs fallen lassen wird. Der Zweck der Steuer steht der Erwerbswirtschaftlichkeit also entgegen.

- Zum zweiten: Soweit Gewinneinkünfte grundgesetzlich als möglich gedacht sind, ist das normativ vorgesehene Mittel das Finanzmonopol (Art. 105 Abs. 1 Nr. 1 GG). Dieses setzt zwar eine Privatinitiative ausschließende Eigenmarktteilnahme des Staates voraus, stellt sich aber sachlich als besondere Erhebungsform von Verbrauchsteuern dar[23] (so daß übrigens der risikolose positive Ertrag aus dem Monopol auch gesichert ist). Davon abgesehen können neue Finanzmonopole kaum mehr erfolgreich begründet werden, weil sie grundrechtlich aus dem Finanzierungszweck heraus nicht begründungsfähig sind,[24] so daß nur überkommene Finanzmonopole noch fortbestehen können. Diese eigenwirtschaftliche Finanzierung hat also grundgesetzlich keine Zukunft. Auch Art. 110 Abs. 1, 134 und 135 GG sind keine positiv-rechtlichen Gegenargumente: Art. 110 Abs. 1 GG setzt Unternehmen voraus,[25] legitimiert aber nicht bestimmte Unternehmenszwecke; Art. 134 und 135 verteilen 1949 vorhandenes Vermögen, rechtfertigen aber ebenfalls keine Zwecksetzungen staatlichen Handelns.[26]

---

[21] BVerfGE 44, 125 (143) – Öffentlichkeitsarbeit der Regierung.

[22] S etwa die erheblichen Verluste beim Vox-Engagement der Kölner öffentlichen Hand, oben Fn. 2.

[23] Zutr. *Siekmann* in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 105 Abs. 1 Nr. 1 Rn 16; *Heun* in: Dreier (Hrsg.), GG, Band III, 2000, Art. 105 Rn 32.

[24] *Siekmann* wie vor, *Heun* wie vor; *Maunz* in: Maunz-Dürig, GG, Art. 105 Rn 38.

[25] Art. 110 Abs. 1 Satz 1, 2. Hs. GG erlaubt lediglich eine Durchbrechung des Brutto-Prinzips zu Gunsten der Saldierung von Einnahmen und Ausgaben (Nettoveranschlagung) angesichts des schon 1949 vorfindlichen Sondervermögens (1949 z.B.: [Reichs-]Bahn und [Reichs-]Post) und der Bundesbetriebe (1949 z.B.: [Reichs-]Druckerei).

[26] *Gusy* JA 1995, 166 (167).

- Den dritten Beleg liefert Art. 15 GG: Auch hier ist es einigermaßen unstreitig, daß die Kompetenz zur staatlichen Trägerschaft für vergemeinschaftete Unternehmen sachlich limitiert ist.[27] Der Erwerbszweck genügt nicht für die Sozialisierung und das – vergesellschaftete – Unternehmen darf nicht mit der alleinigen Zwecksetzung der Erwerbswirtschaftlichkeit geführt werden.[28] Der Zugriff des Staates auf Erwerbsunternehmen (das sind die sozialisierungsfähigen Unternehmen in privater Hand) ist zwar grundgesetzlich vorgesehen, er ist aber zugleich nach Form und Inhalt durch Art. 15 GG begrenzt. Das bedeutet, daß das Modell der „Wirtschaftsdemokratie" im Sinne der gewerkschaftlichen Programmatik der Weimarer Zeit[29] nicht mehr in den Bahnen der Verfassung fortgedacht werden kann: „Kalte Sozialisierung",[30] wie damals die Gegner des Modells den wachsenden Sektor staatlichen Wirtschaftens genannt haben, ist wegen der Formenstrenge der Verfassung kein zulässiger Einstieg in eine punktuell verstaatlichte Wirtschaft, insbesondere nicht in eine staatliche Erwerbswirtschaft.

  Der Satz von der Offenheit des Grundgesetzes in Fragen der Wirtschaftsverfassung,[31] für den Hauptbeleg die Sozialisierungsbefug-

---

[27] Zur Rechtfertigungslast der Sozialisierung s. *Depenheuer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 4. Aufl. 1999, Art. 15 Rn 39; *Wendt* in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 14 Rn 14.

[28] *Wendt* wie vor, Rn 5; *Depenheuer* wie vor, Rn 16.

[29] S die Programmschrift für den ADGB „Wirtschaftsdemokratie" von *Fritz Naphtali* (in Zusammenarbeit u.a. mit *Fritz Baade, Hugo Sinzheimer, Gustav Warburg*), 1928.

[30] S zum Wachstum der Wirtschaft bis Mitte der 20er Jahre die Denkschrift der Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft: *Sogemeier* Die öff. Hand in der privaten Wirtschaft. Ein Überblick, 1926, mit einer Resolution der Spitzenverbände (im Anhang S. 92ff.); ein Überblick des erzielten Standes kommunaler und staatlicher Wirtschaftsaktivität gibt das von *Walther Pahl* und *Kurt Mendellssohn* im Auftrag der Gewerkschaften bearbeitete „Handbuch der öffentlichen Wirtschaft", 1930. Zum Schlagwort der „Kalten Sozialisierung" s. die Studie von *Carl Böhret*, Aktionen gegen die „kalte Sozialisierung", 1926 bis 1930, 1966. Das Institut für Weltwirtschaft an der Universität Kiel und das Weltwirtschaftsarchiv hatten übrigens unter dem Eindruck der Auseinandersetzung um staatliche Eigenwirtschaft 1926 ein Preisausschreiben veranstaltet mit dem Thema: „Art und Umfang der wirtschaftlichen Betätigung von Reich, Ländern und Kommunen in Deutschland." Mehr als ein 3. Preis konnte allerdings nicht vergeben werden, was beweist, daß das Institut offenbar kein befriedigend lösbares Thema gestellt hatte (s. *Böhret* a.a.O., 92). An diesen Befund hat sich vielleicht bis heute nichts geändert.

[31] BVerfGE 4, 7 (17f.); 7, 377 (400); 50, 290 (336ff.); s. aus der Literatur etwa *Stober* Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 5 I m.w.N.; *Schliesky* Öff. Wirtschaftsrecht, 2000, 16ff.; s. auch *Papier* Soziale Markwirtschaft – ein Begriff ohne

nis[32] ist, der zu den Gemeinplätzen des deutschen Staatsrechts gehört, ist – was für Gemeinplätze meistens gilt –, nicht falsch, aber eben auch zu allgemein.

- Es sei viertens hinzugefügt: Die Finanzverfassung vermittelt die Einsicht, daß das Grundgesetz die Finanzierung der Staatsaufgaben ganz auf die Partizipation am privaten Wirtschaftserfolg setzt, der Staat sich also durch Abgaben finanziert.[33] In dieser Richtung sind auch Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zu lesen,[34] was aber natürlich immer nur Prinzip ist, folglich durchbrechbar.[35] Das spielt aber hier keine Rolle, weil das Prinzip die Idee, der Staat könne um des Gewinnes willen tätig werden, delegitimiert.

  Gelegentlich wird dem entgegengehalten, gerade wenn der Staat sich seine Mittel doch im Wege des Steuereingriffs verschaffen könne, sei auch die Eigenwirtschaft als sozusagen milderes, die Besteuerung partiell vermeidendes Mittel zulässig.[36] Eine solche Argumentation übersieht, daß die Besteuerung auf materiellen Ertrag früherer Freiheitsbetätigung zugreift, während die Marktteilnahme des Staates – je nach Intensität – möglichen Freiheitsgebrauch verdrängt oder behindert. Der suggerierte Erst-recht-Schluß ist folglich brüchig.

4. Zwischenergebnis

In der Unterscheidung von Kompetenz und Freiheit drückt sich auf hohem Abstraktionsniveau verfassungsrechtlich die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aus.[37] Trotz Allzuständigkeit in der Aufga-

---

verfassungsrechtliche Relevanz?, in: Nörr/Starbatty (Hrsg.), Soll und Haben – 50 Jahre soziale Markwirtschaft, 1999, 95ff.

[32] S zu Art. 15 als „Offenhalten alternativer Wirtschaftsformen" *Depenheuer* (Fn. 27), Rn 2.

[33] Grundlegend *Isensee* Steuerstaat als Staatsform, in: Hamburg – Deutschland – Europa. Fs. f. *H.P. Ipsen* 1977, 409ff.; das Argument hat eine gewisse Konjunktur bei der Frage nach den Grenzen staatlicher Eigenwirtschaft: s. die Hinw. bei *Selmer* (Fn. 11), S. 88 m. Fn. 63.

[34] BVerfGE 78, 249 (266f.); 82, 159 (178); 93, 121 (134); 93, 319 (342).

[35] Das „Prinzip" läßt noch Raum zur Erschließung anderer Erwerbsquellen, ohne den Steuerstaat in seiner verfassungskräftigen Substanz zu gefährden (so *Selmer* [Fn. 11], S. 89); ähnlich *Hellermann* [Fn. 14], 154f.).

[36] *Hellermann* (Fn. 14), 154.

[37] Zur Unterscheidung von Staat und Gesellschaft s. grundlegend *Böckenförde* Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, 1973; *Isensee* (Fn. 12); *Mikat* Zur begrifflichen Unterscheidung von

benwahl ist Staatsgewalt limitiert, weil sie im Verhältnis zum Prinzip Freiheit nach dem dem Gemeinwohlprinzip inhärenten Rationalitätsgebot den Aufgabenzugriff rechtfertigen muß. Allzuständigkeit ist nicht Totalität der denkbaren Zwecke. In der Sprache des Bundesverfassungsgerichts: „Das Grundgesetz hat nicht eine virtuell umfassende Staatsgewalt verfaßt, sondern den Zweck des Staates materialiter auf die Wahrung des Gemeinwohls beschränkt, in dessen Mitte Freiheit und soziale Gerechtigkeit stehen".[38]

5. *Abhängigkeit staatlichen Wirtschaftens von einem öffentlichen Zweck*

Mit diesem Zwischenergebnis sind auch die weiteren Konsequenzen schon deutlich:

Mit dem Ausschluß der Erwerbswirtschaftlichkeit als Staatszweck ist der Ertrag einer langen finanzwissenschaftlichen und staatstheoretischen Debatte ein Stück weit verfassungsrechtlich eingefangen.

Für die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (wieder[39]) expandierende Staatstätigkeit (Stichwort: Eisenbahn[40], aber auch Energieversorgung[41]) hatte *Adolph Wagner* als theoretische Richtschnur (soweit nicht weniger etatistische liberale oder durchgreifend sozialistische Positionen vertreten wurden) eine „allgemeine Regel" für die Staatstätigkeit formuliert: „Der Staat hat diejenigen Tätigkeiten zur Befriedigung der Bedürfnisse seiner Angehörigen zu übernehmen, welche weder die Privatwirtschaften (einschließlich der Erwerbsgesellschaften) noch freie Vereine noch andere Zwangsgemeinschaften (öffentliche Selbstverwal-

---

Staat und Gesellschaft und ihrem heutigen ordnungspolitischen Stellenwert (1977), zit. nach dem Wiederabdruck in: *Mikat* Geschichte – Recht – Religion – Politik (Hg. v. Giesen und Ruthe), 1. Band 1984, S. 345f.; s. weiter aus der jüngsten Literatur *DiFabio* VVDStRL 56 (1997), 235 (264, 270, 273ff.); *Kahl* Die Staatsaufsicht, 2000, 366f. m.w.N. in Fn. 118ff.; zur Argumentation aus der Staat-Gesellschaft-Formel für die Grenzen kommunaler Wirtschaftsteilnahme s. z.B. *Kluth* Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, 1988, 23ff.; *Börner* Energie zwischen Staat und Gesellschaft, zit. nach dem Wiederabdruck in: *ders* Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, 2. Band (1977), 401ff.; *Matthiesen* Staatliche Einwirkungen zur Sicherheit der Energieversorgung und ihre Grenzen, 1987, 23f.

[38] BVerfGE 42, 312 (332).

[39] S dazu im Überblick z.B. *Ambrosius* Der Staat als Unternehmer, 1984.

[40] Zur Verstaatlichung der Eisenbahnen s. *Seidenfus* Verkehrswesen, Eisenbahnen, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band III, 1984, § 7, 358ff.

[41] Zur Geschichte der Energieversorgung s. *Löwer* Rechtshistorische Aspekte der deutschen Elektrizitätsversorgung von 1880–1990, in: W. Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, 1992, 167ff.

tungskörper) überhaupt oder welche alle diese nur weniger gut oder mit bedenklichen sozialen oder politischen Folgen oder nur kostspieliger ausüben können."[42]

Nachdem der Staat und insbesondere die Gemeinden in der Weimarer Republik in Sektoren expandierten, die von dieser Regel nicht mehr gedeckt schienen, kam das Stichwort von der „Kalten Sozialisierung"[43] auf, das diesen Befund für die Politik handhabbar polemisch beschrieb. Nicht zuletzt wegen der Verluste für die Gemeindehaushalte (z.B. aus dem Betrieb kommunaler Banken), aber auch zum Schutze des Mittelstandes und des Handwerkes hat in diesem Sektor zunächst das Preußische Gemeindefinanzgesetz 1933[44] unter dem Eindruck des Finanzausgleichs-Gutachtens von *Johannes Popitz*[45] und dann die Deutsche

---

[42] *Wagner* Art.: Staat (in nationalökonomischer Hinsicht), in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., 6. Band, 1901, 940 (950).

[43] S oben die Hinw. in Fn. 30.

[44] PrGS 1933, 442.

[45] *Popitz* Der zukünftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, Berlin 1932. Dieser Zusammenhang mit den breiten Überlegungen zum Verhältnis von Gemeindewirtschaft und Privatwirtschaft am Ende der Weimarer Republik schützt das Gesetz auch davor – entgegen einer jüngst geäußerten unbedachten Meinung (*Pagenkopf* GewArch, 2000, 177 [179]) – als spezifisch nationalsozialistisch abgetan zu werden (zu diesen historischen Zusammenhängen s. etwa schon *Löwer* Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 79ff.). Der damalige Referentenkommentar zu dem Gesetz (*Hettlage/Loschelder/Spielhagen* Gemeindefinanzgesetz, 1934) faßt die Motive (312) wie folgt zusammen: Die Gemeindewirtschaft sei an einengende Vorschriften geknüpft worden, damit weitere unerwünschte Übergriffe auf das Gebiet der freien Wirtschaft in Zukunft unterblieben. Die Gemeinden hätten sich in der Vergangenheit häufig vorgestellt, sie könnten privatwirtschaftlich ebenfalls angebotene Leistungen besser und wirtschaftlicher erfüllen. Die Kommentierung fährt dann fort: „Nachdem in dieser Hinsicht viel Lehrgeld gezahlt worden ist, kommt das Gesetz auf den alten preußischen (in den angelsächsischen Ländern nie verlassenen) Zustand zurück, daß die Gemeinden nur dann als Träger von wirtschaftlichen Unternehmungen auftreten sollen, wenn zuvor geprüft worden ist, ob der gleiche Zweck nicht in anderer Hand ebenso gut oder besser erfüllt werden kann." Das ist die *pragmatische* Summe aus einer intensiven Weimarer Diskussion und nicht die Erfüllung nationalsozialistischer Ideologie. Wenn diese Regelung 1935 fortgeschrieben worden ist, zeigt das nur, daß insoweit die nationalsozialistischen wirtschaftspolitischen Vorstellungen dieser Rezeption nicht entgegenstanden. Es ist unübersehbar, daß außer aus sozialdemokratischer und sozialistischer Sicht wirtschaftspolitischer Handlungsbedarf in Richtung einer Rückführung des staatswirtschaftlichen Engagements in den 20er Jahren konstatiert worden war. (S. aus klassisch liberaler Sicht etwa *von Mises* Die Gemeinwirtschaft, 2. Aufl. 1932, 451ff.; w. Hinw. zur gemäßigter liberaler Position bei *Keller* Die grundsätzlichen Auseinandersetzungen über die kommunale Wirtschaftsbetätigung in der Nachkriegszeit, Diss. rer. pol. Münster, 1936, S. 34ff. [auch unter Hinw. auf entsprechende Gesetzesinitiativen in Preußen in den 20er Jahren]; der Abschnitt in dieser zeitgenössischen

Gemeindeordnung 1935[46] die kommunale wirtschaftliche Betätigung an die Grundsätze der öffentlichen Zwecklichkeit, der Subsidiarität und der Proportionalität gebunden. Das geltende Gemeindewirtschaftsrecht und das staatliche Haushaltsrecht hat die Zweckabhängigkeit[47] ebenfalls ausdrücklich normiert.

Mit dem öffentlichen Zweck wird eine Schranke formuliert, die sich entsprechend dem Ausgeführten unmittelbar aus der Verfassung ergibt, die insofern also auch für den einfachen Gesetzgeber indisponibel ist. Diese Hochzonung des öffentlichen Zwecks als Verfassungsvoraussetzung wirtschaftender staatlicher Tätigkeit ist der erhöhten Wirkkraft der Grundrechte zu danken, die alle Staatsinitiative unter das Gebot stellt, ihren Gemeinwohlförderungszweck benennen zu müssen, weil es immer um die verfassungsgerechte Abgrenzung kompetenzerfüllter Staatlichkeit zum Sektor privater Autonomie geht, also um die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft.[48]

Die Konsequenzen dieses Satzes sind durchaus bedeutsam: Wenn die Aufgabe z.B. der Westdeutschen Landesbank dahingehend beschrieben wird, daß ihr die Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank sowie einer Sparkassenzentralbank obliegen, steht dahinter ein bestimmtes Tätigkeitsprofil, ein öffentlicher Zweck. Wenn sich dem die Feststellung anschließt, sie betreibe bankmäßige Geschäfte aller Art und sonstige Geschäfte, die ihren Aufgaben dienen (§ 38 SpkG NW), so wird damit die Westdeutsche Landesbank gleichwohl rechtlich nicht ertüchtigt, Deutsche, Dresdner oder Commerzbank zu spielen. Die Freisetzung für Bankgeschäfte aller Art gibt ihr nur flankierende Mittel zur Aufgabenerfüllung als Staats- und Kommunalbank in die Hand,[49] die aus guten Gründen den Sparkassen zum Schutze etwaiger Haftungsrisiken für die Gewährträger vorenthalten sind. Insofern fallen normative Lage und faktisches Verhalten bei den Landesbanken (und nicht nur dort) wohl auseinander. Jedenfalls wäre es aufschlußreich, sich das Beteiligungsge-

---

Arbeit über die „Stellung des Nationalsozialismus zu den Regelungen des Gemeindefinanzgesetzes" [76–80] vermag denn auch ein eigenes spezifisch nationalsozialistisches Konzept nicht zu Tage zu fördern).

[46] DGO v. 30. Januar 1935, RGBl. I, 49ff.

[47] S etwa § 65 BHO sowie § 7 BHO; dazu krit. *Osterloh* VVDStRL 54 (1995), 204 (220).

[48] Das erkennen alle jene Autoren implizit an, die in der staatlichen Wirtschaftsaktivität letztlich einen Eingriff in die Berufsfreiheit privater Wirtschaftsteilnehmer sehen (s. zuletzt Peter Selmer [Fn. 11], S. 75 [80f.] m.w.N.).

[49] Zur „Rechtsstellung der Landesbanken" s. die gleichnamige Arbeit von *Dörries* 1988.

schäft etwa der WestLB[50] dahingehend erläutern zu lassen, inwiefern es welche öffentlichen Zwecke flankiert, wenn das Land Nordrhein-Westfalen mittelbar etwa zu einem großen Reiseveranstalter avanciert. Da es auch beim wirtschaftenden Verwalten um die Wahrnehmung von Staatsaufgaben geht, ist z. B. auch der Verwaltungsausgriff solcher juristischer Personen auf das Ausland sub specie ihres Zweckes begründungsbedürftig;[51] da eine Landesbank allzuständige Verbände unterstützt, sind hier Auslandsengagements vielfältigster Art denkbar (und im Gesetz auch vorausgesetzt).[52] Der Rückbezug auf den öffentlichen Zweck muß aber auch hier möglich bleiben. Die Bank muß Gründe für ihr extraterritoriales Engagement angeben können, die jenseits ihrer Gewinnerwartung liegen.

6. *Vorrang regulierter Privatwirtschaftlichkeit vor staatlicher Marktteilnahme?*

Spannend ist die Frage nach weiterem Ertrag dieser Sicht, weil das Gemeinwohl als Zielgröße aus sich heraus keine durchgreifend limitative Wirkung entfalten kann. Es gelingt im demokratischen Verfassungsstaat nicht, eine auch Feinsteuerungskraft entwickelnde Staatsaufgabenlehre[53] zu entwickeln, so daß das Gemeinwohl nicht vorfindlich ist, sondern im Prozeß demokratischer Willensbildung erst formuliert wird.

a) Das schließt es nicht aus, negative – also nicht gemeinwohlfördernde Wirtschaftsmotivationen – im einzelnen Fall identifizieren zu können: Aus der Weimarer Zeit ist das Beispiel bekannt,[54] daß das Reich 1929 die Aktienmajorität an dem Filmhersteller „Emelka Münchener Lichtspiel-Kunst AG" erworben hat, was damals unter anderem damit begründet wurde, daß man angesichts des Kampfes der Reichsregierung gegen bevorstehende Volksbegehren verhindern müsse, daß die Öffentlichkeit durch die Filmwochenschau der sonst monopolistischen Ufa einseitig unterrichtet werde. Ein weiteres Beispiel wäre die Intervention durch Aktienkauf zur Abwehr einer bevorstehenden Übernahme eines deutschen Unternehmens durch ein in der EU domizilierendes ausländisches Unternehmen.

---

[50] Dazu *Dörries* wie vor, 151 ff.

[51] In der Problembeschreibung vorzüglich, in der Sache anderer Ansicht *Hellermann* in: Offene Staatlichkeit. FS Böckenförde, 1995, 277 ff. m.w.N.

[52] *Dörries* (Fn. 49), S. 166 ff.

[53] S *Link* VVDStRL 48, (1990), 7 ff.

[54] S das Beispiel bei *Saitzew* Die öff. Unternehmung der Gegenwart, 1930, 107 f.

Es ist – jedenfalls zuvörderst – Aufgabe der parlamentarischen Willensbildung, die Argumentations- und Darlegungslast für die öffentliche Zweckverfolgung einzufordern. Auch eine etwaige „Begründungslyrik" ist nicht grenzenlos, entlarvt sich über das ihr innewohnende Rationalitätsdefizit leicht selbst und ist in diesem Fall dann sogar für eine Parlamentsmehrheit nicht mehr leicht durchzuhalten, wie der Fall WestLB jüngst verdeutlicht hat.[55]

Grenzenlos niedrig dürfen die Zweckanforderungen im übrigen nicht gesetzt werden. So ist etwa das für die Landesbanken vorgetragene Argument „der Wettbewerbsstimulierung"[56] (für nicht monopolistische Märkte) problematisch, weil sich darin angemaßtes Fremdwissen über ein „richtiges" Wettbewerbsergebnis ausdrückt, das der Staat gar nicht kennen kann.

Die Aufgabenadaption muß positiv gerechtfertigt werden, was dann nicht leicht gelingt, wenn der Staat erstmals für eine bestimmte Aktivität in den Markt eintreten will. Es ist dann darzulegen, welche Mängel eine marktmäßige Versorgung gegenwärtig oder prognostisch aufweist, welche Bedürfnisse denn eigentlich mit dem Markteintritt befriedigt werden sollen (was eine andere Formulierung für den öffentlichen Zweck ist). So sind die Gründe für eine gesetzlich vermutete zulässige Marktteilnahme der Kommunen im Telefondienstleistungssektor jenseits (überzeichneter) Annahmen hoher Gewinnintensität angesichts der vorhandenen Infrastruktur nicht nachvollziehbar, so daß sich die Verfassungsmäßigkeit von § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW nicht von selbst versteht.[57]

b) Die grenzziehende Kraft des öffentlichen Zwecks ist gleichwohl nicht eindrucksvoll, weil sich „vernünftige Gründe" für staatswirtschaftende Aktivitäten durchaus finden lassen; das ist angesichts der Tradition staatlicher gemeinwirtschaftlicher Unternehmen unübersehbar. Diese Aktivitäten haben sich in der Vergangenheit auch zumeist um eine Legitimation jenseits der Gewinnerzielung (gegen die neben dem öffentlichen Zweck nichts einzuwenden ist) bemüht.

---

[55] LT NRW Drucks. 12/4870: Zwischenbericht des Parl. Untersuchungsausschusses IV: WestLB.

[56] *Dörries* (Fn. 49), 159ff. m.w.N.

[57] Das Problem wird im Rahmen des Art. 87f GG schon unter dem Gesichtswinkel einer negativen Kompetenzschranke, die staatlicher, also auch gemeindlicher Aufgabenerfüllung entgegensteht, gesehen (Hinw. zum status controversiae bei *Windthorst* Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, 2000, 203f.; *Müller-Terpitz* NWVBl. 1999, 292 (293f.) sowie *Gersdorf* AfP 1998, 470 (471 m.N. Fn. 12)).

Die Meßlatte der Legitimation könnte indes deutlich höher gelegt sein, wenn hinter dem Zweckerfordernis der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf staatliche Wirtschaftsaktivität anzuwenden wäre, der Staat also auch definierte Gemeinwohlzwecke nur nach Maßgabe der Erforderlichkeit verfolgen dürfte. Dabei sei nochmals daran erinnert, daß der Zweck der Erwerbswirtschaftlichkeit schon als verfassungsrechtlich unzulässig ausgeschieden ist und dieses Ergebnis nicht erst mit Erwägungen der Verhältnismäßigkeit begründet werden muß, die an den volkswirtschaftlichen Effizienzmängeln solcher Eigenwirtschaft anknüpfen könnten[58] und deren institutionenökonomische Mängel man gegen die Zulässigkeit solcher Erwerbswirtschaftlichkeit ins Feld führen könnte.[59]

Die Frage ist dann, ob interventionistisch zweckgebundene wirtschaftende Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben sich dem wirtschaftswissenschaftlich fast geschlossen vorgetragenen Einwand stellen muß, an durchgreifenden Effizienzschwächen zu leiden. Es ist daran zu erinnern, daß beinahe[60] der gesamte wirtschaftswissenschaftliche Sachverstand in Deutschland den grundsätzlichen Abschied von staatlichen Unternehmen empfiehlt (Monopolkommission, Kronberger Kreis, Sachverständigenräte beim Finanz- und Wirtschaftsminister[61]) wegen des „Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen privater und staatlicher Tätigkeit". „Verhältnismäßigkeit heißt dann, daß spezielle staatliche Regulierungen Vorrang haben vor der unmittelbaren Wahrnehmung einer Aufgabe durch den Staat selbst".[62] So hatte es als normative Pflicht auch im Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion gestanden.[63]

---

[58] S dazu statt vieler: *Engel* Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung, in: Henneke, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1997, 145 (151 ff.).

[59] Dieser Einwand hat eine lange Tradition, Nachw. unten in Fn. 70.

[60] S etwa die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Unternehmen, Privatisierungsdogma widerspricht Sozialer Marktwirtschaft (Beiträge zur Öffentlichen Wirtschaft 13), 1994; s. weiter die Beiträge in Thiemeyer (Hrsg.), Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen, 1990.

[61] S die Stellungnahmen der Monopolkommission: VIII. Hauptgutachten 1988/89, Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen, 1990, BT-Drucks. 11/7582 Tz. 66; s. auch das IX. Hauptgutachten, BT-Drucks. 12/3031 Tz. 51 ff.; XI. Hauptgutachten, BT-Drucks. 13/5309, Tz. 105 ff., Tz. 115 i.V.m. Tz. 61 (zur „Rückverstaatlichung" im Telekommunikationssektor); Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesminister für Wirtschaft, Gesamtwirtschaftliche Orientierung bei drohender finanzieller Überforderung (BMWi Schriftenreihe Nr. 78), 1992, Tz. 22; Kronberger Kreis, Privatisierung auch im Westen (Frankfurter Institut für wirtschaftspolitische Forschung 26, Tz. 16).

[62] Formulierung: Kronberger Kreis, wie vor.

[63] S Art. 1 Abs. 2, Art. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 11 i.V.m. dem Gemeinsamen Protokoll über Leitsätze (A II: Wirtschaftsunion); dazu *Schmidt-Preuß* DVBl. 1993, 236; *Badura*

Die Frage des Vorrangs des regulierten Unternehmens vor der Eigenwirtschaft des Staates verweist zurück auf den Beginn der finanzwissenschaftlichen Debatte, soweit sie sich auf die ausdehnende Staatstätigkeit am Ende des 19. Jahrhunderts bezog. *Adolph Wagner* hatte hier in Bezug auf die Eisenbahn als angenommenes natürliches Monopol für die Staatsträgerschaft plädiert,[64] während der österreichische Finanzwissenschaftler *Emil Sax* speziell für die Eisenbahn, aber verallgemeinerungsfähig, vorgetragen hatte, zum Staatsunternehmen bestehe die Alternative des „staatlich regulierten Unternehmens", das „frei konstituiert" sei, dem „die Erfüllung bestimmter Wirtschaftsaufgaben unter gewissen, die Verwirklichung des Gesamtzweckes sichernden Bedingungen übertragen wird." Kontrahierungszwang, Einwirkungen auf den Preis z.B. nach dem Modell des Als-ob-Wettbewerbs und unter Umständen Subventionen aus öffentlichen Mitteln sind denkbare Regulierungsinstrumente."[65]

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eignet sich indes nicht dazu, die *Sax-Wagner*-Kontroverse im Sinne eines rechtlichen Vorranges für das gegebenenfalls regulierte Unternehmen, also letztlich im Sinne einer Privatisierungspflicht zu entscheiden. Daß der Staat diesen Weg im Telekommunikationssektor gegangen ist, bedeutet nicht, daß er dazu verfassungsrechtlich verpflichtet gewesen wäre. Der Grund dafür liegt darin, daß es bei dieser Frage um die Auswahl unter verschiedenen Interventionsmitteln geht (Eigenwirtschaft mit zugeordneter Zwecklichkeit oder Regulierung zur Sicherstellung bestimmter Zwecklichkeiten, neuerdings mit dem treffenden Namen Infrastrukturverantwortung versehen[66]). Interventionsmittel sind in ihrer Alternativität, was ihre Wirksamkeit und die Freiheitsfolgen betrifft, jenseits der Intervention durch Monopolisierung immer unsicher. Niemand weiß im Zeitpunkt des Einsatzes des Mittels, ob die Intervention den intendierten Wohlfahrtszweck zu angemessenen Kosten erreicht.

---

in: Verfassungsstaatlichkeit. FS Stern, 1997, 409 (419f.); *Rupp* Die Soziale Marktwirtschaft in ihrer Verfassungsbedeutung, HBStR IX, § 203 Rn 2–7.

[64] S *Wagner* Grundlegung der politischen Oekonomie, Erster Theil, Zweiter Halbband, 3. Aufl. 1893, 892ff.; *ders.* (Fn. 42), 951.

[65] *Sax* Grundlegung der theoretischen Staatswirtschaft, 1887, insbes. 79, sowie *ders.* Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft, 1. Band, 1878. Zu seiner Theorie s. *Thiemeyer* Öff. Bindung von Unternehmen, in: ders. (Hrsg.), Öff. Bindung von Unternehmen. FS von Eynern, 1983, 25 (26–32).

[66] S die erste Durchdringung bei *Hermes* Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998.

Das Beispiel der Sparkassen mag das verdeutlichen. Sie gelten als Privatisierungskandidat, weil die privaten Geschäftsbanken Bankdienstleistungen – auch in der Fläche – in genügender Intensität bereitstellen.[67] Die Idee eines Drei-Säulen-Wettbewerbs gilt gar als „wettbewerbspolitisch inferior", weil er konzeptionell auf der „Vorstellung geschlossener Märkte beruhe".[68] Das mag richtig sein. Es ist aber zu bedenken, daß die Zwecke der Sparkassen aus gesetzlich konkretisierter Gemeinwohlsicht nicht sämtlich ohne weiteres verzichtbar sind. Da ist zum einen der grundsätzliche Konto-Kontrahierungszwang:[69] Selbst der Sozialhilfeempfänger (aber auch Scientology oder die NPD, solange sie nicht verboten ist) braucht ein Konto; der Staat nimmt übrigens bargezahlte Steuern nicht einmal mehr an! Die Mündelsicherheit für Mündelgeld muß garantiert werden. Noch mag auch die Präsenz von Bankdienstleistung in der Fläche z.B. für Alte und Schwache nach politischer Einschätzung in physischen Zweigstellen nicht unwichtig sein. Wenn solche öffentlichen Zwecke, insbesondere die Kontrahierungspflicht als unverzichtbares Moment, bewahrt werden sollen, kann das natürlich auch im Wege der Regulierung den Privatbanken auferlegt werden, wie z.B. das Pflichtversicherungsrecht (§ 5 PflVG) für die Autohaftpflichtversicherung zeigt. Ohne Tarifaufsicht bei solchen Zwangsvertragsverhältnissen wird es dann allerdings kaum gehen, damit der ungeliebte sozial schwache Kontoinhaber nicht nur zu prohibitiven Bedingungen angenommen wird.

Man mag sich dann fragen, ob solche Regulierung eigentlich noch der minderschwere Eingriff im Abgleich mit der Etablierung staats- oder kommunaleigener Unternehmen ist, deren Konkurrenz man auszuhalten hat. Wie intensiv das Regulierungsbedürfnis werden kann, zeigt der englische privatisierte Wasserversorgungsmarkt, in dem die englische Regulierungsbehörde nach Zeitungsmeldungen mit Investitionsgeboten für die Unternehmen reagiert hat, weil das Versorgungssystem offenbar viele Schwachstellen im Anlagenbereich aufweist.

Juristen (und Volkswirte) sollten ihre Leistungsfähigkeit, die unterschiedlichen Interventionsmittel zur Durchsetzung öffentlicher Zwecke im Sektor marktmäßig angebotener Güter nach dem Maßstab größerer oder geringerer Wohlfahrtsverluste verbindlich beurteilen zu können, nicht überschätzen. Klugheitsregeln von *Adam Smith* über *Ludwig Mises* bis zur modernen Diskussion, die dem Staat seine Leistungsschwäche

---

[67] S nur *Möschel* in: FS Gernhuber, 1993, 905 (917).

[68] *Möschel* wie vor, 916.

[69] S z.B. § 4 SpkG NW i.V.m. § 5 SpkVO NW.

als Unternehmen vorhalten[70] und zum Verzicht raten, sind nicht Verfassungsgebot.

III. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Marktteilnahme

Damit wende ich mich einigen sozusagen formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Marktteilnahme öffentlicher Unternehmen zu. Wenn die Marktteilnahme des Staates als Intervention zur Durchsetzung öffentlicher Zwecke nach dem Gesagten als wirtschaftende Wahrnehmung von Staatsaufgaben zu verstehen ist, muß das Recht die „androgyne" Struktur dieses Sektors angemessen erfassen. Wirtschaftendes Verwalten muß dann den Legitimationsanforderungen des Verfassungsrechts genügen und muß die Rechtsregeln des Wirtschaftens beachten.

1. Regelmäßig nehmen verselbständigte Unternehmen wirtschaftend zu erfüllende Staatsaufgaben wahr. Sie unterliegen folglich dem institutionellen Gesetzesvorbehalt.[71] Weiter gilt dann:

Juristische Personen des öffentlichen Rechts spezieller Zwecklichkeit (Universitäten, Rundfunkanstalten, Kammern, Landesbanken etc.) ist nur die Verfolgung übertragener Aufgaben erlaubt.[72] Ihre durch die Zweckabhängigkeit begrenzte Rechtsfähigkeit zu beschreiben, ist Aufgabe des parlamentsbeschlossenen Gesetzes resp. kommunaler Satzung. Der institutionelle Gesetzesvorbehalt erfaßt nicht nur die Verbandserrichtung, sondern auch die Aufgabenkonturierung, die nicht dem Verband selbst überlassen werden darf. Das Recht, weitere Trabanten aus der eigenen Existenz ableiten zu können, bedarf ebenfalls einer – äußerstenfalls nur durch die übertragenen Aufgaben – limitierten,

---

[70] Schon *Adam Smith* hatte gemeint, nichts sei weniger miteinander vereinbar als die Naturen des Herrschers und des Kaufmanns (*Smith* Der Wohlstand der Nationen [5. Aufl. 1789, greifbare deutsche Ausgabe: Recktenwald, 1978], 5. Buch, 2. Kapitel, 1. Teil [in der Recktenwald-Ausgabe S. 697]); *v. Mises* (Fn. 45); *Möschel* (Fn. 67); Sachverständigenräte (Fn. 61); zuletzt *Engel* (Fn. 58), S. 219: „Wenn die öffentliche Hand selbst unternehmerisch tätig werden will, um dabei Einnahmen zu erzielen, ist die rechtspolitische Empfehlung klar und einfach: Sie sollte es sein lassen. Sie schadet damit nämlich nicht nur der Volkswirtschaft, sondern sogar ihrem eigenen Interesse an Einnahmen."

[71] Zum Gesetzesvorbehalt für die Schaffung verselbständigter öffentlich-rechtlicher Personen s. nur Krebs HBStR III, § 69 Rn 88 m.w.N.

[72] S den Gedanken der ne-ultra-vires-Regel z.B. bei *Nierhaus* in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 28 Rn 32.

ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Das Mittel wirtschaftender Aufgabenerfüllung ist solchen juristischen Personen nicht verschlossen, muß sich aber explizit oder implizit aus dem Gesetz ergeben.

Das Rundfunkrecht mag das verdeutlichen: Explizite Ermächtigungen braucht das Werbefernsehen wegen der finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben der Anstalt. Es kommt nur eine Teilfinanzierung aus Werbeentgelten in Betracht.[73] Aus implizierten Ermächtigungen (Grundsatz der Wirtschaftlichkeit) folgt die Berechtigung, das eigene Vermögen wirtschaftlich zu nutzen, z.B. durch die Verwertung von Hörfunk- und Fernsehproduktionen (sogenannte Randnutzung),[74] soweit diese wirtschaftliche Betätigung nicht zum Selbstzweck wird.[75] Auch das Merchandising („das Buch zur Serie") mag davon noch erfaßt sein,[76] der Einstieg in das pay-TV hingegen nicht, weil dies mit der Finanzverfassung des Rundfunks unvereinbar wäre.[77] Eine Programmzeitschrift ist nur anstaltszweckfördernd, aber nicht mit wirtschaftlicher Zielsetzung zulässig.[78]

Die Anforderungen aus dem Gesetzesvorbehalt gelten auch, wenn die Aufgaben durch privatrechtlich verfaßte Trabanten verwirklicht werden sollen.[79] Wenn mit der Formenwahlfreiheit kein Verlust öffentlich-rechtlicher Bindungen einhergehen darf, muß konsequenterweise die Aufgabenübertragung mit expliziter oder implizierter Befugnis wirtschaftender Aufgabenwahrnehmung gesetzlich resp. durch Satzung geregelt werden; die intendierten Bindungen sind als Begrenzung der Teilrechtsfähigkeit in die Unternehmenssatzung zu übernehmen.

Der öffentliche Zweck des Wirtschaftens als Kernstück der Anstalts-, Körperschafts- oder Unternehmensverfassung ist im Gesetz zu verdeutlichen.

2. Die vorstehend skizzierten Bindungen dieser juristischen Personen müssen also von den allzuständigen Gebietskörperschaften, von denen juristische Personen mit spezieller Zwecklichkeit ihre Existenz empfangen, beachtet werden, d.h. sie müssen den Marktzutritt ihrer Tochter-

---

[73] BVerfGE 83, 238 (310–312).

[74] BVerfGE 83, 238 (303 f.).

[75] BVerfGE 83, 238 (304); *Herrmann* Rundfunkrecht, 1994, § 10 Rn 138 ff.

[76] OLG Hamburg, AfP 1991, 443; *Ricker/Schiwy* Rundfunkverfassungsrecht, 1997, F 46 a.E.

[77] *Ricker/Schiwy* wie vor, C 87 ff.

[78] BVerfGE 83, 238 (312–315).

[79] *Bauer* VVDStRL 54 (1995), 243 (247); *Osterloh* (Fn. 47), 233 Fn. 117; *Krebs* (Fn. 71), Rn 88.

unternehmen und deren öffentliche Zweckverfolgung durch Rechtssatz legitimieren.

Aber auch eine etwaige unmittelbare wirtschaftende Aufgabenerfüllung ohne Verselbständigung muß mindestens durch Beschluß der Vertretungskörperschaft mit Angabe der Zweckverfolgung gerechtfertigt werden, weil die staatliche Marktteilnahme Interventionsmittel in den Raum der Freiheit ist.[80]

3. Das gilt im übrigen auch für die Beteiligung an Unternehmen, wobei Gegenstand der öffentlichen Zweckbindung die Handhabung der staatlichen oder kommunalen Beteiligung ist und nicht die Führung des Unternehmens selbst. Das positive Recht reflektiert dies zutreffend, wenn es darauf abhebt, daß aus der Beteiligung immer das Maximum an Beherrschung zu entwickeln ist, damit dem Steuermitteleinsatz auch eine Gemeinwohlmehrung zugeordnet werden kann.[81]

IV. Besondere Probleme der gemeindlichen Wirtschaftsteilnahme

Eine Fülle von Problemen wirft die Marktteilnahme der Gemeinden auf,[82] weil sie allzuständige Verbände mit örtlich radiziertem Wirkungskreis unter Eingliederung in das Staatsganze sind.

Ich behandele dazu 4 Punkte:

1. Zulässigkeit der Erwerbswirtschaftlichkeit kraft Art. 28 Abs. 2 GG?

In der Literatur wird häufiger behauptet, Art. 28 Abs. 2 GG setze die Gemeinde frei, beliebige wirtschaftliche Aktivitäten zu entfalten, um sich ungebundene Mittel für eine kraftvolle Selbstverwaltung zu verschaffen.[83]

Eine solche Sicht wäre nur dann haltbar, wenn die oben herausgestellte Verfassungsrechtsgrenze – Ausschluß der Erwerbswirtschaftlichkeit – inexistent wäre: Dürften der allzuständige Bund und die Gliedstaaten erwerbswirtschaftlich tätig sein, dürften es auch die Gemeinden. Wenn für den Staat Erwerbswirtschaft ausgeschlossen ist, weil dies keine zulässige Verwaltungsaufgabe ist, gilt das auch für die Wahrneh-

---

[80] S oben Fn. 47.

[81] S etwa § 108 Abs. 1 Nrn 6, 7 sowie Abs. 2–5 GO NW.

[82] S zuletzt gleichsam antithetisch *Hösch* (Fn. 11), 67ff. einerseits; andererseits *Hellermann* (Fn. 14), 131ff.

[83] S die Nachweise bei *Hösch* (Fn. 11) 79, Fn. 56.

mung der Staatsaufgaben auf der Ortsstufe. Die Gemeinde kennt für die Finanzierung ihrer Aufgaben keine substantiell andere Finanzverfassung, die von der Abgabenstaatlichkeit Dispens erteilen würde. Auch die Gemeinde muß ihren Aufgabenzugriff im Verhältnis zum Prinzip ‚Freiheit' rechtfertigen können.[84]

2. *Konsequenzen der Eingliederung der Gemeinden in den Staat für die Autonomie der Aufgabenwahl*

Gerade für den Sektor wirtschaftlicher Tätigkeit ist weiter zu konstatieren, daß die Gemeinden gegen höherstufige gesetzgeberische Entscheidungen, die einen expliziten Verzicht des Staates auf Marktteilnahme erklären (Beispiel: Telekommunikation, Art. 87 f Abs. 2 GG)[85] oder im Wege der Marktliberalisierung die Möglichkeit verschließen, Aufgaben ortsmonopolistisch zu erledigen (Beispiel: Energiewirtschaftsgesetz[86]), aus Art. 28 Abs. 2 GG resp. gegenüber dem Landesgesetzgeber aus den landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen keinen Schutz gewinnen. Thematisch beschäftigt sich Art. 28 Abs. 2 GG mit dem Entzug solcher Verwaltungsaufgaben, die die Gemeinde auf der Ortsstufe legitimerweise aufgreifen dürfte, zugunsten eines höherstufigen Verwaltungsträgers.[87] Der parlamentarische Gesetzgeber ist in

---

[84] Zuletzt *Hösch* (Fn. 11), 63; *Kluth* (Fn. 37), 65f. sowie den Nachweis in Fn. 47; da auch die Verwaltung der Gemeinde (Staats-)Verwaltung ist, gibt es für die Ortsstufe keine grundrechtliche „Erleichterung".

[85] Zur Reichweite der Privatisierung s. oben die Hinweise in Fn. 57 sowie bei *Windthorst* in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 87f. Rn 28; dazu, daß auch die Wegehoheit die Gemeinden im Sektor der Telekommunikation nicht „ins Spiel" bringt, s. BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 1999, 520 = MMR 1999, 355 m. Anm. R. Müller-Terpitz; anders *Pünder* DVBl. 1997, 1353 (1356) sowie krit. *Hellermann* (Fn. 14), 322ff.

[86] EnWG, vom 24. April 1998 (BGBl. I, 730); zur Bedeutung des kommunalen Wegerechts für die Energieversorgung auch im liberalisierten Markt s. *Löwer* et 1997, 305ff.; *Hellermannn* (Fn. 14), 271ff.

[87] So jetzt auch VerfGH Rh.-Pf., EzKommR 2140.72, 70 (81); früher schon *Löwer* DVBl. 1991, 132 (140f.); *Ossenbühl* DöV 1992, 1 (7); *Lecheler* NVwZ 1995, 8 (10); *Krebs* Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung, 1996, 70ff.; *Matthiesen* (Fn. 37), 26ff. u. 95; *Kluth* (Fn. 37), 48f.; *Britz* Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, 1994, S. 81; *von Arnim* (Fn. 11), 52; früher schon: *Thieme* JZ 1961, 280 (283); *Emmerich* Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, 1970, 22 (23f.); grundlegend *Schmidt-Aßmann* Kommunen und örtliche Energieversorgung, in: FS Fabricius, 1989, 251 (261); a.A. *Wieland/Hellermann* DVBl. 1996, 401 (408); *Hellermann* (Fn. 14), S. 132ff.; *Hermes* Der Staat 31 (1992), 281 (294); *Frenz* Die Verwaltung 28 (1995), 33 (50f.); w. Hinw. auf

seiner Definitionskompetenz, auf welche Aufgaben der Staat und seine Gliederungen nicht oder nur konkurrenzwirtschaftlich zugreifen sollen, nicht an Art. 28 Abs. 2 GG gebunden. Bei den Aufgabenverzichten zugunsten der Privaten geht es nicht um eine staatsorganisatorische Entscheidung. Wenn Art. 87 f Abs. 2 GG mit „privaten Anbietern" Unternehmen in nichtstaatlicher Trägerschaft meinen sollte,[88] ist den Gemeinden der Zugang zum Telekommunikationsmarkt verwehrt, ohne daß dem Art. 28 Abs. 2 GG entgegenhalten werden könnte. Wenn Energieversorgung nicht mehr durch Ortsmonopole erfolgen soll, sondern im Wettbewerb, ist eine solche Liberalisierungsentscheidung nicht vor Art. 28 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftig. Gemeindliche Allzuständigkeit ist kein rechtliches Liberalisierungshindernis; die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft bleibt unter der Herrschaft des Parlamentsgesetzes.[89]

Dem wird zumeist – übrigens empört – ein Argument entgegengehalten: Da nehme man ja den Gemeinden alle gewinnträchtigen Aktivitäten und überlasse ihnen die schlechten Risiken. Die Argumentation wird dann zusätzlich um den Gesichtspunkt des „Querverbunds" angereichert: Mit den Gewinnen aus der Energieversorgung unterstütze man doch den öffentlichen Personennahverkehr und/oder kommunale Schwimmbäder in einer vor allem die Besteuerung des Gewinnes aus Energieversorgung vermeidenden Weise. Das Argument ist nur von vordergründiger Plausibilität. Dazu ist nicht mehr zu sagen, als daß der Staat sozusagen gesellschaftsvertraglich eine „Agentur der schlechten Risiken" ist, die zu diesem Zweck steuerfinanziert ist. Die Schieflage zwischen guten und schlechten Risiken hilft, Staatsaufgaben zu identifizieren.

3. *Gemeindegebietsübergreifende Versorgungsaktivitäten*

Weil die Versorgungsaktivitäten kraft europäischen Rechts konkurrenzwirtschaftlich angeboten werden, wollen die kommunalen Energieversorgungsunternehmen nicht mehr Handicap-Player sein, die ihr

---

abl. Stimmen bei *Löwer* (Fn. 11), 52 f.; dazu, daß Gemeinden deshalb auch nicht davor geschützt sind, daß der Gesetzgeber bisherige Monopolaufgaben der Gemeinden privater Konkurrenz öffnet, s. BayVerfGHE 49, 79; zust. *Tettinger* in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, 4. Aufl. 2000, Art. 28 Rn 165.

[88] S die Nachw. oben Fn. 85 u. 57.

[89] Daß die Gegenthese (s. oben Fn. 87) unrichtig ist, zeigt sich im der Liberalisierung entgegengesetzten Fall: Wenn sich der Gesetzgeber für einen Wirtschaftssektor zu einer gemeinwirtschaftlichen Lösung entschlösse, könnte die örtliche Gemeinschaft auch nicht die Fortdauer einer privatwirtschaftlichen Lösung in ihrem Gebiet durchsetzen.

Geschäftsgebiet nur im gemeindlichen Territorium finden und die zusätzlich gegebenenfalls mit öffentlichen Interessen ökonomisch überfremdet werden.[90] Sie wollen deshalb ihr Geschäftsgebiet über die Gemeindegrenze hinaus ausdehnen, wie dies einige Gemeindeordnungen (losgelöst von bestimmten Zwecken) inzwischen vorsehen.[91]

Verfassungsrechtlich ist das Modell des Grenzübergriffs – wenn auch ökonomisch gut nachvollziehbar – problematisch, weil es mit dem Grundprinzip der Kompetenzexklusivität bricht, das bisher auch für die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden – paradigmatisch im Sparkassenrecht entwickelt – Geltung beansprucht hat.[92] Exklusivität ist begrifflich mit der Kompetenz verbundener allgemeiner Rechtsgedanke.[93] Die Beschränkung des Aktionsraumes der Gemeinde auf ihr eigenes Territorium folgt auch unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG resp. aus den parallelen Bestimmungen in den Landesverfassungen; sogar das mittelbare Hineinwirken in den Zuständigkeitsraum der Nachbargemeinde löst gegebenenfalls auf die Selbstverwaltungsgarantie gestützte Abwehransprüche aus.[94]

Letztlich und wohl entscheidend ist die gesetzliche Erlaubnis zur gebietsfremden Wirtschaftstätigkeit mit der demokratischen Legitimation auf der Ortsstufe unvereinbar:[95] Das in örtlichen Gemeinschaften fragmentierte Staatsvolk hat die Kraft, die Entscheidungen für die Ortsstufe, also Entscheidungen, die sie selbst betreffen, zu legitimieren. Es geht also um Entscheidungen auf der Ortsstufe für die Ortsstufe, die sich in ihrer Reichweite auch dort erschöpfen müssen, weil das Legiti-

---

[90] S z. B. *Wieland* Kommunalwirtschaftliche Betätigung unter veränderten Wettbewerbsbedingungen, in: Henneke, Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?, 1998, 193 ff.; *Moraing* StT 1998, 523 ff.; *Hellermann/Wieland* Die Ausweitung kommunaler Unternehmen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Schiller-Dickhut/Murawski (Hrsg.), Kommunale Unternehmen auf der Flucht nach vorn, 1999, 9 (10).

[91] S Art. 87 BayGO, § 107 GO NW, § 71 Abs. 4 ThürKO, § 116 III SachA-GO.

[92] Zum sparkassenrechtlichen Regionalprinzip s. grundlegend *Stern/Nierhaus* Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991; aus der Judikatur z. B. OVG NW, OVGE 36, 61.

[93] S zur „Einzigkeit, Ausschließlichkeit und Geschlossenheit der Zuständigkeit" *Krüger* (Fn. 16), 108 ff.

[94] Zur Gemeindenachbarklage s. grundlegend BVerwGE 40, 323 – *Krabbenkamp*; zuletzt OVG Weimar, ThürVBl. 1997, 279; OVG Frankfurt/O., LKV 1997, 129 (zu großflächigen Einzelhandelsbetrieben); OVG Berlin, GewArch 2000, 171; VGH München, GewArch 2000, 174 (zu Großkinos). Auch zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden untereinander ist schon der Sparkassenautomat im fremden Gewährträgergebiet als unzulässiger Kompetenzübergriff behandelt worden, s. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1992, 340.

[95] So schon *Löwer* NWVBl. 2000, 241 (244).

mationssubstrat nicht weiter reicht. Das ist hier im horizontalen Verhältnis der Gemeinden untereinander nicht anders als im vertikalen Verhältnis der Gemeinden zu höherstufigen Verwaltungsträgern – auch im gesetzesfreien Bereich.[96] Gerade angesichts der Gewährträgerhaftung[97] und der Anstaltslast wie auch wegen der privatrechtlichen Variante der unbegrenzten Haftung im Konzern[98] steckt in dieser Beschränkung auf die örtliche Gemeinschaft ein wichtiges Element der Risikobegrenzung,[99] über das sich die örtliche Gemeinschaft selbst nicht hinwegsetzen darf.

Die Kompetenzexklusivität ist auch in der horizontalen Ordnung der Gemeinden gesetzlich nicht durchbrechbar, d.h. es gibt ein verfassungskräftiges Verbot des Handelns extra muros.[100]

4. *Öffentlicher Zweck, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit im Gemeindewirtschaftsrecht*

Die Gemeindeordnungen schwanken,[101] ob sie neben der Bindung an einen öffentlichen Zweck auch über ein ausdrücklich normiertes Subsi-

---

[96] Das ergibt sich aus dem Ertrag der Debatte um die kommunale Verbandskompetenz etwa am Beispiel der Beschlüsse zu den „atomwaffenfreien Zonen", s. die Hinw. bei *Löwer* in: v. Münch/Kunig, GGK, II, 4. Aufl. 2001, Art. 28 Rn 37.

[97] Zu Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zuletzt die gleichnamige Schrift von *Kinzl* 2000, 33ff.; 48ff.

[98] Dazu umf. jetzt *Parmentier* Gläubigerschutz im öff. Unternehmen. Die Haftung der Gebietskörperschaften für die Verbindlichkeiten ihrer Eigengesellschaft, 2000.

[99] Klassische Formulierung in § 107 I 1 Nr. 2 GO NW: Die Gemeinde darf sich wirtschaftlich betätigen, „wenn die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht"; s. auch das in den Gemeindeordnungen übliche Verbot des Betriebs von Banken (z.B. § 107 VI GO NW).

[100] Abl. *Ehlers* NWVBl. 2000, 1 (5ff.); ähnlich *Lux* NWVBl. 2000, 7 (9f.); *Löwer* (Fn. 95); *Henneke* NdsVBl. 1998, 273 (278f.); *ders* NdsVBl. 1991, 1 (9); *Grawert* Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: Planung – Recht – Rechtsschutz. FS *Blümel* 1999, 119 (127–129); *Knemeyer/Kempen* Kommunalwirtschaftsrecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht II, 2. Aufl. 2000, Rn 44; jüngst *Becker* DöV 2000, 1032ff.; krit. auch *Held* Kommunalwirtschaftliche Betätigung – begrenzt auf das Örtlichkeitsprinzip, in: Henneke (Hrsg.), (Fn. 90), 181ff. sowie *ders* Änderungsnotwendigkeiten und Änderungsmöglichkeiten des Gemeindewirtschaftsrechts, in: Henneke, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1998, 113 (124); *ders* Reform der Strukturprinzipien kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, in: Schiller-Dickhut/Murawski (Fn. 90), 23 (26ff.); a.A. Hellermann/Wieland (Fn. 90); Hellermann (Fn. 14), 209ff.

[101] Zum Stand der kommunalen Wirtschaftsrechtsklauseln s. *Gern* Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1997, Rn 719, sowie (auf jüngstem Stand) Knemeyer/Kempen (Fn. 100), Rn 49f.

diaritätsprinzip einen Vorrang der Privatwirtschaft anordnen sollen. Recht besehen ist die Frage nach der Subsidiarität nicht sehr belangvoll. Die Intervention durch Eigenwirtschaft bedarf nach den allgemeinen Regeln der Rechtfertigung. Will das gemeindliche Unternehmen das marktfähige Gut in einer Weise produzieren oder anbieten, die marktmäßig keine Parallele hat (auch wenn das Gut angeboten wird), ist der öffentliche Zweck zu bejahen (Beispiel: Biogas aus kommunaler Grünabfallentsorgung). Fehlt jede Differenzierung in der Qualität oder in der Herstellungsweise eines marktfähigen Gutes zwischen dem gemeindlichen Angebot und dem allgemeinen Marktangebot, fehlt im Zweifel ein benennbarer öffentlicher Zweck, was nichts anderes heißt, als daß eine Rechtfertigung für den Aufgabenzugriff nicht gegeben werden kann. Wesentliche Elemente der Subsidiarität sind insofern bereits im öffentlichen Zweck enthalten.[102]

Diese Rechtfertigung für den Aufgabenzugriff kann auch nicht, wie dies das Bundesverwaltungsgericht[103] tut, als Frage einer bloß vernünftigen Kommunalpolitik (das ist sie natürlich auch) marginalisiert werden, der keine parktisch wirksamen Schranken gezogen sind: Diese Sicht verkennt, daß es nicht um die Rationalität einer Entscheidung pro oder contra einer Wirtschaftsaktivität geht, sondern um eine Frage zuvörderst nach der Verbandskompetenz der konkreten örtlichen Gemeinschaft,[104] ob es nämlich Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft ist, für die Einwohner ein bestimmtes Gut (wirtschaftend) anzubieten. Fragen der Verbandskompetenz unterliegen aber nicht einer kontrollfreien Einschätzungsprärogative des Verbandes selbst.[105]

Zusätzlich moderierend wirkt hinter einer sachgerechten Gemeinwohlkonstituierung[106] der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[107] insbe-

---

[102] Ebenso *Hill* Kommunen im wirtschaftlichen Wettbewerb, 1998, S. 48; *Ehlers* DVBl. 1998, 447 (501); *Erichsen* Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1997, 280f.; *Isensee* Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 79; *Knemeyer/Kempen* (Fn. 100), Rn 51.

[103] BVerwGE 39, 329 (334): „Im Grunde handelt es sich um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik"; zust. zuletzt *Pagenkopf* GewArch 2000, 177 (181).

[104] Ebenso *Grawert* (Fn. 100), 122–137.

[105] Daß Fragen der Verbandskompetenz nicht einer Einschätzungsprärogative des Verbandes selbst unterliegen können, folgt schon aus der Abgrenzungsfunktion der Kompetenz (s. oben Fn. 93). Gestufte Zuständigkeiten können nicht von zwei Verbänden mit je eigener Einschätzungsprärogative abgegrenzt werden. Es wird auch für andere Aufgaben, die nicht gerade wirtschaftlich erfüllt werden, nicht angenommen, die Kompetenzen unterlägen gemeindlicher Einschätzung.

[106] S. etwa *Selmer* (Fn. 11) 87.

[107] S zuletzt m.N. *Selmer* (Fn. 11), 92ff.

sondere auf der dritten Stufe der Zumutbarkeit: Der Intensität der konkurrenzwirtschaftlichen Eingriffswirkung auf den Wettbewerb Privater – von der rechtlichen über die faktische Monopolisierung zur bloßen Einschränkung des an sich nur für den privaten Wettbewerb offenstehenden Güterangebots und -verteilungsmarktes – entspricht eine ebenso gestufte Rechtfertigungslast. Die neuerdings vorgesehenen prozeduralen Lösungen – Marktanalysen unter Einbeziehung der Sachkunde der Industrie- und Handelskammern und Interessenbekundungsverfahren[108] – sind wichtige Stufen einer rationalisierten Rechtsanwendung für die faktischen Wettbewerbsinterventionen durch Eigenwirtschaft.

V. Steuerungs- und Rechtsformprobleme öffentlicher Unternehmen

1. Rigidität der Konsequenzen des Demokratieprinzips

Was die rechtlichen Anforderungen an die Steuerung öffentlicher Unternehmen betrifft,[109] sind auf der Basis der hiesigen Prämissen zwei Ausgangsdaten klar.

Zum einen müssen die verfassungsrechtlichen Grundbedingungen der Legitimation exekutiven Handelns eingehalten werden, also die demokratischen Voraussetzungen personeller Legitimation der Amtswalter und sachlicher Legitimation der getroffenen Entscheidungen beachtet werden.[110]

Zum anderen sind die institutionenökonomischen Daseinsbedingungen solcher Unternehmen schon nach Maßgabe des Alltagswissens schwierig:[111] Die Unternehmen sind Marktteilnehmer mit der rechtlich legitimen Pflicht, möglichst Gewinn zu erwirtschaften, die sich in einen politischen Erwartungsdruck ökonomischen Erfolgs verwandelt – trotz der zugleich zugemuteten Pflicht, gemeinwirtschaftliche Zwecke und

---

[108] S § 7 BHO, § 107 Abs. 5 GO NW, § 71 ThürKO.

[109] S dazu etwa *Siekmann* Corporate Governance und öffentlich-rechtliche Unternehmen, J.b.f. Neue Politische Ökonomie 15 (1996), 282ff.; s. weiter die Analysen aus gesellschaftsrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Sicht bei *Schön* ZGR 1996, 429ff. und *Spannoswky* ZGR 1996, 400ff.; umf. *Gersdorf* Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000; eine Übersicht über die Organisationsmodelle geben *Knemeyer/Kempen* (Fn. 100) Rn 61ff.

[110] Zuletzt zusammenfassend *Gersdorf* (Fn. 109), S. 29ff. sowie *Wahl* Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz, in: *Henneke* (Fn. 100) 15ff.

[111] Guten Einblick gewährt insoweit der Fall WestLB in der Funktion als „Flugreiseveranstalter" für die nw Landesregierung, s. oben Fn. 7.

Ziele erfüllen zu sollen. Der Unternehmenserfolg kann sich nur bilanziell darstellen und wird nur so öffentlich wahrgenommen. Zweckerfüllung wird öffentlich kaum wahrgenommen. Statt sachlicher politischer Kontrolle sind die Unternehmen vielfach parteipolitischen personellen und sachlichen Zumutungen ausgesetzt; allenthalben sind sie dem Muttergemeinwesen „verpflichtet", Wohltaten zu erweisen, weil das Unternehmen doch „auf dem dicken Geldsack" sitzt. Der ökonomische Erfolgszwang, erschwert durch die Zumutungen, droht die öffentlichen Zwecke zur Sonntagsrede verkommen zu lassen, was die Unternehmen erst recht, weil sie sich durch ihr Handeln in der Realität nicht überzeugend legitimieren können, zu Privatisierungskandidaten macht.[112] Dem ist durch Organisation deshalb schwer gegenzusteuern, weil sich sowohl die Kapitalgeberseite (das Muttergemeinwesen) wie das Unternehmen in wechselseitiger Verflochtenheit, was die Unternehmenszwecke betrifft, häufig unsachlich verhalten.[113] Die Organisation muß aber wenigsten so gestaltet sein, daß bei unterstellter Sachlichkeit die erforderlichen Rechtsbindungen eine Chance haben.

Welches sind nun die erforderlichen Rechtsbindungen aus der Rubrizierung der Marktteilnahme als wirtschaftendem Verwalten?

Von zentraler Bedeutung, und das ist unstreitig, ist die Formulierung der zu verfolgenden öffentlichen Zwecke in der Unternehmenssatzung,[114] soweit sich die Zwecke nicht schon aus dem Gesetz ergeben. Sie sind verbindliche Handlungsmaximen neben dem ökonomischen Ziel, sind Maßstab für die Einwirkungs- und Kontrollbefugnis des Muttergemeinwesens. Sie sind zugleich denkbarer Maßstab für Ausgleichszahlungen der Mutter an die Tochter, soweit der öffentliche Zweck die Lebensfähigkeit des Unternehmens in Frage stellt.[115]

Die weiteren scheinbar zwingenden organisationsrechtlichen Konsequenzen führen unmittelbar in ein Desaster: Aus dem Demokratieprinzip folgt eine umfassende Ingerenzpflicht der demokratisch legitimierten Mutter auf ihre Tochter: Wenn die Entscheidungen der Tochter auf die Mutter zurückführbar sein sollen, muß die letztverbindliche Leitungsgewalt bei der Mutter liegen. Das Ergebnis ist dann letztlich, daß

---

[112] S nur *Möschel* Den Staat an die Kette legen – Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat, 1995, 28f. für den Sektor öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute.

[113] S *Löwer* (Fn. 7).

[114] S z.B. § 108 Abs. 1 Nr. 7 GO NW; aus der Lit.: *Schön* (Fn. 109), 435f. m.w.N.; s. auch *Parmentier* (Fn. 98) S. 257f.) sowie umf. zu den Einwirkungspflichten *Gersdorf* (Fn. 109) (225ff.), speziell zur Satzung 267ff.

[115] *Parmentier* (Fn. 98) S. 239ff. zu denkbaren gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen.

der Sinn der Verselbständigung solcher Unternehmen in Privatrechtsform ins Leere geht: Der konzernrechtliche Beherrschungsvertrag (§ 308 Abs. 1 AktG) könnte[116] dann zwingende Konsequenz mit der Folge der Verlustausgleichspflicht (§§ 302 Abs. 1, 317 Abs. 1 AktG) der Mutter für die Tochter sein,[117] weil Staat und Gemeinde Unternehmer im Sinne des Konzernrechts sind. Dann allerdings läuft die gesetzlich in den Kommunalordnungen angeordnete Haftungsbegrenzung[118] bei gesellschaftsrechtlicher Konstruktion ins Leere. Letztlich würde auch die privatrechtliche Konstruktion zur Gewährträgerhaftung und über den Anspruch auf angemessene Kapitalausstattung des abhängigen Unternehmens[119] auch zur Anstaltslast führen. Die Unterschiede zwischen Eigenbetrieb, rechtsfähiger Anstalt und gesellschaftsrechtlicher Aufgabenwahrnehmung wären eingeebnet, was gegenüber dem Verwaltungsprivatrecht irgendwie auch im Zuge der Entwicklung läge.[120] Selbst das anstaltliche bayerische Kommunalunternehmen[121] wäre in seiner Verfassungsmäßigkeit gefährdet, weil das Unternehmen vom Vorstand „in eigener Verantwortung" geleitet wird, was immerhin Anklänge an die Weisungsungebundenheit des Vorstandes der Aktiengesellschaft hat.[122]

---

[116] S dazu krit., weil der Beherrschungsvertrag natürlich in Widerspruch zur gesetzlich geforderten Haftungsbegrenzung führt, *Parmentier* (Fn. 98), 181 ff. m.w.N.

[117] Die Rechtsfolge eines Teilverlustausgleichs für die durch die Wahrnehmung des öffentlichen Zwecks entstandenen Verluste ist de lege lata in der Tat wegen der sich aufdrängenden analogen Anwendung von § 302 AktG kaum vermeidbar (s. die Nachweise und die Gedankenführung bei *Parmentier* [Fn. 98], 252 ff.).

[118] S pars pro toto § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 3–5 GO NW.

[119] Parmentier (Fn. 98), 225 ff. (allerdings letztlich nur mit dem Ergebnis der Teilverlustausgleichspflicht [oben Fn. 117]) m.w.N.

[120] S *de Wall* Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, 35 f. m.N. in Fn. 130; grundlegend *Ehlers* Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 212 ff.; gegenwärtig intensiviert sich die Diskussion um das Verwaltungsprivatrecht wieder: s. etwa mit unterschiedlichen Akzentsetzungen *Lerche* in: Staat und Recht, FS Winkler, 1997, 581 ff.; *Bullinger* Die funktionelle Unterscheidung von öff. Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öff. Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 239 ff. *Röhl* VerwArch 86 (1995), 531 ff.

[121] S dazu *Knemeyer* Das selbständige Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts in Bayern, in: Henneke (Hrsg.), (Fn. 100), 131 ff., krit. zur demokratischen Einflußsicherung, 140 f.; s. weiter zu bayerischen Rechtslage *Schulz* BayVBl. 1996, 97 ff., 129 ff.

[122] Auch § 114a GO NW, der ebenfalls die Anstalt als Organisationsform zur Verfügung stellt, sichert Einfluß des Gemeinderates zwingend lediglich für den Satzungserlaß und das Beteiligungsgeschäft der Anstalt (zur nordrhein-westfälischen Rechtslage s. jetzt *Ehlers* Das selbständige Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, in: Henneke (Hrsg.), Kommunale Aufgabenerfüllung in Anstaltsform, 2000, 47 ff.).

2. *Abmilderungen über den Gedanken funktionsgerechter Organstruktur*

Vom Regiebetrieb über den Eigenbetrieb, von der selbständigen Anstalt über die GmbH bis hin zur AG ist unübersehbar, daß die Praxis ein Bedürfnis gesehen hat, solche Unternehmen aus der hierarchischen Struktur der allgemeinen Verwaltung, die dem Demokratieprinzip unter der Bedingung des Art. 20 GG paßgenau entspricht,[123] herauszulösen. Dieses Bestreben ist offenbar nicht unsachlich. Sonst wäre der Verfassunggeber kaum bereit gewesen, die damit einhergehende Schwächung seiner Budgetbefugnisse[124] (Art. 110 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG, Art. 115 Abs. 2 GG) zu akzeptieren. Wieder ist es die „androgyne" Struktur der Aufgaben, die auf Verselbständigung drängt: Wenn die Staatsaufgabenerfüllung auf das ökonomische Prinzip ausgreift, die kaufmännische Aktionweise zum Erfüllungsmodus wird, ist funktionsgerecht nur eine dem angepaßte Organstruktur. Eine (begrenzte) Autonomie in der Geschäftsführung des Akteurs am Markt entspricht den Funktionsbedingungen konkurrenzwirtschaftlicher Güterangebote. Das ökonomische Ziel findet eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (Art. 114 Abs. 2 GG),[125] der sozusagen eine Orientierungsgröße für die funktionsgerechte Organstruktur ist. So wie die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Exekutive gewaltenteilungsrechtlich ein Stück weit über den Gedanken der funktionsgerechten Organstruktur gesteuert wird,[126] legitimiert dieser Gedanke auch eine interne Organisationsdifferenzierung innerhalb der Exekutive, legitimiert es also, sich ein Stück weit vom hierarchischen Prinzip zu lösen, ohne den Gedanken notwendiger demokratischer Legitimation völlig aufgeben zu können.

---

[123] S *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 129ff.; *Gersdorf* (Fn. 109), 187ff.

[124] Zur Durchbrechung der Haushaltseinheit durch Art. 110 Abs. 1 s. *Kilian* Nebenhaushalte des Bundes, 1993, 188–191; dazu, daß Nebenhaushalte (244, 252f.) umfassend der Rechnungskontrolle unterliegen müssen s. 760ff.

[125] Dazu jetzt grundlegend *Gersdorf* (Fn. 109), 400ff., 432ff., 488ff., dessen Schlußfolgerung, aus der Unauflöslichkeit der Spannung zwischen Wirtschaftlichkeitsprinzip und Demokratie folge für Marktzutritt eine unüberwindbare Hürde, geht im dogmatischen Ansatz zu weit, weil im Interesse demokratisch verfaßter Steuerung auch eine suboptimale Verfassung der Wirtschaftlichkeit akzeptabel ist, andererseits aber auch die Anforderungen aus dem Demokratieprinzip im Interesse der Wirtschaftlichkeit moderiert werden können (wie das im Wesen praktischer Kondordanz [oder noch trivialer: Im Wesen des Kompromisses] liegt).

[126] S dazu zuletzt *von Danwitz* Der Staat 35 (1996), 329ff.; *Gross* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 200ff. m.w.N.

Die sich dann aufdrängenden Regeln liegen auf der Hand: Funktionsgerecht scheint ein Aufsichtsratsmodell, in dem Mitglieder ihren Amtsgewinn von der Vertretungskörperschaft des Muttergemeinwesens herleiten müssen, von dieser auch wieder abberufen werden können, sowie mit geborener Mitgliedschaft des Hauptverwaltungsbeamten.[127] Diesem Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat obliegt die Überwachung der Geschäftsführung und im Sinne einer Wesentlichkeitstheorie die Zustimmung zu strategischen Entscheidungen für das Unternehmen. Die Einwirkungsintensität der Vertretungskörperschaft kann – neben der obligatorischen personalen Legitimationsverschaffung – in der Unternehmenssatzung weiter ausgeformt werden.[128] Im Anstaltsmodell können insofern auch Weisungsrechte an den „Aufsichtsrat" (Verwaltungsrat) begründet werden, so daß dieses Modell vor der Aktiengesellschaft den Vorzug verdient. Da das Anstaltsmodell zwingend zu an sich angemessener Gewährträgerhaftung führt, kommt daneben die GmbH mit ihrer im Vergleich mit der AG in der Frage der Weisungsabhängigkeit größeren gesellschaftsrechtlichen Flexibilität in Betracht,[129] wenn der „Vorzug" der Haftungsbeschränkung genutzt werden soll. Allerdings steht eine drohende konzernrechtliche Haftung ohnehin immer im Hintergrund,[130] so daß der Vorzug der Haftungsbeschränkung auf die Einlage nicht allzu substantiell erscheint. Insgesamt erscheint es möglich, über das Anstaltsrecht für die 100%-Töchter zu dem in der Dogmatik schon mehrfach geforderten Verwaltungsgesellschaftsrecht[131] zu kommen.

VI. Abwehransprüche und Rechtsschutz

Es liegt in der Konsequenz des Satzes, daß Wettbewerb verfassungsrechtlich der Wettbewerb Privater ist und daß staatliche Wettbewerbsteilnahme ein Staatszwecke verwirklichendes Interventionsmittel ist,

---

[127] S dazu die Anstaltsmodelle im Bayern und Nordrhein-Westfalen (oben Fn. 121 u. 122) sowie die Berliner Anstaltskonstruktion im Eigenbetriebsrecht des Landes (BerlBG).

[128] Insoweit ist fraglich, ob die Anstaltssatzung (s. § 114a Abs. 7 Nr. 1 GO NW) eigentlich Beschlußsache nur des Verwaltungsrates sein kann – in (bloß fakultativer) Weisungsabhängigkeit von der Gemeindevertretung. Im Sinne einer kommunalrechtlichen Wesentlichkeitstheorie müßte doch wohl der Rat selbst die Satzung des Unternehmens beschließen.

[129] Der Vorrang des GmbH-Rechts (aus demokratie-rechtlichen Gründen) wird jetzt zum Teil normativ fixiert (s. § 108 Abs. 3 GO NW).

[130] S oben Fn. 115ff.

[131] S z.B. *v. Danwitz* AöR 120 (1995), 595f.

daß dem am Markt befindlichen oder zutrittsbereiten Marktteilnehmer gegen eine nicht hinreichend gerechtfertigte Intervention, die seine Marktteilnahmechancen schwächt, grundrechtliche Abwehransprüche zustehen.[132] Auf die dem Wettbewerber Staat sozusagen eingestifteten Wettbewerbsvorteile – Vertrauensvorsprung, Informationsvorsprünge für die bedienten Märkte, mindestens faktische Konkursunfähigkeit,[133] günstige steuerliche Behandlung[134] – kommt es also gar nicht an. Die Gegenposition der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung[135] ist schon in sich nicht konsistent: Die rechtliche oder faktische Monopolisierung, aber auch schon die unzumutbare oder unerträgliche Wettbewerbsbeeinträchtigung soll grundrechtliche Abwehransprüche auslösen, nicht aber die schlichte staatliche Wettbewerbsteilnahme. Solche Konstruktionen sind bloß pragmatisch verständlich, aber rechtlich eigentlich nicht durchzuhalten, weil sie die grundrechtlichen Abwehransprüche und die Rechtsschutzeröffnung von kaum rationalisierbaren Intensitätsskalierungen abhängig machen.

Die *Elfes*-Doktrin[136] in Verbindung mit der weitgehenden Öffnung des Eingriffsbegriffs[137] verlangt auch hier konsequent, daß aus Art. 2 Abs. 1 oder aus Art. 12 Abs. 1 GG Abwehransprüche gegen einen ungerechtfertigten Marktzutritt der öffentlichen Hand gewährt werden, die

---

[132] Zuletzt mit sorgfältiger Begründung *Selmer* (Fn. 11), 75 (78ff.) m. umf. N.; zum Eingriffsbegriff in diesem Zusammenhang s. auch *Schliesky* Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, 76ff. und 202ff.

[133] Für die juristische Person des öffentlichen Rechts – also auch z.B. die Anstalt des Öffentlichen Rechts – gilt weithin auch rechtlich die Konkursunfähigkeit, s. zuletzt die Untersuchung von *Engelsing* Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, 1999, 165ff.; zur jedenfalls faktischen Konkursunfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute s. *Kinzl* (Fn. 97), 59; zum Argument einer institutionellen Wettbewerbsverzerrung s. nur *P.M. Huber* Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, 74.

[134] Zur Besteuerung der öffentlichen Hand in diesen Zusammenhang s. jetzt *Siegel* Der Begriff des „Betriebs gewerblicher Art" im Körperschafts- und Umsatzsteuerrecht, 1999.

[135] BVerwGE 17, 306; 39, 329 (337) – grundlegend; BVerwG NJW 1978, 1539f. mit Übernahme des parallel behandelten Eingriffs durch Subventionierung (z.B. BVerwG, NVwZ 1984, 306f.; zu dieser Judikatur *P.M. Huber* [Fn. 133], 358ff., 375ff.; s. weiter aus der Judikatur des BVerwG NJW 1995, 2938 [2939]; VGH Kassel, DöV 1996, 476 [477]).

[136] BVerfGE 6, 32; dazu zuletzt *Fiedler* in: Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, 76ff.

[137] Allgemein zu dieser Öffnung des Eingriffsbegriffs s. *Sachs* in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, § 78 (S. 76ff.), 128ff.; für die Erörterung im vorliegenden Problembereich s. die Hinw. oben Fn. 132.

dann auch konsequent prozessual durchsetzbar sind. Hier könnten auch Anregungen aus dem gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutz für unverzerrten Wettbewerb aufgenommen werden.[138] Schon angesichts dieser grundrechtlichen Lage ist auch die Frage, ob das einfache Recht solche Abwehransprüche gewährt, neu zu durchdenken und dabei endlich auch zur Kenntnis zu nehmen, daß die in der Weimarer Zeit gegebenen Anstöße einer normativen Ordnung zwischen Kommunal- und Privatwirtschaft, die für die modernen Kommunalwirtschaftsregeln stilbildend gewirkt haben, sehr wohl den Zweck hatten, die Privatwirtschaft vor ungerechtfertigter Konkurrenz zu schützen.[139]

Auch normstrukturell sind die Gemeindewirtschaftsrechtsnormen, was die Zweckabhängigkeit des öffentlichen Unternehmens betrifft (erst recht bei ausdrücklichen Subsidiaritätsklauseln) dahingehend auslegbar, daß sie Abwehransprüche begründen.[140] Soweit die Landesverfassungen Mittelstands- und Handwerksförderungs- resp. Schutzklauseln enthalten,[141] sind diese auslegungsdirigierend zu berücksichtigen, so daß hinsichtlich der Überschreitung der Verbandskompetenzgrenzen öffentlich-rechtlicher Personen in Richtung ungerechtfertigter Marktteilnahme von einem subjektiv-öffentlichen Abwehrrecht auszugehen ist.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit sieht das bekanntlich anders, was möglicherweise die ordentliche Gerichtsbarkeit (mit-)motiviert hat,[142]

---

[138] Zu Klagebefugnis des Konkurrenten aus Verfahrensbeteiligung s. EuGH, Rs. 26/76 – Metro SB-Großmärkte ./. Kommission vom 25.10.1977 Slg. 1977, 1875; Grenzen der verfahrensrechtsbasierten Klagebefugnis jetzt: EuG, Rs. T-86/96 – Arbeitsgemeinschaft deutscher Luftfahrt-Unternehmen U. Hapag Lloyd Fluggesellschaft ./. Kommission EuZW 1999, 346 m. krit. Anm. *Nowak/Nehl*; für materiell-rechtliche Abwehransprüche grundlegend EuGH Rs. 169/84 „Cofaz" u.a. ./. Kommission vom 18.01.1986 Slg. 1996, 391; weit. Hinw. etwa bei *Schwarze* in: ders., EU-Kommentar, 2000, Art. 230 Rn 43; zur neueren Entwicklung s. weiter *Polley* EuZW 1996, 300ff.; *Sinnaeve* EuZW 1995, 172ff.; *Schneider* DVBl. 1996, 1301ff.

[139] S dazu schon die Hinw. oben in Fn. 11 sowie *Löwer* Gelsengrün (Fn. 3), 104ff.

[140] Insoweit grundlegend *Lerche* JurA 2(1970) ÖR 23ff.; *Lindner* Verwaltungsgesetzliche gerichtliche Klagemöglichkeiten für Private gegen privatrechtliche Wirtschaftsbetätigung, 1994, 72ff.; *Ossenbühl* Stand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, 140 i.V.m. 105ff. (zu § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO); *Kluth* (Fn. 37), S. 91; *Dürig* in: Maunz-Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn 52; *P.M. Huber* (Fn. 133), 324f.; umf. (mit abl. Ergebnis) zuletzt die Prüfung bei *Schliesky* (Fn. 132), 434ff.

[141] S etwa Art. 28 Verf NW; Art. 43 HessVerf; Art. 53 BayVerf; Art. 40 BremVerf; Art. 65 Rh.Pf.Verf; Art. 54 SaarlVerf; s. auch Art. 38 ThürVerf mit der Garantie einer sozialen und der Ökologie verpflichteten Marktwirtschaft; zur verfassungsorientierten Auslegung der Wirtschaftsrechtsklauseln in den Gemeindeordnungen s. *Löwer* Gelsengrün (Fn. 3), 89–92.

[142] *Emmerich* AG 1985, 293 (296 l. Sp.).

einen Weg zu gehen, der aus öffentlich-rechtlicher Sicht manche Kritik erfährt.[143] Allerdings ist der zivilrechtlichen Judikatur in der Rechtswegfrage wie auch in den materiell-rechtlichen Konsequenzen über § 1 UWG in Verbindung mit den Verbandskompetenzbestimmungen als die Institution Wettbewerb schützender Normen[144] Folgerichtigkeit nicht abzusprechen.

Die Rechtswegfrage steckt in einer argumentativen Pattsituation, die wiederum in der „androgynen" Natur staatlicher Marktteilnahme begründet ist. Die öffentlich-rechtliche Sicht will zurecht an der kompetentiellen Natur der Unternehmenszwecke anknüpfen,[145] die privatrechtliche knüpft zurecht an die Marktteilnahme unter Marktteilnehmern an, für die unstrittig Privatrecht gilt. Daß das UWG auf das Marktverhalten des Wettbewerbers am Markt dann nicht anwendbar sein soll, wenn der Wettbewerber die öffentliche Hand ist, die sich selbst unternehmerisch an einen öffentlichen Zweck gebunden hat, ist schon deshalb wenig plausibel, weil der Markt nach den Gründen, weshalb ein Unternehmen wie welche Leistung anbietet, nicht fragt. Wenn die Wahl zwischen den Anbietern von Gütern rechtlich frei ist, gilt das UWG.

Dann gilt es aber auch konsequent zu bleiben: § 1 UWG öffnet sich dann dem Schutz der Normen, die den Wettbewerb als Institution umhegen, die die par condicio concurrentium absichern. Dazu gehören aber sicher – und jetzt kommt es auf die individuell drittschützende Wirkung überhaupt nicht an – die Grenznormen der Verbandskompetenz, wenn diese zum Zwecke der Marktteilnahme überschritten werden. Marktleistungsfremde Einkommen durch Rechtsbruch sind auch dann nicht akzeptabel, wenn sie die öffentliche Hand erzielt.

---

[143] S dazu die Hinw. bei *Kopp/Schenke* VwGO, 12.Aufl. 2000 § 40 Rn 30 m.N. in Fn. 123; *Ehlers* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Ehlers, VwGO, § 40 Rn 286; *Schliesky* (Fn. 132), 455ff.

[144] S *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht, 21. Aufl., 1999, § 1 Rn 611 (kein Schutz bei bloßen Ordnungsnormen), Rn 665 (subjektiv rechtsschützende Normen); Rn 626 (Schutzrichtung der Norm in Richtung auf den Wettbewerb als Institution) m. je umf. Nachw.; einen sorgfältigen Überblick gibt *Schünemann* (Fn. 8).

[145] Zu der Lehre von der Doppelqualifikation s. BGHZ 82, 375 – Brillenselbstabgabe; GmS-OGB BGHZ 102, 280 – Rollstühle; dazu die Schrifttumsnachweise bei *Ehlers* (Fn. 143) Rn 286 Fn. 915.

VII. Europarechtliche Implikationen

Strukturell liegen Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht für die vorliegenden Rechtsfragen ein Stück weit auf einer Linie, ohne indes deckungsgleich zu sein.

Zunächst ist festzuhalten, daß der EGV sich für die Eigentumsverfassung im nationalen Raum nicht interessiert. Art. 295 EGV hält es für denkbar, daß es sozialisierte Wirtschaftszweige in den Mitgliedstaaten gibt,[146] also auch öffentliche Unternehmen.[147] Dieser Ausgangspunkt steht auch der Wirtschaftsverfassung der EG nicht entgegen, die sich grundsätzlich im mitgliedstaatlichen Waren- und Dienstleistungsaustausch (Binnenmarkt) als „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" versteht (Art. 4 Abs. 1 EGV). Daß offene Marktwirtschaft nicht regulierungsfreie Wirtschaft bedeutet, ist auch für die Gemeinschaft selbstverständlich (s. z.B. nur Art. 3 lit. c), f), i), j), k), p), q), t), u)). Wer sich ganze Politiksektoren als Aufgabe stellt, tut das in auch guter regulatorischer Absicht.[148] Auch die EG ist – angesichts des geringen Rechtsfolgegehaltes der Feststellung darf man das sagen – einer sozialen und ökologischen Marktwirtschaft verpflichtet.[149]

Der Gemeinschaft ist aber – anders als dem nationalen Verfassungsrecht – weitgehend gleichgültig, wer die Marktteilnehmer sind.[150] Insofern gleicht der EGV dem UWG und dem GWB: Entscheidend ist, daß ein Unternehmen zum Zwecke des Leistungsaustausches am Markt auftritt oder auftreten will. Wenn Unternehmen aus national kartellierten Märkten, wie ursprünglich in der Energieversorgung, grenzüberschreitend ihre Ware anbieten wollen, entsteht dadurch ein Markt. Folglich gelten dann die Wettbewerbsvorschriften des Vertrages. Für die Herkunft der Marktteilnehmer im Sinne einer Verbotsnorm für staatlich rechtfertigungslose Marktteilnahme interessiert sich das Gemeinschaftsrecht nicht. Daß der Wettbewerb grundsätzlich Wettbewerb Privater sein muß, läßt sich für das Gemeinschaftsrecht nicht wiederholen.

Dafür interessiert es sich wesentlich intensiver für den unverzerrten Wettbewerb aller Marktteilnehmer, wie ihn das Gemeinschaftsrecht in

---

[146] S die Hinw. bei *Kinggreen* in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, 1999, Art. 295 Rn 3 m. Fn. 4 u. 5; *Bringer* in: J. Schwarze (Fn. 138), Art. 295 Rn 1.

[147] *Badura* ZGR 1997, 291 ff.; *Schmidhuber/Hitzler* Die öffentlichen Unternehmen im EG-Binnenmarkt, ZöGU 13, 1990, 397 ff.

[148] *Steindorff* ZHR 164 (2000), 223 (245 ff.).

[149] *Steindorff* wie vor, 243 f.

[150] *Badura* (Fn. 147), 298 f.; *Schmidhuber/Hitzler* (Fn. 147), 406–409.

den Art. 81 ff. insbesondere auch mit dem Beihilfeverbot sichern will, und kümmert sich in diesem Zusammenhang auch um die Herkunft der Unternehmen. Öffentliche Eigenunternehmen und betraute Unternehmen müssen grundsätzlich mit privaten Unternehmen gleichbehandelt werden, soweit es um wettbewerbsrelevantes Verhalten geht (Art. 86 Abs. 1 EGV).[151] Andererseits hat das Gemeinschaftsrecht nie die Augen davor verschlossen, daß es unter den Mitgliedstaaten auch solche gab, die traditionell eine hohe Staatsquote im Güterangebot aufzuweisen hatten und deren Tradition ein breiter Sektor eines staatlichen Angebots an Daseinsvorsorgeleistungen durch staatseigene Unternehmen entspricht. Deshalb enthält Art. 86 Abs. 2 EGV eine komplizierte Bereichsausnahme (Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV)[152] mit einer Schranke in Satz 2, die es grundsätzlich ausschließt, daß der Wettbewerb durch die Bereichsausnahme vollständig aufgehoben wird. Maßnahmen, die an sich mit den Wettbewerbsregeln unvereinbar sind, sind hinzunehmen, wenn zumutbarerweise anders die einem Unternehmen übertragene Aufgaben nicht erfüllt werden können oder in der Erfüllung gefährdet sind, ohne daß der Wettbewerb dadurch vollständig ausgeschlossen werden dürfte. Die Darlegungs- und Beweislast tragen in diesem Zusammenhang grundsätzlich die Unternehmen.[153]

Das hat für die liberalisierten Märkte in Deutschland erhebliche Bedeutung: Soweit die Marktliberalisierung unabhängig von der Unternehmensträgerschaft erfolgt ist, also z.B. in der Energieversorgung, sind die Unternehmen, auch soweit sie die Ortsversorgung erledigen, gleich zu behandeln. Sie sind nach dem Energiewirtschaftsgesetz alle gleichermaßen regulierungsbelastet,[154] so daß in Anknüpfung an die Träger-

---

[151] *Badura* und *Schmidhuber/Hitzler* wie vor; aus der Judikatur: EuGH Rs. C-303–88, Italien ./. Kommission, v. 21.3.1991, Slg. 1991, I-1433, Rn 19.

[152] *Emmerich* in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Wirtschaftsrechts, H II Rn 142: „Bewußt unklar formulierte ‚Escape- Klausel'", die es insbesondere Frankreich erlauben sollte, seinen breiten öffentlichen Sektor weiter als Mittel der Wirtschaftspolitik einzusetzen.

[153] EuGH, Rs. 66/86 – Ahmed A'Saeed Flugreisen u.a. ./. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, vom 11. April 1989, Slg. 1989, 838 (853). Allerdings hat der EuGH bei den substantiell wichtigen Strom- und Gashandelsmonopolen der Kommission die Beweislast dafür auferlegt, daß diese Monopole für die Erfüllung des Betrauungszwecks nicht erforderlich seien (EuGH, Rs. C-159/94) Kommission gegen Frankreich, vom 23.11.1997, Slg. 1997 I, 5815 (Rn 101); weiter zu solchen Monopolen (EuGH, Rs. C-157/94, Kommission ./. Niederlande v. 23.10.1997, Slg. 1997 I, 5699; Rs. C.160/94 Kommission ./. Spanien v. 23.10.1997, Slg. I 1997, 5851.

[154] Das Energiewirtschaftsgesetz vom 24.4.1998 (BGBl. I, 730) knüpft nur an „Energieversorgungsunternehmen" an, die ihrerseits in § 2 III definiert werden als „Unter-

schaft „Stadtwerke" wettbewerbsbehindernde Privilegierungen nicht in Betracht kommen. Die Elektrizitätsrichtlinie[155] steht jeder Verschiedenbehandlung der Unternehmen nach ihrer Trägerschaft ausdrücklich entgegen.

Soweit sich die Unternehmen mit ihren Leistungsangeboten am Markt bewegen, gilt außerdem das Beihilfeverbot (Art. 86 i.V.m. Art. 87 EGV) zur Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs. Was als Beihilfe qualifiziert werden muß,[156] kann nur nach der Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein; häufig wird eine solche Rechtfertigung nicht gelingen. So besteht wahrscheinlich kein vernünftiger Zweifel daran, daß die Einlage einer Wohnungsbauförderungsanstalt mit Eigenkapitalfunktion in eine anstaltliche Landesbank ohne marktgerechte Verzinsung an das einlegende Land als Beihilfe zu bewerten ist. Ein hinreichender Bezug zu den verfolgten besonderen öffentlichen Aufgaben ist nicht herstellbar.[157]

Die Gewährträgerhaftung für eine Kreditanstalt ist unzweifelhaft dann Beihilfe, wenn sie nachweisbar zu günstigeren Re-Finanzierungskonditionen für das Institut am Kapitalmarkt führen sollte. Ob das für die Sparkassen der Fall ist, ist angesichts der Größe der Sparkassen im allgemeinen wohl eher zweifelhaft.[158] Unabhängig davon ist eine solche Beihilfe allerdings möglicherweise rechtfertigungsfähig, wenn ein hinreichend dichter Bezug zu den übertragenen öffentlichen Aufgaben besteht.[159] Dieser fehlt jedenfalls dort, wo das Anstaltsprofil gänzlich verwischt wird, weil die Geschäftsbankenfunktion in den Vordergrund getreten ist. Die Gewährträgerhaftung für die unzweifelhaft anstalt-

---

nehmen und Betriebe, die andere mit Energie versorgen". Gemeinwirtschaftliche Lasten (§§ 4, 10 EnWG) sind trägerunabhängig von jedem EVU zu tragen.

[155] S die Richtlinie 96/92 EG vom 19. Dezember 1996, betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (abl. EG 1997 L 109 S. 8).

[156] Zum Beihilfebegriff des Art. 97 EGV s. *Cremer* in: Callies/Ruffert (Fn. 146), Art. 97 Rn 7ff.

[157] S dazu *Immenga/Rudo* Die Beurteilung der Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach EU-Beihilferecht, 1997; *Kinzl* (Fn. 97); *Stern* Die kommunalen Sparkassen im Visier der Europäischen Union, in: FS *Rommel* 1997, 211ff.; *ders.* SpK. 1997, 397ff.; *Schmidt/Vollmöller* NJW 1998, 716ff. mit je unterschiedlichen Positionen.

[158] Gegen die Trennung der Sparkassen von den Landesbanken mit gegenläufiger Tendenz *Stern* und *Kinzl* wie vor, 45ff.

[159] Zum öffentlichen Auftrag der Sparkassen zuletzt *Völker* Der öffentliche Auftrag der kommunalen Sparkassen und das Aufrechterhalten eines flächendeckenden Zweigstellennetzes im Spannungsfeld mit dem Wandel am Markt, Diss. Tübingen, 1999, s. auch die Beiträge in: J. Ipsen (Hrsg.), Sparkassenrecht im Wandel, 1993.

lichen Funktionen würde man vielleicht aus dem Beihilfebegriff noch herausinterpretieren können, die Gewährträgerhaftung für die Geschäftsbankfunktionen nicht.[160]

Die Transparenzrichtlinie[161] ist geeignet, verschleierte Wettbewerbsverzerrungen offenkundig werden zu lassen. Eine Quersubventionierung würde so auch betragsmäßig deutlich. Wenn z.B. der Personennahverkehr liberalisiert wird, ist für das Vergabeverfahren der Quersubventionierungseffekt zahlenmäßig greifbar; die Angebote müssen ohne solche kommunale Mitfinanzierung verglichen werden. Ausgleichszahlungen für bestimmte Linien müßten allen Bewerbern gleichmäßig zustehen können.

Die Konflikte mit dem europäischen Wettbewerbsrecht werden im übrigen um so unvermeidlicher, wie die Marktteilnahme staatlicher oder kommunaler Unternehmen nicht deutlich von einem öffentlichen Zweck geprägt ist. Das Gemeinschaftsrecht ist insofern substantiell daran ausgerichtet, Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Anbietern von Leistungen am Markt zu verhindern. Die öffentlichen Unternehmen schwächen in ihrer Intention, nur Wettbewerber unter Wettbewerbern sein zu wollen, ihre verfassungsrechtliche und europarechtliche Legitimation. Die WestLB wird ihre Schlachten gegen den Wettbewerbskommissar kaum gewinnen können, die Sparkassen hingegen schon.

Man mag fragen, ob Art. 16 EGV Entlastung von den wettbewerbsrechtlichen Bindungen signalisiert. Im Ergebnis ist das zu verneinen, weil Art. 16 nur akzeptiert, was auch sonst evident ist: Öffentliche Unternehmen sind auch europarechtlich zulässiges Interventionsmedium. Die zentralen wettbewerbsschützenden Normen für die Waren- und Dienstleistungsfreiheit bleiben aber davon unberührt. Ob Art. 16 EGV nicht gleichwohl interpretatorisch die Gewichte etwas verschiebt, ist noch nicht sicher einschätzbar. In den Urteilen zu den Einfuhr- und Ausfuhrmonopolen für Elektrizität und Gas finden sich jedenfalls erhebliche Akzentverschiebungen, wenn der EuGH eine tatsächliche oder rechtliche Gefährdung der Erfüllung der besonderen Verpflichtungen des betrauten Unternehmens genügen läßt, um nationale Regulierungen, die öffentliche Unternehmen dem Wettbewerb entziehen, bestehen zu lassen. Dafür, daß es insofern mildere Mittel gibt, wird der Kommission die Beweislast aufgebürdet.[162]

---

[160] Zur Schwierigkeit der Rechtfertigung der Geschäftsbankfunktionen s. schon oben die Hinw. oben zu Fn. 49ff.

[161] S dazu *Emmerich* (Fn. 152), Rn 124 m.w.N.

[162] S die Hinw. auf die Judikatur des EuGH oben Fn. 53; dazu aus dem Schrifttum: *Ericke* EuZW 1998, 741; *Schaub/Dohm* AG 1998, 566; *Mestmäcker* Grenzen staatlicher

Art. 16 EGV verdeutlicht jedenfalls nochmals, daß für die Legitimität der Unternehmen alles auf den öffentlichen Zweck ankommt. Die kompetentiellen Bindungen müssen normativ sichtbar sein und in der Marktteilnahme verwirklicht werden. Die Unternehmen müssen in ihrer Gemeinwohlnützigkeit deutlich erkennbar sein. Dann leben sie legitimerweise auch in liberalisierten Märkten. Die öffentliche Hand muß aber auch akzeptieren, daß die Unternehmen wegen ihrer öffentlichen Zwecklichkeit geführt werden und der hochgeschätzte Gewinn nicht das primäre Ziel sein darf. Die Wirklichkeit sieht wohl anders aus.

Monopole im EG-Vertrag, in: Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen (FIW 179), 1999, 71 ff.; *Steindorff* ZHR 163 (1999), 395 (426 ff.).

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

I. Es geht um die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Staat marktfähige Güter, die auch von Privaten angeboten werden oder angeboten werden können, anbieten darf.

II. 1. Eine Aussage gilt für die wirtschaftliche Betätigung der Staaten, in welcher organisatorischen Gestalt sie auch immer anzutreffen ist: Eine Betätigung um des Erwerbszwecks willen, nur um des Gewinns willen, ist verfassungsrechtlich unzulässig.

2. Die mittelbare Gemeinwohlförderung durch den Haushaltsertrag reicht zur Rechtfertigung der Marktteilnahme nicht aus.

3. Positivrechtlich wird der Ausschluß bloßer Erwerbswirtschaftlichkeit dadurch gestützt,

- *daß die als Eigenkapital notwendigen Steuermittel von der Zweckbindung her nicht Wagniskapital oder Finanzanlage sind,*
- *daß die grundgesetzlich vorgesehene Erwerbswirtschaftsquelle „Finanzmonopol" verfassungsmäßig nicht mehr ausgedehnt werden kann*
- *daß auch die Sozialisierung nach Art. 15 GG nicht um des Gewinnes willen zulässig wäre,*
- *daß der Staat sich nach der Grundentscheidung der Finanzverfassung als Abgabenstaat finanziert.*

4. Da verfassungsrechtlich geschützter Wettbewerb der Wettbewerb Privater ist, muß der Staat seinen Marktzutritt nach dem dem Gemeinwohlprinzip inhärenten Rationalitätsgebot rechtfertigen können, weil der Aufgabenzugriff die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft verschiebt.

5. Die Hochzonung des im Gemeindewirtschaftsrecht zuerst formulierten Erfordernisses eines rechtfertigenden öffentlichen Zwecks zur Verfassungsvoraussetzung ist der Wirkkraft der Grundrechte zu danken, die alle Staatsinitiativen unter das Gebot stellt, ihren Gemeinwohlförderungszweck benennen zu müssen.

6. Es läßt sich nicht aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begründen, daß die Möglichkeit, mit regulierten Unternehmen eine gesicherte Infrastruktur für daseinsnotwendige Leistungen herzustellen, rechtlich Vor-

rang vor eigenwirtschaftlicher Teilnahme insbesondere der Gemeinden auf diesen Märkten haben muß.

III. Wenn die staatliche Marktteilnahme als wirtschaftende Wahrnehmung von Staatsaufgaben zu verstehen ist, muß das Recht die androgyne Struktur dieses Sektors angemessen erfassen.

1. a) Da regelmäßig verselbständigte Trabanten wirtschaftend verwalten, gilt der institutionelle Gesetzesvorbehalt für die rechtliche Existenz und den zu verfolgenden Unternehmenszweck.

b) Auch die unmittelbare Marktteilnahme allzuständiger Verbände muß durch Beschluß mit Angabe der Zweckverfolgung durch die Vertretungskörperschaft gerechtfertigt werden.

c) Das gilt auch für die Beteiligung an privaten Unternehmen.

2. Die Marktteilnahme der Gemeinden wirft eine Fülle von Problemen auf, weil sie allzuständige Verbände mit örtlich reduziertem Wirkungskreis unter Eingliederung in das Staatsganze sind.

a) Auch Art. 28 Abs. 2 GG rechtfertigt keine bloß erwerbswirtschaftliche Marktteilnahme.

b) Gesamtstaatliche Marktliberalisierungsentscheidungen greifen nicht in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ein.

c) Auch gesetzlich ermächtigte grenzüberschreitende Marktangebote sind wegen der nur örtlich begrenzten Legitimationskraft des Gemeindevolkes mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.

d) Die Frage nach dem öffentlichen Zweck gilt der Verbandskompetenz der Gemeinden; die Grenzen der Verbandskompetenz unterliegen aber nicht einer praktisch unkontrollierten Einschätzungsprärogative des Verbandes selbst. Zusätzlich moderierend wirkt hinter einer sachgerechten Gemeinwohlkonkretisierung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere auf der dritten Stufe der Zumutbarkeit.

IV. Zu den verfassungsrechtlichen Grundbedingungen verfassungsmäßiger Organisation gehört die Zweckdefinition in der Unternehmenssatzung als Vorgabe für die Unternehmenspolitik, als Maßstab für die unternehmensinterne und -externe Kontrolle mittels der Einwirkungspflicht des Muttergemeinwesens und ggf. auch als Maßstab für Ausgleichszahlungen für unrentable Zweckverfolgung.

1. Eine rigide Anwendung des Demokratieprinzips würde alle Vorteile der Autonomieeinräumungen aufheben. Das Demokratieprinzip würde bei privatrechtlich konstituierten Unternehmen zu einem konzernrechtlichen Beherrschungsvertrag führen. Die konzernrechtlichen Konsequenzen würden Gewährträgerhaftung und Anstaltslast durchaus gleichen.

2. Der Rechtsgedanke funktionsgerechter Organstruktur erlaubt es, die

sachliche Legitimationskette zu lockern (ohne sie aufzugeben), weil es dafür tragfähige Sachgründe (Grundsatz der Wirtschaftlichkeit) gibt.

Insgesamt erscheint es möglich, für die Eigengesellschaft mit dem Modell einer rechtsfähigen Anstalt zu adäquaten Strukturen zu kommen.

V. Da Wettbewerb verfassungsrechtlich Wettbewerb Privater ist, stehen dem privaten Wirtschafter gegen die staatliche Marktteilnahme grundrechtliche Abwehransprüche zu. Auch die gemeindewirtschaftsrechtlichen Ordnungsnormen schützen den betroffenen privaten Wettbewerber. Auch die privatrechtliche Schutzkonstruktion über § 1 UWG ist in sich konsistent und folgerichtig. Die Rechtswegfrage steckt folglich in einer argumentativen Pattsituation.

VI. 1. Der Satz, daß Wettbewerb grundsätzlich Wettbewerb Privater sein muß, läßt sich für das Gemeinschaftsrecht nicht wiederholen.

2. Das ausgeprägte Interesse an ausgeprägtem Wettbewerb erfaßt – wie das UWG und das GWB – alle zum Zweck des Leistungsaustauschs am Markt befindlichen Unternehmen.

3. Handeln öffentliche und private Unternehmen in einem regulierten Markt, der ein bestimmtes Infrastrukturniveau sichern soll, sind die Unternehmen gemeinschaftsrechtlich zwingend gleichzubehandeln. Trägerschaftsbezogene Differenzierungen sind dann unzulässig.

4. Ob das Beihilferecht in seiner bisherigen Strenge durchgehalten werden wird, ist angesichts Art. 16 EGV noch nicht verläßlich abschätzbar.

Dritter Beratungsgegenstand:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

2. Bericht von Prof. Dr. *Thomas Puhl*, Mannheim

Inhalt

	Seite
A. Grundlagen	458
I. Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge	458
II. Die Regelungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens	459
III. Entwicklungslinien des Vergaberechts	461
1. Das haushaltswirtschaftliche Anliegen des traditionellen deutschen Vergaberechts	461
2. Das wettbewerbliche Anliegen des Gemeinschafts- und Völkerrechts	461
B. Das derzeitige Regelungsgeflecht	462
I. Internationale Übereinkünfte	463
II. Europarechtliche Vorgaben	464
1. Die materiellen Vergaberichtlinien	464
2. Die Nachprüfungsrichtlinien	466
III. Das deutsche Vergaberecht	468
1. Regelungen für Aufträge *oberhalb* der Schwellenwerte	469
a) Das Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26. 8. 1998	469
aa) Materielles und Vergabeverfahrensrecht	469
bb) Rechtsschutz	470
b) Der Unterbau: Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen	471
2. Regelungen für Aufträge *unterhalb* der Schwellenwerte	473
a) Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung	473
b) Kommunalbereich	474
c) Öffentliche Auftraggeber in Privatrechtsform	475
C. Zwei Hauptprobleme	475
I. Die Aufträge unter den Schwellenwerten	475
1. Spaltung des Regelungsregimes	475
2. Grundrechtliche Begründung subjektiver Bieterrechte	477

a) Grundsätzliche Grundrechtsbindung der Auftragsvergabe 477
b) Einschlägige Grundrechte 478
aa) Gleichheitsrechte 478
bb) Freiheitsrechte, v.a. aus Art. 12 I GG 481
3. Bieterrechte aus primärem Gemeinschaftsrecht 485
a) Grundfreiheiten 485
b) Wettbewerbsrecht 485
4. Ansprüche aus allgemeinem Wettbewerbsrecht 486
II. Die Berücksichtigung „vergabefremder" Aspekte 486
1. Zuschlagskriterium „wirtschaftlichstes" Angebot . . . 488
a) Haushaltsrechtliche Deutung 488
b) Wettbewerbsrechtliche Deutung 489
2. Auswahl der Auftragnehmer – zulässige Eignungskriterien 493
a) Verfassungsmaßstäbe 495
aa) Bundesstaatliche Kompetenzordnung 495
bb) Gesetzesvorbehalt 496
cc) Materielle Grundrechtsfragen 496
b) Gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe 497
aa) Vergaberichtlinien 497
(1) *Beentjes*; und Kritik 498
(2) Die Haltung der Kommission 499
bb) Primärrecht 500
D. (Viele) offene Fragen 501
I. z.B.: Zum Vergabeverfahren 501
II. z.B.: Zum Primärrechtsschutz 503
III. z.B.: Zu sekundären Ersatzansprüchen 504
E. Zum Schluß 504

A. Grundlagen

Der Staat als Leistungsapparatur benötigt für die Erstellung seiner Endprodukte als Produktionsfaktoren neben der Arbeitskraft seines eigenen Personals eine Vielzahl von Sachgütern und Dienstleistungen Dritter – gewissermaßen als Rohstoffe und Halbfertigprodukte. Er braucht F16s und eine A 20, Finanzämter und Rathäuser, Herzklappen und Palandts; und wenn er gar nichts mehr braucht – dann braucht er eine 69 Mio. DM Image-Kampagne fürs Musterländle:[1] „Wir können alles. Außer Hochdeutsch."

Diese Güter nimmt er nur im Ausnahmefall zwangsweise in Anspruch (etwa im Wege der Enteignung, oder durch Beschlagnahme z. B. nach den Leistungsgesetzen im Spannungs- und Verteidigungsfall); im Regelfall erwirbt er sie dagegen am Markt von Privaten (freilich mit Geld, das er sich zuvor im wesentlichen über Zwangsabgaben beschafft hat – was aber noch immer effizienter und freiheitsschonender ist als der direkte Zugriff auf konkrete Sach- und Dienstleistungen der Bürger).

I. Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge

Der Umfang, in dem der Staat Güter am Markt beschafft, richtet sich nach einer Vielzahl von Faktoren – insbesondere nach den vor allem politisch definierten Staatsaufgaben sowie der finanziellen Leistungsfähigkeit des Gemeinwesens, aber auch nach der Grundentscheidung, wieweit der Staat (Halbfertig-)Produkte mit eigenem Personal erstellt oder fix und fertig einkauft (Stichwort: „Outsourcing"): Schlankheitsgrad des selbst unterhaltenen Personalkörpers und Volumen staatlicher Auftragsvergabe stehen im Verhältnis der Komplementarität und sind in erheblichem Umfang wechselseitig substituierbar.

Öffentliche Aufträge – also grob gesprochen: die Beschaffung von Sachgütern und Dienstleistungen durch öffentliche Verwaltungen, öffentliche und halb-staatliche Unternehmen – sind ein bedeutender Faktor der gesamtwirtschaftlichen Nachfrage. Exakte Statistiken über ihr Volumen gibt es erstaunlicherweise weder auf nationaler noch auf EU-Ebene. In Wiesbaden[2] schätzt man jedoch, daß in Deutschland

---

[1] Haushaltsplan Baden-Württemberg 2000/2001, Kap. 1212 Tit. 531 03-0.

[2] Das Statistische Bundesamt geht auf Anfrage davon aus, daß 1995 die Gebietskörperschaften öffentliche Aufträge über rd. 250 Mrd. DM, die Sozialversicherungsträger über rd. 20 Mrd. DM und die Sektorenauftraggeber über rd. 130 Mrd. DM verge-

jährlich rund 400 Mrd. DM für öffentliche Aufträge ausgegeben werden, wovon etwa 130 Mrd. DM auf die sog. Sektorenauftraggeber entfallen; gut die Hälfte der rein staatlichen Einkäufe tätigen (als Hauptträger der Daseinsvorsorge) die Kommunen. Brüsseler Zahlen liegen deutlich höher.[3] Insgesamt wird man aber in der Annahme nicht fehlgehen, daß in Deutschland wie europaweit zwischen 10 % und 15 % des jeweiligen Bruttoinlandsprodukts auf öffentliche Aufträge entfallen. Dabei sind einzelne Branchen besonders staatsabhängig – vom Auftragseingang des Bauhauptgewerbes in Deutschland entfällt z. B. etwa 1/3 auf öffentliche Aufträge.

II. Die Regelungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens

All diese Aufträge werden auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge abgewickelt.[4] Anders als für entsprechende Geschäfte zwischen Privaten im allgemeinen hält man jedoch speziell für Aufträge der öffentlichen Hand die zivilrechtlichen Vorschriften etwa über den Kauf-, Werk- oder Dienstvertrag und deren Zustandekommen nicht für ausreichend. Drei Umstände nämlich sprechen für eine besondere Regelungsbedürftigkeit gerade des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge:

---

ben haben. Wegen der Diskrepanzen zu den von der EG veröffentlichten Schätzungen werden Daten derzeit nicht publiziert; als seriöse Studie wird jedoch auf die Veröffentlichung von *Breuer/Wallau* Der Beitrag des öffentlichen Auftragswesens zur wirtschaftlichen Entwicklung in den neuen Bundesländern, Schriften des Instituts für Mittelstandsforschung N.F. Nr. 67, 1996, verwiesen, das diese Angaben stützt und ausdifferenziert. – Die sonst im Schrifttum genannten Zahlen beruhen soweit ersichtlich in keinem Fall auf amtlichen oder wissenschaftlichen Primärquellen – außer den groben Schätzungen der EG (dazu Fn. 3). – Kommission, BMWi und Statistisches Bundesamt bemühen sich derzeit um einen Zahlenabgleich, der im Frühjahr 2001 abgeschlossen sein und publiziert werden soll.

[3] Zuletzt Kommission der Europäischen Gemeinschaften, „Wirtschaftsreform: Bericht über die Funktionsweise der gemeinschaftlichen Güter- und Kapitalmärkte" v. 26. 1. 2000, KOM (2000) 26 endg., 20f., und Tab. 18, S. 53: Sie geht für die Bundesrepublik für 1995 – ohne weitere Aufgliederung – von einer Gesamtsumme öffentlicher Aufträge i.H.v. 293,8 Mrd. € (= 574,6 Mrd. DM), für 1998 von 282,5 Mrd. € (= 552,5 Mrd. DM), europaweit von einem Anteil öffentlicher Aufträge von ca. 14 % des Bruttosozialprodukts aus.

[4] S. etwa BGHZ 14, 222, 226; 48, 98, 103; BVerwGE 5, 325, 327; BVerwG, DÖV 1973, 244, 245; s. auch die Begr. des Regierungsentwurfs zum VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, 20 (vor § 126); *Waldner* Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, Diss. Würzburg, 2000, 33 ff. mwN.

1. Die öffentliche Hand handelt auch beim Abschluß zivilrechtlicher Verträge nicht „privatautonom". Sie ist nach zutreffender Ansicht auch in diesem Bereich nicht grundrechtsberechtigt, sondern grundrechtsverpflichtet.[5] Und sie verfügt nicht über „eigenes" Geld, sondern treuhänderisch über Finanzmittel, die die Bürger aufgebracht haben. Dabei ist die Verwaltung – im Gegensatz zum Privaten – zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichtet.[6]
2. Anders als meist in der Privatwirtschaft fehlt den Amtswaltern, die Staatsgelder ausgeben, vielfach ein adäquater Anreiz, mit den ihnen anvertrauten Mitteln sparsam umzugehen – mit der Folge, daß sie aus Bequemlichkeit oder Nachlässigkeit nicht selten gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip verstoßen.[7]
3. Oft, in manchen Bereichen regelmäßig, vergibt die öffentliche Hand Aufträge bewußt nicht an den günstigsten, sondern an andere Auftragnehmer. Das muß keine Vetternwirtschaft sein, sondern dient oft hehren Zielen etwa der Regional- oder Sozialpolitik, ist aber jedenfalls in den damit verbundenen Belastungswirkungen gegenüber übergangenen Wettbewerbern rechtfertigungsbedürftig.[8]

Was auch immer die Gründe eines Zuschlags auf ein anderes als das wirtschaftlich günstigste Angebot im Einzelfall sein mögen – er hat eine doppelte Folge: eine *haushaltswirtschaftliche* (der Auftraggeber erbringt zu Lasten der öffentlichen Finanzen eine höhere Gegenleistung als marktmäßig[9] erforderlich) und eine *wettbewerbliche* (der günstigste Anbieter kommt nicht zum Zuge, was ihn individuell benachteiligt und sich auch gesamtwirtschaftlich auf die Dauer nachteilig auswirkt – nämlich durch eine Fehlallokation von Produktionsmitteln).

---

[5] Dazu Nachweise unter C I 2 a.

[6] §§ 6 I, 48 I HGrG, §§ 7 I 1, 105 I Nr. 2, 113 BHO/bw LHO; aus dem Kommunalrecht etwa § 77 II bw GO, § 48 bw LKrO, § 12 I bw EigBG.

[7] Beredtes Zeugnis geben die jährlichen Berichte der Rechnungshöfe und der kommunalen Prüfungseinrichtungen; für den Bund zuletzt die Bemerkungen des Bundesrechnungshofs 1999, BT-Drs. 14/1667 (zum Beschaffungswesen etwa unter Ziff. 20, 44, 45, 47, 53, 60, 93, 94, 100).

[8] Näher unter C II.

[9] Für die Beschaffung des eingekauften Wirtschaftsgutes – nicht notwendig aber auch zur Verfolgung des Sekundärzwecks, s. unter C II 1 a.

III. Entwicklungslinien des Vergaberechts

1. Das haushaltswirtschaftliche Anliegen des traditionellen deutschen Vergaberechts

Die haushaltswirtschaftliche Seite des Problems ist spätestens seit der Entstehung des modernen Haushaltsrechts in der Weimarer Zeit erkannt.[10] Heute verpflichtet es alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts materiell auf die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit[11] – und ausschließlich zu diesem Zweck verfahrensrechtlich dazu, vor dem Abschluß von Verträgen über Lieferungen und Leistungen in aller Regel eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen.[12] Sie soll dem öffentlichen Auftraggeber die notwendigen Informationen über die Angebotsseite des Marktes vermitteln und zugleich – über die Transparenz des formalisierten Verfahrens – politische und unsachliche Einflüsse ausschließen.[13]

2. Das wettbewerbliche Anliegen des Gemeinschafts- und Völkerrechts

Aus EU-Sicht birgt die bisherige Praxis öffentlicher Aufträge weniger ein haushaltswirtschaftliches Problem.[14] Im Vordergrund steht für sie vielmehr die bislang weitgehende Abschottung der nationalen Beschaffungsmärkte, der Protektionismus gegenüber Unternehmen anderer Mitgliedstaaten. Noch 1986 sind nach Schätzung der EU-Kommission nur 0,14 % des Bruttoinlandsprodukts der Gemeinschaft für öffentliche Aufträge an andere Mitgliedstaaten gegangen, während ohne Behinde-

---

[10] Vgl. § 46 RHO als Vorläufervorschrift zu § 55 BHO; zuvor schon § 37 I des Preuß. Staathaushaltsgesetzes vom 18. 5. 1898 (PrGS, 77). – Zur geschichtlichen Entwicklung s. etwa den Abriß bei *Sterner* Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss. Mannheim 1996, 71–73; *Kokott* in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Einführung Rn 2ff. – je mwN.

[11] S. oben Fn. 6.

[12] S. §§ 30 HGrG, 55 BHO/LHO; aus dem Kommunalrecht etwa § 31 bw GemHVO.

[13] So z. B. *Pietzcker* in: Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, 66.

[14] Aber *auch* ein solches: Die Marktabschottung im öffentlichen Auftragswesen verursacht nach Einschätzung des sog. Ceccini-Berichts von 1987 (Forschungsbericht für die Kommission der EG „Die Kosten der Nichtverwirklichung von Europa" [The cost of Non-Europe in Public Sector Procurement], Executive Summary, 6f.) durchschnittlich bis zu 19 Mrd. € Mehrkosten im Jahr für die öffentlichen Auftraggeber; kritisch zu dieser Schätzung *Hailbronner* WiVerw 1994, 173, 175, gegenüber einem noch höher (40 Mrd. €) geschätzten potentiellen Einsparvolumen auch *Seidel* in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 1997, H. IV Rn 33–38, beide unter Betonung der natürlichen Regionalität insbesondere des Baumarktes.

rungen mit einem zwischenstaatlichen Auftragsvolumen von 7–10% des Bruttoinlandsprodukts zu rechnen sei.[15]

Eine solche Praxis steht im Widerspruch zu dem von der EU angestrebten Binnenmarkt (Art. 3 lit. c und g, Art. 4 I EG), dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 3 lit. g, Art. 4 I und II EG), teils auch unmittelbar zu den Grundfreiheiten des EG. Deshalb hat die Europäische Gemeinschaft seit 1971 eine Reihe von Richtlinien für das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge erlassen[16] – mit dem Ziel, die Transparenz der öffentlichen Beschaffungsmärkte und deren tatsächliche Öffnung für einen freien und chancengleichen Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft zu fördern.

Schließlich sind – vor allem seit 1979 – auch auf internationaler Ebene weitere Abkommen getroffen worden, namentlich im Rahmen des GATT (seit 1994: WTO), mit gleicher Stoßrichtung wie die EG-Richtlinien – nämlich zur Liberalisierung und Ausweitung des Welthandels auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.[17]

Diese völker- und vor allem gemeinschaftsrechtlichen Impulse haben schließlich einen Umbruch auch des deutschen Vergaberechts zur Folge gehabt: Der Gesetzgeber hat es in eher gequälten Windungen, die hier nicht im einzelnen nachzuzeichnen sind, schließlich mit Wirkung vom 1. 1. 1999 weitgehend aus dem Haushaltsrecht herausgelöst und in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eingebettet.[18]

B. Das derzeitige Regelungsgeflecht

Infolge dieser Entwicklung unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge heute insgesamt einem Regelungsgeflecht, das zu durchschauen dem Uneingeweihten nicht ganz leicht fällt:

---

[15] Kommission, Die Öffnung der Beschaffungsmärkte, 1993, 2. Inzwischen geht die Kommission – vorsichtiger – davon aus, daß die früher erwarteten Einspareffekte nicht tatsächlich nachweisbar seien; die rationelle Verwendung öffentlicher Mittel bezeichnet sie – u.a. mit Blick auf die Maastrichter Konvergenzkriterien – noch immer als eines der Hauptziele der Union bei der Gestaltung des öffentlichen Auftragswesens; der Anteil der Importe an den Beschaffungen in Europa sei zwar noch immer „bescheiden", direkte grenzüberschreitende Transaktionen seien jedoch immerhin von 1,4% (1987) auf 3% (1995) gestiegen, Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft", KOM (96) 583 endg. (= BT-Drs. 13/8366), Tz. 2.3, 2.5, 2.11.

[16] Nachw. mit Änderungen etwa bei *Waller* Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens, Rang und Anwendbarkeit des GPA 1994 im europäischen und deutschen Recht, Diss. Chemnitz/Zwickau, 1998, 228.

[17] S. Erwägungsgrund 1 des GPA; näher zum GPA unter B I.

[18] Näher unter B III 1 a.

I. Internationale Übereinkünfte

Auf internationaler Ebene zu nennen ist vor allem[19] das WTO-Beschaffungsabkommen GPA[20] vom 15.4.1994, das am 1.1.1996 in Kraft getreten ist. Als „plurilaterales" Abkommen gilt es nur für diejenigen WTO-Mitglieder, die es gesondert ratifiziert haben – derzeit gut zwei Dutzend Staaten, darunter neben denen der Europäischen Gemeinschaft[21] insbesondere die USA, Kanada und Japan.[22]

Das GPA sei hier nicht näher beleuchtet, weil es inhaltlich für *deutsche* Auftraggeber – jedenfalls gegenüber Bietern aus der EU[23] – soweit

---

[19] Zum global angelegten GPA (Fn. 20) treten zahlreiche speziellere völkerrechtliche Vereinbarungen – insbesondere eine Reihe von bilateralen Beschaffungsübereinkommen zwischen der EU oder der Bundesrepublik und anderen Staaten, allen voran das Briefwechsel-Abkommen zwischen der EU und den USA von 1995 (ABl. Nr. L 134 v. 20.6.1995, 25 – hierzu und zu seiner Vorgeschichte *Huelmann* Öffentliche Beschaffungen nach EG-Recht, WTO und Deutsch-amerikanischem Freundschaftsvertrag, Diss. Münster, 2000, 141 ff., 152 ff. mwN.), sowie die Europa-Abkommen mit mittel- und osteuropäischen Ländern (Nachw. bei *Huelmann,* 133). Von Bedeutung ist ferner die grundsätzliche Erstreckung des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien auf die EFTA-Staaten (Art. 65 I iVm. Anhang XVI des EWR-Abkommens, ABl. EG Nr. L 1 v. 3.1.1994; das gilt allerdings nur für Island, Liechtenstein und Norwegen; die Schweiz hat das Abkommen nicht ratifiziert, s. *Kokott* in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Einführung Rn 122).

[20] Agreement on Government Procurement, ABl. Nr. L 336 v. 23.12.1994, 273; deutsche Fassung veröffentlicht in ABl. Nr. C 256 v. 3.9.1996, 2. – Näher zum GAP: *Gramlich* RIW 1995, 793, 797 ff.; *Haase* Internationale Harmonisierung des öffentlichen Auftragswesens, Diss. Trier, 1997, passim; *Kunnert* WTO-Vergaberecht. Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG-Vergaberegime, Diss. 1998, passim; *Drügemöller* Vergaberecht und Rechtsschutz, Diss. Frankfurt/Oder, 1999, 24 ff.; *Huelmann* (Fn. 19), 107 ff., *Waller* (Fn. 16), passim. – Allgemein zum Verhältnis der EG zur WTO: *Lorenz* Die Europäische Gemeinschaft in der Welthandelsorganisation WTO, Diss. München 2000; *Hilpold* Die EU im GATT/WTO-System, 2. Aufl. 2000. – Zum ersten WTO-Panel-Bericht v. 1.5.2000, der sich primär mit dem öffentlichen Auftragswesen befaßt (u.a. dem Verfahren um den südkoreanischen „Inchon-Flughafen"), *Bungenberg* WuW 2000, 872 ff.

[21] Sie hat das Abkommen mit Wirkung für ihre Mitgliedstaaten ratifiziert, näher *Huelmann* (Fn. 19), 114.

[22] S. die Auflistung der WTO unter www.wto.org/english/tratop_e/gproc_/memobs_e.htm.

[23] Eigenständige rechtliche Bedeutung verbleibt dem GAP für die Bundesrepublik v.a. in zweierlei Hinsicht:

1. Es verpflichtet *deutsche Auftraggeber* nach dem Grundsatz der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung (Art. III Abs. 1 lit. a und b, VIII Satz 1 GPA), Unternehmen aus Vertragsstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu behan-

ersichtlich keine weiteren Anforderungen stellt als das Gemeinschaftsrecht, das bei der Formulierung des GPA in den Gesprächen der Uruguay-Runde Pate gestanden hat[24].

II. Europarechtliche Vorgaben

Speziell auf das Vergabewesen zugeschnittene Vorschriften enthält das *primäre* Gemeinschaftsrecht nicht. Jedenfalls die Grundfreiheiten des EG stehen jedoch insbesondere einer Diskriminierung von Unternehmen anderer Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge entgegen. Unter anderem weil schon eine fehlende Harmonisierung der Vergaberegelungen in den Mitgliedstaaten die grenzüberschreitende Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen behindert, suchen *sekundärrechtliche* Vorgaben die Grundfreiheiten durch eine Koordinierung der einzelstaatlichen Vergabeverfahren zu verwirklichen.

1. Die materiellen Vergaberichtlinien

Derzeit besteht dieses Regelwerk im Kern aus vier Vergaberichtlinien – nämlich denen für Bau-[25], für Liefer-[26] und für Dienstleistungsaufträge[27] (die nach einem Kommissionsvorschlag vom Mai diesen Jah-

---

deln wie inländische und solche anderer Vertragsstaaten – also: nach deutschen und EG-Regeln; und

2. enthält es einen ersten – wegen der noch geringen Zahl der Signatarstaaten und zahlreicher Vorbehalte einzelner Vertragsparteien freilich begrenzten – Schritt in Richtung Globalisierung von EG-Vergabestandards und erleichtert so *für deutsche Unternehmen* die Wettbewerbsteilnahme um öffentliche Aufträge auch von außerhalb der EU.

[24] Vgl. BR-Drs. 357/94, 81 f.: „Die EG-Kommission hat in den Verhandlungen [scil.: der Uruguay-Runde] versucht, die gesamte EG-weite Marktöffnung im Beschaffungswesen zu multilateralisieren" (was ihr freilich nur auf der zentralstaatlichen Ebene auch vollständig gelungen sei).

[25] Richtlinie 93/37/EWG des Rates v. 14. 6. 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. EG Nr. L 199, 54) – „Baukoordinierungsrichtlinie", zit.: BKR. – Diese und die in den beiden folgenden Fn. genannten Richtlinien sind zuletzt durch die Richtlinie 97/52/EG v. 13. 10. 1997, ABl. Nr. L 328, 1 geändert worden.

[26] Richtlinie 93/36/EWG des Rates v. 14. 6. 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. EG Nr. L 199, 1) -„Lieferkoordinierungsrichtlinie", zit.: LKR.

[27] Richtlinie 92/50/EWG des Rates v. 18. 6. 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. Nr. L 209, 1) – „Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie", zit.: DLKR.

res sinnvollerweise künftig in einer einzigen Richtlinie zusammengefaßt werden sollen[28]) sowie der sog. Sektorenrichtlinie[29]. Letztere erweitert das Feld des öffentlichen Auftragswesens über die Beschaffungsmaßnahmen staatlicher Einrichtungen (also der klassischen öffentlichen Auftraggeber) hinaus auf die Vergabe solcher Auftraggeber, die technische Netze mit Gebietsmonopolcharakter führen, nämlich in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung[30] – und zwar auch dann, wenn diese Einrichtungen (wie teils in der Bundesrepublik) als Unternehmen privatrechtlich organisiert sind und ihre Anteile in den Händen Privater liegen (wie bei der RWE oder in den neuen Bundesländern bei der VEAG; sog. „Sektoren-Auftraggeber").

Alle Vergaberichtlinien gelten nur für größere Aufträge ab bestimmten „Schwellenwerten". Diese reichen von rd. 130000 €[31] für Liefer- und Dienstleistungsaufträge zentralstaatlicher Stellen (der Bundesministerien) bzw. 200000 € bei den übrigen klassischen öffentlichen Auftraggebern über 400000 € für die meisten Sektorenaufträge – bis zu 5 Mio. € für Bauaufträge;[32] bei der Vergabe von Teillosen liegen sie niedriger.

---

[28] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000) 275 endg. v. 10.5.2000.

[29] Richtlinie 93/38/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. Nr. L 199, 84), geä. durch Richtlinie 98/4/EG v. 16.2.1998, ABl. Nr. L 101, 1 – „Sektorenrichtlinie", zit.: SKR. Auch diese Richtlinie soll neu gefaßt werden – s. den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (2000) 276 endg. v. 10.5.2000.

[30] S. i.e. Art. 2 SKR; der dort noch genannte Telekommunikationssektor ist heute jedenfalls für die Bundesrepublik vom Anwendungsbereich der SKR ausgenommen und soll, soweit nicht nach Art. 8 SKR schon jetzt der Fall, nach dem Vorschlag der Kommission wegen der inzwischen weitgehend realisierten echten Wettbewerbssituation durch die Liberalisierung dieses Marktsegments künftig generell ausgeklammert werden, s. KOM (2000) 276 endg., 8ff.

[31] Die Richtlinien verwenden noch den Begriff „ECU". Der ECU ist gem. Art. 2 VO [EG] Nr. 1103/97 v. 17.6.1997, ABl. Nr. L 162, 1 zum 1.1.1999 jedoch durch den „Euro" ersetzt worden.

[32] S. i.e. Art. 5 LKR, Art. 7 DKR, Art. 6 BKR und Art. 14 SKR – auch zur Festlegung und Publikation der Umrechnungswerte. Bei Anpassung der Schwellenwerte aufgrund des Beitritts der EU zum GPA sind neben und teils anstelle von Werten in ECU bzw. € solche in Sonderziehungsrechten (SZR – eine Referenzwährung, deren Wert jeweils vom IWF definiert wird) festgelegt worden. Diese unersprießliche Komplizierung su-

Die Richtlinien regeln das jeweilige Vergabe*verfahren*, vor allem das grundsätzliche Gebot öffentlicher Ausschreibung und seine Ausnahmen; sie enthalten – für die Marktöffnung zentral – überaus detaillierte Publizitätsvorschriften (vor allem für die Vergabebekanntmachungen, die grundsätzlich im Amtsblatt der EG vorzunehmen sind), sowie Regeln über Angebotsfristen und die Vergabeunterlagen, die auslandsdiskriminierende technische Spezifikationen unterbinden sollen.

Die Richtlinien enthalten *materielle* Eignungskriterien für die Auswahl der Bewerber (also Eigenschaften der Unternehmen – vor allem Zuverlässigkeit, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit)[33]; und als *Zuschlags*kriterien, die in einem zweiten Schritt die Auswahl eines konkreten Angebotes aus denen aller für geeignet befundenen Unternehmer erlauben, alternativ das rein quantitative des „niedrigsten Preises" oder das wertungsbedürftige des „wirtschaftlich günstigsten" Angebots.[34]

2. *Die Nachprüfungsrichtlinien*

Schließt die Vergabestelle – etwa über die Wahl einer unzulässigen Vergabeart – einen Bewerber zu Unrecht von vornherein aus dem Verfahren aus, enthalten Vergabeunterlagen diskriminierende Spezifikationen, sind Angebotsfristen zu kurz bemessen, Veröffentlichungen unterblieben oder Aufträge nach unzulässigen Kriterien erteilt worden,[35] so stellt sich die Frage nach Korrekturmechanismen, die tunlichst eine endgültige Rechtsverletzung verhindern, hilfsweise deren Folgen – insbesondere über die Zuerkennung von Schadensersatz – kompensieren oder mildern.

Deshalb hat der Rat – angesichts divergierender und teils unzulänglicher Rechtsschutzmechanismen in einzelnen Mitgliedstaaten[36] – zwei Nachprüfungsrichtlinien erlassen – die eine zur Kontrolle der traditio-

---

chen die vorliegenden Kommissionsvorschläge v. 10.5.2000 zur Neufassung der Vergaberichtlinien zu mildern, s. KOM (2000) 275 endg., 12f.; und KOM (2000) 276 endg., 18ff. Die DM-Gegenwerte der Schwellenwerte sind zuletzt bekannt gemacht im BAnz. Nr. 244 v. 24.12.1999, 20734.

[33] S. Art. 24–29 BKR; Art. 20–25 LKR; Art. 29–35 DKR und Art. 30–33 SKR.

[34] Näher bei Fn. 147ff.

[35] Instruktiv zu Fallgruppen möglicher Vergaberechtsverstöße *Hertwig* Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (VOB/VOL/VOF), 2000, Rn 149ff.

[36] Vgl. Erwägungsgrund Nr. 2 und Nr. 4 NPRL, Nr. 2 und Nr. 3 S-NPRL (s. folgende Fn.); zu den unterschiedlichen Rechtsschutzverfahren in den Mitgliedstaaten s. die Nachweise bei *Sterner* (Fn. 10), 117.

nellen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge[37], eine zweite für Aufträge nach der Sektorenrichtlinie[38]. Beide Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten sicherzustellen, daß Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber „wirksam und vor allem möglichst rasch" auf Vergaberechtsverstöße[39] nachgeprüft werden können (Art. 1 I NPRL/S-NPRL).

Hervorzuheben ist, daß das europäische Vergaberecht darauf abzielt – und zwar entgegen der bis vor kurzem von der Bundesrepublik gegenüber der Kommission vertretenen Auffassung –, dem einzelnen Bewerber, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und dem durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Art. 1 III NPRL/S-NPRL[40]), *klagbare Rechte* einzuräumen.[41] So hat der EuGH zu Recht festgestellt, daß etwa die in der Baukoordinierungsrichtlinie „enthaltenen Vorschriften über die

---

[37] Richtlinie 89/665/EWG des Rates v. 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. Nr. L 395, 33) – im folgenden „Nachprüfungsrichtlinie", zit.: NPRL; erweitert wurde ihr Anwendungsbereich auf Dienstleistungsaufträge durch Art. 41 DLKR.

[38] Richtlinie 92/13/EWG des Rates v. 25.2.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. Nr. L 76, 14) – im folgenden „Sektoren-Nachprüfungsrichtlinie", zit.: S-NPRL.

[39] Genauer: auf Verstöße gegen gemeinschaftsrechtliche Vergabebestimmungen und diese umsetzende nationale Vorschriften (weitergehend die ursprüngliche, aber gescheiterte Konzeption der Kommission, vgl. *Seidel* [Fn. 14], Rn 118ff., insbes. 120).

[40] Also i.d.R. dem ausgeschlossenen oder übergangenen Unternehmer. Spezifiziert werden insbesondere die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an Organisation und Verfahren der Prüfungsinstanzen sowie deren Mindestbefugnisse.

[41] Sein Zweck ist nicht die sparsame Mittelverwendung der Mitgliedstaaten (so der traditionelle objektiv-rechtliche Ansatz des deutschen Vergaberechts), sondern die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb (s. etwa die Erwägungsgründe Nr. 10 BKR, Nr. 9 und 12 DLKR, Nr. 3 NPRL, Nr. 5 S-NPRL) – und zwar nicht nur als objektives Prinzip im Allgemeininteresse, sondern zur Verwirklichung der primärrechtlichen Warenverkehrs-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sowie des Diskriminierungsverbotes (s. etwa die Erwägungsgründe Nr. 2 BKR, Nr. 6 DLKR, Nr. 1, 2, 22 SKR, Nr. 3 NPRL, Nr. 5 S-NPRL) – also gemeinschaftsrechtlichen Individualgrundrechten, weshalb gerade die einzelnen Unternehmen angesprochen werden (z.B. Erwägungsgründe Nr. 10 BKR, Nr. 4 NPRL, Nr. 3 und 5 S-NPRL), denen bei ihnen drohenden Schäden die Antragsbefugnis zur Überprüfung auf Vergaberechtsverstöße (Art. 1 III NPRL/S-NPRL) und – bei festgestellten und nicht mehr behebbaren Schäden – Entschädigung bzw. Schadensersatz gewährleistet wird (Erwägungsgrund Nr. 6 und Art. 2 I lit. c NPRL; Erwägungsgrund Nr. 10 und Art. 2 I lit. d S-NPRL).

Teilnahme und die Publizität den Bieter vor Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen ... Ein solcher Schutz kann nicht wirksam werden, wenn der Bieter sich nicht gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und gegebenenfalls deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen kann."[42]

III. Das deutsche Vergaberecht

Das Grundgesetz enthält ebenso wenig spezielle Vorgaben für das öffentliche Auftragswesen wie das primäre Gemeinschaftsrecht. Freilich determinieren seine allgemeinen Regeln *auch* das Vergaberecht – etwa das Wirtschaftlichkeitsprinzip und die Grundrechte, insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz. Mit deren Konkretisierung und der Umsetzung der jüngeren gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in das einfache Recht hat die Bundesrepublik sich bisher schwer getan. Insbesondere war es noch erklärtes Ziel der an die deutsche Regelungstradition anknüpfenden sog. haushaltsrechtlichen Lösung im Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) von 1993[43], „individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen zu lassen"[44]. Dem lag die übereinstimmende Befürchtung[45] deutscher öffentlicher Auftraggeber und Wirtschaftsverbände zugrunde, effektiver Rechtsschutz (womöglich über mehrere Instanzen) ziehe das Vergabeverfahren unerträglich in die Länge; und dies wirke sich nachteilig aus zum einen auf die Erfüllung des jeweiligen Versorgungsauftrags der öffentlichen Hand, also auf die Allgemeinheit (Straße wird nicht fertig), zum anderen auf die Wirtschaft, insbesondere die Bauwirtschaft, die rasche und endgültige Dispositionsgrundlagen benötige. Gerade die Blockade von Anschlußaufträgen bei der in Deutsch-

---

[42] EuGH Slg. 1995 I, 2311 Tz. 19 mN.

[43] Sie bestand aus einer Ergänzung des HGrG durch die §§ 57a bis c und auf deren Grundlage dem Erlaß zweier Verordnungen, der Vergabeverordnung (VgV) – zur Umsetzung der Vergaberichtlinien – und der Nachprüfungsverordnung (NpV) – zur Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinien: Zweites ÄndG zum HGrG v. 26.11.1993 (BGBl. I, 1928); VgV v. 22.2.1994 (BGBl I, 321) – geä. durch die 1. ÄndVO zur VgV v. 29.9.1997 (BGBl. I, 2384); NpV v. 22.2.1994 (BGBl. I, 324).

[44] So der Regierungsentwurf zur Änderung des HGrG, BT-Drs. 12/4636, 12; s. demgegenüber freilich mit beachtlichen Gründen *H.-U. Gallwas* FS Knöpfle, 1996, 103, 111ff.

[45] Deutlich die Entschließung der Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP, BT-Drs. 12/770; ausführlich *Hailbronner* WiVerw 1994, 173, 232f. mN.; *Sterner* (Fn. 10), 134; ferner (zu den deutschen Positionen bei Ausarbeitung der Nachprüfungsrichtlinien) BR-Drs. 62/89; *Seidel* (Fn. 14), Rn 133; *Hailbronner*, a.a.O., 188f.

land üblichen, mittelstandsfördernden Vergabe von Teillosen an Subunternehmer[46] verursache unverhältnismäßig hohe finanzielle Schäden.

Dieser Ausschluß subjektiver Bieterrechte lief dem europarechtlichen Konzept von einem raschen und wirksamen Rechtsschutz im Vergabeverfahren klar zuwider.[47] Auf Druck der EG-Kommission[48] – und der Vereinigten Staaten, die der Bundesrepublik eine Diskriminierung amerikanischer Unternehmen bei der Auftragsvergabe sowie Rechtsschutzlücken vorwarfen und deshalb mit Sanktionen drohten[49] – ist daher das Recht der öffentlichen Aufträge zum 1. 1. 1999 auf eine neue und bessere Grundlage gestellt worden.

I. Regelungen für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte

a) Das Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26. 8. 1998

Der Gesetzgeber hat nunmehr das Vergaberecht – schon dies markiert inhaltliche Akzentverschiebungen – weitgehend[50] aus dem Haushaltsrecht herausgelöst und es als Vierten Teil im GWB[51] grundlegend neu gestaltet, allerdings nur für Aufträge oberhalb der EG-rechtlich festgelegten Schwellenwerte (§§ 100 I, 127 Nr. 1 GWB).

aa) Materielles und Vergabeverfahrensrecht

Diese Bestimmungen setzen die EG-Richtlinien – soweit ersichtlich – ordnungsgemäß um: *Materielle* Regelungen enthält das Gesetz (neben einer Festlegung seines Anwendungsbereichs vor allem durch Definition der öffentlichen Auftraggeber) nur wenige – insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Teilnehmer eines Vergabeverfahrens (§ 97 II GWB) und das Zuschlagskriterium des wirtschaftlichsten

---

[46] Vgl. § 18 bw MittelstandsförderungsG 1975 und nunmehr § 97 III GWB sowie § 22 bw MittelstandsförderungsG v. 19. 12. 2000, GBl., 745.

[47] Dazu *Puhl* in: Ipsen/Rengeling (Hrsg.), Gemeinden und Kreise in einem vereinten Europa, 9. Bad Iburger Gespräche, 1999, 121 ff.; *Waldner* (Fn. 4), 52 ff. – je mwN.

[48] S. das Beanstandungsschreiben der Kommission v. 31. 10. 1995, ZIP 1995, 1940; ferner BT-Drs. 13/9340, 12.

[49] BT-Drs. 13/7137, 8 f.; s. a. *Byok* NJW 1998, 2274, 2775 mN.

[50] § 30 HGrG, § 55 BHO und die entsprechenden landes- und kommunalrechtlichen Vorschriften blieben unverändert; sie sind neben dem neuen wettbewerblichen Regelungsregime anwendbar, haben eigenständige Bedeutung, soweit ersichtlich, aber nur für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte; dazu unten B III. 2. und C I.

[51] VgRÄG v. 26. 8. 1998, BGBl. I, 2512; sowie – mit gegenüber dem VgRÄG geänderter §§-Zählung – die Bekanntmachung der Neufassung des GWB v. 26. 8. 1998, BGBl. I, 2546.

Angebotes (§ 97 V GWB). Als Eignungskriterien zur Ermittlung potentieller Auftragnehmer benennt § 97 IV GWB zwar in Übereinstimmung mit den Vergaberichtlinien[52] die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Unternehmen, läßt jedoch abweichende bundes- oder landesgesetzliche Regelungen zu.[53]

Verfahrensrechtlich legt das Gesetz für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Konkretisierung des Wettbewerbs- und Transparenzprinzips (§ 97 I GWB) den grundsätzlichen Vorrang des offenen Verfahrens, bei dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen (durch Ausschreibung) öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (§ 101 II, V GWB), vor dem nicht offenen und schließlich[54] dem Verhandlungsverfahren fest – freilich mit einer Ausnahme für Sektorenauftraggeber[55] und vorbehaltlich abweichender Regelungen „auf Grund dieses Gesetzes"[56].

Grundlegend neu bestimmt § 97 VII GWB: „Die Unternehmen haben Anspruch darauf, daß der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält." Die Wettbewerber erhalten also (nach deutscher Konzeption: erstmalig) subjektive Rechte eingeräumt, weshalb das Gesetz sich im übrigen auch vor allem Rechtsschutzfragen widmet:

bb) Rechtsschutz

Dabei ging es um einen Kompromiß zwischen europa- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an wirksamen Rechtsschutz im Vergabeverfahren einerseits und den teils entgegengesetzten Interessen an zügiger Entscheidung andererseits. Letztere hatten bislang – mangels subjektiver Rechte und Klagebefugnis der Wettbewerber – dazu geführt, daß das deutsche Vergaberecht sich weitgehend als „gerichtsfreier

---

[52] Vgl. Art. 18, 24–29 BKR; 15, 20–25 LKR; 23, 29–35 DKR; hierzu etwa *Prieß* Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, 1994, 101 ff.; *Noch* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, Diss. Bielefeld, 1998, 73 ff.

[53] Dazu unter C II.

[54] Das Verhandlungsverfahren ist (zwar nicht nach dem Wortlaut des § 101 GWB, aber im Lichte eben des Wettbewerbs- und Transparenzprinzips, § 97 I GWB) auch subsidiär zum nicht offenen Verfahren, s. auch *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 101 Rn 37 mwN.

[55] Im Sinne von § 98 Nr. 4 GWB; dieser Begriff der Sektorenauftraggeber ist – wegen der Subsidiarität der Bestimmung zu § 98 Nr. 1 bis 3 GWB – enger als der der SKR, dazu *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 101 Rn 119 f. mwN.

[56] Also auch durch die Vergabeverordnung und damit (über deren Verweis auf die Verdingungsordnungen): in den Fällen der §§ 3a VOB/A, VOL/A, s. etwa *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 101 Rn 37.

Raum" darstellte[57] – mit der Folge, daß (auch wegen der beachtlichen Kosten der rigiden Vergaberegelungen) zwischen Vergaberecht und Vergabepraxis oft eine beachtliche Kluft diagnostiziert wird.[58]

Auf Einzelheiten der neuen Rechtsschutzmechanismen ist hier nicht einzugehen – zu resümieren nur, daß sie heute eine rasche und wirksame Überprüfung möglicher Vergaberechtsverstöße erlauben, zunächst vor weisungsfrei gestellten Fachbehörden, den Vergabekammern (§§ 104–115 GWB), sodann durch Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten (§§ 116–124 GWB). Dabei spielt ein filigran gewebtes System *einstweiligen Rechtsschutzes*[59] eine besondere Rolle für die effektive Durchsetzung von Bieterrechten – denn nach einmal erteiltem Zuschlag kann Primärrechtsschutz (also Aufhebung des Zuschlags und Neuerteilung des Auftrags) nicht mehr erlangt werden (§ 114 II 1 GWB). Der benachteiligte Bieter ist dann auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verwiesen, die nach der Rechtsprechung in aller Regel jedoch nur Ersatz des Vertrauensschadens, nicht aber den des eigentlichen wirtschaftlichen Schadens – nämlich den entgangenen Gewinn – umfassen.[60]

b) Der Unterbau: Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen

Die Details des Vergabeverfahrens (etwa Form und Inhalt der Ausschreibungen, Fristen) sind in den Verdingungsordnungen[61] geregelt, die als Akte privater Rechtsetzung von den (u.a. aus Vertretern von Staat, Unternehmen und Gewerkschaften zusammengesetzten) Verdin-

---

[57] *Pietzcker* ZHR 162 (1998), 427, 468.

[58] Näher *Pietzcker* ZHR 162 (1998), 427, 432ff. Im Grünbuch (Fn. 15) geht die Kommission z.B. davon aus, daß rund 85% der Vergabestellen – insbesondere auf Kommunalebene – die Publizitätsanforderungen der Richtlinien nicht erfüllen (Tz. 2.7).

[59] Dazu im Überblick *Puhl* (Fn. 47), 111, 128f.; ausführlich *Waldner* (Fn. 4), 168ff.; allgemein zum Rechtsschutz nach Erlaß des VgRÄG *Erdl* Der neue Vergaberechtsschutz, Diss. Berlin, 1998, passim; *Drügemöller* (Fn. 20), 267ff.

[60] Dazu unten Fn. 75.

[61] Jeweils Teil A der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) i.d.F. der Bekanntmachung vom 12.11.1992 (BAnz. Nr. 223a v. 27.11.1992) und der Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL) i.d.F. der Bekanntmachung v. 12.5.1997 (BAnz. Nr. 163a v. 2.9.1997); und in der (erst ab den „Schwellenwerten" eingreifenden) Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) i.d.F. der Bekanntmachung v. 12.5.1997 (BAnz. Nr. 164a v. 3.9.1997). – Die Neufassungen der VOB (v. 30.5.2000, BAnz. Nr. 120a v. 30.6.2000, dazu *Joussen/Schranner* BauR 2000, 625ff.; *Kratzenberg* NZBau 2000, 265ff.; *Hertwig* MDR 2000, 865f.) sowie der VOL (BAnz. Nr. 200a v. 24.10.2000) und der VOF (v. 25.7.2000, BAnz. Nr. 173a v. 13.9.2000) sind erst mit Inkrafttreten der neuen VgV (Fn. 68) anwendbar.

gungsausschüssen[62] ausgehandelt werden. Die Qualifikation der Verdingungsordnungen als Rechtsquelle richtet sich nach der Norm, die ihre Anwendung befiehlt. Für öffentliche Aufträge im Geltungsbereich des GWB, also oberhalb der Schwellenwerte, ist dies die Vergabeverordnung[63], die im Wege statischer Verweisungen VOL, VOF und VOB in ihren je relevanten Teilen für anwendbar erklärt und sie so in Verordnungsrang[64] zu Bestimmungen über das Vergabeverfahren i.S.v. § 97 VII GWB erhebt, die den Bietern einklagbare Rechte gewähren. – Am 26.7. diesen Jahres hat die Bundesregierung eine Neufassung der Vergabeverordnung[65] beschlossen, die insbesondere der Umsetzung zwischenzeitlich geänderter EG-Richtlinien dient[66] und dabei an dieser arg komplizierten, rechts- und bundesstaatlich nicht unproblematischen „Kaskadenlösung" festhält;[67] sie harrt indes noch der notwendigen Zustimmung des Bundesrats.[68]

---

[62] Näher *Eiermann* ZögU 1994, 228ff.; *Lampe-Helbig* FS Korbion, 1986, 249ff.; der Deutsche Verdingungsausschuß firmiert nunmehr als Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuß – DVA, mit neuer Satzung vom 18.10.2000.

[63] Derzeit noch die auf der Grundlage von § 57a I und II HGrG i.d.F. v. 26.11.1993 (BGBl. I, 1928) erlassene und auch nach Fortfall der Ermächtigungsgrundlage durch Inkrafttreten des VgRÄG fortgeltende VgV v. 22.2.1994 (BGBl. I, 321), geä. durch VO v. 29.9.1997 (BGBl. I, 2384).

[64] Ganz h.M., s. z.B. *Hailbronner* WiVerw 1994, 173, 230; *H.-U. Gallwas* FS Knöpfle, 1996, 102; *Seidel* (Fn. 14), Rn 175; *Pietzcker* in: Schwarze (Fn. 13), 61, 63; der Regierungsentwurf zur HGrG-Novelle (BT-Drs. 12/4636, 12) spricht von ihrem „materiellen Gesetzescharakter"; ebenso *Sterner* (Fn. 10), 75 mN.; ähnlich *Schäfer* Beilage 12 zu BB 1996, 1, 8f.; *Rittner* NVwZ 1995, 313, 315; s. auch die Begründung zum Entwurf der VgV, BR-Drs. 455/00 sub A (statische Verweisung auf Verdingungsordnung, „um ihnen die zur Umsetzung von EG-Recht notwendige Rechtsqualität zu geben"); **a.A.** – an der Rechtsqualität der Verdingungsordnungen als Verwaltungsvorschriften ändere sich auch durch die Verweisung in der VgV nichts – *Noch* (Fn. 52), 88, sowie *ders.* ZfBR 1997, 221ff.

[65] BR-Drs. 455/00; Ermächtigungsgrundlage ist – nach Wegfall von § 57a HGrG – § 97 VI und § 127 GWB. Zum Entwurf der neuen VgV *Ax* BauR 2000, 471ff.

[66] Freilich erst nach Ablauf der in den Richtlinien 97/52/EG und 98/4/EG genannten Umsetzungsfristen und Ingangsetzung von Vertragsverletzungsverfahren durch die Kommission. Der daraus resultierende Zeitdruck wird als Ursache dafür angeführt, daß das materielle Vergaberecht nicht insgesamt neu geregelt, sondern die Verweisungstechnik auf die Verdingungsordnungen beibehalten wurde; s. Begr. zum Entwurf der VgV in BR-Drs. 455/00 sub A und die Kritik des Bundesrates in seiner Entschließung v. 10.11.2000 (Anlage zu BT-Drs. 455/00 sub 4).

[67] Kritisch *Dreher* NVwZ 1999, 1265ff.; anders *Pietzcker* NZBau 2000, 64ff.

[68] Inzwischen hat der Bundesrat sie erteilt, allerdings mit Modifikationen (BR-Drs. 455/00 v. 10.11.2000); in dieser Fassung hat die Bundesregierung die VgV nunmehr zum 1.2.2001 in Kraft gesetzt, BGBl. I 2001, 110. Zur neuen VgV *Hertwig* DStR 2001, 172 und *Berrisch/Nehl* DB 2001, 134.

2. *Regelungen für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte*

a) *Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung*

Für Aufträge *unterhalb* der Schwellenwerte – sie machen bis zur Hälfte des Gesamtvolumens aller Beschaffungsmaßnahmen aus[69] – stellt sich die einfachgesetzliche Rechtslage ganz anders dar. Staatliches Haushaltsrecht gilt nur für einen Teil der „klassischen" Auftraggeber (nämlich Bund und Länder nebst Sondervermögen, sowie grundsätzlich auch für bundes- und landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts). Sie müssen Aufträge über Lieferungen und Leistungen vor einem Vertragsschluß öffentlich ausschreiben, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.[70] Verwaltungsvorschriften zur Konkretisierung dieser Verpflichtung ordnen meist die Anwendung wesentlicher Teile von VOL und VOB[71] an, die so ebenfalls im Rang von bloßem Innenrecht Geltung beanspruchen.[72]

Dies hat eine wichtige Konsequenz. Die Vorl. VV-BHO zu § 55 etwa bestimmen nämlich explizit: „Lieferungen und Leistungen sind öffentlich auszuschreiben, damit die verfügbaren Haushaltsmittel wirtschaftlich und sparsam verwendet werden" (also nicht: im Interesse der Wettbewerber); und: „In den Bewerbungsbedingungen ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß die Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen bzw. von Bauleistungen (VOL Teil A und VOB Teil A) den Bietern kein klagbares Recht auf Anwendung dieser Bestimmungen geben; sie tragen lediglich den Charakter von Dienstanweisungen an die Beschaffungsstellen."[73] Dahinter steht, wie gesagt, die Befürchtung der staatlichen Stellen, die Gewährung subjektiver Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften könne durch eingelegte Rechtsmittel der Konkurrenten zu einer unerträglichen Verzögerung wichtiger Beschaffungsvorhaben führen („Investitionsblockade").[74] Die These von der ausschließlich objektiv-rechtlichen Bedeutung der vergaberecht-

---

[69] Vgl. *Recker* ZKR 1997, 151, 154 zum Kommunalbereich.

[70] S. § 30 HGrG; §§ 55 BHO/bw LHO; zur Geltung für bundes- und landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts (vorbehaltlich abweichender Sonderregelung) s. § 48 I HGrG, §§ 105 I BHO/bw LHO.

[71] Von VOL/A und VOB/A dann jeweils der 1. Abschnitt; VOF (§ 1 II) und die Abschnitte 2–4 der VOL/A und VOB/A gelten (nur) ab Schwellenwerten.

[72] S. etwa BGHZ 116, 149, 151 mwN. und 124, 64, 69 zum Rechtscharakter der VOB/A; allgemein *Sterner* (Fn. 10), 72; *Noch* (Fn. 52), 88; *Riese* Vergaberecht, 1998, 17f. – je mN.

[73] Ziff. 1.1. und 3 Vorl. VV-BHO zu § 55.

[74] Dazu oben bei Fn. 45.

lichen Regelungen unterhalb der Schwellenwerte (und folglich der fehlenden Einklagbarkeit durch den lediglich „reflexartig" begünstigen Bewerber) wird von Literatur wie Verwaltungsgerichten bislang ganz überwiegend geteilt und auch die Zivilgerichte sträuben sich bisher unter Berufung auf den Charakter der Verdingungsordnungen als Innenrecht, das im öffentlichen Interesse eine sparsame Mittelverwendung regele, ihre Regelungen als Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB und so auf § 1004 BGB gestützte Unterlassungsansprüche[75] anzuerkennen.[76]

b) Kommunalbereich

Für die Kommunen gelten die Verdingungsordnungen kraft besonderer Vorschriften der Gemeindehaushaltsverordnungen *inhaltlich* zwar nur eingeschränkt,[77] durch diese (dynamische) Verweisung werden sie jedoch vom Rechtsquellencharakter her zur Rechtsverordnung umqualifiziert.[78] So mutieren sie zwar zu Außenrecht, aber auch das dient nach ganz h.M. lediglich dem öffentlichen Interesse an sparsamer Mittelbewirtschaftung und begründet keine subjektiven Rechte etwa rechtswidrig übergangener Mitbewerber.[79]

---

[75] Allerdings haben die Zivilgerichte verschiedentlich Sekundäransprüche von Wettbewerbern anerkannt, insbesondere Schadensersatzansprüche aus cic, die freilich im Regelfall allenfalls auf den Ersatz des Vertrauensschadens, also: der Kosten der Angebotserstellung gerichtet sind; vgl. dazu im Überblick *Riese* (Fn. 72), 293ff.; ausführlicher *Schnorbus* BauR 1999, 77ff.; *Jebens* DB 1999, 1741; *Ackermann* ZHR 164 (2000), 394ff. In Sonderfällen, in denen der Bieter bei fehlerfreier Vergabe mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Zuschlag erhalten hätte, hat die Rechtsprechung auch das Erfüllungsinteresse zugebilligt (s. BGH, BauR 1993, 214ff.; OLG Celle, ZfBR 1997, 40; BGH, BauR 2000, 254, 256 mwN.). Zur Anwendung des allgemeinen Kartell- und Wettbewerbsrechts in diesen Fällen s. unten C. II. 4.

[76] S. zuletzt VGH Mannheim, DÖV 1999, 79f. mN (für kommunale Aufträge); ferner etwa KG, BauR 1995, 837, 839f.; BGH, BauR 1992, 221f.; *Gern* Kommunalrecht Baden-Württemberg, 7. Aufl. 1998, Rn 415; *Riese* (Fn. 72), 286, 288 mN.; *Sterner* (Fn. 10), 122f.; *Hertwig* (Fn. 35), Rn 181; *B. Gallwas* GewArch 2000, 401, 412; grundsätzlich auch *Kokott* in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Einführung Rn 62ff.; *Nebel* in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 55 BHO Rn 3.

[77] Für Baden-Württemberg s. § 31 II GemHVO iVm. der VergabeVwV v. 8.11.2000 (GABl., 414) iVm. der VergabeVwV v. 30.8.1993 (GABl., 1002), zul. geä. durch VwV v. 10.12.1997 (GABl. 1998, 49), dazu *Sterner* (Fn. 10), 73 und *Faiß/Faiß/Giebler/Lang/Schmidt* Kommunales Wirtschaftsrecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 1995, Rn 335ff.

[78] z.B. § 31 II bw GemHVO, dazu VGH Mannheim, DÖV 1988, 649 sowie BVerwG NVwZ-RR 1989, 377; *Gern* (Fn. 76), Rn 415; ausführlich – und a.A. – *Koch* VwArch 91 (2000), 354, 358ff., der die Verdingungsordnungen für die Kommunen weder als Rechtsverordnungen noch als Verwaltungsschriften für verbindlich hält.

[79] VGH Mannheim, DÖV 1999, 79f. mwN.

c) Öffentliche Auftraggeber in Privatrechtsform

Privatrechtlich organisierte Auftraggeber schließlich sind bei Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte den Verdingungsordnungen nur dann unterworfen, wenn sie sich vertraglich dazu verpflichtet haben (was etwa bei Beteiligungsunternehmen vorkommt) oder durch Verwaltungsakt dazu angehalten sind. Letzteres betrifft vor allem Subventionsnehmer von Bund und Ländern, denen bei Zuwendungen über 50000 DM im Bewilligungsbescheid grundsätzlich die Anwendung der Verdingungsordnungen auferlegt wird.[80] Diese Verpflichtung besteht dann aber jedenfalls nach klassischer Sicht wieder nur im Verhältnis zwischen den Beteiligten selbst, vermittelt dagegen potentiellen Auftragnehmern keine eigenen Rechte.

C. Zwei Hauptprobleme

Die beiden Hauptprobleme des Vergaberechts liegen derzeit in der Frage nach der Zulässigkeit einer Instrumentalisierung staatlicher Einkäufe für sog. vergabefremde Zwecke und in möglichen Regelungsdefiziten für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte.

I. Aufträge unter den Schwellenwerten

1. Spaltung des Regelungsregimes

Um mit letzteren zu beginnen: Soweit die Verdingungsordnungen auf die Auftragsvergabe überhaupt anwendbar sind, unterscheidet sich das

---

[80] S. jeweils Ziff. 3 der ANBest-I, ANBest-P, ANBest-Gk, die nach Ziff. 5.1 der Vorl. VV-BHO zu § 44 – mit Ausnahmemöglichkeit nach Ziff. 5.3.5 – unverändert zum Bestandteil des Zuwendungsbescheides zu machen sind: danach hat der Zuwendungsempfänger bei der Vergabe von Aufträgen Abschnitt I der VOB und der VOL anzuwenden. – Die Bestimmungen sind u.a. abgedruckt bei *Piduch* Bundeshaushaltsrecht, vor den Erläuterungen zu § 44 BHO. Die bei *Krämer/Schmidt* Zuwendungsrecht – Zuwendungspraxis, Abschnitt A III zusammengestellten Regelungen auf Landesebene entsprechen im wesentlichen den Bundesvorschriften (zuletzt etwa Ziff. 5 der VV zu § 44 bw LHO, bw GABl. 2000, 181). Teils erheblich abweichende Sonderregelungen finden sich in Ziff. 3 ANBest-P-Kosten und in Förderrichtlinien einzelner Bundesressorts und anderer Bewilligungsbehörden (s. die Vorschriften bei *Krämer/Schmidt* unter A II 8) – z.B. für die KfW, die für die „Finanzielle Zusammenarbeit Deutschlands mit Entwicklungsländern" die FZ-Vergaberichtlinien erlassen hat (wonach etwa eine Beschränkung von Ausschreibungen auf deutsche Unternehmen zulässig ist; dazu *Waller* [Fn. 16], 119f.). – Zu Beteiligungsunternehmen s. nunmehr § 106b bw GemO und § 21 bw MittelstandsförderungsG v. 19.12.2000, GBl., 745.

Regelungsregime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte von dem für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte vor allem

1. im Rechtsquellenrang (oberhalb: als Verordnung; unterhalb: nur für Kommunen z.T. als Verordnung, im übrigen als Verwaltungsvorschrift);
2. in der Rechtsstellung, die den Bietern gewährt wird (oberhalb: subjektive Rechte mit den entsprechenden Rechtsschutzmechanismen; unterhalb: nur objektives Recht);
3. weniger: im Inhalt (oberhalb der Schwellenwerte sind staatliche Auftraggeber[81] i.d.R. zur europaweiten Ausschreibung verpflichtet; unterhalb reicht innerstaatliche Publizität);
4. bedeutsamer aber: in der Zuständigkeit für die Verfolgung über den Beschaffungszweck hinausgehender („vergabefremder") Sekundärzwecke bei der Auftragsvergabe – Eignungskriterien über die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Unternehmen hinaus können oberhalb der Schwellenwerte nur durch Bundes- oder Landesgesetz bestimmt werden, während unterhalb der Schwellenwerte hierfür nach bisheriger Auffassung Verwaltungsvorschriften ausreichen.

Ob diese unterschiedliche Behandlung großer und kleinerer Aufträge gerechtfertigt ist, wird häufig aus rechtspolitischen Gründen bezweifelt.[82] Wichtiger erscheinen jedoch verfassungs- und europarechtliche

---

[81] Die Sektorenauftraggeber sind in der Wahl der Vergabeart frei, s. § 101 V 2 GWB.

[82] Zwar vermeidet der Ausschluß subjektiver Rechte Prozesse, vereinfacht und beschleunigt das Vergabeverfahren – weshalb der Gesetzgeber sich bei der Zuerkennung klagbarer Ansprüche bewußt auf das europarechtlich Unvermeidbare (eben oberhalb der Schwellenwerte) beschränkt hat. Auf der anderen Seite kompliziert der Umgang mit zwei unterschiedlichen Regelungswerken die Rechtsanwendung. Die Abgrenzung insbesondere von Bau- und Lieferaufträgen wirft zahlreiche Rechtsfragen auf – und ist doch im wesentlichen nur entscheidend für die maßgeblichen (ganz unterschiedlich hohen) Schwellenwerte, die ohnehin schwierig zu ermitteln sind und zu Umgehungsstrategien (wie an sich unzulässiger Auftragsstückelung) einladen. Paradox scheint auch, daß politische Sekundärziele der Auftragsvergabe (wie die Beschäftigung von Lehrlingen oder Frauen, umweltschonende Produktionsweisen) – gerade *unterhalb* der Schwellenwerte einfacher (nämlich durch Verwaltungsanweisung) durchsetzbar sind, dabei aber ihren Zweck im Regelfall weniger befördern als bei der Indienstnahme größerer Aufträge – und zudem den an Kleinaufträgen besonders partizipierenden Mittelstand im Zweifel härter treffen als Großauftragnehmer. So deutlich *Pietzcker* in: Schwarze (Fn. 13), 61, 64f. (der die bestehende Zweiteilung des Regelungsregimes für Aufträge ober- und unterhalb der Schwellenwerte jedoch für verfassungskonform hält). Gegen die Dichotomie des Vergaberechts aus rechtspolitischen Gründen dagegen etwa *Faber* DÖV 1995, 403, 413; *Brenner* Beiheft 1 zu EuR 1996, 23, 43; *Dreher* NVwZ 1997,

Einwände gegen ein strikt gespaltenes Zweiklassenregime im Vergaberecht, das dem Bieter oberhalb der Schwellenwerte ausgefeilte Rechtsschutzmechanismen, unterhalb dieser Werte dagegen anscheinend nichts dergleichen zur Verfügung stellt.

2. *Grundrechtliche Begründung subjektiver Bieterrechte*

Diese Bedenken stützen sich vor allem auf grundrechtliche Positionen der Bieter.

a) *Grundsätzliche Grundrechtsbindung der Auftragsvergabe*

Auch wenn bis heute an der These festgehalten wird, die Vergabe öffentlicher Aufträge sei keine grundrechtsgebundene Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Grundgesetzes,[83] so entspricht es doch wegen der strikten Bindungsklausel des Art. 1 III GG, die nicht nach Handlungsformen oder -zielen unterscheidet, inzwischen zu Recht herrschender Auffassung, daß die öffentliche Hand auch bei ihren sog. „fiskalischen Hilfsgeschäften" uneingeschränkt grundrechtsverpflichtet ist.[84] (Unmittelbare) Grundrechtsadressaten sind dabei nicht nur die öffent-

---

343, 344; *Niebuhr/Eschenbruch* Jahrbuch Baurecht 1 (1998), 195, 226f.; *Byok* NJW 1998, 2774, 2776; *Witte* DStR 1998, 1684, 1688; *Voppel* LKV 1999, 5, 7; *Waldner* (Fn. 4), 93f.; für den Bereich des Sekundärrechtsschutzes auch *Ackermann* ZHR 164 (2000), 394, 399ff.

[83] So frühere Entscheidungen des BGH (BGHZ 36, 91, 96; vgl. jedoch 65, 284, 287) und ältere Stellungnahmen der Literatur; im vorliegenden Zusammenhang die Beschlußempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates zum Regierungsentwurf des VgRÄG, BR-Drs. 642/2/97, 2 (offenbar auf Drängen Hessens, s. dessen Antrag 646/4/97); aus der jüngeren Literatur und Rechtsprechung etwa VG Chemnitz, NVwZ-RR 1997, 198ff.; *Papier* in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 1989, § 154 Rn 22; *Bethge* KritV 1990, 9, 14; *Voppel* LKV 1999, 5, 7 mN.; wohl auch *Schmidt-Bleibtreu/Klein* GG, 9. Aufl. 1998, Vorb. v. Art. 1 Rn 9.

[84] 1. Vergabekammer des Bundes, BauR 1999, 1284, 1286 – Euro-Münzplättchen II; *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn 347; *Höfling* in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn 95; *Dreier* in: Dreier GG I, 1996, Art. 1 III Rn 49; *Denninger* in: AK-GG, 2. Aufl. 1989, Art. 1 Abs. 2, 3 Rn 30; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rn 23; *Stern/Sachs*, Staatsrecht III/1, 1988, 1412f.; *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Rn 197; *Ehlers* DVBl 1983, 422, 424f.; *Noch* (Fn. 52), 223ff.; *Hermes* JZ 1997, 909, 912; *Ipsen* Staatsrecht II, 2. Aufl. 1998, Rn 56; *Huber* Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, 442, 449f. – je mwN.; deutlich OLG Brandenburg, BB 1999, 1942f.: Die Auftragsvergabe durch staatliche Vergabestellen ist (auch wenn mit der h.M. ein *privatrechtliches* Geschäft) ein Akt öffentlicher Gewalt i.S.v. Art. 1 III GG.

lich-rechtlich organisierten Verwaltungseinheiten,[85] sondern nach zutreffender Auffassung auch solche des Privatrechts, soweit sie *allein* von der öffentlichen Hand getragen werden[86] – nicht dagegen wohl[87] kraft Staatsbeteiligung oder -finanzierung lediglich *dominierte* Privatrechtssubjekte,[88] wobei der Staat seine Rechte *in* diesen Privatrechtsträgern grundrechtskonform geltend machen muß („Einwirkungspflichten").[89]

b) Einschlägige Grundrechte

aa) Gleichheitsrechte

Hieraus folgt unter anderem eine Bindung staatlicher Einkäufer an den Gleichheitssatz[90], auf den auftragsinteressierte Unternehmen sich zumindest unter drei Aspekten berufen können:

1. Zum einen können Vergabestellen nicht ohne hinreichenden Grund von einer ständig auch „unterschwellig" praktizierten Anwendung der Verdingungsordnungen abweichen (*Selbstbindung* der Verwaltung)[91]. Das gilt für die Gestaltung des Vergabeverfahrens wie für die angewandten Eignungs- und Zuschlagskriterien.

---

[85] Mit Ausnahme der Religionsgesellschaften, aber unter Einschluß öffentlich-rechtlich organisierter Selbstverwaltungsträger, selbst wenn sie – wie Rundfunkanstalten und Universitäten – Grundrechtsträger sind; so – für die Rundfunkanstalten – im Ergebnis auch *Schröder* ZUM 2000, 209, 212ff. (str.).

[86] *Höfling* in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn 96 mN. auch zur Gegenauffassung.

[87] Und insoweit vom Anwendungsbereich her etwas enger als die Definition der staatlichen Auftraggeber im Sinne der EU-Vergaberichtlinien und des GWB, s. v.a. § 98 Nr. 2, 3 (2. Alt), 5 GWB.

[88] *Ehlers* in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 2 Rn 82, 84; *Püttner* Öffentliche Unternehmen, 2. Aufl. 1985, 120f.; *Schmidt-Aßmann* BB 1990 Beil. 34, 10ff.; *ders.* FS Niederländer, 1991, 383, 392ff.; *Spannowsky* ZHR 160 (1996), 560, 566ff.; **a.A.** – auch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen mit staatl. Mehrheitsbeteiligung grundrechtsverpflichtet – *Stern* StaatsR III/1, 1988, § 74 IV 4 und 5, S. 1405ff., insbes. 1418ff.; *Wittig* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, Diss. Heidelberg, 1999, 133f. mN.; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rn 24; auch *Arnauld* DÖV 1998, 437, 445: ab 75% Staatsanteil.

[89] *Höfling*, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn 96 mwN. – Nicht unmittelbar gebunden sind ferner – anders als nach § 98 Nr. 4, 1. Alt. GWB – Private mit besonderen, monopolartigen Rechten (nicht überzeugend *Wittig* [Fn. 88], 135f.), es sei denn, sie sind Beliehene mit hoheitlichen Befugnissen; die mittelbare (Ausstrahlungs-)Wirkung der Grundrechte kommt jedoch dann stärker zur Geltung; auch sind sie u.U. eher marktbeherrschend bzw. -stark i.S.v. § 20 GWB.

[90] Einschlägig ist in der Regel Art. 3 I GG; spezielle Gleichheitssätze kämen z.B. in Betracht bei geschlechtsspezifischer oder rassischer Diskriminierung.

[91] Dazu allgemein etwa *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 1999, § 24 Rn 21ff. mwN.; speziell zum Vergaberecht etwa *H.-U. Gallwas* FS Knöpfle, 1996, 103, 106ff.

2. Unabhängig von einer solchen Vergabepraxis entfaltet der Gleichheitssatz im Beschaffungswesen insofern besondere Wirkung, als sein materieller Gehalt – wie für die Freiheitsgrundrechte anerkannt – durch seine Funktion als *Verfahrensgarantie* ergänzt wird. Denn reale Chancengleichheit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge setzt unter anderem eine bestimmte Verfahrensgestaltung voraus; nämlich zumindest grundsätzlich die Information aller potentiellen Interessenten über Gegenstand, Bewerbungsfristen und Zuschlagskriterien des zu vergebenden Auftrags – eben im Wege öffentlicher Ausschreibung.[92] – Entsprechende Folgerungen zieht die herrschende Lehre (anders als das noch zurückhaltende Bundesverwaltungsgericht) auch aus dem speziellen Gleichheitssatz des Art. 33 II GG[93] sowie – auch die Rechtsprechung – für andere Verteilungsentscheidungen in multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnissen (etwa für die Vergabe von Stellen im Notariatswesen[94] oder von knappen Studienplätzen[95] – freilich unter Berufung [auch] auf Art. 12 I GG). Hinreichende Differenzierungsgründe (Geheimhaltungsinteressen, gewerbliche Schutzrechte zugunsten des einzigen Unternehmens für die nachgefragte Leistung, vor allem aber Eilbedürftigkeit und geringes Auftragsvolumen) können – wie auch in den Verdingungsordnungen vorgesehen[96] – Ausnahmen von diesen Publizitätserfordernissen rechtfertigen, wobei die Begründungslast für Verzicht oder

---

[92] So auch zu Recht und mit ausführlicherer Begründung *Hermes* JZ 1997, 909, 912ff.; in die gleiche Richtung schon *Wallerath* Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, 318ff. sowie für die prozessualen Folgen nunmehr *Gubelt* in: v. Münch, GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn 37 a.E.

[93] *Jachmann* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd I, 4. Aufl. 1999, Art. 33 Rn 16; *Höfling* ZBR 1999, 73, 74; *Lübbe-Wolf* in: Dreier, GG II, 1998, Art. 33 Rn 35; *Kunig* in: v. Münch/Kunig, GG Bd. II, 3. Aufl. 1995, Art. 33 Rn 18 und 34 „Ausschreibung", mwN.; *Laubinger* VwArch 83 (1992), 246, 270; *Ladeur* Jura 1992, 77, 83; *Schnellenbach* ZBR 1997, 169, 170; a.A. BVerwGE 49, 232, 243; 56, 324, 327; *Günther* ZBR 1987, 321, 329; *Klinkhardt* Dienstliche Beurteilungen, Beförderungsentscheidungen, Dienstpostenbewertung, 3. Aufl. 1987, 106f.; unklar BVerwGE 61, 325, 334; für eine Verpflichtung zur dienststelleninternen Ausschreibung aus personalvertretungsrechtlichen Gründen BVerwGE 79, 101, 105ff.; vgl. ferner etwa BremStGH, DÖV 1993, 300 (Gesetzgebungsauftrag).

[94] BVerfGE 73, 280, 296 – auch zur Notwendigkeit, das Verfahren (Art der Bekanntgabe, Terminierung der Bewerbung und der Stellenbesetzung) durch Gesetz oder Verordnung zu regeln; weitere Nachweise zum Anspruch auf gleichberechtigte Teilnahme an berufszulassenden Auswahlverfahren bei *Huber* (Fn. 84), 543f.

[95] BVerfGE 33, 303, 331f.

[96] S. z.B. § 3 Nr. 3 und 4 und § 3a Nr. 4 und 5 VOB/A, § 3 Nr. 3 und 4, § 3a Nr. 1 Abs. 4, Nr. 2 VOL/A.

Beschränkung öffentlicher Ausschreibungen aus Zeit- und Kostengründen sich jedoch – angesichts unkomplizierter und billiger Ausschreibungsmöglichkeiten im Internet[97] – immer weiter erhöht.

Diese verfahrensrechtliche Bedeutung von Art. 3 I GG hat Rückwirkungen auf das bestehende Vergaberecht auch unterhalb der Schwellenwerte: Soweit es in *Außenrechtssätzen* niedergelegt ist, kommt den meisten seiner Bestimmungen (etwa über die Ausschreibung, Eignungs- und Zuschlagskriterien) bei verfassungskonformer Auslegung im Lichte des Art. 3 I GG[98] zumindest auch die Funktion zu, das subjektiv-öffentliche Recht der Wettbewerber auf Gleichbehandlung bei der Vergabe staatlicher Aufträge zu sichern,[99] sie begründen klagbare Rechte der Bieter. Soweit die Verdingungsordnungen – wie für die Vergabestellen von Bund und Ländern unterhalb der Schwellenwerte – lediglich den Rang von *Verwaltungsvorschriften* besitzen, gelten sie nach h.M. allein als Innenrecht, begründen also keine subjektiven Rechte der Bieter. Diese können sich dann aber – soweit die verfahrensrechtliche Funktion des allgemeinen Gleichheitssatzes trägt – unmittelbar auf Art. 3 I GG berufen.

3. Eine dritte Konsequenz des Gleichheitssatzes im Vergaberecht unterhalb (aber auch oberhalb) der Schwellenwerte[100] liegt in der grundsätzlichen[101] Verpflichtung der Vergabestellen, durch die Ausschreibung von Teil- und Fachlosen auch kleineren Unternehmen bei der Auftragsvergabe Chancen einzuräumen und gleichwertige Bieter bei mehreren öffentlichen Aufträgen zeitlich versetzt zu berücksichtigen[102] – also im Verbot des Hoflieferantentums.

---

[97] Vgl. schon *Schäfer* Beilage 12 zu BB 1996, 1, 17; die Kommission strebt schon länger einen transparenten und anbieterfreundlichen „elektronischen Markt" an, s. Grünbuch (Fn. 15), Tz. 4.7 ff., 4.13 ff. sowie nunmehr den Kommissionsentwurf KOM (2000) 275 endg. v. 10.5.2000, Ziff. II 2 der Begründung; zur elektronischen Angebotsabgabe nun auch § 15 VgV BGBl. I 2001, 110 sowie *Höfler* NZBau 2000, 449 ff.

[98] Allgemein zur Bedeutung der Grundrechte bei der Beantwortung der Frage nach dem Bestand subjektiver Rechte *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 1999, § 8 Rn 10 ff. mN.

[99] Zutreffend *Hermes* JZ 1997, 909, 914 – freilich ohne die Unterscheidung nach dem Rechtsquellenrang und die Beschränkung auf Außenrechtsnormen.

[100] Für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte ist diese Frage zum Teil ausdrücklich geregelt – nämlich für die Vergabe nach Losen, s. § 97 III GWB; § 5 VOL/A, § 4 Nr. 2 und 3 VOB/A.

[101] Grenzen vor allem: Wirtschaftlichkeit, Sicherstellung einheitlicher Ausführung und zweifelsfreier, umfassender Gewährleistung, vgl. § 4 Nr. 1 und 3 VOB/A.

[102] So zutreffend *Huber* JZ 2000, 877, 880 (allerdings mit unklarer Einschränkung auf Fälle, in denen der Auftraggeber auf eine gesetzliche Ermächtigung zur Auftragsvergabe nicht zurückgreifen kann). Deshalb im Kern verfassungsfest (aber zu eng) § 8 Nr. 2

bb) Freiheitsrechte, v.a. aus Art. 12 I GG

Fast unbeachtet von Rechtsprechung und Literatur ist bislang die freiheitsrechtliche Bedeutung staatlicher Aufträge. Anknüpfungspunkt hierfür ist vor allem[103] die Wettbewerbsfreiheit, die nach zutreffender, heute zumindest in der Literatur vorherrschender Auffassung Bestandteil der Berufsfreiheit ist.[104]

Art. 12 I GG schützt u.a. die Möglichkeit, sich frei von staatlicher Ingerenz konkurrierend im Wettbewerb zu betätigen.[105] Im Zusammenhang mit öffentlicher Auftragsvergabe als Eingriff gewertet hat bislang das Bundesverwaltungsgericht den *generellen* Ausschluß eines potentiellen Auftragnehmers der öffentlichen Hand (Subventionsbetreuer-Urteil).[106] In der Literatur gibt es darüber hinaus Stimmen, wonach auch der Ausschluß „im Einzelfall" (eben durch Vergabe des Auftrags an einen anderen Wettbewerber) einen Eingriff in die Berufsfreiheit des unterlegenen Bieters darstellt, *wenn* die öffentliche Hand auf einem bestimmten Markt über eine marktbeherrschende oder Monopolstellung verfügt. Denn dann sei der Anbieter der Leistung zur Ausübung seines Berufs darauf angewiesen, von der öffentlichen Hand mit Aufträgen bedacht zu werden, der öffentliche Auftraggeber nicht nur ein Nachfrager unter vielen am Markt, die Vorenthaltung seines Auftrags von „objektiv berufsregelnder Tendenz".[107]

Abs. 3 VOB: „Bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe soll unter den Bewerbern möglichst gewechselt werden."

[103] Neben Art. 12 I GG kommen aber auch andere Grundrechte in Betracht: etwa beim Ausschluß von Scientologen Art. 4 I GG, bei der Tariftreueerklärung Art. 9 III GG (als negative Koalitionsfreiheit), bei Anzeigenaufträgen nur an bestimmte Zeitungen Art. 5 I 2 GG.

[104] Nachweise etwa bei *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Rn 67; *Wieland* in: Dreier, GG I, 1996, Art. 12 Rn 61, 82f.; *Wittig* (Fn. 88), 159f.; *Kluth* WiVerw 2000, 184, 197; *Sodan* DÖV 2000, 361, 364.

[105] S. etwa *Huber* JZ 2000, 877, 879 mwN.

[106] BVerwGE 75, 109, 114ff.; zustimmend etwa *Wittig* (Fn. 88), 224; auch BGH, NJW 1977, 628, 629f. (Abschleppunternehmer) hat im Fall einer Auftragssperre einen Eingriff in Art. 12 GG angenommen (der aber nur bei „willkürlichen" Beweggründen rechtswidrig sei).

[107] So insbes. *Huber* (Fn. 84), 443ff. und jüngst *ders.* in JZ 2000, 877, 878ff.; ihm folgend *Ax* Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich, Diss. Münster 1996, 154; mit etwas anderer Begründung *Wittig* (Fn. 88), 161ff.; im Ergebnis hält auch *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Rn 97 einen Eingriff in diesen Fällen für möglich, meint jedoch, dieses Problem der Verteilungsgerechtigkeit sei „in der Regel" eher dem Regelungsprogramm des Art. 3 I GG zuzuordnen.

Das von der h.M. in der Tat auch sonst bei Art. 12 GG bemühte Eingriffskriterium der „objektiv berufsregelnden Tendenz" staatlicher Maßnahmen ist freilich höchst unscharf; und auch seine Herleitung – gerade und nur für die Berufsfreiheit – erscheint, wo überhaupt versucht, wenig überzeugend.[108] Gleichwohl mag man bei generellen Auftragssperren wie marktbeherrschender Nachfrageposition des Staates einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit bejahen – freilich möglicherweise mit Argumenten, die weit über diese Fälle hinausweisen: Man könnte nämlich *jede* staatliche Auftragsvergabe als staatliche Ingerenz in den Marktwettbewerb auffassen. Denn sie unterstützt stets den Bieter, der zum Zuge kommt, und beschert ihm Gewinn, zumindest Verlustminderung. Dies wiederum stärkt seine Wettbewerbsposition im Vergleich zu allen, die nicht zum Zuge kamen, und zwar gerade auch für deren künftiges Marktbehauptungsvermögen, behindert also die übergangene Konkurrenz. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, der Staat trete doch jedenfalls im Regelfall wie ein Privater neben anderen als Nachfrager am Markt auf – denn er ist kein Privater. Wenn zwei dasselbe tun, ist es noch immer nicht dasselbe. Grundrechte schützen auch sonst ziviles Verhalten, das, wenn vom Staat ausgeübt, anders als für den Bürger am Maßstab der Verfassung rechtfertigungsbedürftig bleibt.[109] – In Konsequenz dieses Begründungsansatzes steht allerdings die gesamte Auftragsvergabe der öffentlichen Hand unter Gesetzesvorbehalt (soweit sie – wie fast durchgängig und vorhersehbar – die Wettbewerbssituation zwischen Privaten verändert). Dem genügt für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte das GWB in Verbindung mit den Verdingungsordnungen. Unterhalb der Schwellenwerte mag man im Regelfall[110] die haushaltsrechtliche Ausschreibungsverpflichtung der §§ 30 HGrG und 55 BHO/LHO für ausreichend halten, etwa mit der Begründung, die materiellen Eignungs- und Zuschlagskriterien des GWB ergäben sich – vorbehaltlich

---

[108] Zutreffend *Breuer* in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 1989, § 148 Rn 29ff. mwN.; kritisch auch *Hösch* DÖV 2000, 393, 397f.; anders zuletzt *Kluth* WiVerw 2000, 184, 198f. mwN.

[109] Im übrigen begründet schon die bloße Möglichkeit, sich Finanzmittel hoheitlich zu beschaffen, eine – grundrechtlich rechtfertigungsbedürftige – Machtposition des Staates auch in seiner Rolle als Marktteilnehmer. Wie eine Staatstätigkeit auf dem Meinungsmarkt im Regelfall – etwa bei staatlicher Veranstaltung von Tendenzpresse – als Eingriff in Art. 5 I 2 GG zu werten wäre, so auch eine solche im reinen Wirtschaftssektor; **a.A.** *Burgi* NZBau 2001, 64, 66.

[110] Zweifelhaft ist dies v.a. für die Fälle der Auftragssperre, für die in Teilen der Literatur wohl Recht ein Gesetzesvorbehalt angenommen wird, s. *Wittig* (Fn. 88), 224 mwN. auch zur Gegenauffassung.

besonderer Regelungen – bereits aus der Natur der Sache, dem Wirtschaftlichkeitsprinzip und dem Gleichheitssatz.

Entrinnen mag der Konsequenz des Gesetzesvorbehaltes teilweise, wer die gesamte Eingriffsdogmatik der Grundrechte unter einen Bagatellvorbehalt stellt[111] – und die Bagatellschwelle hoch genug ansetzt. Nur wären mit der Abgrenzung von „Belästigung" und „Eingriff" durch öffentliche Auftragsvergabe auch neben dem Aspekt des Auftragsvolumens so viele Umstände zu berücksichtigen (insbesondere die Marktstellung des öffentlichen Auftraggebers und der betroffenen Konkurrenten), daß es dem Gesetzgeber sicher leichter fiele, die Auftragsvergabe insgesamt in ihren Grundzügen zu regeln, als diese hauchdünne Grenzlinie aufzuspüren. Unzutreffend jedenfalls wäre es, wollte er mit zahlreichen Stimmen zur verwandten Subventionsproblematik einen Eingriff nicht schon dann bejahen, wenn die Wettbewerbsbeeinträchtigung „spürbar" ist,[112] sondern erst bei einem „willkürlichen oder unzumutbaren"[113] Eingriff in den Wettbewerb. Denn dann ist man nicht mehr bei der Frage des Gesetzesvorbehalts und der materiellen grundrechtlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit, sondern bei der Rechtfertigungs*losigkeit* der Auftragsvergabe – nicht mehr beim Grundrechtseingriff, sondern bei der Grundrechtsverletzung.[114]

---

[111] Dazu (ablehnend) *Bethge* VVDStRL 57 (1998), 7, 45 mwN. auch zur Gegenauffassung.

[112] So jedoch zu Recht *Haverkate* in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, BT 1 1995, § 3 Rn 79 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH; in die gleiche Richtung *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Rn 95 („einigermaßen erhebliche Beeinträchtigung der Position des Mitbewerbers"; „spürbare Verschlechterung der Wettbewerbssituation"). Für das Erfordernis einer materiellrechtlichen Ermächtigungsgrundlage für jede Subvention *R. Schmidt* in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht I, 2. Aufl. 2000, Kap. 1 Rn 168 mN.

[113] *Jarass* Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl. 1997, § 10 Rn 42 mN.; BVerwGE 30, 191, 197 will eine Klagebefugnis jedenfalls bei „willkürlicher" Vernachlässigung der Interessen des Konkurrenten bei der Subventionsvergabe annehmen; nach *Wieland* in: Dreier, GG I, 1996, Art. 12 Rn 82 greift die Begünstigung von Konkurrenten nur dann in das Grundrecht aus Art. 12 I GG ein, „wenn sie von solcher Lenkungsintensität ist, daß sie *erdrosselnde Wirkung* entfaltet." – Daneben erkennt die Rechtsprechung einen Gesetzesvorbehalt für Subventionen in „besonders grundrechtssensiblen Bereichen" an (wie immer man die abgrenzen mag) – wie für Pressesubventionen (OVG Berlin, DVBl 1975, 907f.); und im Bereich der Glaubensfreiheit (BVerwGE 90, 126 – Osho).

[114] Wer dem hier vorgeschlagenen Ansatz, daß grundsätzlich mit jeder Auftragvergabe ein Eingriff in Art. 12 GG verbunden ist, nicht folgt, wird über die beiden Fallgruppen Auftragssperre und Marktbeherrschung hinaus jedenfalls dann erneut über einen Grundrechtseingriff nachzudenken haben, wenn bei der Auftragserteilung materielle Kriterien der Wirtschaftlichkeit ergänzt oder überlagert werden von sog. auftrags-

Soweit der Schutzbereich des Art. 12 GG reicht, werden aus dessen *verfahrensrechtlicher* Bedeutung für die Wahrung der Wettbewerbsfreiheit eben jene Ausschreibungspflichten abzuleiten sein, die auch aus Art. 3 I GG folgen.

Im Ergebnis räumen daher die Grundrechte – entgegen der Absicht des Gesetzgebers – auch unterhalb der Schwellenwerte den Unternehmen klagbare Beteiligungs- und Berücksichtigungsrechte ein, und zwar auf einem dem Vergaberechtsregime des GWB im Kern vergleichbaren Niveau.[115] Diese aber fallen unter die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG, was wiederum dahingehend *Vor*wirkungen erzeugt, daß nicht berücksichtigte Bewerber (ähnlich wie im Beamtenrecht) zur Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes schon vor Erteilung des Zuschlags entsprechend begründet zu informieren sind,[116] und *Nach*wirkungen insofern, als der Rechtsschutz selbst den Anforderungen des Art. 19 IV GG entsprechen muß.

Damit kommt für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte zwar noch nicht die volle Rechtsschutzklaviatur des Kartellvergaberechts zur Anwendung; von Verfassungs wegen ist ein strikt gespaltenes Zweiklassenregime – hie voller Rechtsschutz, dort gar keiner – jedoch nicht haltbar. Solange spezielle Regeln fehlen, ist für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Verwaltungsrechtsweg eröffnet,[117] denn Vergaberecht ist – zumindest außerhalb des reinen Sektorenbereiches[118] – nach zutreffender Ansicht als Sonderrecht des Staates öffentliches Recht.[119] Diese unersprießliche Rechtswegspaltung ruft freilich nach dem Gesetzgeber.

---

fremden Aspekten (Frauenförderung, Arbeitslosenbekämpfung usw.); denn dann mutiert die Beschaffungs- zur Lenkungsmaßnahme mit Subventionscharakter, dazu sogleich bei C. II.

[115] In diese Richtung auch: *Hermes* JZ 1997, 909, 912 ff., *v. Loewenich* ZVgR 1999, 34, 36 ff. und *Malmendier* DVBl 2000, 963, 967 f. (zu Art. 3 – die beiden letztgenannten freilich eher unter dem zweifelhaften Gesichtspunkt einer Gleichbehandlung „großer" und „kleiner" Aufträge; hiergegen etwa *Ackermann* ZHR 164 [2000], 394, 411 f.); *Huber* JZ 2000, 877 f. (zu Art. 12, jedenfalls für Einzelfälle); **a.A.** *Pietzcker* in: Schwarze (Fn. 13), 61, 66 ff.; *Hailbronner* BT-Drs. 646/97, Anl. 1, 57 ff. sowie – auch aus rechtpolitischer Sicht – *Portz* VgR 3/1997, 32 ff.

[116] So schon *Hermes* JZ 1997, 909, 914; näher unter D. II.

[117] Zutreffend *Huber* JZ 2000, 877, 881; *Wittig* (Fn. 88), 291 ff.; **a.A.** *Waldner* (Fn. 4), 117 ff. mwN.

[118] Nämlich nach § 98 Nr. 4, *1. Alt.* GWB.

[119] In diese Richtung auch OLG Brandenburg, BB 1999, 1943 f. („Akt öffentlicher Gewalt"); *Röhl* VwArch 86 (1995), 531, 535, 566. – Bei der Berücksichtigung „vergabefremder" Kriterien gelten zusätzlich Erwägungen entsprechend OVG Münster, NJW 2001, 698.

3. *Bieterrechte aus primärem Gemeinschaftsrecht*

Entsprechende Folgerungen wie aus den Grundrechten des Grundgesetzes lassen sich, ohne daß dies hier im einzelnen auszuführen ist, für (potentiell)[120] grenzüberschreitende Vergabeverfahren[121] auch aus primärem Gemeinschaftsrecht herleiten.

a) Grundfreiheiten

Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der einzelnen Vergaberichtlinien kommen das allgemeine Diskriminierungsverbot[122] und die – als Individualrechte, Diskriminierungs- *und* Behinderungsverbote aufgefaßten – spezielleren Grundfreiheiten des EG als Auffangtatbestände zur Anwendung. Auch aus ihnen lassen sich mit ähnlicher Begründung wie aus den Grundrechten des Grundgesetzes klagbare Rechte der Wettbewerber auf Wettbewerbsneutralität im Ausschreibungsverfahren wie bei Formulierung und Anwendung der Eignungs- und Zuschlagskriterien ableiten.[123]

b) Wettbewerbsrecht

Auch das Wettbewerbsrecht des EG kann im Einzelfall für die Auftragsvergabe fruchtbar gemacht werden. Diskriminierte Bieter können der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Marktstellung entgegen treten,[124] und zwar über den Wortlaut von Art. 82 I, 86 I EG hinaus nicht nur für öffentliche (und mit Sonderrechten ausgestattete)[125] Unternehmen, sondern – bei marktbeherrschender Stellung – auch für

---

[120] Daran mag es ausnahmsweise etwa dann fehlen, wenn der Wert so niedrig, der Transport so schwierig ist, daß die Möglichkeit grenzüberschreitender Auftragsvergabe praktisch ausscheidet.

[121] Die Grundfreiheiten des EG gelten nur für grenzüberschreitende Sachverhalte, vgl. EuGH Slg. 1999 I, 5219 (Ischia) Tz. 36ff.; *Geiger*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 28 Rn 4, Art. 43 Rn 1 mN., Art. 39 Rn 2 mN., Art. 49 Rn 1 und 4, Art. 50 Rn 5; *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 28 Rn 43, Art. 50 Rn 7f., 21f. mN.

[122] Art. 12 EG – Vgl. etwa EuGH, EuZW 1996, 506 (Wallonische Busse); *Byok* NJW 1998, 2774, 2776.

[123] Dazu näher *Wittig* (Fn. 88), 23ff., 62f., 66 mN.

[124] Art. 82 EG schützt nach h.M. auch die Individualinteressen der Marktteilnehmer, s. *Geiger* EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 82 Rn 14 mwN.

[125] Hierin liegt eine Erweiterung gegenüber der Grundrechtsbindung nach dem GG, zumal diese Unternehmen – und nicht nur die Mitgliedstaaten – so unmittelbar an die Grundfreiheiten des EG gebunden werden, dazu *Wittig* (Fn. 88), 18ff.

juristische Personen des öffentlichen Rechts unter Einschluß der Gebietskörperschaften selbst.[126]

4. Ansprüche aus allgemeinem Wettbewerbsrecht

Dem Diskriminierungsverbot des allgemeinen deutschen Kartellrechts (§ 20 GWB) sind, unabhängig von der Frage seiner überwiegend bejahten,[127] aber noch immer streitigen[128] Anwendbarkeit auf die öffentliche Hand und der tatbestandlichen Beschränkung auf eine zumindest marktstarke Position des Verpflichteten, in der Rechtsfolge zwar ähnliche, jedoch keine weitergehenden Bieterrechte zu entnehmen, als sie sich aus den Grundrechten ergeben.[129] Eigenständige Bedeutung hat § 20 GWB unterhalb der Schwellenwerte[130] also nur für solche öffentlichen Auftraggeber, die nicht grundrechtsverpflichtet sind (private Sektorenauftraggeber sowie – nach hier vertretener Auffassung – gemischt-wirtschaftliche Unternehmen). Ähnliches gilt unter anderem für § 1 UWG.[131]

II. Die Berücksichtigung „vergabefremder" Aspekte

Vergaberecht ist vor allem Verfahrensrecht. Die materiellen Kriterien für eine Auftragsvergabe sind weniger ausgeformt – nach dem GWB bestehen sie im Kern:

1. in dem Gebot, Teilnehmer gleich zu behandeln (§ 97 II GWB);
2. in dem auf potentielle Auftragnehmer bezogenen Eignungskriterium der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (wobei nach

---

[126] *Huber* JZ 2000, 877, 880f. mwN.; *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert* BB 1999, 1825, 1832ff.; ausführlich und differenzierend *Schwarze* EuZW 2000, 613ff.

[127] *Wittig* (Fn. 88), 235ff.; *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl. 1992, § 26 Rn 74 und *Emmerich*, a.a.O., § 98 Abs. 1 Rn 14 und 48ff. – je mwN.

[128] *Huber* JZ 2000, 877, 881 mN.

[129] S. im Überblick *Hertwig* (Fn. 35), Rn 184ff.; ausführlich *Wittig* (Fn. 88), 239ff., 261.

[130] *Oberhalb* der Schwellenwerte schließt § 104 II GWB den Rückgriff auf § 20 GWB aus.

[131] Dazu *Hertwig* (Fn. 35), Rn 188ff.; *Wittig* (Fn. 88), 261ff., der im Ergebnis (276ff.) der Auffassung ist, daß *jeder* Vergaberechtsverstoß als „Vorsprung durch Rechtsverstoß" gegen § 1 UWG verstößt, dessen zusätzliche Bedeutung darin besteht, daß auch die bevorzugten Bieter Passivlegitimierte des daraus resultierenden Anspruchs sind, was wiederum durch § 104 II GWB für die Aufträge oberhalb der Schwellenwerte ausgeschlossen wird.

der Kompromißformel des Vermittlungsausschusses andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer dann gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, § 97 IV GWB); und

3. im Zuschlagskriterium des „wirtschaftlichsten" Angebotes (§ 97 V GWB).

Sehr umstritten ist, inwieweit ein Auftraggeber neben dem Zweck, ein Gut zu beschaffen, das er zur Aufgabenerfüllung benötigt (dem Primär- oder Beschaffungszweck,[132] wie er jeder Auftragsvergabe zugrunde liegt), noch weitere „vergabefremde" – oder neutraler formuliert:[133] *sekundäre* (etwa soziale, umweltpolitische) Ziele verfolgen und an ihnen die Vergabeentscheidung ausrichten darf. Denn mit Blick auf die Nachfragemacht der öffentlichen Hand liegt es nicht fern, die staatliche Güternachfrage (ähnlich wie aus dem Abgabenrecht geläufig) auch für solche Zwecke zu instrumentalisieren.

Die Frage ist, wieweit es mit dem GWB, bei *spezialgesetzlicher* Regelung aber auch mit dem Grundgesetz, den europäischen Vergaberichtlinien und primärem Gemeinschaftsrecht[134] vereinbar ist, Unternehmen von einer Auftragsvergabe auszuschließen, die außerhalb einer bestimmten Gemeinde oder (Förder-) Region ansässig sind, eine dem Auftraggeber erwünschte Beschäftigungsquote von Frauen oder Lehrlingen verfehlen, ihre Arbeitnehmer nicht nach den ortsüblichen Tarifen entlohnen oder praktizierende Scientologen beschäftigen.[135]

---

[132] Nicht weil vorrangig, sondern weil immer vorhanden – so richtig *Benedict* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, Diss. Heidelberg 2000, 17.

[133] So auch *Benedict* (Fn. 132), 21 ff.

[134] Und letztlich auch den Vorgaben des Völkerrechts.

[135] Zu diesen und anderen Beispielen *Pietzcker* ZHR 162 (1998), 427, 464 ff.; *Riese* (Fn. 72), 201 ff.; *Noch* (Fn. 52), 76 ff.; *Neßler* DÖV 2000, 145, 147; ausführlich *Benedict* (Fn. 132), 19 mN.: Regionalförderung, Konjunktursteuerung, Mittelstandsförderung, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, Förderung von Forschung und Innovation, Förderung der Integration Jugendlicher in das Erwerbsleben, Förderung der Eingliederung von Behinderten, Spätaussiedlern und Opfern nationalsozialistischer Verfolgung in die Gesellschaft, Umweltschutz, Förderung der Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben, Förderung der Gleichbehandlung von ethnischen und religiösen Minderheiten, Schutz des Tarifrechts gegen Unterwanderung durch nicht-tarifgebundene Unternehmen, Bekämpfung der Schwarzarbeit (und näher zur Praxis a.a.O., 35 ff.); *Hilf* NVwZ 2000, 481, 487 f. berichtet von der Verweigerung von Aufträgen an Händler, die in ihrem Sortiment u.a. Gänsestopfleber führen und damit den Tatbestand der Tierquälerei erfüllten.

1. Zuschlagskriterium „wirtschaftlichstes" Angebot

An den Anfang gestellt[136] sei die Frage, ob die Berücksichtigung solcher Sekundärzwecke § 97 V GWB widerspricht, wonach der Zuschlag auf das „wirtschaftlichste Angebot" zu erteilen ist. Auf den ersten Blick erscheint es durchaus „wirtschaftlich", wenn Unternehmen aus der eigenen Gemeinde, dem eigenen Bundesland oder aus der Bundesrepublik gegenüber Orts- oder Landesfremden bevorzugt werden – sichert dies doch vor Ort Arbeitsplätze und entlastet die eigenen Sozialkassen, stärkt den heimischen Wirtschaftsstandort und schleust den Beschaffungspreis über den Anteil des jeweiligen Gemeinwesens an der Umsatz-, Gewerbe-, Körperschaft- oder Einkommensteuer zumindest teilweise wieder in die eigenen Kassen zurück.[137] Auch fragt sich, weshalb in eine staatliche Wirtschaftlichkeitsanalyse keine sozialen oder allgemeinen Umweltkosten einfließen sollten.

a) Haushaltsrechtliche Deutung

Sucht man die Antwort bei einer haushalts- und haushaltsverfassungsrechtlichen Interpretation des Begriffes der Wirtschaftlichkeit (wie etwa die Bundesregierung, die im Gesetzgebungsverfahren meinte, gerade dieser Begriff liege § 97 V GWB [und den EG-Richtlinien] zugrunde)[138], so wird man der Berücksichtigung der genannten Anliegen nicht viel entgegensetzen können. Denn:

1. Adressat des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzips ist grundsätzlich[139] jeder Träger der jeweiligen Vergabestelle für sich.

---

[136] Auch wenn dies systematisch wohl unzutreffend ist: Die Eignungsprüfung muß nach der Rechtsprechung getrennt und vor den Zuschlagskriterien geprüft werden (EuGH Slg. 1988, 4635, 4656f. – Beentjes), ein „Mehr an Eignung" darf auf der zweiten Stufe der Zuschlagserteilung (wegen der damit verbundenen Wertungsspielräume – zur Sicherung der Objektivität und Nachprüfbarkeit der Vergabeentscheidung) nicht mehr berücksichtigt werden (näher *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 208, 210).

[137] Zutreffend insoweit der Hinweis *Pietzckers*, aus nationaler Sicht könne die Bevorzugung heimischer Bieter durchaus als ökonomisch vorteilhaft erscheinen (ZHR 192 [1998], 427, 430 a.E.).

[138] BT-Drs. 13/9340, Anl. 3, 48; ebenso *Korbion* VOB Teile A und B, Zusatzband VergaberechtsänderungsG, 1999, § 97 Rn 7; zutreffend demgegenüber der Bundesrat in seiner Stellungnahme: Der Begriff der Wirtschaftlichkeit sei haushaltsrechtlicher Natur und nicht gleichbedeutend mit dem der EG-Vergaberichtlinien (BR-Drs. 646/97 v. 7. 11. 1997 zu § 106 Abs 4 GWB).

[139] Grenzen ergeben sich u.a. aus dem Grundsatz der Bundestreue; aus Art. 109 II, III und IV GG oder der Wahrnehmung allgemeiner Gesetzgebungskompetenzen (z.B. im Steuer- und Wirtschaftsrecht); und dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt des Art. 28 II GG.

Das ergibt sich aus dem Zusammenhang mit Art. 28 II und 109 I GG, die eine grundsätzliche (nur in Grenzen vom Gesetzgeber einschränkbare) Ermächtigung zur Kirchturm- und Landeskinderpolitik enthalten, die prinzipiell den Wettbewerb der Verwaltungsträger auch zulasten anderer, mithin die Bevorzugung Einheimischer zuläßt.[140]

2. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip verpflichtet zur Wahl eines möglichst günstigen Verhältnisses zwischen dem verfolgten Zweck und dem eingesetzten Mittel – entweder durch den geringstmöglichen Einsatz von Mitteln für ein bestimmtes Ergebnis (Kostenminimierungsprinzip) oder: durch die größtmögliche Zweckerfüllung beim Einsatz von festgelegten Mitteln (Nutzenmaximierungsprinzip).[141] Beide Varianten schließen die Berücksichtigung von Sekundärzielen neben dem Beschaffungszweck der Vergabeentscheidung aber ebenso wenig von vornherein aus wie etwa bei der Erhebung von Lenkungsabgaben[142]. Die *Zielauswahl* haushaltswirksamen Handelns wird durch das Wirtschaftlichkeitsprinzip nicht beschränkt – Vergabestellen können sub specie Wirtschaftlichkeitsprinzip auch Zielbündel verfolgen (billiges Papier, aber umweltfreundlich und von einer Blindenwerkstatt hergestellt).
3. Vor allem wegen der mangelnden objektiven Vergleichbarkeit des unterschiedlichen Nutzens und der prognostischen Elemente speziell bei solchen Zielbündeln müßte die gerichtliche und rechnungshöfische Kontrolle der Auftragsvergabe gerade am Maßstab eines haushaltswirtschaftlich verstandenen Wirtschaftlichkeitsprinzips zwangsläufig einen erheblichen Beurteilungsspielraum[143] der Vergabestellen berücksichtigen, sie bliebe also – obgleich sie doch klagbare Rechte der Bieter begründen soll – gewissermaßen zahnlos.

b) Wettbewerbsrechtliche Deutung

Der Normzusammenhang, in dem das Wirtschaftlichkeitskriterium im GWB steht, spricht freilich für ein engeres, wettbewerbsrechtliches Verständnis als im Haushaltsrecht. Dazu zwei Überlegungen:

---

[140] Art. 109 I und 28 II GG enthalten insoweit auch die Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von Bietern (letzteres übersieht *Dreher* JZ 2000, 519, 521).

[141] S. nur *Heun* in: Dreier, GG III, 2000, Art. 114 Rn 29 mN.

[142] S. § 3 I AO; sowie BVerfGE 55, 274, 299; 67, 256, 282.

[143] Zum Beurteilungsspielraum beim Wirtschaftlichkeitskriterium des Art. 114 GG s. etwa *Fischer-Menshausen* in: v. Münch GG III, 2. Aufl. 1996, Art. 114 Rn 18 mwN.; aber auch bei § 97 V GWB ist ein solcher Beurteilungsspielraum anerkannt, dazu unten bei C II 1 b.

1. Im Kontext der EG-Vergaberichtlinien ist das Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit weniger (wenn überhaupt) auf den Staat als Auftraggeber bezogen, als auf den angestrebten gemeinsamen Binnenmarkt, die offene Marktwirtschaft, die gemeinschaftsweite Realisierung der Grundfreiheiten der potentiellen Auftragnehmer. Ihrer Umsetzung dient auch das Wirtschaftlichkeitskriterium des § 97 V GWB, der zudem in Absatz 1 und 2 als Leitlinie der Regelung gerade das Wettbewerbs- und Transparenzprinzip sowie die Gleichbehandlung der Teilnehmer postuliert. Schon von dieser Zielsetzung[144] her wird deutlich, daß – anders als nach dem haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzip – jedenfalls örtliche und regionale Bevorzugungen grundsätzlich unzulässig sind. Dies entspricht auch der Rechtsprechung von EuGH und BGH[145] sowie den Regelungen der Verdingungsordnungen (z.B. § 8 Nr. 1 S. 2 VOB/A).
2. Im übrigen suchen GWB und die Vergaberichtlinien – gerade in der Erkenntnis, daß der Staat kein Marktteilnehmer wie jeder andere ist – die öffentliche Hand durch (für Private nicht oder nur bei Marktstärke vorgesehene) materielle und Verfahrensbindungen zum Ausschluß politischer Einflußnahme auf Vergabeentscheidungen[146] als Nachfrager agieren zu lassen *wie* einen betriebswirtschaftlich kalkulierenden Einzelunternehmer, der am Markt einkauft. Auf der anderen Seite: Der Staat *ist* kein Privatunternehmer. Je nach Aufgabenstellung seiner Verwaltungsträger muß er auch andere Güter oder solche mit anderen Spezifikationen einkaufen können, als ein Privatunternehmen dies täte. Die Vergaberichtlinien definieren jedoch das „wirtschaftlich günstigste" Angebot über eine Aufzählungen von Hilfskriterien (Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert,[147] Qualität, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Kundendienst und technische Hilfe[148]), die je nach Auftrag

[144] Daneben: auch aus dem Beihilfeverbot des Art. 87 EG.

[145] z.B. EuGH Slg. 1990 I, 889 – Du Pont de Nemours/Italien (gestützt auf Art. 30 und 92 EWGV); Slg. 1992 I, 3401 – Kommission/Italien; BGH v. 28.8.1999, WuW/E DE-R 395 = WuW 2000, 49, 52 – Schilderpräger (zu § 21 I GWB).

[146] Zutreffend verweist *Pietzcker* auf eine Paradoxie des Vergaberechts: seine starren Regeln sollten „politische Einflüsse ausschließen" und fehlende Marktkräfte kompensieren, widersprächen aber gleichzeitig einem flexiblen, marktangepaßten Verhalten. Kein Unternehmer würde sich aus wirtschaftlichen Überlegungen einem dem öffentlichen Vergaberecht vergleichbar starren Einkaufsregime unterwerfen (ZHR 162 [1998], 427, 432).

[147] Art. 30 Abs. 1 lit. b BKR.

[148] So die weiteren Unterkriterien nach Art. 26 I lit. b LKR, ähnlich Art. 36 I lit. b DKR und Art. 34 I lit. a SKR.

unterschiedliches Gewicht haben (die Ästhetik etwa spielt für eine Haubitze eine geringere Rolle als für die Inneneinrichtung von Schloß Bellevue oder eines Gewandhauses).[149] Auch wenn diese Hilfskriterien nur beispielhaft angeführt werden, so ist doch nicht zu übersehen, daß sie alle unmittelbar auf das Produkt selbst, seine pünktliche Bereitstellung oder seinen ökonomischen Nutzungswert für den Auftraggeber abstellen – kurz: *produktbezogen*[150] sind. Dagegen beziehen sie sich nicht auf die Modalitäten der Produktion (tierfreundliche Hühnerhaltung für die Frühstückseier der Bundeswehr, arbeitsmarktförderliche Beschäftigungsstruktur, abfallvermeidender oder energiesparender Maschinenpark des Produzenten) oder dessen persönliche Eigenschaften.

Legt man diese Grundunterscheidung zwischen Produktbezogenheit auf der einen und Produktions- oder Produzentenbezogenheit auf der anderen Seite zugrunde, so sind Auftraggeber *unter dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit als Zuschlagskriterium* frei, ob und welches Gut mit welchen produktbezogenen Spezifikationen sie erwerben wollen:[151] ob der Bund eine Magnetschwebebahn baut, auch wenn sie betriebswirtschaftlich (hier einmal unterstellt) sinnlos ist – nur zur Konjunkturbelebung oder aus industrie- und technologiepolitischen Erwägungen, weil sie nämlich als Referenzobjekt künftig zum Nutzen der Wirtschaft und des Fiskus

---

[149] Die materielle Offenheit des Wirtschaftlichkeitskriteriums (im Vergleich zum europarechtlichen Alternativkriterium des niedrigsten Preises) wird verfahrensrechtlich dadurch ein Stück weit eingefangen, daß der Auftraggeber stets mit Verfahrensbeginn die zugrundegelegten Unterkriterien zu publizieren hat – und zwar möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung (Art. 30 II BKR, 36 II DKR, 26 II LKR, 34 II SKR), nach dem vorliegenden Änderungsentwurf der Kommission künftig auch mit dem ihnen jeweils zukommenden Gewicht (in Vomhundertsätzen oder ausgedrückt in der Bedeutung im Verhältnis zu anderen Kriterien, Art. 53 sowie Ziff. II. 6. der Begründung des Vorschlags der Kommission v. 10.5.2000, KOM [2000] 275 endg.); damit ist die Abwägungsentscheidung zumindest auf Einhaltung der eigenen Maßstäbe kontrollierbar. Fehlt es an der Publikation, dann muß der Zuschlag auf das Angebot mit dem geringsten Preis erteilt werden, *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 209 mwN.

[150] Den Terminus „produktbezogen" verwendet auch GA *Damon* in seinem Schlußantrag zur Beentjes-Entscheidung, EuGH Slg. 1988, 4635, 4643 Tz. 35; vgl. auch *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 213: „leistungs- bzw. vertragsbezogene Kriterien"; *Bechtold* GWB, 2. Aufl. 1999, § 97 Rn 23: „leistungsbeschreibende Merkmale" und Rn 33: „konkret auf den zu vergebenden Auftrag bezogen".

[151] S. auch *Schwarze* in: Schwarze (Fn. 13), 13, 42: „Bei der Formulierung seiner [scil.: des Auftraggebers] Bedürfnisse, hat er noch umfangreiche Freiheit, nicht aber bei der Entscheidung darüber, wer diese Bedingungen erfüllt hat."

beitragen mag; ob er aus ökologischen Gründen Dienstfahrräder Autos vorzieht; Raps- statt Dieselmotoren, Fichte statt Tropenholz[152] einkauft. Bauprodukte können mit umweltverträglicher Spezifikation ausgeschrieben werden,[153] berücksichtigungsfähig sind Entsorgungs- und Wiederverwertungskosten[154] (soweit diese nach bilanzrechtlichen Grundsätzen passivierungsfähig sind).

Nicht berücksichtigen dürfen Auftraggeber dagegen darüber hinausgehende produzenten- oder produktionsbezogene Überlegungen und solche, die mit dem konkreten Beschaffungsgegenstand nichts zu tun haben. Das entspricht den EG-Richtlinien, die für die Auswahl der Auftragnehmer spezielle, unternehmensbezogene Eignungskriterien enthalten (sogleich 2.), und die für die Zuschlagserteilung betonen, daß die genannten Hilfskriterien der Wirtschaftlichkeit sich „auf den jeweiligen Auftrag" beziehen müssen – also nicht allgemein-politischer Natur sein dürfen (wie die Berücksichtigung sozialer – ökonomisch nicht quantifizierbarer – Kosten oder Nachteile für andere öffentliche Auftraggeber). Unzulässig ist daher – als Zuschlagskriterium (!) – jede Rücksicht darauf, *wer* das nachgefragte Gut bereitstellt (ob Scientologe, Mittelständler oder Großunternehmen) und *wie* der Produktionsprozeß sich darstellt[155] (wie viele Behinderte, Meister, Gesellen, Lehrlinge[156], Frauen beschäftigt sind – und zu welchen Löhnen; ob der Betrieb horrende Abfälle produziert oder einen „Umweltengel" verdient[157]).

Eine weitere Deutung des Begriffs der Wirtschaftlichkeit (etwa im Sinne der haushaltsrechtlichen Bedeutung) müßte demgegenüber die berücksichtigungsfähigen Gesichtspunkte konturlos ausweiten. Das würde aber – über den damit[158] notwendig vergrößerten Beurteilungsspielraum[159] der Vergabestellen – deren Vergabeentscheidung kontroll-

---

[152] Zweifelnd im letztgenannten Punkt *Pietzcker* ZHR 162 (1998), 427, 465; wie hier *Griem* NVwZ 1999, 1171, 1173.

[153] Ausführlich *Griem* NVwZ 1999, 1171 ff.

[154] S. *Kulartz* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 216 mwN.

[155] Solange er ohne Einfluß auf das Produktions*ergebnis* ist.

[156] Die Ausbildung der Beschäftigten des Auftragnehmers ist freilich u.U. ein Kriterium der fachlichen Eignung, s. unter 2.

[157] Zum „RAL-Umweltzeichen" s. *Griem* NVwZ 1999, 1171, 1173.

[158] U.a. wegen zusätzlicher und der Vielzahl miteinander verbundener unbestimmter Einzelkriterien mit teils prognostischen Elementen.

[159] Zum bestehenden Beurteilungsspielraum der Vergabestellen bei der Bewertung des „wirtschaftlichsten" Angebots s. etwa *Niebuhr* in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 219 ff.; *Marx* in: Schwarze (Fn. 13), 77, 83; *Stickler* in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2000, § 97 Rn 4; *Bechtold* GWB,

frei öffnen auch für versteckte Diskriminierung, getarnten Protektionismus und andere sachfremde Erwägungen, was der – eben auch grundrechtlich fundierten – Zuerkennung subjektiver Bieterrechte auf einen chancengleichen Wettbewerb sowie der Intention des EG- wie Kartellrechts stracks zuwiderliefe.

Die Unterscheidung von produkt-, und produzenten- oder produktionsbezogenen Gesichtspunkten ist natürlich nicht immer eindeutig. Sie wird Gerichte vor allem dann beschäftigen, wenn ein Bieter den Eindruck hat, produktbezogene Kriterien würden nur vorgeschoben, um bestimmte Aspiranten aus dem Rennen zu werfen und anderen zum Sieg zu verhelfen (wie das analog ja auch bei Ausschreibungen von Professuren quasi ad personam vorkommen soll) oder anders gewendet: wenn Zweifel daran bestehen, ob das Gewicht der von der Vergabestelle vorgetragenen Differenzierungsgründe bei der Leistungsbeschreibung allein eine ungewöhnlich starke Verengung des Bewerberfeldes zu rechtfertigen vermag. Ein solcher Fall liegt nicht ganz fern bei der vor einiger Zeit bekannt gewordenen niedersächsischen Ausschreibungspraxis für Polizeifahrzeuge, die für Mittelklasse-Modelle verlangt hat, daß diese gleichzeitig mit Vorderrad- und Allrad-Antrieb bereitgestellt werden können (was nur für einen bestimmten Typ eines Wolfsburger Herstellers zutraf)[160] – wie auch bayerische, baden-württembergische und hessische Ordnungshüter augenscheinlich heimische Produkte bevorzugen, vermutlich mit ebenso schlagkräftigen Argumenten.

2. *Auswahl der Auftragnehmer – zulässige Eignungskriterien*

Von den in § 97 IV GWB genannten Kriterien zur Auswahl der in Betracht kommenden Unternehmen beschränken sich die der *Fachkunde* und *Leistungsfähigkeit* auf Aspekte, die unmittelbar für die ökonomische Realisierung des konkreten Einkaufs erforderlich sind.[161] Für die *Zuverlässigkeit* gilt das nur, soweit sie eng ausgelegt wird – nämlich dahin, daß der Auftragnehmer die Gewähr für termingerechte und mängelfreie Ausführung zu bieten hat. Wenn darüber hinaus verlangt wird, der Auftragnehmer müsse zuverlässig im Sinne des allgemeinen Gewerberechts sein, damit Gewähr für das Verhalten eines ehrbaren Kaufmanns

---

2. Aufl. 1999, § 97 Rn 32 mwN.; ausführlich, zutreffend differenzierend und restriktiv *Schwarze* in: Schwarze (Fn. 13), 13, 34ff. mwN. – Gegen jeden Beurteilungsspielraum in Fragen der *Eignungs*kriterien und „vergabefremder" Zielsetzungen *Heintzen* ZHR 165 (2001), 62, 73ff.

[160] Nachweise bei *Wittig* (Fn. 88), 45.

[161] Zutreffend *Marx* in: Schwarze (Fn. 13), 78.

bieten,[162] so geht dies darüber hinaus. Sachlich gerechtfertigt und mit den Vergaberichtlinien vereinbar ist eine so weite Auslegung nur insoweit, als hier der Staat – nun nicht in seiner Rolle als Marktteilnehmer, sondern als Marktorganisator – darauf achtet, daß kein Bewerber sich durch Rechtsbruch ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile verschafft. Dabei kommen allerdings nur *Rechts*verletzungen[163] in Betracht, und auch nicht jeder Rechtsverstoß, sondern im Lichte der Vergaberichtlinien nur nachweisliche und (im Verhältnis zum Ausschluß des Bieters) hinreichend schwere berufsbezogene Verfehlungen.[164] So kann der Gesetzgeber über verpflichtende Standards etwa im Arbeits-, Sozial- oder Umweltrecht ohnehin (auch) das öffentliche Beschaffungswesen zur Beachtung entsprechender Politikziele anhalten. Auf die Frage, wieweit darüber hinaus die jeweilige Vergabestelle von ihr gewünschte Kriterien zur Auswahl der Auftragnehmer heranziehen darf, antwortet § 97 IV, 2. Hs. GWB: „wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist."[165]

Und in der Tat: verschiedene Bundesländer haben durch Gesetz oder Verordnung für das Vergabewesen spezielle Präferenzmerkmale (insbesondere die Bindung an ortsübliche [nicht etwa: verpflichtende!] Tariflöhne oder bestimmte Frauenbeschäftigungsquoten) vorgeschrieben oder zugelassen;[166] andere bereiten solche vor (auch der Bund – jedenfalls zur Frage der Frauenförderung[167]). Da § 97 IV GWB einen echten Parla-

---

[162] So *Marx* in: Schwarze (Fn. 13), 77, 79.

[163] *Prieß* ZVgR 1999, 144, 146.

[164] S. die Ausschlußgründe z.B. in Art. 20 I lit. c und d LKR; daneben die eines Verstoßes gegen die Verpflichtung zur Zahlung von Sozialbeiträgen und Abgaben (lit. e und f) und zu Auskünften im Vergaberecht (lit. g); auch § 8 Nr. 5 Abs 1 lit. c VOB.

[165] S. ferner § 97 III GWB, wonach (zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit zwischen kleinen und großen Unternehmen) mittelständische Interessen „vornehmlich" durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen sind, also (wohl) nicht als materielle Eignungs- oder Zuschlagskriterien. Zur Bildung von Fach- und Teillosen s. die Empfehlungen des DVA v. 25.5.2000, NZBau 2000, 555 ff.

[166] Neben dem Berliner Vergabegesetz, das Gegenstand der Vorlagebeschlusses des BGH v. 18.1.2000, JZ 2000, 514 ist, insbes. das bayerische Bauaufträge-VergabeG v. 28.6. 2000, BayGVBl. 364 (Tariftreue); die brandenburgische FrauenförderVO v. 25.4.1996, GBl. 354 (freilich nur für Aufträge unter den Schwellenwerten), die Berliner Frauenförderverordnung v. 23.8.1999, GVBl. 438. – S. auch *Heintzen* ZHR 165 (2001), 62, 72f.

[167] In Vollzug der Koalitionsvereinbarung von 1998 (ZRP 1998, S. 485) befindet sich nach Auskunft des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend ein Referentenentwurf in der Ressortabstimmung; s. auch FAZ v. 27.12.2000, 17 („Gleichstellung von Frauen verzögert sich"). Nach Umfrage bei den Ländern (die im übrigen zum Teil den Ausgang des Berliner Tariftreue-Verfahrens abwarten), sind Gesetzesentwürfe vorbereitet, teils schon eingebracht in Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen und im Saarland.

mentsvorbehalt enthält („durch Bundes- oder Landesgesetz"),[168] sind solche Regelungen als Rechtsverordnungen unzulässig; fraglich bleibt aber, wie weit die Regelungsbefugnisse der parlamentarischen Gesetzgeber von Bund und Ländern gehen, was getrennt nach verfassungsrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu beurteilen ist.

a) Verfassungsmaßstäbe

aa) Bundesstaatliche Kompetenzordnung

Die föderale Zuständigkeitsverteilung ist insbesondere dann berührt, wenn die Sachgesetzgebungskompetenz für Regelungen zu dem verfolgten sekundären Lenkungszweck eines Auftrags und die Haushaltskompetenz des einkaufenden Gemeinwesens auseinanderfallen – etwa die Länder Beschaffungen an höhere Umwelt- oder Sozialstandards in der Produktion knüpfen wollen, als ein Bundesgesetz sie (abschließend) so vorschreibt, daß damit Produktionsweisen unterhalb dieser Standards im Freiheitsinteresse der Produzenten oder aus allgemein wirtschaftlichen Erwägungen gerade *nicht* untersagt sind. Der Konflikt ist der gleiche wie der zwischen Steuer- und Sachgesetzgebungskompetenz, den das Bundesverfassungsgericht[169] 1998 bei der Kasseler Verpackungssteuer unter Rückgriff auf die Verpflichtung zu wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme im Ergebnis zu Lasten der Länder bzw. Kommunen gelöst hat. Zugleich hat es mit Recht darauf hingewiesen, daß divergierende Sachregelungen und Lenkungsimpulse (dort des Steuersatzungsgebers) die auch rechtsstaatlich gebotene Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung aushöhlen. Die gleichen Gründe ziehen der Berücksichtigung sekundärer Vergabeziele vor allem der Länder und Kommunen enge Grenzen. So hat auch der BGH in seinem Vorlagebeschluß vom 18. 1. 2000[170] zur Berliner Tariftreueerklärung mit Recht einen Verstoß gegen abschließendes, vorrangiges Tarifvertragsrecht des Bundes gerügt und dabei – knapp begründet, aber im Ergebnis wohl zutreffend – auch ausgeschlossen, daß der Vorbehalt zugunsten abwei-

---

[168] Etwa *Bechtold* GWB, 2. Aufl. 1999, § 97 Rn 19; *Marx* in: Schwarze (Fn. 13), 77, 81 f.; *Rieble* NZA 2000, 225, 232; *Rittner* in: Schwarze (Fn. 13), 87, 96; *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert* BB 1999, 1825, 1828; s. auch die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1997/98, BT-Drs. 14/1139, S. II. a.A. *Heintzen* ZHR 165 (2001), 62, 66 f.

[169] BVerfGE 98, 106, 117 ff. *Gegen* eine entsprechende Anwendung der Entscheidung im Vergaberecht *Burgi*, NZBau 2001, 62, 68 f.

[170] (Freilich fälschlich auf Art. 31 GG gestützt): BGH JZ 2000, 514, 517 f. mit (insoweit) zust. Anm. *Dreher*; ebenso *Weihnacht* WuW 2000, 382, 384.

chender Landesregelungen in § 97 IV GWB einen Dispens von der übrigen Fachgesetzgebung des Bundes enthalte.[171]

bb) Gesetzesvorbehalt

Über den Anwendungsbereich des Parlamentsvorbehaltes nach § 97 IV GWB hinaus, der sich ja nicht auf Aufträge unter den Schwellenwerten bezieht, steht die Normierung jedenfalls von über Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit hinausgehenden Sekundärkriterien m.E. unter einem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt.[172] Denn wenn wirtschaftlichkeitsbezogene Eignungs- oder Zuschlagskriterien durch weitere – etwa sozial- oder umweltpolitische – ergänzt und teils verdrängt werden, so mutiert der Beschaffungsvorgang zur vertragsvermittelten Subvention zugunsten des bevorzugten Anbieters, der diese Zusatzbedingungen erfüllt: Eine solche Intervention durch Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation zulasten der leer ausgegangenen, unter Umständen schon von der Bewerbung abgeschreckten Konkurrenz ist als staatlicher Eingriff zumindest in die Berufsfreiheit[173] grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig und steht unter Gesetzesvorbehalt[174].

cc) Materielle Grundrechtsfragen

Materiell werden die *Freiheitsrechte* den eingesetzten Lenkungsinstrumenten im Grundsatz keine unüberwindbaren Hindernisse in den

---

[171] Im Fall: vom TVG und auch vom *allgemeinen* kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot. Zum Verhältnis des Vergaberechts zum allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrecht *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert* BB 1999, 1825, 1826ff.; *Hopp* DB 2000, 29ff.; *Dreher* JZ 2000, 519; *Waldner* (Fn. 4), 74ff.; *Heintzen* ZHR 165 (2001), 62, 69f. – In Reaktion auf den Vorlagebeschluß des BGH hat der Bundesrat auf Initiative Bayerns nunmehr einen Entwurf zur Änderung des TVG beschlossen, wonach der Landesgesetzgeber Tariftreueerklärungen zur Bedingung öffentlicher Bauaufträge machen kann: BR-Drs. 438/00 v. 21.12.2000.

[172] Der anderseits, weniger weit gehend als § 97 IV GWB, kein Parlamentsvorbehalt ist, also – hinreichende parlamentsgesetzliche Ermächtigung vorausgesetzt – auch eine Regelung durch Verordnung oder Satzung erlaubt.

[173] Im Tariftreue-Fall des BGH – m.E.: auch – in die negative Koalitionsfreiheit (**a.A.** *Rieble* NZA 2000, 225, 233), im Fall der abverlangten Scientology-Erklärung (dazu ausführlich *Prieß* ZVgR 1999, 144ff.) – auch – in die Glaubensfreiheit. Vgl. zum parallelen Problem des „Eingriffs durch Konkurrenz" auch *Kluth* WiVerw 2000, 184ff., der einen Eingriff mit „berufsregelnder Tendenz" in Art. 12 GG jedenfalls dann annimmt, wenn kommunale Wettbewerbsteilnahme spezifische Lenkungs- oder Gestaltungszwecke verfolgt (201); und weitergehend *Hösch* WiVerw 2000, 159, 178f. sowie *ders.* DÖV 2000, 393, 398f.

[174] Dieser Gesetzesvorbehalt stellt freilich inhaltlich präzisere Anforderungen als derjenige, der nach hier vertretener Auffassung ganz allgemein für die öffentliche Auftragsvergabe gilt: es reicht nicht eine allgemeine Ermächtigung zur Beschaffung, sondern Subventionsziele, -maßnahmen und -verfahren müssen im Kern vom Gesetz geregelt werden.

Weg legen – zumal sie sich häufig für Dritte freiheitsfördernd auswirken und oft für sie auch spezielle Gesetzgebungsaufträge streiten, wie der zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Art. 3 II 2 GG), zum Schutz natürlicher Lebensgrundlagen (Art. 20a GG), zur Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 II GG) oder allgemein das Sozialstaatsprinzip.

Engere Grenzen setzt der Berücksichtigung von Sekundärzwecken im Vergaberecht wohl der *Gleichheitssatz*. Er schützt sicherlich vor Willkürfällen – wie der Benachteiligung nicht arischer Unternehmer im NS-Staat[175]. Zumindest erwägenswert erscheint aber die Überlegung, ob Art. 3 I GG es dem Staat darüber hinaus nicht auch verwehrt, ein von jedem Unternehmen gleichermaßen erwartetes Verhalten eben nicht der Allgemeinheit durch verbindlichen Rechtssatz aufzuerlegen (dann geht es vergaberechtlich um eine Frage der Zuverlässigkeit), sondern über den goldenen Zügel ausschließlich solche Unternehmen in Dienst zu nehmen, die zufällig auf einem Marktsegment tätig sind, in dem der Staat als Nachfrager auftritt. Es stellt sich m.a.W. die Frage, ob etwa das legitime Ziel, die Chancengleichheit von Frauen im Erwerbsleben zu sichern, es rechtfertigt, dies gerade über das Beschaffungswesen und damit faktisch vor allem im Baugewerbe zu befördern – Friseur-, Juwelier- und Gastronomiebetriebe, bei denen die öffentliche Hand wenig nachfragt, jedoch davon auszunehmen; oder ob nicht doch meist das *allgemein*verbindliche Gesetz das einzig gleichheitskonforme Mittel ist, ein solches Ziel durchzusetzen.[176]

b) Gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe

aa) Vergaberichtlinien

Gemeinschaftsrechtlich stellt sich zunächst die Frage, ob die Vergaberichtlinien eine Berücksichtigung von Sekundärzielen erlauben. Viel spricht für einen Numerus clausus der dort aufgezählten Eignungskriterien,[177] die im Kern mit dem GWB übereinstimmen:

---

[175] S. schon Ziff. III Abs. 1 der Richtlinie der Reichskabinetts v. 14.7.1933, MinBl. für die Preuß. innere Verwaltung, 1933 I, Sp. 983: „Was [...] Firmen anbelangt, deren Inhaber oder an der Geschäftsleitung maßgebend beteiligte Personen nicht arischer Abstammung sind, so ist an sich nach dem Grundsatz zu verfahren, daß bei gleichwertigen Angeboten deutschstämmige Firmen zu bevorzugen sind."

[176] In die gleiche Richtung schon *Kirchhof* Verwalten durch „mittelbares" Einwirken, 1977, 345ff.; *Pietzcker* AöR 107 (1982), 61, 64. Tendenziell anders *Burgi* NZBau 2001, 62, 69.

[177] Dafür etwa *Rittner* in: Schwarze (Fn. 13), 87, 93ff. = EuZW 1999, 677; *Hailbronner* WiVerw 1994, 173, 204, 226; *Seidel* (Fn. 14), Rn 106ff.; *Martin-Ehlers* WuW 1999,

(1) Beentjes; und Kritik

In der *Beentjes*-Entscheidung[178] allerdings hat der EuGH 1988 die Heranziehung sozialer und regionaler Gesichtspunkte (Anteil von 70% Langzeitarbeitslosen beim beschäftigten Personal, vermittelt von der örtlichen Arbeitsbeschaffungsstelle!) grundsätzlich für zulässig gehalten (wenn auch unter dem Vorbehalt der Wahrung des Primärrechts, insbesondere des Diskriminierungsverbotes). Zwar seien die Zuschlags- und Eignungskriterien in den Richtlinien abschließend normiert, nicht aber behandelten diese die Frage, ob bei der Auftragsvergabe Kriterien *ganz anderer Art* – die mit der Eignung der Unternehmen und der Wirtschaftlichkeit des Angebotes nichts zu tun hätten – berücksichtigt werden dürften. Insoweit seien die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei. Gegen diese – vereinzelt gebliebene[179] – Entscheidung sind jedoch erhebliche Einwände geltend gemacht worden:[180]

1. Ein Umkehrschluß aus Ausnahmebestimmungen, die – zeitlich befristet – unter bestimmten Voraussetzungen die Berücksichtigung regionalpolitischer Kriterien zuließen,[181] spricht grundsätzlich ebenso gegen die Berücksichtigung vergabefremder Gesichtspunkte wie „grandfather clauses" zugunsten nationaler Bevorzugungsregeln, die bei Richtlinienerlaß bereits in Kraft waren.[182] – Letzteres betrifft ge-

685, 689ff.; *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert* BB 1999, 1825, 1830f.; *Dreher* JZ 2000, 519, 520; in die gleiche Richtung, aber vorsichtiger: *Schwarze* in: Schwarze (Fn. 13), 13, 27f.; *Noch* (Fn. 52), 76ff.; *Wittig* (Fn. 88), 47ff.; *Riese* (Fn. 72), 201ff.; wohl auch (wenngleich unentschieden) *Pietzcker* ZHR 162 (1998), 427, 464ff.; **a.A.** und mit der Beentjes-Entscheidung (folgende Fn) *für* eine grundsätzliche sekundärrechtliche Zulässigkeit der Berücksichtigung von Sekundärzielen etwa: *Prieß* ZVgR 1999, 144, 149; *Bechtold* GWB, 2. Aufl. 1999, § 97 Rn 24; *Gröning* ZIP 1999, 52, 55; *Neßler* DÖV 2000, 145, 149f.; *Rust* EuZW 1999, 453ff.; *Ziekow* NZBau 2001, 72, 74ff.; *Benedict* (Fn. 132), 169ff. (seine Auseinandersetzung mit der Kommission und deren Stellungnahmen zum EuGH ist filigran, die mit dem EuGH eher unkritisch); unkritisch gegenüber EuGH (nachdem er selbst gute Gründe für die Gegenauffassung anführt) auch *Waldner* (Fn. 4), 101ff.

[178] EuGH Slg. 1988, 4635, 4659. – Ausführlich dazu *Benedict* (Fn. 132), 169ff.

[179] So ist der EuGH Slg. 1992, 3401 (Kommission gegen Italien) Tz. 20ff. auf die Überlegungen in der Beentjes-Entscheidung nicht mehr eingegangen und hat ohne weiteres ein der BKR fremdes Auswahlkriterium für unzulässig erklärt. – S. jedoch nunmehr die (erst nach der Leipziger Tagung bekannt gewordene) Entscheidung des EuGH v. 26.9.2000 – Rs. C-225/98 – Calais, NJW 2000, 3629 und dazu *Ziekow* NZBau 2001, 72, 76.

[180] Nachw. in Fn. 177.

[181] Art. 31 Abs. 1 BKR; Art. 35 II SKR; zu weiteren – stets zeitlich begrenzten – regionalen Ausnahmen *Wittig* (Fn. 88), 49 Fn. 158.

[182] Art. 30 III BKR, 35 SKR – jeweils unter dem Vorbehalt ihrer Übereinstimmung mit Primärrecht; zu diesen (und früheren) Öffnungsklauseln *Wittig* (Fn. 88), 54ff.

rade die Bundesrepublik, die Vorbehalte erklärt hatte etwa für die Bevorzugung von Spätaussiedlern, Opfern nationalsozialistischer Verfolgung und Schwerbehinderten.

2. Gegen „Beentjes" spricht – entstehungsgeschichtlich – der Umstand, daß etwa eine Initiative des Europäischen Parlaments, den Topos „Frauenförderung" bei den Zuschlagskriterien zu verankern, gescheitert ist;[183] und
3. vor allem, daß „damit die wichtigste Zielsetzung des gemeinschaftlichen Vergaberechts, die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen im öffentlichen Auftragswesen in einem zentralen Punkt durchbrochen wäre; die Auftragsvergabe würde sich nicht mehr an wirtschaftlichen Maßstäben orientieren."[184] Der einzelne, dem die Richtlinien doch klagbare Rechte einräumen, wäre bei der Berücksichtigungsfähigkeit einer offenen Vielzahl von Zwecksetzungen (schon angesichts damit verbundener Beurteilungsspielräume) nicht mehr vor der „Willkür der öffentlichen Auftraggeber"[185] zu schützen, wie es das Ziel der Vergaberichtlinien ist.

(2) Die Haltung der Kommission

Dementsprechend hat die Kommission zunächst (vor und nach der Beentjes-Entscheidung) die in den Vergaberichtlinien genannten Kriterien der Auftragsvergabe für abschließend gehalten[186] – und etwa mit Erfolg den Erlaß eines deutschen Bundeslandes beanstandet, in dem bei öffentlichen Aufträgen eine Bevorzugung von Lehrlingsausbildungsbetrieben vorgesehen war.[187] Inzwischen aber ermutigt eine gewendete Kommission die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu „ihre öffentliche Kaufkraft für die Verfolgung ... soziale(r) Ziele zu benützen"[188] – und

---

[183] Nachw. bei *Prieß* (Fn. 52), 104; s. auch *Hailbronner* WiVerw 1994, 173, 205; ausführlich *Benedict* (Fn. 132), 85ff.

[184] *Hailbronner* WiVerw 1994, 173, 205.

[185] So die Zielsetzung der BKR nach EuGH Slg. 1995 I, 2311 Tz. 19.

[186] Kritik der Kommission an der *Beentjes*-Entscheidung v.a. in KOM (89) 400, ABl. C 311/7 v. 12.12.89, 12 Ziff. 46f.; weitere Nachweise bei *Benedict* (Fn. 132), 175, 181ff.

[187] Der Erlaß wurde nach Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens aufgehoben, s. *Prieß* (Fn. 52), 104; *Seidel* (Fn. 14), Rn 113. – Die am 9.9.1997 vom Bundeskabinett beschlossene entsprechende Regelung (BAnz. Nr. 181 v. 26.9.1997, 12441) beschränkte sich deshalb vorsichtshalber auf solche Aufträge, die unter den Schwellenwerten der EG-Vergaberichtlinien lagen.

[188] Tz. 4.4 ihrer Mitteilung vom 11.3.1998 „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union", KOM (1998) 143 endg.; Ratsdok. 6927/98, auch in BR-Drs. 296/88 v. 27.3.1998; dazu sehr kritisch *Rittner* in: Schwarze (Fn. 13), 87ff. mwN.; angekündigt hatte sich diese Kehrtwende bereits im „Grünbuch" (Fn. 15), Tz. 5.42.

zwar ausdrücklich nicht nur durch Sanktionierung von *Rechtsverstößen*, sondern auch, indem „die Einhaltung von Pflichten sozialen Inhalts zur Vorbedingung für die Ausführung der zu vergebenden öffentlichen Aufträge" gemacht werden, „um beispielsweise die Beschäftigung von Frauen oder den Schutz bestimmter benachteiligter Personengruppen zu fördern." – Nunmehr schickt die Kommission sich an, diese Auffassung in geltendes Recht umzusetzen. Bei ihren Novellierungsvorschlägen zu den Vergaberichtlinien vom Mai diesen Jahres läßt sie zwar die Formulierung der Eignungs- und Zuschlagskriterien im wesentlichen unverändert oder verschärft sie sogar[189] und verweist in ihrer Begründung darauf, daß sie „strengere" Eignungs- und Zuschlagskriterien für angebracht hält[190] – um dann, eher verdeckt und unvermutet, der geplanten Richtlinie als bloßen (22. von 34 – jetzt immerhin durchnumerierten!) Erwägungsgründen voranzustellen: „Bedingungen zur Ausführung des Auftrags sind mit der Richtlinie vereinbar, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten führen und in der Bekanntmachung der Ausschreibung zwingend angegeben werden. *Sie können insbesondere das Ziel verfolgen, Arbeit von benachteiligten oder ausgeschlossenen Personen zu fördern oder gegen Arbeitslosigkeit zu kämpfen.*"[191] Das zurrt die *Beentjes*-Entscheidung fest.

bb) Primärrecht

Gemeinschaftsrechtlich ist die Verfolgung von Sekundärzwecken neben dem Maßstab der Richtlinien auch dem des Primärrechts unterworfen,[192] das im allgemeinen zwar weniger strenge Anforderungen als die Richtlinien stellt, dafür aber auch für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte gilt.

Die Grundfreiheiten stehen dabei in aller Regel nicht nur einer direkten Verfolgung regionalpolitischer oder nationalprotektionistischer Sekundärzwecke entgegen, sondern auch indirekten (faktischen) Diskriminierungen (möglich etwa bei Anknüpfung an nationale Sozialstandards, die von ausländischen Wettbewerbern oft schwieriger zu erfüllen

---

[189] S. KOM (2000) 275 endg. v. 10.5.2000, Ziff. II. 6. der Begründung sowie die Einzelbegründung zu Art. 46 und 53 des Entwurfs. – Dabei geht es v.a. um den Ausschluß von Bietern bei gewissen Straftaten und um die vorherige Bekanntgabe der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien.

[190] Unter Ziff. II. 1.2.

[191] Hervorhebung vom Verf.

[192] Dazu nur *Benedict* (Fn. 132), 199ff. m.N.

sind)[193]. Das gilt freilich nur für grenzüberschreitende Sachverhalte[194], bei Kleinaufträgen also im wesentlichen für grenznahe Beschaffungen.

Schließlich kann die bevorzugte Berücksichtigung von Bietern auch an Art. 87 EG scheitern, stellt sie doch nach herrschender und zutreffender Meinung zugleich eine Beihilfe im Sinne der Art. 87 ff. EG an das begünstigte Unternehmen dar.[195]

D. (Viele) offene Fragen

Vergaberechtsrechtsprechung und -literatur boomen derzeit.[196] Das liegt nicht zuletzt daran, daß der Gesetzgeber – trotz der wirtschaftlichen Bedeutung der Staatseinkäufe – erst jüngst und verspätet der Bieterseite zum 1. 1. 1999 durch Zugestehung subjektiver Rechte die Möglichkeit gegeben hat, die Gerichte in Anspruch zu nehmen und dort jetzt ein Nachholbedarf gestillt wird. Die Prozesse wären noch zahlreicher, fürchteten nicht viele Unternehmen um die Gunst der Vergabestellen für künftige Aufträge – die Hand die einen füttert, beißt man nicht (was übrigens über Möglichkeiten einer Verbandsklage nachdenken läßt). An dieser Stelle konnten nur zwei Problemkreise angerissen werden, die bedeutsam erscheinen; viele Fragen, die derzeit die Gemüter bewegen, mußten offen bleiben.

I. z. B.: Zum Vergabeverfahren

Sie beziehen sich in großer Zahl auf das Vergabeverfahren, dem angesichts der teils recht offenen materiellen Maßstäbe der Auftragsvergabe besondere Bedeutung zukommt, etwa zum Akteneinsichtsrecht der Bieter im Spannungsverhältnis zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen der Konkurrenz[197]. Wegweisend erscheint die umstrittene Ent-

---

[193] S. *Benedict* (Fn. 132), 199 ff. (zusammenfassend S. 227 f. für die Warenverkehrsfreiheit und S. 237 zur Dienstleistungsfreiheit); *Wittig* (Fn. 88), 23 ff.

[194] S. oben Fn. 121.

[195] *Wittig* (Fn. 88), 30 mN. auch zur Gegenauffassung; ausführlicher *Martin-Ehlers* WuW 1999, 685, 687 ff.; *Benedict* (Fn. 132), 244 ff.

[196] Bemerkenswert allein die neuen Zeitschriften (ZVgR, Vergabe-News, NZBau), die sich ganz oder in wesentlichen Teilen dem Vergaberecht widmen.

[197] Dazu etwa: *Weitbrecht* in: Schwarze (Fn. 13), 177, 186 f.; *Gröning* NZBau 2000, 366; Thüringer OLG, BauR 2000, 95; 1. Vergabekammer des Bundes, NZBau 2000, 365.

scheidung des OLG Brandenburg zum Flughafen Schönefeld, die Auftragsvergaben durch staatliche Stellen als Akte „öffentlicher Gewalt" qualifiziert und darauf zumindest sinngemäß eine ganze Reihe verwaltungsverfahrensrechtlicher Grundsätze anwendet.[198] Einen Kernsatz der Entscheidung – nämlich ein Mitwirkungsverbot Befangener analog § 20 VwVfG, das u.a. (organisations-)privatisierten Betrieben der öffentlichen Hand Schwierigkeiten bereiten mag[199] – hat die soeben von der Bundesregierung beschlossene Vergabeverordnung in § 16 bereichsspezifisch aufgegriffen (und dabei den ausgeschlossenen „Angehörigen" – das sehe ich in diesem Zusammenhang zum ersten Mal normiert – neben Ehegatten und Verlobten auch gleich die „Lebenspartner" zugeschlagen).[200]

---

[198] OLG Brandenburg, BB 1999, 1940: nämlich vor allem das Mitwirkungsverbot Befangener (und zwar als Aufsichtsratsmitglieder des Auftraggebers, 1943 f.) und umgekehrt als Mitwirkende des Bieters bei der Planung des Auftraggebers (1944 f.); auch subjektive Bieterrechte begründende Dokumentationspflichten aus dem Transparenzgebot des § 97 I GWB, aber auch aus dem Diskriminierungsverbot und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (1945); schließlich (1944) bei Unklarheit der Ausschreibung: Nachbesserungs- und faktisch: Anhörungspflichten zur Wahrung der Chancengleichheit. – Zu dieser Entscheidung s.u.a. *Waldner* (Fn. 4), 122; *Berrisch* DB 1999, 1797; *Neßler* NVwZ 1999, 1081; *Kulartz/Niebuhr* NZBau 2000, 6 ff.; *Otting* NJW 2000, 484 ff.; *Wolfram* NZBau 2000, 545 ff.; s.a. OLG Jena, NZBau 2000, 349 und BauR 2000, 258; *Weitbrecht* in: Schwarze (Fn. 13), 177, 178 ff., v.a. 181 ff. – Kritisch zum OLG Brandenburg u.a. das OLG Stuttgart, NZBau 2000, v.a. 304 aE und 305 – es läßt die Anwendbarkeit von § 20 VwVfG aber letztlich offen (wie zuvor OLG Rostock, VersR 1999, 1511 m. Anm. *Dreher*), verneint das Vorliegen seines Tatbestandes und meint insbesondere, daß Vergaberechtsverstöße nur rügbar seien, wenn die „konkrete Möglichkeit" besteht, daß sie für die konkrete Vergabeentscheidung ursächlich geworden sind; dem OLG Stuttgart zustimmend *Dreher* NZBau 2000, 280 mN.

[199] Daher etwa die Kritik von *Neßler* NVwZ 1999, 1081, 1082 f. und die Modifikation des neuen § 16 VgV auf Drängen des Bundesrates (BR-Drs. 455/00 v. 10.11.2000). Zum Problem der Auftragsvergabe an kommunale Eigen- oder Mehrheitsgesellschaften OVG Schleswig, NordÖR 1998, 314 = DWW 1999, 24; *Müller-Serten* NZBau 2000, 121 ff.; *Faber* DVBl 2001, 248; zu In-house-Geschäften s. *B. Gallwas* GewArch 2000, 401, 404 ff. mwN. Zum Problem näher *Holoubek* in diesem Band, S. 513 ff.

[200] § 16 II 2 VgV – ebenso aber schon zuvor ein Teil der Lehre, s. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 20 Rn 54 Fn. 34; a.A. *Obermayer*, VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 20 Rn 51, 122 mN.; insoweit liegt die VgV auf der Linie von Art. 3 § 6 des Gesetzentwurfs eines Lebenspartnerschaftsgesetzes, BT-Drs. 14/3751 v. 4.7.2000, mit dem Vorschlag zu einer entsprechenden Änderung von § 20 VwVfG (die allerdings nicht Bestandteil des G. v. 16.2.2001, BGBl., 266 geworden ist).

II. z.B.: Zum Primärrechtsschutz

Auch zahlreiche Fragen des neu eröffneten Rechtsschutzes harren noch einer Antwort (etwa zur Antragsbefugnis[201]). Mittlerweile geklärt ist allerdings der praktisch wichtige Punkt, daß aus verfassungs-[202] wie EG-rechtlichen[203] Gründen effektiver *Primär*rechtsschutz gegen den Zuschlag gewährt werden muß und – da Zuschlagserteilung und Vertragsschluß nach deutschem Recht zeitlich zusammenfallen, der einmal erteilte Zuschlag aber nicht mehr aufhebbar ist (§ 114 II GWB) – unterlegene Bieter vorab über die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu unterrichten sind.[204]

---

[201] Fraglich ist etwa, ob nicht aus Art. 1 III NPRL (der Rechtsschutz muß „zumindest jedem" zur Verfügung stehen, „der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht") folgt, daß auch mittelbar betroffene Subunternehmer antragsbefugt sein müssen – auch Hersteller von Bauprodukten, so ein Erlaß des BMVB v. 29. 10. 1998 abgedruckt bei *Heiermann/Ax* Neues deutsches Vergaberecht, 2. Aufl. 1999, 321, 322; **a.A.** OLG Rostock, NZBau 2000, 447; OLG Koblenz, NZBau 2000, 445. – Ferner: Die aus § 97 VII GWB abzuleitenden Ansprüche dürften, wie die Begründung des Regierungsentwurfs hervorhebt (BT-Drs. 13/9340, 14), nur soweit reichen, wie eine bestimmte vergaberechtliche Vorschrift gerade auch den Schutz des potentiellen Auftragnehmers bezweckt. (S. auch §§ 107 II, 126 GWB. Wie hier *Gröning* ZIP 1998, 370, 373; **a.A.** offenbar – freilich mit rechtspolitischer Kritik – *Niehbuhr/Eschenbruch* Jahrbuch Baurecht 1 [1998], 195, 210). Noch nicht hinreichend geklärt ist, welche Normen dies im einzelnen sind – etwa die Teilnahme- und Publizitätsvorschriften (*Byok* NJW 1998, 2274, 2776f. mN.) sowie die Regelung der Eignungs- und Zuschlagskriterien – und welche andererseits bloß „objektive" Ordnungsvorschriften oder jedenfalls vom persönlichen Schutzbereich her gerade vom Mitwettbewerber nicht einklagbar sind (wie die über die Förmlichkeiten der Vertragsurkunde, z.B. § 29 VOB/A, oder Statistikpflichten des Auftaggebers). Dazu auch *Waldner* (Fn. 4), 133ff. und v.a. 141f.

[202] Richtungsweisend die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes v. 29.4. 1999, BB 1999, 1076, 1077f. -Euromünzplättchen II; dazu etwa *Waldner* (Fn. 4), 207ff.

[203] Dazu die Alcatel-Entscheidung des EuGH v. 20.10.1999, Rs C-81/98, JZ 2000, 460 m. Anm. *Brinker*; dazu etwa *Waldner* (Fn. 4), 214ff.; *Erdl* BauR 1999, 1341; *Brinker* in: Schwarze (Fn. 13), 97, 101ff.; *Martin-Ehlers* EuZW 2000, 101ff.; *Adam* WuW 2000, 256Off.; *Reidt* BauR 2000, 22ff.

[204] So nunmehr ausdrücklich auch § 13 der neuen Vergabeverordnung. – Damit werden sich auch Bedenken erledigen, die darauf beruhen, daß eine entsprechende *Praxis* zur Umsetzung der Richtlinien nach der Rechtsprechung des EuGH nicht ausreicht, solange sie ihre Grundlage nicht in einer Außenrechtsnorm findet (dazu noch einmal die in der vorigen Fn. Genannten). Näher zum Informationsanspruch *Spießhofer/Lang* ZIP 2000, 446ff.

III. z.B.: Zu sekundären Ersatzansprüchen

Zu sekundären Ersatzansprüchen schließlich wird die Rechtsprechung etwa erneut darüber nachzudenken haben, ob die Verdingungsordnungen angesichts ihrer nun wettbewerbsrechtlichen Ausrichtung nicht doch im Kern[205] als Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB anzuerkennen sind. Das erscheint unausweichlich *jedenfalls*, soweit die Verdingungsordnungen als Außenrecht mit Verordnungsrang gelten[206] – und damit im Kommunalbereich unabhängig von den Schwellenwerten.

E. Zum Schluß

Damit komme ich zum Schluß, der lautet: Alles ist und bleibt im Fluß – wie schon so lange in diesem Gebiet. Dieser Fluß strömt manchmal etwas zäh, bleibt bisweilen nur widerwillig in seinem gemeinschafts- und verfassungsrechtlich vorgeformten Bett. Seinen durch Brüssel veranlaßten Umbruch hat das deutsche Vergaberecht jedenfalls noch nicht vollendet – die Vergabeverordnung ist trotz Fristablaufs der Vergaberichtlinien und laufendem Vertragsverletzungsverfahren noch nicht in Kraft[207] – und schon läutet die Kommission die nächste Runde ein, eine Kodifikation des Vergaberichtlinien, die durchaus nicht nur den bestehenden Rechtsrahmen konsolidieren soll. Verfassungsrechtlich unausweichlich scheint zudem eine Neuregelung auch der Staatseinkäufe *unter* den Schwellenwerten. Viel vom heute Gesagten ist insofern nur Momentaufnahme. Das Vergaberecht bleibt jedenfalls – ungeachtet seiner kartellgesetzlichen Domestizierung und der (teilweisen) Zuweisung an die ordentlichen Gerichte – auf Dauer gerade auch ein Thema der *Staats*rechtslehre.

---

[205] Vgl. hierzu etwa *Waldner* (Fn. 4), 133 ff., insbes. 141 f.; strikt ablehnend ober- wie unterhalb der Schwellenwerte, auch nach dem VgRÄG *Schnorbus* BauR 1999, 77, 83 ff.; für Schutznormqualität der Verdingungsordnungen oberhalb der Schwellenwerte Schleswig-Holsteinisches OLG WuW/E 2000, Verg 269, 275 mN.; gegen Schutznormqualität unterhalb der Schwellenwerte *Ackermann* ZHR 164 (2000), 394, 419 mN.

[206] Dazu *Pietzcker* in: Schwarze (Fn. 13), 61, 68 ff., der zur Begründung des fehlenden Schutznormcharakters der Verdingungsordnungen u.a. auf deren mangelnden Außenrechtscharakter abstellt, dabei aber wohl nicht hinreichend beachtet, in welchem Umfang (v.a. im Kommunalbereich) die Verdingungsordnungen nach h.M. im Verordnungsrang gelten.

[207] S. jedoch nunmehr BGBl. I 2001, 110.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Der Staat als Auftraggeber

A. Grundlagen

(1) Der Staat als Leistungsapparatur benötigt für die Erstellung seiner Endprodukte neben der Arbeitskraft seines eigenen Personals eine Vielzahl von Sachgütern und Dienstleistungen Dritter – gewissermaßen als Rohstoffe und Halbfertigprodukte.

I. Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge

(2) Exakte Statistiken über das Volumen öffentlicher Aufträge gibt es weder auf nationaler noch auf EU-Ebene. In Deutschland belaufen sie sich nach vorsichtiger Schätzung auf rd. 400 Mrd. DM im Jahr; davon entfallen rd. 250 Mrd. DM auf die Kommunen und 130 Mrd. DM auf sog. Sektorenaufträge. Insgesamt dürfte in Deutschland wie europaweit der Umfang öffentlicher Beschaffungen zwischen 10 % und 15 % des jeweiligen Bruttoinlandsproduktes ausmachen. Vom Auftragseingang des deutschen Bauhauptgewerbes kommt etwa 1/3 von der öffentlichen Hand.

II. Die Regelungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens

(3) Drei Umstände sprechen für eine besondere Regelungsbedürftigkeit gerade des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge:

- *Die öffentliche Hand handelt auch beim Abschluß zivilrechtlicher Verträge nicht „privatautonom". Sie verfügt nicht über „eigenes" Geld, sondern treuhänderisch über Finanzmittel der Bürger und ist zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichtet.*
- *Den Amtswaltern, die staatliche Mittel ausgeben, fehlt vielfach ein adäquater Anreiz, mit*

den ihnen anvertrauten Mitteln sparsam umzugehen.

- *Oft vergibt die öffentliche Hand Aufträge bewußt nicht an den günstigsten, sondern aus politischen Gründen an andere Auftragnehmer.*

III. Entwicklungslinien des Vergaberechts

1. Das haushaltswirtschaftliche Anliegen des traditionellen deutschen Vergaberechts

(4) Das Haushaltsrecht verpflichtet juristische Personen des öffentlichen Rechts materiell auf die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit und ausschließlich zu diesem Zweck verfahrensrechtlich in aller Regel zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge.

2. Das wettbewerbliche Anliegen des Gemeinschafts- und Völkerrechts

(5) Gemeinschafts- und völkerrechtliche Vergaberegeln dienen dagegen dem Ziel, die Transparenz öffentlicher Beschaffungsmärkte und deren tatsächliche Öffnung für einen freien und chancengleichen Wettbewerb zu fördern.

B. Das derzeitige Regelungsgeflecht

I. Internationale Übereinkünfte

(6) Völkerrechtlich gebunden ist die Bundesrepublik v.a. durch das plurilaterale WTO-Beschaffungsabkommen GPA von 1994, das aber inhaltlich für deutsche Auftraggeber jedenfalls gegenüber Bietern aus der EU keine weitergehenden Anforderungen stellt als das Gemeinschaftsrecht.

II. Europarechtliche Vorgaben

1. Die materiellen Vergaberichtlinien

(7) Die Vergaberichtlinien regeln – nur für Aufträge ab bestimmten „Schwellenwerten" – v.a. das Vergabeverfahren sowie materielle Eignungskriterien für die Auswahl der Bewerber und Zuschlagskriterien für den konkreten Auftrag.

2. Die Nachprüfungsrichtlinien

(8) Die Nachprüfungsrichtlinien verpflichten die Bundesrepublik zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes – und zwar zugunsten benachteiligter Wettbewerber.

III. Das deutsche Vergaberecht

1. Regelungen für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte

a) Das Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26. 8. 1998

aa) Materielles und Vergabeverfahrensrecht

(9) Auch das Kartellvergaberecht räumt in Umsetzung des Gemeinschaftsrechts den Wettbewerbern – oberhalb der Schwellenwerte – subjektive Rechte ein.

bb) Rechtsschutz

(10) Die neuen Mechanismen des – insbesondere einstweiligen – Rechtsschutzes erlauben eine hinreichend rasche und wirksame Überprüfung möglicher Vergaberechtsverstöße.

b) Der Unterbau: Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen

(11) Die Einzelheiten des Vergaberechts sind in den Verdingungsordnungen geregelt. Sie erlangen durch die Bezugnahme in der Vergabeverordnung selbst Verordnungsrang („Kaskadenlösung").

2. Regelungen für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

a) Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung

(12) Unterhalb der Schwellenwerte gelten die Verdingungsordnungen für die staatliche Verwaltung kraft Verweisung in haushaltsrechtlichen Verwaltungsvorschriften selbst nur als Innenrecht. Sie konkretisieren nach herkömmlicher Auffassung das Wirtschaftlichkeitsgebot, sollen den Unternehmen aber keine subjektiven Rechte einräumen.

b) Kommunalbereich

(13) Im Kommunalbereich gelten (unterhalb der Schwellenwerte) die Verdingungsordnungen über Verweisungen des Gemeindehaushaltsrechts im Verordnungsrang – nach bisherige Auffassung aber nur im

Interesse sparsamer Mittelbewirtschaftung der öffentlichen Hand.

c) Öffentliche Auftraggeber in Privatrechtsform

(14) Privatrechtlich organisierte Auftraggeber sind unterhalb der Schwellenwerte nur ausnahmsweise an die Verdingungsordnungen gebunden – v. a. öffentliche Beteiligungsunternehmen und Empfänger staatlicher Zuwendungen; auch dieser Fall begründet nach h.M. keine subjektiven Rechte etwa rechtswidrig übergangener Mitwettbewerber.

C. Zwei Hauptprobleme

I. Die Aufträge unter den Schwellenwerten

1. Spaltung des Regelungsregimes

(15) Das Regelungsregime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte unterscheidet sich von dem für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte vor allem

- *im Rechtsquellenrang;*
- *in der Rechtsstellung der Bieter;*
- *in den Publikationserfordernissen der Ausschreibung; und*
- *in der Zuständigkeit für die Verfolgung über den Beschaffungszweck hinausgehender („vergabefremder") Sekundärzwecke der Auftragsvergabe.*

2. Grundrechtliche Begründung subjektiver Bieterrechte

a) Grundsätzliche Grundrechtsbindung der Auftragsvergabe

(16) Die öffentliche Hand ist auch bei ihren sog. „fiskalischen Hilfsgeschäften" uneingeschränkt grundrechtsverpflichtet. Grundrechtsadressaten sind dabei nicht nur öffentlich-rechtlich organisierte Verwaltungseinheiten, sondern auch solche des Privatrechts, soweit sie allein von der öffentlichen Hand getragen werden.

b) Einschlägige Grundrechte

aa) Gleichheitsrechte

(17) Der Gleichheitssatz schützt konkurrierende Unternehmen im Vergaberecht in dreifacher Weise:

- *über die Selbstbindung der Verwaltung;*
- *über die aus Art. 3 I GG als Verfahrensgarantie abzuleitende grundsätzliche Ausschreibungspflicht (auch unterhalb der Schwellenwerte); und*
- *über das Gebot der Berücksichtigung gleichwertiger Angebote durch Vergabe von Teil- und Fachlosen oder in zeitlicher Versetzung.*

(18) Dies gilt auch unterhalb der Schwellenwerte und begründet subjektive Rechte der Konkurrenten.

bb) Freiheitsrechte, v.a. Art. 12 I GG

(19) Ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit als Bestandteil der Berufsfreiheit liegt nicht nur im generellen Ausschluß eines potentiellen Auftragnehmers durch die öffentliche Hand; und auch nicht nur in der Nichtberücksichtigung im Einzelfall durch eine marktbeherrschende Vergabestelle. Vielmehr enthält jede staatliche Auftragsvergabe grundsätzlich einen Grundrechtseingriff gegenüber den nicht berücksichtigten Konkurrenten.

(20) Der hieraus folgende Gesetzesvorbehalt für staatliche Einkäufe gilt nicht nur bei „willkürlichen oder unzumutbaren" Eingriffen in die Wettbewerbsfreiheit.

(21) Solange spezielle Regeln fehlen, ist für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, denn das Vergaberecht ist – zumindest außerhalb des reinen Sektorenbereiches – öffentliches Recht. Diese unersprießliche Rechtswegspaltung ruft freilich nach dem Gesetzgeber.

3. Bieterrechte aus primärem Gemeinschaftsrecht

(22) Für (potentiell) grenzüberschreitende Vergabeverfahren lassen sich klagbare Bieterrechte auch aus den Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsrecht des EG-Vertrages herleiten.

4. Ansprüche aus allgemeinem Wettbewerbsrecht

(23) Das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot hat eigenständige Bedeutung unterhalb der Schwellenwerte nur für solche öffentlichen Auftraggeber, die nicht grundrechtsverpflichtet sind (private Sekto-

renauftraggeber und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen).

II. Die Berücksichtigung „vergabefremder" Aspekte

1. Zuschlagskriterium „wirtschaftlichstes" Angebot

a) Haushaltsrechtliche Deutung

(24) Wird das Gebot des Zuschlags auf das „wirtschaftlichste" Angebot (§ 97 V GWB) lediglich haushaltsrechtlich verstanden, so setzt es der Verfolgung „vergabefremder" Zwecke keine justiziablen Grenzen.

b) Wettbewerbsrechtliche Deutung

(25) Das Wirtschaftlichkeitskriterium des GWB ist jedoch enger, wettbewerbsrechtlich zu deuten. Örtliche und regionale Bevorzugungen sind grundsätzlich unzulässig.

(26) Produktbezogene Zuschlagskriterien sind solche, die das Produkt selbst, seine Bereitstellung oder seinen unmittelbaren ökonomischen Nutzungswert betreffen. In ihrer Auswahl ist die Vergabestelle frei – sie entscheidet, ob und welches Gut sie mit welchen produktbezogenen Spezifikationen erwirbt.

(27) Unzulässig ist dagegen – als Zuschlagskriterium – die Berücksichtigung produzenten- oder produktionsbezogener Kriterien.

2. Auswahl der Auftragnehmer – zulässige Eignungskriterien

(28) Das Erfordernis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Unternehmers (§ 97 IV GWB) ist bereits selbstverständliche Bedingung eines wirtschaftlichen Einkaufs der öffentlichen Hand. Die erforderliche Zuverlässigkeit fehlt Unternehmen nur bei nachweislichen schweren, berufsbezogenen Rechtsverletzungen.

a) Verfassungsmaßstäbe

aa) Bundesstaatliche Kompetenzordnung

(29) Föderale Zuständigkeitszuweisungen (sowie die rechtsstaatlich gebotene Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung) ziehen der Berücksichtigung sekundärer Lenkungsziele v.a. der Auftragsvergabe durch Länder und Kommunen enge Grenzen, soweit diese

sich neben ihrer Haushaltskompetenz nicht auf Sachgesetzgebungskompetenzen stützen können.

bb) Gesetzesvorbehalt

(30) Die Berücksichtigung sekundärer Beschaffungsziele stellt als vertragsvermittelte Subvention in aller Regel einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der nicht berücksichtigten Wettbewerber dar und steht unter Gesetzesvorbehalt.

cc) Materielle Grundrechtsfragen

(31) Der Gleichheitssatz verwehrt es dem Staat in der Regel, von jedem Unternehmen erwünschtes Verhalten nicht auch ihnen allen durch allgemeinverbindlichen Rechtssatz aufzuerlegen – sondern über den goldenen Zügel ausschließlich solche Unternehmen in Dienst zu nehmen, die zufällig auf einem Marktsegment tätig sind, in dem der Staat als Nachfrager auftritt.

b) Gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe

aa) Vergaberichtlinien

(a) Beentjes; und Kritik

(32) Die Verfolgung von Sekundärzielen mit Hilfe von Kriterien der Auftragsvergabe, die über die gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Eignungs- und Zuschlagskriterien hinausgehen, ist unzulässig.

(b) Die Haltung der Kommission

(33) Die Auforderung der Kommission, die öffentliche Kaufkraft einzusetzen, um die Beschäftigung von Frauen und den Schutz benachteiligter Personengruppen zu fördern, ist gegenwärtig nur bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung (und entgegen den Intentionen der Kommission) haltbar. Die Kommission arbeitet insoweit aber an einer versteckten Änderung des Gemeinschaftsrechts.

bb) Primärrecht

(34) Für grenzüberschreitende Sachverhalte stellen auch die Grundfreiheiten und das Beihilfeverbot des EG-Vertrages (weite) Schranken der bevorzugten Behandlung von Unternehmen zu Lenkungszwecken dar.

D. (Viele) offene Fragen

I. z.B.: Zum Vergabeverfahren

(35) Die Auftragsvergabe durch staatliche Stellen ist als Akt öffentlicher Gewalt auch an allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechtes gebunden.

II. z.B.: Zum Primärrechtsschutz

(36) Zur Wahrung effektiven Rechtsschutzes ist der unterlegene Bieter vorab und mit Begründung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu unterrichten; der gesonderten Anfechtbarkeit eines öffentlich-rechtlichen Vergabeaktes bedarf es europarechtlich nicht.

III. z.B.: Zu sekundären Ersatzansprüchen

(37) Die bieterschützenden Normen der Verdingungsordnungen sind Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB – jedenfalls soweit sie mit Verordnungsrang gelten.

E. Zum Schluß

Dritter Beratungsgegenstand:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

3. Bericht von Prof. Dr. *Michael Holoubek*, Wien

Inhalt

		Seite
I.	Gegenstand, Methode und Zielsetzung der Untersuchung	515
II.	Ziele und Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit im Rechtsvergleich	518
	A. Der Staat als Unternehmer – staatliche Leistungserbringung	518
	1. Österreich	518
	a) Empirischer Befund	518
	b) Rechtliche Ausgestaltung	521
	2. Frankreich	530
	a) Empirischer Befund	530
	b) Rechtliche Ausgestaltung	530
	3. Großbritannien	537
	a) Empirischer Befund	537
	b) Rechtliche Ausgestaltung	540
	B. Der Staat als Nachfrager und Leistungsbesteller – staatliche Leistungssicherung	546
	1. Österreich	546
	a) Empirischer Befund	546
	b) Rechtliche Ausgestaltung	547
	2. Frankreich	553
	a) Empirischer Befund	553
	b) Rechtliche Ausgestaltung	555
	3. Großbritannien	562
	a) Empirischer Befund	562
	b) Rechtliche Ausgestaltung	565
III.	Konzepte staatlicher Wirtschaftstätigkeit	573
	A. Schwerpunktverlagerungen bei den Zielsetzungen	573
	B. Zielneutralität und Multifunktionalität der Mittel	574

C. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht – wechselseitige Einflüsse 575
IV. Bauelemente einer europäischen Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit 578
A. Verantwortung und Markt als Schlüsselbegriffe 578
B. Modellangepaßte Dogmatik der Mittel 580
C. Funktion der Modellbildung 581

I. Gegenstand, Methode und Zielsetzung der Untersuchung

Das Thema bezieht sich auf die beiden wesentlichen Marktaggregate Angebot und Nachfrage. Es geht um die Tätigkeit des Staates[1] am Markt, bei der der Staat marktfähige Güter oder Leistungen, also solche, die zumindest potentiell auch von Privaten erbracht werden (können), selbst oder über Dritte anbietet oder nachfragt. Mit welchen rechtstechnischen Mitteln der Staat welche Zielsetzungen verfolgt, wenn er im genannten weiten Sinn wirtschaftlich tätig wird, soll im Folgenden rechtsvergleichend für die österreichische, die französische und die englische Rechtslage untersucht werden.

Die Auswahl der zum Vergleich herangezogenen Referenzrechtsordnungen[2] begründet sich dabei mit zwei Argumenten: einerseits umfaßt alle das gemeinsame Dach der Europäischen Union und insbesondere die tragende Konstruktion der Europäischen Gemeinschaft, die die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates in vielfacher Weise rechtlich einheitlich determiniert. Andererseits kann auf Grund der jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse in diesen Mitgliedstaaten eine unterschiedliche Einstellung zur wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates angenommen werden.[3] Daß weiters zwischen öffentlicher Unternehmenstätigkeit und staatlicher Auftragsvergabe ein Zusammenhang besteht, der es rechtfertigt, beide Aspekte wirtschaftlicher Tätigkeit des Staates in den Blick zu nehmen, zeigt der Umstand, daß – betrachtet man den Anteil öffentlicher Aufträge am jeweiligen Bruttoinlandsprodukt – Großbri-

---

[1] Als „Staat" ist im vorliegenden Zusammenhang der Staat in einem funktionellen Sinn in den Blick zu nehmen. Dies schließt nicht nur alle föderalen, regionalen und kommunalen, Ausprägungen des Staates im engeren Sinn, sondern auch auf spezifisch staatlicher Organisationsgewalt beruhende, außerhalb der Staatsorganisation im engeren Sinn stehende Einrichtungen ebenso mit ein, wie auf privatrechtlicher Grundlage errichtete Unternehmen, die dem Staat bzw. staatlichen Einrichtungen wegen deren „interner" Einflußmöglichkeiten auf Grund überwiegender Beteiligung oder maßgeblicher Beherrschung zuzurechnen sind. Als Orientierung dient die RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl 1980 L 195/30 i.d.F. ABl 1985 L 229/20, 1993 L 254/16 und 2000 L 193/75). Zu dieser Richtlinie *Britz* Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl 2000, 1641 ff. m.w.H.

[2] Begriffsbildung in Anlehnung an den Terminus des „Referenzgebiets", s. zu diesem *Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 9 mwN.

[3] So beläuft sich nach einer Studie des Europäischen Zentralverbands der öffentlichen Wirtschaft (CEEP) aus dem Jahre 1995 der Anteil aller Beschäftigten in „öffentlichen Unternehmen" in Deutschland auf 8 %, in Österreich auf 10 %, in Frankreich auf 11,9 % und in Großbritannien auf 2,3 % (Jahrbuch der CEEP 1997).

tannien und Deutschland vor Österreich und deutlich vor Frankreich liegen.[4] Das legt die Vermutung nahe, daß zwischen öffentlicher Unternehmenstätigkeit und staatlicher Auftragsvergabe bis zu einem gewissen Grad eine Substitutionsbeziehung besteht.

Methodisch geht es um funktionelle Rechtsvergleichung[5] als Mikrovergleichung.[6] Damit gilt es, als Ausgangspunkt der Rechtsvergleichung in autonomer Begrifflichkeit funktional jene Kategorien zu entwickeln, die als Vergleichsmaßstab die wechselseitige Zuordnung der einzelstaatlichen Rechtsstrukturen leiten sollen. Leitbild[7] für diese funktionale Kategorisierung ist dabei das Gemeinschaftsrecht, in dessen Rahmen sich die mitgliedstaatlichen Regelungen bewegen müssen. Die Rechtsvergleichung setzt dabei an den Zielen und den rechtlichen Mitteln staatlicher Wirtschaftstätigkeit an. Bei den Zielsetzungen unterscheide ich im folgenden Versorgungssicherung[8], Bedarfsdeckung[9] und Erwerbswirtschaft[10]. Natürlich weisen diese Zielkategorien weder trennscharfe

---

[4] S. mit entsprechender Interpretation der Vergleichszahlen *Westphal* Vergaberecht ökonomisch betrachtet: Hat sich der juristische Aufwand gelohnt?, in: Rill/Griller (Hrsg.), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000, 271, 279ff.

[5] *Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung[3], 1996, 33ff.; *Rheinstein* Einführung in die Rechtsvergleichung[2], 1987, 25ff.; spezifisch für das öffentliche Recht *Schwarze* Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1988, 80ff.; *Starck* Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021, 1028f.

[6] *Rheinstein* (Fn. 5) 32f.

[7] Das „tertium comparationis", vgl. *Trantas* Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts, 1998, 54ff.

[8] Unter Versorgungssicherung verstehe ich in Anlehnung an Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV die Erbringung wirtschaftlicher Dienstleistungen, um aus Gemeinwohlgründen eine allgemeine Versorgung zu gewährleisten, wobei die Leistung jeweils individualisiert an den Einzelnen gegen Entgelt erbracht wird; s. auch die Mitteilung der Kommission vom 20.9.2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg.; *Kahl* Neue Bedeutung der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" durch den Vertrag von Amsterdam, WBl 1999, 189ff.; *Ross* Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?, ELRev 2000, 22ff.; *Frenz* Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, EuR 2000, 901ff.

[9] Unter Bedarfsdeckung fasse ich die Nachfrage nach und die Erbringung von marktfähigen Leistungen und Gütern durch den Staat zusammen, die er benötigt, um seine Aufgaben zu erfüllen, also das „Beschaffungswesen", wie es als Zielsetzung dem sekundärrechtlichen europäischen Vergaberecht im „klassischen" Bereich der Liefer-, der Bau- und der Dienstleistungsrichtlinie vor Augen steht.

[10] Erwerbswirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt der Staat, wenn er Leistungen gegen Entgelt primär deswegen anbietet, um einen wirtschaftlichen Ertrag zu erhalten, also in der Regel einen Gewinn zu erzielen, oder zumindest, um Verluste zu minimieren, unabhängig davon, welche historischen Umstände zum Staatseigentum an Unternehmen geführt haben.

Abgrenzungen auf noch schließen sie einander aus. Mehrfachzielsetzungen staatlicher Wirtschaftstätigkeit sind ohne Zweifel nahe liegend, doch gilt es dann eben, typologisch auf den primären Zweck der Tätigkeit abzustellen.

Nimmt man die rechtlichen Mittel in den Blick, wie der Staat wirtschaftlich tätig wird, so erbringt der Staat entweder Leistungen selbst oder er sichert sich bzw. gewährleistet die Erbringung derartiger Leistungen durch Verpflichtung eines Dritten auf Grund einer individuell-konkreten Rechtsgrundlage. Erfaßt ist also ein weiter Begriff staatlicher Wirtschaftstätigkeit, der öffentliche Unternehmenstätigkeit ebenso einschließt wie die klassische Auftragsvergabe, aber auch eher öffentlich-rechtliche Vertragskonstruktionen wie die „Konzession", die sowohl durch vertragliche wie durch hoheitliche Elemente gekennzeichnet sein kann, und vorwiegend hoheitlich ausgestaltete Formen staatlicher „Leistungsbestellung" am Markt.

Die rechtsvergleichende Bestandsaufnahme geht von den Mitteln staatlicher Wirtschaftstätigkeit aus und fragt, zu welchen Zielen diese Mittel eingesetzt und wie sie allenfalls differenziert für welche Zielerreichung rechtlich ausgestaltet sind.[11] Zielsetzung der Rechtsvergleichung ist es, zum Ersten bestehende strukturelle Unterschiede in den untersuchten Mitgliedstaaten aufzuzeigen. Zum Zweiten sollen dadurch Problemfelder deutlich gemacht werden, für die drittens als Schlußfolgerung Ansatzpunkte entwickelt werden, wie das Gemeinschaftsrecht auf seiner Ebene darauf reagieren und dabei Ergebnisse einer wertenden Rechtsvergleichung rezipieren könnte.[12] Am Schluß der Ausführungen steht also der Versuch, einige Bauelemente für eine differenziertere europäische Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit zu entwerfen.

---

[11] Die Untersuchung der rechtlichen Ausgestaltung der hier in Rede stehenden wirtschaftlichen Beziehungen hat dabei zu beachten, daß diese sich in einem System abspielen, dessen Akteure der Staat im engeren Sinn, öffentliche Unternehmen, private Unternehmen und der Einzelne jeweils in wechselnden Rollen (so der Staat als Marktteilnehmer und als Marktregulator, private Unternehmen als Leistungserbringer für den Staat oder als Konkurrenten öffentlicher Unternehmen etc.) sind.

[12] Rechtsangleichung durch rechtspolitisch (*Rabel* Gesammelte Aufsätze, Bd. III, 1967, 186) wertende Rechtsvergleichung (*Zweigert/Kötz* [Fn. 5] 46f.) ist in diesem Sinne als auf ständige Wechselwirkung angelegter Prozeß zu verstehen.

II. Ziele und Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit im Rechtsvergleich

A. Der Staat als Unternehmer – staatliche Leistungserbringung

1. Österreich

a) Empirischer Befund

Eigene wirtschaftliche Tätigkeit des Staates trifft man in Österreich in vielfältiger Form an. Auf Grund eines Trends zur Organisationsprivatisierung befinden sie sich zum Zweck staatlicher Bedarfsdeckung stark im Vormarsch, wie zahlreiche Forschungs- und Versuchseinrichtungen zur sachverständigen Beratung des Staates[13] ebenso beweisen wie die Bundesimmobilien GmbH als Immobilienverwalter des Bundes[14], die Bundesrechenzentrum GmbH für Buchhaltungs- und Lohnverrechnungsleistungen[15] oder die Bundestheaterservice GmbH als Bühnenwerkstätte[16]. Konkrete Überlegungen bestehen für eine „Bundesbeschaffung GmbH"[17]. Die Versorgungssicherung ist geradezu eine Domäne öffentlicher Unternehmen. Sieht man vom liberalisierten Telekommunikationsmarkt ab, trifft dies weiterhin auf den über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus geöffneten Elektrizitätsmarkt[18] ebenso zu wie auf den Verkehrsbereich[19] (hier wieder mit Ausnahme des Flugverkehrs, aber einschließlich der Flughäfen[20]), die Abfall- und

---

[13] S. beispielsweise Umweltbundesamt GmbH (BGBl I 1998/152), Landwirtschaftliche Bundesversuchswirtschaften GmbH (BGBl 1996/794), Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik (§ 22 Forschungsorganisationsgesetz [BGBl 1981/341 i.d.F. BGBl I 2000/142]) und Bundesanstalt Statistik Österreich (§§ 22ff. BundesstatistikG 2000, [BGBl I 1999/163]).

[14] Bundesimmobiliengesetz (BGBl 1992/419 i.d.F. BGBl I 1997/113 und BGBl I 2000/141).

[15] BGBl 1996/757.

[16] § 3 Abs. 1 Z 5 Bundestheaterorganisationsgesetz (BGBl I 1998/108).

[17] Regierungsvorlage betreffend Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BB-GmbH-Gesetz) 486 BlgNR 21. GP.

[18] Durch Art. 7 des Energieliberalisierungsgesetzes (BGBl I 2000/121) wurde das Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz dahingehend geändert, daß der österreichische Elektrizitätsmarkt bis 1.10.2001 vollständig zu liberalisieren ist, s. *Panger* Reform des Strom- und Gasrechts durch das Energieliberalisierungsgesetz, ÖZW 2000, 97ff. und ÖZW 2001, 1ff.

[19] Z.B. Wiener Linien GmbH & Co KG, Innsbrucker Verkehrsbetriebe und Stubaitalbahn GmbH.

[20] So steht die Flughafen Wien AG nach dem Verkauf der Anteile der Österreichischen Industrieholding AG (ÖIAG) zu je 20% im Eigentum der Bundesländer Niederösterreich und Wien (Die Presse, 16.3.2001). An den Länderflughäfen sind zumeist der Bund, das jeweilige Land und die jeweilige Landeshauptstadt gemeinsam beteiligt. So beträgt etwa

Entsorgungswirtschaft[21], Sparkassen und Landeshypothekenbanken[22], Kunst- und Kulturwirtschaft (Theater[23] und Museen[24] einschließlich Veranstaltungs- und Messeorganisationen[25], Sport- und Freizeiteinrichtungen[26]), den öffentlich-rechtlichen Rundfunk[27] sowie die kommu-

---

an der Flughafen Linz GmbH der Bundesanteil 40 %, während das Land Oberösterreich und die Stadtgemeinde Linz mit jeweils 30 % beteiligt sind. Kritisch zur geplanten Privatisierung von Länderflughäfen *Wimmer/Kahl* Öffentliche Verantwortung versus Privatisierung am Beispiel des Betriebes der Bundesländerflughäfen, ÖJZ 1999, 161.

[21] So erfolgt in Wien die Müllabfuhr durch die Magistratsabteilung 48, die ein Betrieb der Gemeinde ohne Rechtspersönlichkeit ist (§ 72 Wiener Stadtverfassung [LGBl 1968/28 i.d.F. LGBl 1999/56], s. dazu und für weitere Beispiele *Ponzer/Cech* Die Verfassung der Bundeshauptstadt Wien, 2000, 112). Im Übrigen wird aber die Abfallentsorgung zunehmend auch durch juristische Personen des Privatrechts als öffentliche oder gemischt wirtschaftliche Unternehmen besorgt. S. dazu unten in Fn. 43.

[22] Exemplarisch zur oberösterreichischen Rechtslage s. *Binder* Die Rechtsstellung der Oberösterreichischen Landes-Hypothekenbank, 1977. Mittlerweile haben allerdings die meisten Länder den Bankbetrieb der Landeshypothekenanstalten in Aktiengesellschaften eingebracht. Die Landeshypothekenanstalten übernehmen dabei die Anteile an den Aktiengesellschaften. S. beispielsweise Oberösterreichisches Landesbank-Einbringungsgesetz (LGBl 1997/21), Kärntner Landesholding-Gesetz (LGBl 1991/37), oder Salzburger Landes-Holding-Gesetz (LGBl 1992/20).

[23] Bundestheaterorganisationsgesetz (BGBl I 1998/108). Die Vorbereitung und Durchführung der Salzburger Festspiele obliegt dem Salzburger Festspielfonds (§ 2 Bundesgesetz über die Errichtung eines „Salzburger Festspielfonds", BGBl 1950/147).

[24] Bundesmuseen-Gesetz (BGBl I 1998/115).

[25] So steht etwa die Wiener Stadthalle – Betriebs- und Veranstaltungs GmbH zu 100 % im Eigentum der Wiener Holding AG, an der wiederum die Stadt Wien 21 %, die ihr nahe stehende Anteilsverwaltung Zentralsparkasse (AVZ) 55,9 % halten. Zur Beherrschung der AVZ durch die Gemeinde Wien s. auch die in Fn. 34 genannten Erkenntnisse des VfGH. Die Planung, Errichtung, Erhaltung, Verwaltung und Finanzierung des Internationalen Amtssitzzentrums und die Finanzierung des Österreichischen Konferenzzentrums wurde einer Aktiengesellschaft übertragen (§ 1 IAKW – Finanzierungsgesetz [BGBl 1972/150]). Das Grundkapital dieser AG steht zu 65 % im Eigentum des Bundes und zu 35 % im Eigentum der Stadt Wien (§ 3 leg.cit.).

[26] So betreibt etwa die Bundessporteinrichtungen Gesellschaft mbH die Bundessporteinrichtungen (BGBl I 1998/149). Ein weiteres Beispiel stellt etwa die Innsbrucker Sportanlagen Errichtungs- und Verwertungs GmbH dar.

[27] Der öffentlich-rechtliche Rundfunk wird in Österreich durch den Österreichischen Rundfunk (ORF), einen Wirtschaftskörper mit eigener Rechtspersönlichkeit, besorgt (Rundfunkgesetz [BGBl 1984/379 i.d.F. BGBl I 2000/49]). Näher *Holoubek/Traimer/Weiner* Grundzüge des Rechts der Massenmedien, 2000, 33 ff. Der VfGH qualifizierte den ORF als Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, dem im Rahmen des Rundfunkgesetzes Privatautonomie zukommt (VfSlg. 15.059/1997, 10.948/1986, 7716/1975). Die Einhebung der für den Betrieb von Radio- und Fernsehgeräten zu entrichtenden Gebühren von Rundfunkteilnehmern erfolgt durch ein beliehenes Unternehmen, nämlich durch die „Gebühren Info Service GmbH" (GIS) auf Grundlage des Rundfunkgebüh-

nale[28] bzw. Teile der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft[29]. An primär erwerbswirtschaftlich orientierten Unternehmen mangelt es zwar ebenso wenig, wie Verlagsunternehmen[30], Kurhotels[31], Parkhäuser[32] oder die Österreichische Bundesforste AG[33] zeigen, doch verliert die

---

rengesetzes (BGBl I 1999/159) für den ORF. Dazu *Twaroch/Buchner* Rundfunkrecht in Österreich[5], 2000, 233 ff. Das Rundfunkgebührengesetz (§ 5) spricht von der „Gebühreninkasso Service GmbH", im Firmenbuch ist die Gesellschaft allerdings als Gebühren Info Service GmbH eingetragen.

[28] So erfolgt die Verwaltung und Vermietung von Wohnungen auf kommunaler Ebene in Wien durch „WIENER WOHNEN", ein Unternehmen der Stadt Wien ohne eigene Rechtspersönlichkeit im Sinne von § 71 Wiener Stadtverfassung (LGBl 1968/28 i.d.F. LGBl 1999/56). Dazu und zur Unterscheidung von „Unternehmungen" gemäß § 71 Wiener Stadtverfassung und „Betrieben" gemäß § 72 leg.cit. s. *Ponzer/Cech* (Fn. 21) 109 ff.

[29] So stehen etwa die BUWOG (Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft für Bundesbedienstete Gesellschaft mbH), die vor allem Wohnungen an Bundesbedienstete vermietet und verkauft, oder die WAG (Wohnungsanlagen Gesellschaft mbH) zu 100 % im Eigentum des Bundes. Zum Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz s. etwa *Funk* Grundprinzipien des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts in: Korinek/Nowotny (Hrsg.), Handbuch der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft, 1994, 329. Durch Art. 6 Budgetbegleitgesetz 2001, BGBl I 2000/142, wurde u.a. das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (§ 39 Abs. 6 a) dahingehend geändert, daß gemeinnützige Bauvereinigungen, die im ausschließlichen Eigentum von Gebietskörperschaften stehen, den Gemeinnützigkeitsstatus verlieren, soferne sie nicht ausdrücklich für einen Verbleib im gemeinnützigen Sektor optieren. Während mehrere gemeinnützige Bauvereinigungen der Länder von dieser Optionsmöglichkeit Gebrauch gemacht haben, sind die erwähnten gemeinnützigen Bauvereinigungen des Bundes zu rein erwerbswirtschaftlichen Unternehmen geworden und als Konsequenz für eine Vermögensprivatisierung vorgesehen.

[30] So wurde die Österreichische Staatsdruckerei durch ein Bundesgesetz in die Print Media Austria AG umgewandelt (BGBl I 1997/1 i.d.F. BGBl I 1999/93) und nach der Abspaltung der Wiener Zeitung GmbH und der Österreichische Staatsdruckerei GmbH der ÖIAG zur Privatisierung übertragen. Die abgespaltete Wiener Zeitung GmbH, deren Unternehmensgegenstand in Herstellung und Verlag der Wiener Zeitung und insb. des Amtsblatts zur Wiener Zeitung besteht, welches häufig behördliche Kundmachungen vorzunehmen hat, verbleibt im Eigentum der Republik Österreich; die Österreichische Staatsdruckerei GmbH, der die Drucklegung und der Vertrieb des Bundesgesetzblattes sowie die Herstellung bestimmter Sicherheitsdrucke obliegt, steht nunmehr im Eigentum der ÖIAG.

[31] So werden das Kurheim Badeschloß Badgastein und das Kurhaus Semmering als Eigenbetriebe des Bundes geführt (BGBl 1987/88). Die Kurhotelbetriebsgesellschaft Bad Schönau GmbH steht zu 100 % im Eigentum des Landes Niederösterreich.

[32] So ist etwa die Wiener Stadtwerke Beteiligungsmanagement GmbH mit 51 % an der Städtischen Parkraummanagement Gesellschaft mbH beteiligt, die unter anderem die Errichtung von Parkgaragen, Betrieb und Management von Garagen und Kraftfahrzeugabstellplätzen zum Unternehmensgegenstand hat.

[33] Mit dem Bundesforstegesetz 1996 (BGBl 1996/793) wurde die Österreichische Bundesforste AG errichtet. Für die Einräumung des Fruchtgenußrechts an den von ihr verwalteten Liegenschaften hat die AG 50 % ihres Jahresüberschusses als Entgelt an

Erwerbswirtschaft als Ziel öffentlicher Unternehmenstätigkeit auf Grund mehrerer Privatisierungswellen in den letzten Jahren zusehends an Bedeutung. Früher klassische öffentliche Unternehmen wie Austria Tabak, Böhler Uddeholm, die OMV, VA Stahl, Austrian Airlines oder die Bank Austria sind heute mehrheitlich in nicht-staatlicher Hand.[34]

b) Rechtliche Ausgestaltung

Öffentliche Unternehmenstätigkeit erfolgt in Österreich[35] entweder durch die Gebietskörperschaften selbst[36] oder durch juristische Perso-

---

den Bund zu leisten. Gerade die ÖBF sind ein typisches Beispiel für ein öffentliches Unternehmen, das zwar erwerbswirtschaftlich ausgerichtet ist, seine Existenz als öffentliches Unternehmen aber vor allem einer „Bestandsfunktion" (zur Unterscheidung von Bestands- und Betriebsfunktion bei öffentlichen Unternehmen s. *Plöchl* Der Staat als Wirtschaftssubjekt und seine Stellung zur Wirtschaft, 5. ÖJT 1970, I/3/A, 24ff.; *Adamovich/Funk* Allgemeines Verwaltungsrecht[3], 1987, 205) zur Erhaltung des Bundeseigentums an den von ihr verwalteten Flächen verdankt (vgl. in diesem Zusammenhang auch die „gemeinwohlorientierten" Vorschriften in § 5 Bundesforstegesetz sowie die im Verfassungsrang stehende Substanzerhaltungspflicht in § 1 Abs. 1 Bundesforstegesetz).

[34] Derzeit hält die ÖIAG 41,1 % des Grundkapitals an der Austria Tabak AG, 25 % an der Böhler Uddeholm AG, 35 % an der OMV AG, 38,8 % an der VA Stahl AG, 39,7 % an der Austrian Airlines AG (s. Industrie 2000/6, 10). Die Bank Austria AG stand zuletzt zu rund 22,8 % im Eigentum der Anteilsverwaltung Zentralsparkasse (AVZ), einer Sparkasse der Stadt Wien. Zur Beherrschung der AVZ durch die Gemeinde Wien und der damit einhergehenden Prüfungszuständigkeit des Rechnungshofes s. VfSlg. 14.096/1995 (= ÖZW 1995, 119 mit zustimmendem Kommentar von *Rill*); kritisch zu diesem Erkenntnis *Aicher* Organisatorische Beherrschung als Anknüpfung für die Rechnungshofkontrolle über Gemeindesparkassen, WBl 1994, 353; zur Prüfungszuständigkeit des Rechnungshofes für die Gebarung der Bank Austria AG s. VfSlg. 14.097/1995. Mittlerweile ist die AVZ nach der Einbringung der Bank Austria AG in die Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG zum zweitgrößten Aktionär der HypoVereinsbank geworden, und soll in eine Stiftung umgewandelt werden. Zum genauen Ablauf der Transaktionen s. die Stellungnahme der Übernahmekommission gemäß § 29 Abs. 1 ÜbG vom 12.9.2000, GZ 2000/1/4–171 (http://www.takeover.at/).

[35] Allgemein zur folgenden Typologie *Wenger* Die öffentliche Unternehmung, 1969, 259ff.; *ders.* Recht der öffentlichen Unternehmungen in: ders. (Hrsg.), Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, Bd. II, 1990, 225, 252ff.; *Adamovich/Funk* Allgemeines Verwaltungsrecht[3], 1987, 203ff.; *Potacs* Öffentliche Unternehmen in: Raschauer (Hrsg.), Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts, 1998, Rz. 905ff.; *Funk* Gestaltungsformen kommunaler Wirtschaftsverwaltung in: Krejci/Ruppe (Hrsg.), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung, 1992, 14ff.

[36] Die Eigentätigkeit der Gebietskörperschaften erfolgt in Form von „Regiebetrieben" (diese sind auch nach den Organisationsvorschriften nicht gesondert geregelter Teil der allgemeinen staatlichen Verwaltung); bei weitergehender organisatorischer Verselbständigung (z.B. eigene Geschäftsführung, eigenes Rechnungswesen) wird von „selbständigen Wirtschaftskörpern" (*Adamovich/Funk* [Fn. 35] 206) gesprochen. In der

nen des öffentlichen Rechts[37] wie des privaten Rechts[38]. Auch bei juristischen Personen des Privatrechts liegt zumeist ein (bundes)gesetzliches Organisationsstatut vor;[39] auf kommunaler Ebene unterliegt das vertragliche Organisationsstatut einem Beschlußfassungsvorbehalt des unmittelbar demokratisch legitimierten satzungsgebenden Organs.[40]

Die Versorgungssicherung war lange Zeit eine Domäne der Gebietskörperschaften selbst oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Sie ist es zumeist dort geblieben, wo ein funktionierender Markt

---

Wiener Stadtverfassung (LGBl 1968/28 i.d.F. LGBl 1999/56) wird beispielsweise zwischen Betrieben (§ 72) und Unternehmungen (§ 71) unterschieden (s. oben in Fn. 21).

[37] Bei den juristischen Personen öffentlichen Rechts wird allgemein zwischen Körperschaften, Anstalten, Stiftungen und Fonds des öffentlichen Rechts unterschieden. Näher, insbesondere zur unterschiedlichen Gewichtung institutioneller und funktioneller Kriterien *Koja* Der Begriff der juristischen Person öffentlichen Rechts, ZfV 1984, 489ff.; *Pauger* Die juristische Person öffentlichen und die juristische Person privaten Rechts, ZfV 1986, 1ff.; *Antoniolli/Koja* Allgemeines Verwaltungsrecht[3], 1996, 313ff.; *Raschauer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998, Rz. 82ff. Als Beispiele für im hier verwendeten weiten Sinn wirtschaftlich tätige juristische Personen des öffentlichen Rechts seien Anstalten wie die Diplomatische Akademie Wien (BGBl 1996/178), die Donau-Universität Krems (BGBl 1994/269 i.d.F. BGBl I 1998/128), die Bundesmuseen (BGBl I 1998/115) oder die Bundesanstalt Statistik Österreich (Bundesstatistikgesetz 2000 [BGBl I 2000/163]) oder als Fonds der Umwelt- und Wasserwirtschaftsfonds (BGBl 1987/79 i.d.F. BGBl 1993/256) und der ERP – Fonds (BGBl 1962/207 i.d.F. BGBl 1994/1105) genannt.

[38] In der Literatur wird bei Kapitalgesellschaften je nach Beteiligungsstruktur zwischen folgenden Organisationstypen unterschieden: Eigengesellschaften, die zu 100% im Alleineigentum einer Gebietskörperschaften stehen; gemischt-öffentlichen Unternehmen, an denen mehrere öffentliche Körperschaften – jedoch keine privaten Anteilseigner – beteiligt sind; gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, an denen sowohl öffentliche Körperschaften als auch private Personen beteiligt sind. Näher zu dieser Terminologie *Aicher* Zivil- und gesellschaftsrechtliche Probleme in: Funk (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, 1981, 191, 219ff. Die Beteiligung des Bundes an einer Personenhandelsgesellschaft (OHG, KG) als unbeschränkt haftender Gesellschafter ist aus haushaltsrechtlichen Gründen unzulässig (§ 59 Abs. 1 Z 2 Bundeshaushaltsgesetz).

[39] Zur kompetenzrechtlichen Problematik der Erlassung von „Sondergesellschaftsrecht" *Korinek/Holoubek* Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 1993, 99ff. Zumeist erfolgt die Errichtung der Gesellschaft unmittelbar durch das Gesetz (s. die Beispiele in Fn. 13, 14, 15, 16, 26, 30, 33, 46, 47, 49 und 60); z.T. ist auch vorgesehen, daß staatliche Organe zur vertraglichen Errichtung von Gesellschaften ermächtigt werden, vgl. z.B. die Bundessporteinrichtungen Gesellschaft mbH (Fn. 26), die Bundesfinanzierungsagentur GmbH (BGBl 1992/763), die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (Fn. 14) sowie die Gesellschaften nach dem Bundestheaterorganisationsgesetz (Fn. 16).

[40] S. z.B. § 91 Kärntner Allgemeine Gemeindeordnung (LGBl 1998/66), §§ 85ff. Statut der Landeshauptstadt Graz (LGBl 1967/130 i.d.F. LGBl 1982/99).

kaum oder gar nicht gegeben ist oder die Leistungserbringung gerade durch die Gebietskörperschaft selbst im Vordergrund steht.[41] Wo sich ökonomisch relevante Märkte entwickelt haben oder entwickeln, hat dies zum einen zum Vordringen der Kapitalgesellschaft,[42] insbesondere der GmbH, und zum anderen zur Entwicklung von Public-Private-Partnership-Modellen (PPP) – insbesondere im Energie- und Abfallentsorgungsbereich – geführt.[43] Im Bereich der Bedarfsdeckung geht der Trend ebenfalls in Richtung Kapitalgesellschaften,[44] vor allem dort, wo erhebliche Finanzvolumina im Spiel sind.[45] Auch so weit es um die Finanzierung von Infrastrukturmaßnahmen geht, schaltet der Staat aus budgettechnischen Gründen zumeist – auch bei PPP-Model-

---

[41] So wird etwa die Wasserwirtschaft vor allem in kleineren Gemeinden, aber auch in der Stadt Wien, durch rechtlich unselbständige Einrichtungen erbracht. Zum Teil werden kommunale Wasserwerke auch durch juristische Personen des Privatrechts betrieben. So hat z. B. die Stadt Innsbruck ihre Versorgungsbetriebe in die Innsbrucker Kommunalbetriebe AG eingebracht.

[42] So sind etwa die Landesenergieversorgungsunternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft konstituiert. Ausgenommen davon ist lediglich Wien, wo die Rechtsform der GmbH gewählt wurde. Zu den gemeinnützigen Wohnbaugesellschaften im öffentlichen Eigentum s. Fn. 29. Aber auch in Bereichen, wo erhebliche Zuschüsse der öffentlichen Hand erforderlich sind, wird z. T. auf Kapitalgesellschaften zurückgegriffen, wie das etwa bei der Ausgliederung der Bundestheater in mehrere Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Fall war. Kritisch zur Übertragung primär gemeinwohlorientierter, hier in concreto kultureller Aufgaben auf Kapitalgesellschaften *Korinek* Zur rechtlichen Organisation von Musiktheater in: Chiner/Schäffer (Hrsg.), Musik und Recht, 1998, 15, 24.

[43] Zu PPP als Rechtsbegriff im Zusammenhang mit Finanzierungspartnerschaften im Bereich der Infrastruktur s. §§ 13 f. Hochleistungsstreckengesetz (BGBl 1989/135 i.d.F. BGBl I 1999/81); § 7 Bundesgesetz über die Errichtung einer „Brenner Eisenbahn GmbH" (BGBl 1995/502 i.d.F. BGBl I 1999/81). Zu den Formen der PPP *Schauer* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Dienstleistungsorganisationen, insbesondere nonprofit-Organisationen in: Fremuth (Hrsg.), Wirtschaft und öffentliches Interesse, 1998, 85, 88 ff. Auf kommunaler Ebene hat beispielsweise die Stadtgemeinde Mödling für die Abfallentsorgung eine Gesellschaft (mit dem klingenden Namen „Die Mödlinger Saubermacher GmbH") gegründet, an der die Stadt 51 % und ein privates Entsorgungsunternehmen 49 % hält.

[44] Juristische Personen des öffentlichen Rechts finden sich historisch vor allem im Zusammenhang mit der „Ausgliederung" von wissenschaftlicher und sachverständiger Tätigkeit (so etwa die Bundesanstalt Statistik Österreich [Fn. 13] oder die wissenschaftlichen Einrichtungen nach dem Forschungsorganisationsgesetz [BGBl 1981/341 i.d.F. BGBl I 2000/47]).

[45] So erwirbt die Bundesimmobilien GmbH (Fn. 14) an bundesgesetzlich näher bezeichneten Liegenschaften des Bundes zeitlich abgestuft das Eigentumsrecht und hat dafür ein Basisentgelt von ATS 33 Milliarden zu leisten (Bundesimmobiliengesetz BGBl I 2000/141). Der Bundesfinanzierungsagentur GmbH ist die Verwaltung und Koordination der Finanz- und sonstigen Bundesschulden übertragen (BGBl 1992/763).

len[46] – Kapitalgesellschaften ein.[47] Die Erwerbswirtschaft ist mittlerweile eine nahezu ausschließliche Domäne der Kapitalgesellschaften.[48]

Im Versorgungs- und Bedarfsdeckungsbereich behält sich der Staat zumeist gesetzlich, zumindest vertraglich in der Regel mindestens 51 % der Gesellschaftsanteile und damit den beherrschenden Einfluß vor;[49] im Elektrizitätsbereich ist dies für die meisten Unternehmen speziell verfassungsrechtlich abgesichert.[50] Im Bereich der Erwerbswirtschaft wird derzeit planmäßig auch über Sperrminoritäten hinaus materiell privatisiert.[51]

---

[46] So ist der Schieneninfrastrukturfinanzierungs-GmbH auch die Mitwirkung an und der Abschluß von Verträgen mit Dritten über die Mitfinanzierung, Errichtung und Verwertung von Schieneninfrastruktur aufgetragen (§ 3 Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetz [BGBl 1996/201 i.d.F. BGBl I 2000/26]). *Gutknecht* Privatisierung und Unternehmenspolitik, ÖZW 1997, 97, 102ff.

[47] So ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) mit der Finanzierung, Planung, dem Bau und der Erhaltung von Bundesstraßen betraut (§ 2 ASFINAG – Gesetz [BGBl 1982/591 i.d.F. BGBl I 2000/142]). Näher *Stolzlechner/Kostal* Das Bundesstraßenfinanzierungsgesetz 1996, ZVR 1999, Heft 5A, 1.

[48] Darunter fallen primär jene Unternehmen, bei denen die Verwaltung der Anteilsrechte an die ÖIAG übertragen wurde. So etwa die Telekom Austria AG oder die Print Media Austria AG. S. auch Fn. 34.

[49] Beispielsweise behält sich der Bund an der Bundesrechenzentrum GmbH (§ 1 Abs. 3 Bundesgesetz über die Bundesrechenzentrum GmbH [BGBl 1996/757]), an der Bundesimmobilien GmbH 100 % (§ 1 Abs. 2 BIG-Gesetz [BGBl 1992/419 i.d.F. BGBl I 1997/113; s. auch § 2 Bundesimmobiliengesetz, BGBl I 2000/141]) oder an der Theaterservice GmbH (§ 3 Abs. 3 Bundestheaterorganisationsgesetz [BGBl I 1998/108]) 51 % der Anteile vor. Zur Ausgliederung im Landesbereich s. *Funk* Allgemeine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte in: Bildungsprotokolle, herausgegeben von der Landesamtsdirektion beim Amt der Kärntner Landesregierung, Bd. I, 1997, 13.

[50] Bundesverfassungsgesetz, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Elektrizitätswirtschaft geregelt werden (BGBl I 1998/143); kritisch dazu insbesondere im Hinblick auf die dadurch bewirkte Erschwerung von Fusionen zwischen österreichischen Energieversorgern *Pauger* Die Neuordnung der Elektrizitätswirtschaft in Österreich, ÖZW 1998, 97, 102. Nach § 55 Abs. 5a der Oberösterreichischen Landesverfassung (i.d.F. LGBl 1997/108) behält das Land Oberösterreich 51 % des Grundkapitals der Oberösterreichischen Kraftwerke AG (jetzt Energie AG Oberösterreich).

[51] S. zu diesen Vermögensprivatisierungen das Privatisierungsgesetz (BGBl I 1997/97) und §§ 7f. ÖIAG-Gesetz (BGBl I 2000/24), die die ÖIAG mit dem Privatisierungsmanagement betrauen (dazu *Nowotny* ÖIAG-Gesetz 2000, ÖZW 2000, 116ff.). Zu den Typologien bei Privatisierungen s. *Hengstschläger* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL (54), 1995, 165, 169ff.; *Bauer* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL (54), 1995, 243, 250ff.; *Funk* Grenzen der Ausgliederung der hoheitlichen Besorgung von Verwaltungsaufgaben (Austro-Control) – Entscheidungsbesprechung, ÖZW 1997, 60; *Potacs* (Fn. 35) Rz. 911ff.; *Isak* Ausgliederung – Privatisierung – Beleihung, Bedingungen und Grenzen des Gemeinschaftsrechts in: Achatz/Isak/Marhold, Privatisierung im Europarecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht, 1999, 13, 27f.

Der Staat steuert in Österreich seine öffentlichen Unternehmen in der Versorgungswirtschaft und bei der Bedarfsdeckung regelmäßig intern über sondergesellschaftsrechtlich gesetzlich und/oder vertraglich festgelegte Steuerungsmittel wie Weisungs-[52], Organbestellungs-[53] und Aufsichtsrechte[54]. Besondere externe Einflußmöglichkeiten über außenwirksame, verfahrensförmige Aufsichtsrechte, die speziell auf den staatlichen Sektor abzielen,[55] finden sich in der staatlichen Gemeindeaufsicht über die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen.[56] Dabei ist die

---

[52] Nach allgemeinem Gesellschaftsrecht können Weisungen nur an Geschäftsführer einer GmbH erteilt werden (§ 20 GmbHG). An Aufsichtsräte von Kapitalgesellschaften sowie an den Vorstand von Aktiengesellschaften können keine Weisungen seitens der Anteilseigner ergehen. Ausführlich zu dieser Problematik *Aicher* (Fn. 38) 245ff.; *ders.* Ausgliederungen im Landesbereich – Zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragestellungen in: Bildungsprotokolle (Fn. 49) 39, 42ff.; *Winner* Öffentlich-rechtliche Anforderungen und gesellschaftsrechtliche Probleme bei Ausgliederungen, ZfV 1998, 104, 114ff. Daher werden zum Teil in einzelnen Ausgliederungsgesetzen sondergesetzliche Weisungsrechte festgehalten. Z.B. räumt § 4 Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetz dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie ein allgemeines Weisungsrecht über die Durchführung der Aufgaben der Schieneninfrastrukturfinanzierungs-GmbH ein. Nach § 1 Abs. 2 Bundesforstegesetz kommt bei bestimmten Liegenschaftserwerben bestimmten Mitgliedern des Aufsichtsrats ein Vetorecht zu, wobei diese an die Weisungen des jeweils nominierenden Bundesministers gebunden sind.

[53] So erfolgt die Bestellung der künstlerischen Geschäftsführer der Bühnengesellschaften durch den Bundeskanzler. Mit der Funktion des künstlerischen Geschäftsführers können Personen selbst dann betraut werden, wenn sie sich nicht im Rahmen der Stellenausschreibung um diese Funktion beworben haben (§ 12 Bundestheaterorganisationsgesetz [BGBl I 1998/108]).

[54] Beispielsweise unterliegt die interne Kostenrechnung der Bundesrechenzentrum GmbH der Überprüfung durch den Bundesminister für Finanzen (§ 5 Abs. 2 Bundesgesetz über die Bundesrechenzentrum GmbH [BGBl 1996/757]).

[55] Und sich dadurch von allgemeinen wirtschaftsaufsichtsrechtlichen Regelungen unterscheiden.

[56] In den meisten Ländern bedarf die Errichtung und der Beitritt zu wirtschaftlichen Unternehmen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Die Aufsichtsbehörde kann die Errichtung des Unternehmens insbesondere dann untersagen, wenn die Maßnahme die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Haushaltsgleichgewichts oder die ordnungsgemäße Erfüllung der Gemeindeaufgaben verhindert oder damit ein finanzieller Nachteil oder Risiko verbunden ist (z.B. § 80 Burgenländische Gemeindeordnung; § 104 Kärntner Allgemeine Gemeindeordnung; § 69 Abs. 2 Oberösterreichische Gemeindeordnung: Nach § 106 Abs. 1 lit. b leg.cit. bedarf auch der Erwerb und die Veräußerung [lit. e] von Wertpapieren, Forderungen, Gesellschaftsanteilen, wenn das Entgelt 2 v.H. der Einnahmen des ordentlichen Gemeindevoranschlags des laufenden Haushaltsjahres übersteigt, der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde). Zur Aufsicht über gemeindliche Unternehmen *Hengstschläger* Rechtsfragen der Kontrolle kommunaler Unternehmungen, 1980, 65ff.

Intensität staatlicher Steuerung im Bereich der Bedarfsdeckung tendenziell noch stärker als bei der Versorgungssicherung. Bei Unternehmen der Erwerbswirtschaft sind demgegenüber kaum besondere vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abweichende Steuerungsmechanismen normiert.

Durch die Konzentration auf interne Steuerungsprozesse ist die auf Grund der eigenständigen Rechtspersönlichkeit grundsätzlich gegebene Autonomie öffentlicher Unternehmen sowie ihr grundsätzlich unbestrittener Status als Grundrechtsträger[57] auch gegenüber der staatlichen Verwaltung in ihrer Effektivität etwas zu relativieren. Das wirksamste Rechtsschutzinstrument insbesondere privatrechtlich organisierter öffentlicher Unternehmen gegen unsachlichen Staatseinfluß ist aber der Hinweis auf gesellschaftsrechtliche Haftungen.[58]

Für die rechtliche Regelung der Aufgaben und Tätigkeitsfelder staatlicher Wirtschaftstätigkeit fehlt in Österreich eine handlungsleitende systematische allgemein verwaltungsrechtliche Dogmatik. Daher sind die positiv-rechtlich in großer Zahl vorhandenen diesbezüglichen Regelungen fast ausschließlich einzel- und anlaßfallbezogen, somit äußerst kasuistisch.[59] Die Gesetze bzw. die vertraglichen Grundlagen enthalten aber im Versorgungssicherungs- wie im Bedarfsdeckungsbereich eine Fülle von Aufgabenfestsetzungen und Qualitätssicherungsmaßnahmen,[60] Regelungen der Beziehungen zu den Kunden einschließlich Preisgestaltungsvorschriften,[61] Gleichbehandlungs- bzw. Kontrahie-

---

[57] *Korinek/Holoubek* (Fn. 39) 163ff.; *Öhlinger* Verfassungsrecht[4], 1999, Rz. 705; *Holoubek* Verfassung- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖZW 2000, 33, 39ff.; *Hengstschläger* (Fn. 51) 191f.

[58] Zur Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften bei Befolgung einer der Gesellschaft nachteiligen Weisung der staatlichen Trägergemeinschaft s. *Aicher* (Fn. 38) 342ff.; *ders.* Konsequenzen der Rechnungshofkontrolle in: Korinek (Hrsg.), Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof, 1986, 381, 384ff.; *Nowotny* Der Beamte als Aufsichtsrat RdW 1999, 283ff.

[59] Dazu *Holoubek* (Fn. 57) 43f. Eine positive Regelung einer staatlichen Auffangverantwortung findet sich z.B. in § 2 Bundesrechenzentrum GmbH-Gesetz (Fn. 49), nichts dergleichen aber etwa in den gesetzlichen Grundlagen für die Ausgliederung nahezu der gesamten städtischen Versorgungswirtschaft auf den Konzern Wiener Stadtwerke AG samt deren Tochtergesellschaften.

[60] Vgl. statt vieler etwa § 5 Bundesforstegesetz (BGBl 1996/793), demzufolge die Bundesforste AG u.a. bei der Wildbewirtschaftung auf ein ökologisches Gleichgewicht zu achten, die Produktionskraft des Waldbodens zu verbessern und die Trink- und Nutzwasserreserven zu erhalten hat, oder den umfassenden kulturpolitischen und wissenschaftlichen Auftrag an die Bundesmuseen in § 2 Bundesmuseen Gesetz (BGBl I 1998/115).

[61] Nach § 9 Bundesgesetz über die Neuorganisation der Bundessporteinrichtungen (Fn. 26) ist z.B. bei der Nutzung der Einrichtungen ein nach der Förderungswürdigkeit abgestuftes Entgelt festzusetzen.

rungspflichten[62] sowie Kontinuitätssicherungen durch Betriebspflichten[63], die verwaltungsrechtlich das Bild einer stark ausgeprägten staatlichen Ingerenz und Ausgliederungsfolgenverantwortung bieten. Verfassungsrechtliche Leitlinien dafür fehlen allerdings mangels entwickelter verfassungsrechtlicher Staatsaufgabendogmatik[64]. Die Rahmenordnung der österreichischen Verfassung läßt hier aber unzweifelhaft der politischen Entscheidungskompetenz des einfachen Gesetzgebers breiten Raum.[65]

---

[62] § 3 Schönbrunner Tiergartengesetz (BGBl 1991/420 i.d.F. BGBl 1994/117) sieht einen allgemeinen Kontrahierungszwang in Bezug auf den Unternehmensgegenstand vor. Vgl. auch § 2 Abs. 1 Schönbrunner Schloßgesetz (BGBl 1992/208 i.d.F. 1994/117) oder § 3 Rundfunkgesetz (Fn. 27). Nach § 8 Postgesetz (BGBl I 1998/18 i.d.F. BGBl I 2000/26) ist der Betreiber – in diesem Fall die Österreichische Post AG – verpflichtet, mit jedermann unter Einhaltung der Geschäftsbedingungen einen Vertrag über die Teilnahme am reservierten Postdienst und am Universaldienst abzuschließen.

[63] Z.B. § 2 Abs. 5 Bundesrechenzentrum GmbH (s. Fn. 49) und § 3 Schönbrunner Tiergartengesetz sowie § 2 Schönbrunner Schloßgesetz (beide Fn. 62).

[64] Vgl. aber *Öhlinger* Verfassungsrechtliche Determinanten des Staates als Leistungsträger in: Fremuth, Wirtschaft und öffentliches Interesse, 1998, 9ff.; *Raschauer* (Fn. 37) Rz. 36, 377f. So hat die Beseitigung der bislang in § 4 ElWOG statuierten Anschluß- und Versorgungspflicht der Elektrizitätsunternehmen zu nicht diskriminierenden Tarifpreisen durch das Energieliberalisierungsgesetz etwa zu einer als „Schutzbestimmung für Konsumenten" (ErlRV 66 BlgNR 21. GP, zu Art. 7 Z 27) gedeckten Verfassungsbestimmung (§ 46 Abs. 5 ElWOG) geführt (s. *Panger* [Fn. 18] ÖZW 2001, 2), derzufolge die Regulierungsbehörde Elektrizitäts-Control GmbH Kunden, die keiner Bilanzgruppe angehören oder keine eigene Bilanzgruppe bilden, zu einer Bilanzgruppe zuzuweisen hat.

[65] Die jüngere Lehre entwickelt verstärkt organisationsrechtliche Schranken für die Ausgliederung materiell weiterhin als solcher betrachteter staatlicher Aufgaben, s. insb. *Kucsko-Stadlmayer* Verfassungsrechtliche Schranken der Reduzierung und Ausgliederung von Staatsaufgaben in: ÖJK (Hrsg.), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat, 1998, 171, 175ff.; *Korinek* Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 46ff.; für die Ausgliederung hoheitlicher Aufgaben haben Lehre (*Rill* Grenzen der Ausgliederung behördlicher Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung, ÖBA 1996, 748ff.; *Raschauer* Keine Grenzen für Privatisierungen?, ecolex 1994, 424ff.) und Rechtsprechung (insb. VfSlg. 14.473/1996) jedenfalls weitergehende verfassungsrechtliche Grenzen als für die Ausgliederung nicht hoheitlicher Aufgaben gezogen. In Bezug auf hoheitliches Verwaltungshandeln bestehen nach der jüngeren Rechtsprechung des VfGH darüber hinaus auch relativ strikte Grenzen der Übertragung an unabhängige Verwaltungsorgane (s. VfSlg. 15.427/1999 und VfGH 29.6.2000, G 175–266/99 und dazu *Korinek* Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen staatlicher Regulierung der Medien vor dem Hintergrund der Konvergenz, JRP 2000, 129ff. einerseits und *Grabenwarter/Holoubek* Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Einrichtung von Kollegialbehörden nach Art. 20 Abs. 2 und Art. 133 Z 4 B-VG, ZfV 2000, 194ff. andererseits). Dazu schon früher *Raschauer* Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1, 6f.

Bei juristischen Personen, insbesondere solchen des Privatrechts, schlägt sich die mangelnde verwaltungsrechtliche Aufgaben- und Aufgabenerfüllungsdogmatik etwa darin nieder, daß die Begrenzungswirkung der gesetzlichen Regulierung der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen umstritten ist.[66] Zutreffenderweise gibt es Ansätze dafür, dem für diese Frage von den Regelungszielen her zuständigen Wettbewerbsrecht Regulierungsfunktion für den Wettbewerb zwischen öffentlichem und privatem Sektor zuzuerkennen.[67] Kaum Auswirkungen haben demgegenüber bislang landesverfassungsrechtlich[68] und in den Gemeindeordnungen[69] enthaltene Subsidiaritätsprinzipien entfaltet. Von den Grundrechten wirkt der Gleichheitsgrundsatz als elementare Sicherung eines fairen Wettbewerbs zwischen den Sektoren, insbesondere auch im Hinblick auf die steuerrechtlichen Rahmenbedingungen.[70] Die Erwerbsaus-

---

[66] Die ultra vires Lehre wird bei öffentlichen Unternehmen in der Form juristischer Personen des Privatrechts jedenfalls, herrschend auch bei solchen des öffentlichen Rechts, aus Verkehrsschutzgründen abgelehnt. Dazu näher *Straube* Die Bedeutung der „Ultra-vires-Lehre" im österreichischen Recht, ÖJZ 1978, 340; *Aicher* in: Rummel (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I[3], 2000 § 26, Rz. 24 und *Enzinger* Teilrechtsfähigkeit und Verkehrsschutz – Überlegungen zur Teilprivatisierung des Patentamts, ÖBl 1998, 137.

[67] So betont die Judikatur des OGH, daß die Frage ob und wie weit eine Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand wünschenswert ist, eine der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung durch die ordentlichen Gerichte entzogene wirtschaftspolitische Entscheidung ist, die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sich aber auf die Art und Weise erstreckt, wie die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnimmt (z.B. OGH 25.4.1995, 4 Ob 24/95, = ÖBl 1996, 80). Näher dazu etwa *Korinek/Holoubek* (Fn. 39) 168ff.; *Koppensteiner* Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht[3] 1997, § 23 Rz. 6; *Gutknecht* (Fn. 46) 104f. jeweils mwN.

[68] So etwa Art. 7 Abs. 4 Tiroler Landesordnung (LGBl 1988/61 i.d.F. LGBl 1998/104): „Das Land Tirol hat seine erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten grundsätzlich auf solche Unternehmen zu beschränken, die einem Gemeinschaftsbedarf entsprechen und deren Ausübung durch andere nicht zweckmäßiger ist.".

[69] Z.B. § 68 Niederösterreichische Gemeindeordnung (LGBl 1973/172 i.d.F. LGBl 1999/94): „Bei der Errichtung wirtschaftlicher Unternehmungen ist darauf Bedacht zu nehmen, ob ein Bedarf der Bevölkerung vorliegt, der Zweck der Unternehmung nicht auch durch andere in gleicher Weise erfüllt wird und die Art sowie der Umfang der Unternehmung in einem angemessenen Verhältnis zu der voraussichtlich dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht." Ähnlich § 65 Salzburger Gemeindeordnung (LGBl 1994/107 i.d.F. LGBl 2000/8); § 71 Steiermärkische Gemeindeordnung (LGBl 1967/115 i.d.F. LGBl 1999/82); § 61 Tiroler Gemeindeordnung (LGBl 1966/4 i.d.F. LGBl 1988/2); § 71 Vorarlberger Gemeindeordnung (LGBl 1985/41 i.d.F. LGBl 1998/62). Vergleichbare Bestimmungen finden sich auch in den Stadtstatuten.

[70] Z.B. VfSlg. 14.805/1997: Der VfGH sah in der Befreiung der Österreichischen Bundesbahnen von der Kommunalsteuer mangels sachlicher Rechtfertigung eine verfassungswidrig bevorzugte Behandlung der ÖBB in Bezug auf die Lohnkosten für die Erbringung von Leistungen des allgemeinen Personen- und Güterverkehrs.

übungsfreiheit wird in Österreich zutreffend nicht als Konkurrenzschutzgarantie[71] gegenüber öffentlicher Unternehmenstätigkeit gesehen.[72]

Entgegen früher verbreiteter Auffassung[73] ist der Schutz des Einzelnen gegen staatliche Wirtschaftstätigkeit durchaus entwickelt. Fiskalgeltung der Grundrechte und daraus fließende Gleichbehandlungs-, Unterlassungs- und Kontrahierungspflichten stehen weitgehend außer Streit,[74] soweit Aufgaben der Versorgungssicherung[75] oder der Bedarfsdeckung[76] in Rede stehen. Gleich in welcher Rechtsform und zu welchen Zwecken unterliegt staatliche Wirtschaftstätigkeit dem Wettbewerbsrecht,[77] was auch Konkurrentenklagen einschließt.[78] Über den funktionellen Auftraggeberbegriff des Vergaberechts wird der Rechtsschutz der privaten Wirtschaft auch auf den Bereich der Bedarfsdekkung ausgeweitet.[79]

---

[71] *Berka* Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, 1999, Rz. 757; *Öhlinger* (Fn. 57) Rz. 889.

[72] So hat der VfGH Bestimmungen in Krankenanstaltenordnungen aufgehoben, die eine Bedarfsprüfung auch für private, nicht gemeinnützige, ohne Zuhilfenahme öffentlicher Mittel geführte Krankenanstalten vorsahen. Ein derartiger Konkurrenzschutz zu Gunsten bestehender privater, nicht gemeinnütziger Krankenanstalten ist nach der Rechtsprechung verfassungswidrig (z.B. jüngst VfGH 4.3.2000, G 155/99, V 83/99). Im Erkenntnis vom 10.3.1999, G 64/98 u.a. sah der VfGH eine Bedarfsprüfung für erwerbswirtschaftlich geführte Ambulatorien im Interesse der flächendeckenden medizinischen Versorgung der Bevölkerung durch gemeinnützige Einrichtungen als gerechtfertigt an, insbesondere auch deshalb, weil durch öffentliche Mittel eine für den Einzelnen finanziell tragbare medizinische Behandlung sichergestellt wird.

[73] Vgl. beispielsweise *Funk* Sensible und defizitäre Bereiche des Rechtsschutzes in der öffentlichen Verwaltung, JBl 1987, 150, 152ff.

[74] S. nur *Hengstschläger* (Fn. 51) 188ff.; *Berka* (Fn. 71) Rz. 213ff. und *Korinek/Holoubek* (Fn. 39) 146ff.

[75] So unterliegt ein öffentliches Verkehrsunternehmen zwar hinsichtlich seiner Beförderungspflichten, nicht aber hinsichtlich der erwerbswirtschaftlichen Vergabe von Werbeflächen der Fiskalgeltung des Gleichheitsgrundsatzes, s. OGH 30.11.1993, 4 Ob 146/93, = RdW 1994, 173; näher dazu mwN. *Holoubek* (Fn. 57) 39ff.

[76] Daß der auftragsvergebende Staat qua Fiskalgeltung an den Gleichheitsgrundsatz gebunden ist, entspricht ständiger Rechtsprechung des OGH, s. mwN. *Korinek/Holoubek* (Fn. 57) 152ff.

[77] S. Fn. 67.

[78] Grundlegend OGH 19.12.1989, 4 Ob 50/89 u.a., = WBl 1990, 113: Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes als Verstoß gegen § 1 UWG (s. dazu näher *Korinek/Holoubek* [Fn. 39] 168ff. mwH.).

[79] Auch hier anerkennt der OGH im Übrigen jüngst Konkurrentenklagen, s. OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99v und dazu *Casati* Wettbewerbsrechtlich durchsetzbare Pflichten der Bieter?, ecolex 2000, 297; OGH 24.10.2000, 4 Ob 232/00x = WBl 2001, 141ff.

2. *Frankreich*

a) *Empirischer Befund*

Öffentliche Wirtschaft und Frankreich sind wohl untrennbar miteinander verbunden.[80] Klingende Namen wie Renault, Elf, Rhône-Poulenc, Paribas, Bull und Thomson gehören bzw. gehörten im erwerbswirtschaftlichen Sektor ebenso dazu wie die traditionell staatliche Versorgungswirtschaft durch die Électricité de France (EDF) und die Gaz de France (GDF), France Télécom oder die Société nationale des chemins de fer français (SNCF). Die jüngere Geschichte ist freilich insbesondere im Industrie- und Finanzsektor durch mehrere große Privatisierungswellen[81] gekennzeichnet, die viele der ehemaligen Flaggschiffe der französischen Staatswirtschaft betroffen haben.[82] Auch in Frankreich verliert damit vor allem die staatliche Erwerbswirtschaft an Bedeutung. Der Versorgungssektor ist demgegenüber nach wie vor primär eine Domäne staatlicher Wirtschaftstätigkeit.

b) *Rechtliche Ausgestaltung*

Staatliche Unternehmenstätigkeit[83] erfolgt in Frankreich von der Organisationsstruktur[84] her sowohl öffentlich-rechtlich über établissements publics industriels et commerciaux[85] als auch privatrechtlich[86],

---

[80] *Knemeyer* Die Établissements publics im französischen Verwaltungsrecht, 1996, 130ff.; *Delvolvé* Droit public de l'économie, 1998, 750ff. und 778ff.; *Linotte et al.* Services publics et droit public économique, 1995, 90.

[81] *Chapus* Droit administratif général, 1999, Bd. 1, 343; *Chabanas/Vergeau* Nationalisations et privatisations depuis 50 ans 1996, http://www.insee.fr/FR/FFC/DOCS_FFC/ip440.pdf; *Linotte et al.* (Fn. 80) 209ff.; *Delvolvé* (Fn. 80) 747ff.; *Knemeyer* (Fn. 80) 132.

[82] So Elf Aquitaine, Saint Gobain, Compagnie Générale d'Électricité, die Banken Société Générale und Paribas und TF1, *Chabanas/Vergeau* (Fn. 81); *Delvolvé* (Fn. 80) 753ff.; *Chapus* Droit administratif général 1999, Bd. 1, 343ff.; *Hübner/Constantinesco* Einführung in das französische Recht, 1994, 94.

[83] Daneben gibt es auch Regiebetriebe, *Delvolvé* (Fn. 80) 641; Unterschieden wird zwischen direkter und indirekter Regie. Bei letzterer handelt es sich um einen service mit einem Annexbudget, welcher auch eine gewisse finanzielle und administrative Autonomie haben kann, die sich in der Existenz eines conseil d'exploitation und einem Direktor ausdrücken kann, vgl. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 607.

[84] *Linotte et al.* (Fn. 80) 194 und 218ff.; *Delvolvé* (Fn. 80) 641 und 671ff.; vgl. *Sonnenberger/Autexier* Einführung in das französische Recht, 2000, 48; *Knemeyer* (Fn. 80) 129.

[85] *Linotte et al.* (Fn. 80) 219ff.; *Delvolvé* (Fn. 80) 595ff.

[86] *Delvolvé* (Fn. 80) 672: „Es handelt sich dabei grundsätzlich um sociétés anonymes. Man kann aber auch anderen Formen begegnen (z.B. S.A.R.L. für einige sociétés d'économie mixte locales), die aber zu selten sind um sie nicht nur als Ausnahmen anzusehen."

insbesondere durch sociétés d'économie mixte[87], also in gemischt wirtschaftlichen Kapitalgesellschaften, und durch sociétés privées à capital public[88], Kapitalgesellschaften als staatliche Alleingesellschaften, allenfalls unter Beteiligung der Belegschaft[89]. Sie alle werden als „entreprises publiques"[90], das heißt als Einrichtungen, die industriellen und kommerziellen Charakter[91] haben, Rechtspersönlichkeit[92] aufweisen und dem öffentlichen Sektor[93] zugehören, zusammengefaßt.

Die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Organisationsform ist freilich eine vordergründige.[94] Die organisationsrechtliche Unterscheidung wird nämlich im französischen Verwaltungsrecht maßgeblich durch den materiellen Begriff des service public überlagert. Versteht man abstrahiert service public im weiteren Sinn als Bezeichnung für eine konkrete Leistungserbringung des Staates für den Einzelnen zur Erfüllung von öffentlichen Interessen, dann grenzen sich die services publics industriels et commerciaux gegen die services publics administratifs dadurch ab, daß erstere grundsätzlich

---

[87] Das Kapital der entreprise muß mehrheitlich in öffentlicher Hand sein. Dabei ist es nicht notwendig, daß das Kapital in den Händen einer einzigen juristischen Person öffentlichen Rechts ist, es reicht eine Addition der Minderheitsbeteiligungen. Die Personen können der Staat (l'État), die colléctivités locales, établissements publics aber auch entreprises publiques sein. S. zum Begriff: *Linotte et al.* (Fn. 80) 224ff.; *Auby/Auby* Droit public, 1996, 291ff.; vgl. auch *Delvolvé* (Fn. 80) 643; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 352.

[88] *Linotte et al.* (Fn. 80) 229ff.

[89] *Linotte et al.* (Fn. 80) 229; vgl. auch *Delvolvé* (Fn. 80) 650 u. *Auby/Auby* (Fn. 87) 289ff.

[90] Zum Begriff der entreprises publiques: *Delvolvé* (Fn. 80) 631ff. und 645ff.; *Linotte et al.* (Fn. 80) 219; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 340; *Knemeyer* (Fn. 80) 129f.

[91] Zur Schwierigkeit der Abgrenzung *Delvolvé* (Fn. 80) 640: Der industrielle und kommerzielle Charakter zeigt sich sowohl in der Aktivität als auch in der Organisation. Damit eine entreprise publique gegeben ist, müssen beide Elemente vorliegen. Diese Dualität des industriellen und kommerziellen Charakters bringt Schwierigkeiten in Bezug auf jene Organisationsformen mit sich, die doppelter Natur sind, also industrielle und kommerzielle wie auch administrative Aufgaben erfüllen oder als industriell und kommerziell qualifiziert sind und teilweise administrative Aufgaben ausüben. Man kann diese daher nicht umfassend als entreprises publiques bezeichnen, vgl. *Braibant/Stirn* Le droit administratif francais, 1999, 118ff. und *Knemeyer* (Fn. 80) 133f.

[92] *Knemeyer* (Fn. 80) 133; *Delvolvé* (Fn. 80) 641ff.; *Linotte et al.* (Fn. 80) 194.

[93] *Delvolvé* (Fn. 80) 642ff.; vgl. auch *Knemeyer* (Fn. 80) 133.

[94] *Knemeyer* (Fn. 80) 132: „... insbesondere das Fehlen einer ersichtlichen Motivation für die Wahl der einen oder anderen Rechtsform hat die Unterscheidung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen ad absurdum geführt".

marktfähige, wirtschaftliche Leistungen betreffen.[95] Werden derartige services publics industriels et commerciaux auf établissements publics industriels et commerciaux übertragen,[96] bleibt die ursprünglich dem service public Konzept immanente Einheit materiell und organisatorisch verwaltungsrechtlicher Zuordnung[97] zumindest ein Stück weit erhalten; allerdings um den Preis, die an der Wiege des service public stehende Funktion dieses Begriffs als Abgrenzungskriterium zwischen Verwaltungs- und Privatrecht aufgeben zu müssen.[98] Établissements publics industriels et commerciaux unterliegen nämlich, jedenfalls was ihr außenwirksames Handeln anlangt, grundsätzlich dem Privatrecht.[99] Die historisch begründete starke Verankerung des établissement public zur Erfüllung von services publics erklärt freilich, warum auch heute noch insbesondere im Bereich der Versorgungssicherung dieser Organisationsform wesentliche Bedeutung zukommt, wie die Beispiele EDF und GDF, SNCF oder Regie autonome des transports parisiens (RATP) zeigen.[100] Träger eines service public industriel et commercial sind aber genauso sociétés d'économie mixte[101], z.B. die France Télécom[102], Air France und die Sociétés nationales de programme[103].

Die Erwerbswirtschaft ist zwar stark durch privatrechtliche Organisationsformen dominiert,[104] es gibt aber auch entreprises publiques in der Rechtsform eines établissement public industriel et commercial, die keinen service public erfüllen, z.B. die Charbonnage de France und Houillères[105].

---

[95] S. zur Abgrenzung *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 148 und 182: Die Unterscheidung geht auf die Rechtsprechung des Tribunal des conflits, TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain (Bac d'Eloka), zurück.; *Linotte et al.* (Fn. 80) 61ff.; vgl. auch *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 547ff. (565ff.); *Linotte et al.* (Fn. 80) 43ff.; *Delvolvé* (Fn. 80) 595ff.; *Sonnenberger/Autexier* (Fn. 84) 71ff. (74).

[96] Beziehungsweise dazu gegründet, *Knemeyer* (Fn. 80) 23.

[97] S. zur Entwicklung des service public Begriffes *Pielow* Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, 115ff.; weiters *Bleich* Der Einfluß von Maurice Hauriou auf die französische Rechtstheorie und Jurisprudenz, VerwArch 1998, 1 (10ff.).

[98] *Lüthje* Die Theorie des contrat administratif im französischen Verwaltungsrecht, 1964, 12 und 55ff. (60ff.); vgl. auch *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 135ff. (143ff.).

[99] *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 117 u. 160.

[100] *Chapus* (Fn. 81) 612; *Delvolvé* (Fn. 80) 675; *Linotte et al.* (Fn. 80) 219.

[101] Vgl. *Lütje* (Fn. 98) 57ff.; *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 137 und 125ff. (130).

[102] Seit dem loi n° 96–660 du 26 juillet 1996, s. *Delvolvé* (Fn. 80) 634.

[103] *Delvolvé* (Fn. 80) 651.

[104] Insbesondere die aus den Nationalisierungswellen hervorgegangenen und nicht einer Reprivatisierung zugeführten Unternehmen sind hier zu nennen.

[105] *Delvolvé* (Fn. 80) 651 und 648.

Die Steuerung der entreprises publiques erfolgt in Frankreich in starkem Ausmaß über interne Mechanismen, insbesondere durch weitgehende Organbestellungs- und Entsendungsrechte.[106] Dabei werden Repräsentationsgedanken berücksichtigt: Der Verwaltungsrat als strategisches Organ der entreprises publiques setzt sich aus Repräsentanten der Interessen des Staates, der Beschäftigten und, freilich in untergeordnetem Ausmaß, der Benutzer zusammen.[107] Umfangreiche Aufsichtsbefugnisse des Staates[108] ergänzen ein System nachhaltiger Verflechtung zwischen staatlicher Verwaltung und öffentlicher Wirtschaft. Der Versuch eines Konzeptes der Steuerung von Unternehmen durch mehrjährige strategische Planungsverträge[109] zwischen Staat und entreprises publiques sollte, so auch ausdrücklich die Klauseln der Verträge, eine Zurückdrängung staatlicher Einflußnahme mit sich bringen, hat aber nach allgemeiner Auffassung eher zu keiner Entflechtung geführt. Heute bestehende „contrats d'entreprises" sind demzufolge mehr Steuerungsinstrument als Mittel, sonstige staatliche Einflußnahmen hintanzuhalten. Bemerkenswert ist, daß die starken staatlichen Ingerenzmöglichkeiten bis in die Details der Unternehmensgestion hinein nicht nur dann gegeben sind, wenn die Unternehmen Aufgaben eines service public wahrnehmen, sondern grundsätzlich auch bei erwerbswirtschaftlich orientierten entreprises publiques.

Den weitgehenden Einflußmöglichkeiten korrespondiert freilich – hier schlägt eine Grundstruktur des service public durch, die freilich auch in den erwerbswirtschaftlichen Bereich hinübergezogen wird – eine weitgehende staatliche Verantwortung, insbesondere in finanzieller Hinsicht. Strukturbeihilfen für entreprises publiques in enormer Höhe haben Gnade vor der Beihilfenaufsicht der Europäischen Kommission gefunden.[110]

---

[106] *Linotte et al.* (Fn. 80) 218ff.; vgl. auch *Delvolvé* (Fn. 80) 671ff.

[107] Das gilt für établissements publics industriels et commerciaux ebenso wie für privatrechtliche societé d' économie mixte, s. das Gesetz vom 26. Juli 1983 über die Demokratisierung des öffentlichen Sektors; vgl. *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 121.

[108] Die staatliche Aufsicht unterscheidet dabei zwischen Fach- und Finanzaufsicht. Kontrollinstrumente sind dabei nicht nur Berichtspflichten und Nachschaurechte, sondern auch Genehmigungsvorbehalte und konsultative Teilnahme von Staatsvertretern an Sitzungen von Unternehmensorganen; vgl. dazu *Delvolvé* (Fn. 80) 671ff. und 731ff.; *Linotte et al.* (Fn. 80) 218ff.

[109] *Delvolvé* (Fn. 80) 743ff.; vgl. auch *Chapus* (Fn. 81) 415f.; *Linotte et al.* (Fn. 80) 260f.

[110] So z.B. eine Beihilfe in der Höhe von 20 Mrd. FF an die Air France (Entscheidung der Kommission 94/635/EG); s. auch Entscheidung der Kommission 98/490/EG zur Crédit Lyonnais; vgl. *Linotte et al.* (Fn. 80) 250f.

Die materielle Steuerung der Tätigkeit der entreprises publiques hängt entscheidend davon ab, ob sie einen service public industriel et commercial erfüllen. Zählt sie in diesem Sinne das französische Recht zur Versorgungssicherung, dann unterliegen sie – ob établissement public oder société privée – den vom Conseil d'État verwaltungsrechtlich entwickelten und nach der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel auch verfassungsrechtlich verankerten Grundprinzipien des service public, dem Kontinuitäts-, Gleichbehandlungs- und Anpassungsprinzip.[111] Das Prinzip der Kontinuität oder Dauerhaftigkeit[112] ist sichtbarster Ausdruck der staatlichen Erfüllungsverantwortung; das Gleichbehandlungsprinzip wird als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes verstanden;[113] der Grundsatz der adaptabilité[114] sichert die Elastizität des Leistungsinhalts, der wechselnden tatsächlichen Notwendigkeiten angepaßt wird und damit zur Flexibilität sowohl von Quantitäts- wie Qualitätsstandards führt.

Organisatorisch, nämlich an der Eigenschaft als établissement public oder société, knüpft der Grundsatz der Spezialität[115] an: Er verbietet an sich diesen Einrichtungen, über ihren rechtlich festgelegten Aufgabenbereich hinaus tätig zu werden. Allerdings läßt die Rechtsprechung technisch oder wirtschaftlich „normale Ergänzungen" zur Haupttätigkeit zu, so weit diese angelagerten Tätigkeiten „im Allgemeininteresse (liegen) und einen unmittelbaren Nutzen für das établissement public" mit sich bringen.[116] Daher ist grundsätzlich die Gründung von Tochter-

---

[111] *Linotte et al.* (Fn. 80) 71 ff.; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 583 ff.; *Mescheriakoff* Droit des services publics, 1997, 143 ff.; *Pielow* (Fn. 97) 129 f.; vgl. auch *Stirn* Les sources constitutionnelles du droit administratif, 1999, 134 ff.

[112] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 580 f.: Das Prinzip der Kontinuität sieht das reguläre Funktionieren ohne andere Unterbrechungen vor als jene, die in der geltenden réglementation vorgesehen sind, kann aber nicht mit ewiger Fortdauer gleichgesetzt werden.

[113] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 581 f.; *Mescheriakoff* (Fn. 111) 156 ff.

[114] *Mescheriakoff* (Fn. 111) 184 ff.; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 583 ff.

[115] *Linotte et al.* (Fn. 80) 235 (Übersetzung M. H.): „Die Anwendung dieses Prinzips betrifft traditionell die entreprises publiques in der Form der établissements publics ... Aber dieses Prinzip hat einen viel weiteren Gehalt. Die sociétés wie jede juristische Person, die nicht Staat ist, unterliegen ihm. Daher sind ihm alle entreprises publiques unterworfen."; vgl. auch *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 358 (Übersetzung M. H.): „Dieses Prinzip regiert über die Aktivität jeder juristischen Person des öffentlichen oder des privaten Rechts unter der notwendigen Ausnahme des Staates (s. zu diesem Punkt CE 29 avril 1970, Soc. Unipain, p. 280, AJ 1970, p. 430, concl. G. Braibant, RDP 1970, p. 1423, note M. Waline)."; s. auch allgemein *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 57, 97 und 114.

[116] *Pielow* (Fn. 97) 264 f.; *Delvolvé* (Fn. 80) 1998, 121: In einem avis vom 7. Juli 1994 hat der Conseil d'État festgehalten (Übersetzung M. H.): „Das Prinzip der Spezialität ... steht nicht im Widerspruch dazu, daß ein établissement public, vor allem wenn es einen

unternehmen, die Beteiligung an einschlägigen Unternehmen im Ausland und damit die Bildung staatlicher Konzerne möglich.[117] Die EDF darf demzufolge in den Bereich der Abfallbehandlung, nicht aber ohne entsprechenden staatlichen Beschluß in den Telekommunikationsbereich diversifizieren.[118] Die Beteiligung an privaten Unternehmen ist aber verfassungsrechtlich wegen des damit verbundenen Transfers von Eigentum des öffentlichen auf den privaten Sektor an eine gesetzliche Grundlage gebunden.[119]

Die Organisationsform spielt auch eine Rolle, wenn es um die Organisationskompetenz geht: Verfassungsrechtlich vorgegeben ist, daß die Schaffung „neuer Kategorien" von établissements publics, wobei die Abgrenzung an Hand typologischer Kriterien erfolgt, jedenfalls einer gesetzlichen Grundlage bedarf, was vor allem Begrenzungswirkung auf regionaler und lokaler Ebene entfaltet.[120]

Wenn auch grundsätzlich von der Rechtsprechung, insbesondere dann, wenn auf Grund von Monopolrechten mit der Begründung von services publics industriels et commerciaux grundrechtliche Implikationen verbunden sind, ein Vorbehalt der Festlegung von „principes fon-

---

industriellen und kommerziellen Charakter hat, unter zwei Bedingungen andere Aktivitäten ausübt: Wenn es sich auf der einen Seite um Annexaktivitäten handelt, die technisch und wirtschaftlich die normale Ergänzung ihrer grundsätzlichen statuarischen Aufgabe und auf der anderen Seite diese Aktivitäten von generellem Interesse und unmittelbar für das établissement public nützlich sind ..."; vgl. dazu auch *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 115; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 358ff. und *Linotte et al.* (Fn. 80) 235ff.

[117] S. dazu *Linotte et al.* (Fn. 80) 235ff.; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 358ff.; *Delvolvé* (Fn. 80) 121. So kommt im rapport d'ensemble (1964) de la Commission de vérification des comptes des entreprises publiques zum Ausdruck, daß das Prinzip der Spezialität trotz größerem Spielraum im Bereich des wirtschaftlichen Handelns (im Gegensatz zu den collectivités oder den établissements publiques administratifs) nicht weniger zu beachten ist. „Es ist essentiell, daß die Beteiligungen immer in Bezug zu den Aktivitäten stehen müssen für die die entreprise publique gegründet wurde." In die selbe Richtung geht das ministerielle Schreiben hinsichtlich der contrats de programme der EDF für die Jahre 1971–1975. In diesem kommt zum Ausdruck, daß die Regierung keine Bedenken gegen Beteiligungen oder neue Aktivitäten des établissements hat, die der Ausübung der grundsätzlichen Aktivität und der kommerziellen Förderung dient. Jedoch verlangt die Regierung „sich nicht in einem Bereich zu engagieren ... im Sinne einer Politik der Diversifizierung in Richtung einer Aktivität ohne Bezug zu seiner Aufgabe.", *Chapus* (Fn. 81) 361.

[118] *Pielow* (Fn. 97) 265f.

[119] *Delvolvé* (Fn. 80) 751.

[120] *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 120f.; *Knemeyer* (Fn. 80) 105ff.; *Linotte et al.* (Fn. 80) 182: Bei der Unterscheidung zwischen établissement public administratif und établissement industriel et commercial handelt es sich nicht um eine Differenzierung i.S.d. Art 34 der französischen Verfassung aus dem Jahre 1958.

damentaux" dieses service durch Parlamentsgesetz postuliert wird,[121] kann dennoch die Exekutive auf Grund bereits bestehender Regelungen weitreichend, und zwar auch gesetzesergänzend bzw. gesetzesändernd, selbständig tätig werden.[122]

Für die Privatisierung[123] bestehender entreprises publiques, ungeachtet, ob sie auf gesetzlicher oder exekutiver Grundlage errichtet worden sind, verlangt die Verfassung jedenfalls eine gesetzliche Grundlage.[124] Verfassungsrechtliche Pflichtaufgaben in Form so genannter services publics constitutionnels hat der Conseil Constitutionnel zwar grundsätzlich anerkannt, dies aber wohl auf den weiten Begriff des service public bezogen. Im Zusammenhang mit den services publics industriels et commerciaux zeigt sich, daß die Rechtsprechung in der Folge dem Gesetzgeber weitgehende Freiheit eingeräumt hat. Die Lehre begründet dies unter anderem – etwa durch Differenzierung zwischen services publics constitutionnels „erster" und „zweiter" Ordnung[125] – auch mit Abstufungen zwischen einer Verpflichtung zur eigenen staatlichen Aufgabenerfüllung und staatlicher Gewährleistungsverantwortung.

Eine ausdrückliche Privatisierungssperre enthält die Verfassung allerdings für so genannte services publics nationaux[126]. Die praktische Wirkung dieser ursprünglich als Verstaatlichungsgebot erlassenen Verfassungsnorm aus dem Jahr 1946 ist allerdings insoweit gering, als die Rechtsprechung faktische Entwicklungen jeweils verfassungsrechtlich sanktioniert hat:[127] So wurde die Verfassungsmäßigkeit der Liberalisie-

---

[121] Die nähere Ausgestaltung – sowohl inhaltlich wie organisatorisch – ist jedenfalls der Exekutive, also in der Regel auf nationaler Ebene dem Premierminister bzw. dem Ministerrat vorbehalten.

[122] *Pielow* (Fn. 97) 200f.

[123] S. zum Begriff der Privatisierung in Frankreich *Delvolvé* (Fn. 80) 748ff.

[124] *Delvolvé* (Fn. 80) 750ff.; Art 34 der französischen Verfassung von 1958 bestimmt, daß die Übertragung des Eigentums an entreprises des öffentlichen Sektors auf den privaten Sektor durch Gesetz zu regeln ist; vgl. auch *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 347ff.

[125] *Pielow* (Fn. 97) 208.

[126] Bzw. so genannte monopoles de fait. Ein Verbot der Privatisierung ist aus der 9. alinéa der Präambel der Verfassung 1946 abzuleiten. Nach dieser muß jedes Vermögen und jedes Unternehmen, dessen Betrieb den Charakter eines nationalen service public oder eines faktischen Monopols trägt oder erhält, in das Eigentum der Gemeinschaft überführt werden. Bis jetzt ist aber noch keine entreprise, die mittels Gesetz privatisiert worden ist, unter dieses Verbot gefallen. S. dazu *Delvolvé* (Fn. 80) 750ff. und 180ff.; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 347ff.

[127] Der Conseil Constitutionnel unterscheidet dabei zwischen entreprises publiques, deren Betrieb den Charakter eines service public national im Sinne der Verfassung hat, und jenen Unternehmen, die einen service public betreiben, dessen Existenz und Funktionieren von der Verfassung verlangt wird, s. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 348.

rung im Telekommunikationssektor einschließlich der Umwandlung des ehemaligen établissement public France Télécom in eine société d'économie mixte damit begründet, daß die bloße Organisationsprivatisierung mit der Ermöglichung privater Minderheitsbeteiligungen den Charakter von France Télécom als service public national nicht verändere.[128] Die wesentliche, in der Rechtsprechung auch explizit gemachte verfassungsrechtliche Bedeutung liegt damit eher in der zwingenden Aufrechterhaltung der materiellen Grundprinzipien des service public denn in Organisationsschranken. Über die Kontrolle dieser materiellen Grundprinzipien sichert sich der Conseil Constitutionnel aber auch ein Mitspracherecht bei der zukünftigen Ausgestaltung insbesondere der Versorgungswirtschaft. Organisatorisch relevant ist freilich, daß der Conseil Constitutionnel in der erwähnten Entscheidung der staatlichen Mehrheitsbeteiligung an France Télécom eine gewisse verfassungsrechtliche Bedeutung zugeschrieben hat.[129] Daß demgegenüber die Erwerbswirtschaft weitgehend keinen Privatisierungsschranken unterliegt, hat der Conseil Constitutionnel in Bezug auf mehrere Privatisierungsvorgänge betont.[130]

Regulierungen des Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor bewältigt das französische Wettbewerbsrecht weniger über wettbewerbsrechtliche Konkurrentenklagen als verwaltungsrechtlich über grundrechtlich begründete und wettbewerbsrechtlich konkretisierte Schranken für den Staat, bestimmte Aufgaben als service public auszugestalten und damit zumindest ein Stück weit dem Wettbewerb zu entziehen.[131] Dabei ist diese Aufgabe einer wettbewerbsrechtlichen Vorabkontrolle der Einrichtung eines service public nach einigem Zuständigkeitsstreit den Verwaltungsgerichten überantwortet.[132]

3. Großbritannien

a) Empirischer Befund

Großbritannien steht geradezu synonym für eine weitgehende Privatisierung der öffentlichen Wirtschaft und eine Reduktion des Staates auf seine Kernkompetenz der Marktregulierung.[133] Von der ehemals be-

---

[128] Vgl. *Delvolvé* (Fn. 80) 752; Entscheidung des CC n° 96-380 DC du 23 juillet 1996.

[129] S. auch *Delvolvé* (Fn. 80) 752.

[130] Vgl. *Delvolvé* (Fn. 80) 747ff. u. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 343ff.

[131] *Pielow* (Fn. 97) 240ff.; vgl. *Delvolvé* (Fn. 80) 105ff.; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 293ff.; *Linotte et al.* (Fn. 80) 129ff. und *Hübner/Constantinesco* (Fn. 82) 81.

[132] *Pielow* (Fn. 97) 245ff.

[133] Für eine vergleichende Studie insbesondere im Hinblick auf die Privatisierungsprozesse in Großbritannien und Frankreich s. *Graham/Prosser* Privatizing Public

achtlichen staatlichen Erwerbswirtschaft, Jaguar, Rolls Royce oder Amersham International an der Spitze,[134] ist gerade noch British Nuclear Fuels Plc übergeblieben, jenes Unternehmen, das die älteren – die jüngeren wurden privatisiert – britischen Atomanlagen betreibt.[135] Die Versorgungswirtschaft in den Infrastrukturbereichen Telekommunikation, Energie, Wasser und Verkehr ist privatisiert.[136] Gerade einmal das Post Office ist als letztes Relikt der Nationalised Industries im Bereich der Versorgungssicherung übriggeblieben.[137]

Enterprises. Constitutions, the State, and Regulation in Comparative Perspective², 1992, insb. 71 ff.

[134] Als weitere Beispiele für ehemals im Erwerbswirtschaftssektor tätige öffentliche Unternehmen können etwa noch Rover, British Petroleum, Britoil, British Steel oder British Sugar angeführt werden. Ausführlicher zu diesen Unternehmen und zu deren im wesentlichen in den Achtzigerjahren erfolgten Privatisierung *Foster* Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly, 1992, 102 ff.; *Graham/Prosser* (Fn. 133) 71 ff.

[135] Vgl. *Prosser* Law and the Regulators, 1997, 150.

[136] In der Ära Thatcher (1979–1990) wurde in GB – vor dem Hintergrund einer im wesentlichen neo-liberalen Wirtschaftstrategie – ein breit angelegtes Privatisierungsprogramm, welches insb. auch die öffentlichen Versorgungsdienstleistungsunternehmen erfaßte, eingeleitet: Bereits 1984 erfolgte durch den Telecommunications Act 1984 die Liberalisierung und Privatisierung des Telekommunikationsbereichs. In weiterer Folge wurden dann auf der Grundlage des Gas Act 1986 British Gas veräußert und 1989 unter dem Water Act 1989 und Electricity Act 1989 die Bereiche der Wasser- und Stromversorgung privatisiert. Mit dem Railways Act 1993 erfolgte schließlich auch die Überführung des Eisenbahnwesens aus dem öffentlichen in den privaten Sektor. Zum Privatisierungsprogramm in Großbritannien *Foster* (Fn. 134) 102 ff.; *Graham/Prosser* (Fn. 133) 71 ff.; *Her Majesty's Treasury* Information on Privatisation in the UK, February 1998.

[137] Auch bezüglich des Post Office wird aber bereits seit einigen Jahren eine Privatisierungsdebatte geführt (näher *Heuermann/Schnöring* Die Reorganisation der britischen Post. Ansätze zu einem Vergleich mit der Deutschen Bundespost, 1985, 12 ff.). Vorschläge zur Privatisierung des Post Office wurden allerdings 1995 durch das sog. Trade and Industry Committee abgelehnt und statt dessen vorgeschlagen, das Post Office in eine zu 100 % im öffentlichen Eigentum verbleibende Aktiengesellschaft umzuwandeln. Vgl. HC 170 (1994–1995) (zitiert nach *Bradley/Ewing* Constitutional and Administrative Law¹², 1997, 344). Näheres zu den Reformvorschlägen in: White Paper on Post Office Reform 1999 und Postal Service Bill 2000. In der Zwischenzeit sind diese Reformvorschläge durch den Postal Services Act 2000, der in sec. 62 ff. eine Reorganisation des Post Office vorsieht, in Kraft getreten. Demnach soll durch eine Order des Secretary of State das Post Office in eine Gesellschaft nach dem Companies Act 1985 umgewandelt werden. Auf Grundlage dieser Bestimmungen ist das Post Office am 26. 03. 2001 unter dem neuen Namen Consignia in eine Aktiengesellschaft (plc.), die zu 100 % im staatlichen Eigentum verbleibt, umgewandelt worden. Der Postal Services Act 2000 sieht jedoch auch, dies allerdings nur nach einer Resolution der beiden „House of Parliament" (vgl. sec. 67), die Möglichkeit der Veräußerung von Aktien an Dritte vor.

Das Bild differenziert sich freilich etwas, wenn nicht nur die ehemals Nationalised Industries[138], sondern insgesamt die zahlreichen ausgegliederten Verwaltungsrechtsträger[139] in den Blick genommen werden. Dann zeigt sich nämlich, daß neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk[140] auch sonst noch eine Reihe von öffentlich-rechtlichen Organisationsformen zur Versorgungssicherung insbesondere im Kultur-[141] einschließlich des Erholungs- und Sportbereichs[142] sowie im Nahverkehrssektor[143] tätig werden. Weiters finden sich eine Reihe ausgegliederter Rechtsträger, die vor allem Zwecken der Bedarfsdeckung durch Beratungs- und Sachverständigentätigkeit[144] sowie Erhaltung und Ver-

---

[138] In der englischen Literatur werden unter dem Begriff Nationalised Industries grundsätzlich nur jene öffentlichen Unternehmen, die in traditionellen Kernindustriezweigen tätig sind, nicht jedoch die anderen staatlichen Organisationen, die in erster Linie soziale Aufgaben erbringen, erfaßt.

[139] Zu diesen ausgegliederten Verwaltungsrechtsträgern, die neben den Nationalised Industries wirtschaftlich tätig werden, zählen die Public Corporations, die Executive Non-Departmental Public Bodies und die Executive Agencies.

[140] Die British Broadcasting Corporation (BBC) ist die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt in Großbritannien. Sie betreibt zwei Fernsehkanäle, fünf Radiosender, darüber hinaus auch noch Radiosender für Nordirland, Schottland und Wales, sowie achtunddreißig lokale Radiostationen und Nachrichtensender, wie BBC News 24 und BBC Online. (Nähere Informationen unter www.bbc.co.uk). Daneben bieten auch Channel Four Television Corporation und Siamel Pedwar Cymru – letztgenannte ausschließlich für Wales – Rundfunk im Allgemeininteresse an. (Nähere Informationen unter www.channel4.com bzw. www.s4c.co.uk).

[141] So sind z.B. diverse Museen und Gallerien, wie etwa das British Museum, das Museum of London, die National Gallery oder die Tate Gallery als sogenannte Executive Non-Departmental Public Bodies eingerichtet. Eine Aufzählung solcher Einrichtungen findet man bei *Cabinet Office* Executive Non-Departmental Public Bodies 1999 Report, 36ff.

[142] So hat etwa Sport England – eine Executive Non-Departmental Public Body – die sportliche Betätigung der Engländer zu fördern, die dafür erforderlichen Infrastrukturen, wie z.B. Sportplätze zu errichten, Sportveranstaltungen zu organisieren u.v.m. (Nähere Informationen unter www.english.sports.gov.uk).

[143] Transport for London ist, nachdem London Transport – ehemals eine Nationalised Industry in der Rechtsform einer Public Corporation – durch den Greater London Authority Act 1999 aufgelöst wurde, als Executive Body auf regionaler Ebene eingerichtet worden. Mittlerweile sind viele der ehemals durch London Transport in staatlicher Eigenleistung erbrachten Verkehrsdienstleistungen, wie London Buses, Dial-a-Ride, Victoria Coach Station und London River Service, privatisiert worden. Transport for London ist somit nur mehr für einige wenige Aufgabenbereiche, wie etwa Croydon Tramlink, Travel Information Center, London Transport Museum, Lost Property und London Underground zuständig. Nähere Informationen unter www.londontransport.co.uk.

[144] Dazu gehören etwa English Nature, eine Executive Non-Departmental Public Body, die für die Förderung und Erhaltung des Wild- und Naturbestandes in Großbri-

waltung von Liegenschaften[145] einschließlich Wasserwegen[146] dienen. Nur der Erwerbswirtschaftssektor bleibt auch bei einem zweiten Blick begrenzt, als Public Corporation wird etwa der New Covent Garden Market[147] betrieben.

b) Rechtliche Ausgestaltung

Von den Organisationsformen her spielt somit das privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen in Großbritannien keine Rolle mehr, von Bedeutung sind aber nach wie vor öffentlich-rechtliche Organisationsformen, und zwar die Executive Agencies, die Public Corporations und die Executive Non-Departmental Public Bodies,[148] die so genannten Quangos.[149]

Executive Agencies sind im Zuge der weitgehenden Umsetzung von Gedanken des New Public Management insbesondere durch die sogenannte „Next Steps Initiative"[150] geschaffene Ausgliederungen, die vor

---

tannien zuständig ist und der Regierung gegenüber beratende Funktionen hat, sowie die diversen Research Councils, die im Allgemeinen Forschungen in verschiedenen Gebieten unterstützen und fördern, ihre Labors zur Verfügung stellen, Kurse anbieten und Stipendien vergeben. Für nähere Informationen zu English Nature s. *Cabinet Office* (Fn. 141) 83, und zu den Research Councils *Cabinet Office* (Fn. 141) 129, 131–139.

[145] Hierfür werden auf der Grundlage des Housing Act 1988 sog. Housing Action Trusts – jeweils nur für die Dauer eines bestimmten Projekts eingerichtete Organisationen – geschaffen. Derzeit gibt es fünf solcher Housing Action Trusts: Castle Vale, Liverpool, Stonebridge, Tower Hamlets und Waltham Forest. S. *Cabinet Office* Public Bodies 1999 (abrufbar unter www.cabinet-office.gov.uk/quango) 92ff.

[146] British Waterways Board, eine Public Corporation, ist für die Verwaltung und den Betrieb inländischer Wasserwegsysteme zuständig. Nähere Informationen unter www.britishwaterways.co.uk.

[147] Vgl. *Cabinet Office* (Fn. 145) 90.

[148] Diese Einrichtungen gehören – mit Ausnahme der Executive Agencies – zu der großen Gruppe der sog. Public Bodies. 1999 wurden in statistischen Informationen des Cabinet Office alleine auf zentraler Ebene über 1500 derartiger Public Bodies, denen die unterschiedlichsten staatlichen Funktionen zukommen, angeführt. Vgl. *Cabinet Office* (Fn. 145). Ausführlicher zu den Public Bodies *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 326ff.; *De Smith/Brazier* Constitutional and Administrative Law[8], 1998, 186ff.

[149] Quangos steht für „quasi non-governmental organisations" und ist ein inoffizieller, in der englischen Literatur entwickelter Begriff, mit dem die verschiedensten Organisationen, die irgendwo zwischen den Ministerien und der „privaten Gesellschaft" stehen, definiert werden sollen. Näher zum Begriff Quangos *Barker* Governmental bodies and the networks of mutual accountability in: ders (Hrsg.), Quangos in Britain, 1982, 3ff.

[150] Ein von *Sir Robin Ibbs* unter dem Titel „Improving Management in Government: The Next Steps", HMSO, 1988 (zitiert nach *Bradley/Ewing* [Fn. 137] 306) verfaßter Bericht hat zu weitreichenden Überprüfungen und einer Neuorganisation des Verwaltungsdienstes geführt. Hinter der Next Steps Initiative steht die Idee der Institutionali-

allem Service Delivery Funktionen, also Bedarfsdeckungsaufgaben erfüllen.[151] Als Public Corporation auf gesetzlicher Grundlage bestand bislang das Post Office[152], die BBC ist wohl das berühmteste Beispiel für eine auf Grund einer Royal Charter errichtete Public Corporation.[153] Das früher insbesondere in der Versorgungswirtschaft in England oft eingesetzte Konzept der Public Corporation beruht vor allem auf dem sogenannten Board-System: dem aus Voll- und Teilzeitmitgliedern zusammengesetzten „Board" kommt umfassende Leitungsbefugnis, also in etwa Aufgaben des Vorstandes und des Aufsichtsrates in einem, zu.[154] Die Public Corporation wird dabei als Public Trust betrachtet, dessen rechtlicher Eigentümer eben deren Board ist.[155] Kennzeichen der Executive Non-Departmental Public Bodies ist zunächst, daß sie vielfach sowohl regulativ-administrativ, als auch wirtschaftlich, dabei vor allem

---

sierung einer theoretisch bedeutsamen, in der Praxis jedoch kaum faßbaren Unterscheidung zwischen den politischen und administrativen Funktionen der Regierung. Letztgenannte Funktionen sollen Schritt für Schritt an die zu errichtenden Executive Agencies übertragen werden. Zur Next Steps Initiative *Drewry* Revolution in Whitehall: The Next Steps and Beyond in: Jowell/Oliver, The Changing Constitution[3], 1994, 155ff.; *Baldwin* Rules and Government, 1995, 30f. Zu den Auswirkungen der Next Steps Initiative *Lewis* Reviewing Change in Government: New Public Management and Next Steps, Public Law 1994, 105ff.

[151] Als Beispiele für solche Executive Agencies können das Vehicle Inspectorate, die Government Property Lawyers, das Measures Laboratory, das Prisons Service oder die Royal Parks genannt werden. Näher zu den Executive Agencies *Wade/Forsyth* Administrative Law[8], 2000, 48f.; *De Smith/Brazier* (Fn. 148) 208.

[152] Das Post Office, das ehemals als mit Beamten besetzte Staatsverwaltung für das Post und Fernmeldewesen geführt wurde, wurde mit dem Post Office Act 1969 in ein öffentliches Unternehmen umgewandelt. Mit dem British Telecommunications Act 1981 wurde das Post Office in zwei selbständige Unternehmen aufgespalten, die Fernmelde- und Datendienste dabei der British Telecom übertragen, während die Post und Girodienste beim Post Office verblieben. Vgl. *Heuermann/Schnöring* (Fn. 137) 6, 11. Auf Grundlage des Postal Services Act 2000 wurde das Post Office nunmehr in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und in „Consignia" umbenannt (vgl. Fn. 137).

[153] Diese im Jahr 1926 erstmals verliehene Royal Charter wurde 1996 für weitere zehn Jahre erneuert. Vgl. *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 579; *Holznagel* Rundfunkrecht in Europa 1996, 68f.

[154] Ausführlicher zu diesem nach dem Morrison'schen Konzept entwickelten Board-System und zu diesem Konzept insgesamt *Foster* (Fn. 134) 76ff.; *Ogus* Regulation. Legal Form and Economic Theory, 1994, 273. Konkret für das Post Office *Heuermann/Schnöring* (Fn. 137) 6f. Die dem kontinentaleuropäischen Modell bekannten repräsentativen Strukturen, durch die verschiedenste soziale Interessen innerhalb eines öffentlichen Unternehmens vertreten werden, wurden nach dem Morrison'schen Konzept abgelehnt. Dazu *Graham/Prosser* (Fn. 133) 9.

[155] Vgl. *Foster* (Fn. 134) 77.

im Bereich der Versorgungssicherung tätig werden.[156] National und Tate Gallery,[157] die British Tourist Authority[158] oder Transport for London[159] sind Beispiele. Sie beruhen zumeist auf Gesetz,[160] können aber auch mittels königlicher Verleihungsurkunde[161] begründet werden. Trotz einer enormen Vielfalt an Einzelregelungen läßt sich sagen, daß auch diese Bodies zumeist nach dem Board-System eingerichtet sind.[162]

Staatliche Aufsicht und Kontrolle über die genannten Organisationsformen setzen in Großbritannien weitestgehend die Devise „Steuern statt Rudern"[163] um. Nach dem ursprünglich für die Public Corporations entwickelten „at arm's length" Prinzip wird zwischen Management und Policy, also zwischen exekutiver Unternehmensführung und langfristiger strategischer Lenkung unterschieden.[164] Die exekutive Unternehmensführung ist dabei Aufgabe der Boards der Public Bodies bzw. der Chief Executives der Agencies, deren Ernennung durch die staatliche Verwaltungsspitze erfolgt.[165] Zu den Mitteln staatlicher Lenkung der Public Bodies zählen insbesondere die Festsetzung von auf die Qua-

---

[156] Vgl. *Cabinet Office* (Fn. 145) viii.

[157] S. Fn. 141.

[158] Die British Tourist Authority ist in erster Linie für die Förderung Großbritanniens als Tourismusdestination verantwortlich. Darüber hinaus erwirtschaftet sie selbst Einkünfte aus dem Fremdenverkehrssektor und bietet der Regierung und Dritten Beratung in Angelegenheiten des Fremdenverkehrswesens an. Vgl. *Cabinet Office* (Fn. 141) 44.

[159] Vgl Fn. 143.

[160] National und Tate Gallery etwa wurden durch den Museum and Galleries Act 1992 eingerichtet. Transport for London beruht auf dem Greater London Authority Act 1999.

[161] Dies ist etwa bei den Research Councils (s. Fn. 144) der Fall. Dazu *Barker* in: ders. (Fn. 149) 3, 7.

[162] Vom Cabinet Office veröffentlichte Leitlinien, die sich in erster Linie an die Executive Non-Departmental Public Bodies richten, gehen grundsätzlich davon aus, daß sich diese Einrichtungen aus einem Board und dessen Personal zusammensetzen. Vgl. *Cabinet Office* Guidance on Codes of Practice for Board Members of Public Bodies, January 1997; abrufbar unter www.official-documents.co.uk.

[163] Vgl. *Osborne/Gaebler* Reinventing Government, 1997.

[164] Durch diese organisatorische Trennung von Unternehmensführung und Kontrolle der Unternehmensführung – die einen zentralen Punkt des Morrison'schen Konzepts bildete – sollte eine effiziente Ablauforganisation erreicht werden. Näher dazu *Foster* (Fn. 134) 77.

[165] D.h. auf zentraler Ebene durch den jeweils zuständigen Minister und auf lokaler Ebene durch dasjenige Organ, das im jeweils einschlägigen Gesetz dazu ermächtigt wird. S. dazu *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 326. So werden die Mitglieder des Transport for London, einer auf lokaler Ebene eingerichteten Executive Body, durch den Mayor (Bürgermeister) von London ernannt. Dies ist im konkreten Fall in der für Transport for London festgelegten Standing Order No. 1, Decision Making Structure and Proceedings, 2000, Punkt 3 (abrufbar unter www.londontransport.co.uk) geregelt.

lität der Dienste und die Produktivität des Unternehmens bezogenen Leistungsindikatoren[166] sowie von den Boards auszuarbeitende und vom zuständigen Minister bzw. der zuständigen kommunalen Verwaltungsspitze zu genehmigende Unternehmenspläne.[167] Staatliche Steuerung der Executive Agencies erfolgt hingegen primär über die Festsetzung so genannter Framework Documents.[168] Staatliche Lenkung der Unternehmen nach dem „at arm's length" Prinzip bedeutet allerdings nicht, daß die rechtliche Kompetenz, auch in „day-to-day" Angelegenheiten in die Tätigkeit der Agencies oder der Public Bodies hinein zu intervenieren, beseitigt wäre.[169] Manche Gesetze wie der Greater London

---

[166] Diese Form der Kontrolle des öffentlichen Sektors erreichte mit der Veröffentlichung der sogenannten Citizen's Charter (1991, Cm. 1599 [zitiert nach *Ogus* (Fn. 154) 279]) ihren Höhepunkt.

[167] Vgl. *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 341 und insb. für die Executive Non-Departmental Public Bodies *Cabinet Office* (Fn. 162) Punkt 9.

[168] In diesen Framework Documents werden durch den zuständigen Minister im Wesentlichen die Aufgaben der Executive Agencies definiert und wesentliche Leistungszielsetzungen, die die finanzielle Gebarung, die Effizienz und die Dienstleistungen an den Bürger betreffen, festgelegt. Vgl. *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 306f.; *De Smith/Brazier* (Fn. 148) 208. Auf Grund der Vielfalt der Executive Agencies gibt es kein Modell eines solchen Framework Documents, jedoch werden in einer Guidance des Cabinet Office die wesentlichsten Elemente, die eine solches Dokument zu enthalten hat, aufgelistet. S. dazu *Cabinet Office* How to review agencies and non-departmental public bodies to improve the quality and effectiveness of public services, 2000, Part III, Fact Sheet 9.

[169] Für die Public Bodies s. *Wade/Forsyth* (Fn. 151) 162; für die Executive Agencies *Woodhouse* Ministerial Responsibility: Something Old, Something New, Public Law 1997, 262, 273. Diese Frage, ob und inwieweit durch die Delegierung exekutiver Unternehmensführung dem jeweils zuständigen Minister weiterhin das Recht zukommt, auch in exekutive Angelegenheiten der Public Bodies und Executive Agencies zu intervenieren, wenn es öffentliche oder parlamentarische Bedenken rechtfertigen, ist allerdings nicht unumstritten und hängt im wesentlichen zum einen mit der praktisch nicht erfaßbaren Unterscheidung von Policy und Operations und zum anderen mit der verfassungsrechtlich vorgegebenen Verantwortlichkeit des Ministers gegenüber dem Parlament zusammen. Die ministerielle Verantwortlichkeit ist ein zentrales, auf der sog. Legal Doctrine beruhendes Prinzip der britischen Verfassung und umfaßt sowohl eine politische als auch die rechtliche Verantwortlichkeit der Minister. Ausführlich dazu *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 113ff. Der Minister ist jedenfalls, auch wenn er gegenüber den Public Bodies und Agencies im Sinne des „at arm's length" - Konzepts nur eingeschränkte Steuerungsmöglichkeiten hat, jedenfalls indirekt generell für die Existenz, die Aktivitäten, die Geldmittel und die Zusammensetzung dieser Einrichtungen sowohl rechtlich als auch politisch verantwortlich. Ob und inwieweit dem Minister auch für die einzelnen Tätigkeiten der Public Bodies und Agencies eine Verantwortung zukommt, ist auf Grund der schwierigen Abgrenzung von „policy" - die grundsätzlich in den Zuständigkeits- und damit Verantwortungsbereich der Minister fallen - und „operations" - für die grundsätzlich die Boards beziehungsweise die Chief Executives der Agencies

Authority Act 1999 ermächtigen auch ausdrücklich nicht nur zu „General", sondern auch zu „Specific Directions".[170] Ob und inwieweit davon Gebrauch gemacht wird, regelt das britische Recht kaum, sondern überläßt die Frage den praktischen Usancen.[171]

Was die materiell-rechtlichen Aufgabensetzungen anlangt, so sind diese für die Public Bodies in den jeweiligen Organisationsstatuten, insbesondere den gesetzlichen Grundlagen bzw. für die Executive Agencies in den einzelnen Frameworks geregelt.[172] Zwar war ursprünglich für Public Coporations eine allgemeine Verpflichtung typisch, die Dienste an alle zu erbringen (Universalität), fair und nicht diskriminierend zu agieren und für bestimmte sozial schwache Gruppen der Bevölkerung eine besondere und im Allgemeinen nicht zu entlohnende Behandlung vorzusehen.[173] Die weit gehende Privatisierung der Versorgungswirtschaft wird aber auch damit begründet, daß hinreichend konkretisierte rechtliche Standards fehlten.[174] Für Post Office und BBC sind die Verpflichtungen heute gesetzlich[175]

---

verantwortlich sind – aber umstritten. Ausführlicher zu dieser Problematik *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 315ff.; *Woodhouse* (Fn. 169) insb. 268ff.

[170] Gemäß s 155 des Greater London Authority Act 1999 wird der Mayor (Bürgermeister) ermächtigt, guidances, general directions oder specific directions hinsichtlich der Art und Weise, wie die Public Body – Transport for London – ihre Funktionen auszuüben hat, zu erlassen.

[171] Diese Tatsache ist insbesondere bezüglich der Nationalised Industries, die auch stets wechselnden politischen Entscheidungen, die auf keinen klaren gesetzlichen Grundlage beruhten, ausgesetzt waren, kritisiert worden. Dazu insb. *Foster* (Fn. 134) 89, 94; *Graham/Prosser* (Fn. 133) 11.

[172] Während die Aufgaben für die Executive Agencies relativ genau in den Framework Documents festgelegt werden, enthalten die gesetzlichen Grundlagen für die Executive Non-Departmental Public Bodies und die Public Corporations hinsichtlich der öffentlichen Aufgabenstellung nur sehr geringe und vage Auflagen. S. dazu *Mc Gowan* Reform der öffentlichen Versorgungsdienstleistungen in Großbritannien: Die Rolle der Regulierung und deren Auswirkungen auf den Sektor der öffentlichen Dienstleistungen in: Cox (Hrsg.), Öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union. Zum Spannungsverhältnis zwischen Service Public und Wettbewerbsprinzip, 1996, 105, 117; *Graham/Prosser* (Fn. 133) 10.

[173] Vgl. *Foster* (Fn. 134) 78; *Scott* Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors, European Law Journal 2000, 310, 312: „Rolland's laws" continuity, equality and adaptability.

[174] Die damit einhergehende sowohl ineffiziente Führung als auch mangelhafte Kontrolle der Staatsbetriebe war sogar eines der wichtigsten Motive für die Initiierung des Privatisierungsprogramms. Dazu *Graham/Prosser* (Fn. 133); *Foster* (Fn. 134) 79ff.

[175] Bislang waren die Grundpflichten des Post Office in sec. 59 des Telecommunications Act 1981 niedergelegt. Mit den durch den Postal Service Act 2000 (vgl. Fn. 137) eingeführten wettbewerblichen Strukturen auf den Postmärkten nimmt das Post Office („Consignia") gem. sec. 4(b) Postal Services Act 2000 diese Verpflichtungen nunmehr als Universaldienstanbieter wahr.

bzw. in einer Vereinbarung zwischen BBC und Regierung[176] festgelegt.

Trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Konstruktion dürfte – mit Ausnahme der Executive Agencies[177] – grundsätzlich von einer Vollrechtsfähigkeit der einzelnen Organisationsformen auszugehen sein.[178] Dabei ist der Handlungsspielraum durchaus weit gezogen, auch Executive Non-Departmental Public Bodies dürfen etwa typischerweise Tochterunternehmen gründen.[179]

Alle Public Bodies unterliegen der gerichtlichen Kontrolle, was grundsätzlich auch eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle zwischen öffentlichem und privatem Sektor einschließt.[180] Allerdings gehen die Gerichte von einer weitreichenden insbesondere ökonomischen Entscheidungsprärogative der jeweiligen Einrichtungen aus.[181] Die rechtliche

---

[176] Bei den Aufgaben der BBC handelt es sich um typischerweise dem öffentlichen Rundfunk zukommende Pflichten, wie die Bereitstellung eines umfassenden Angebots an Nachrichten und Informationssendungen, die Förderung der nationalen britischen Kultur und Unterhaltung, die Schaffung von Bildungsmöglichkeiten sowie die Intensivierung der Kommunikation zwischen Großbritannien und der Welt. Näher dazu *Holznagel* (Fn. 153) 68f.; *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 579f.

[177] Bei den Executive Agencies handelt es sich hingegen um semi-autonome Organisationsformen, denen keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Vgl. *Drewry* in: Jowell/Oliver (Fn. 150) 165; *Wade/Forsyth* (Fn. 151) 48.

[178] In einem Urteil hinsichtlich des rechtlichen Status der Public Corporation heißt es: *„In the eyes of the law the corporation is its own master and is answerable as fully as any other person or corporation"* Vgl. *Tamlin vs Hannaford* [1950] 1 KB 18, 24 (Denning LJ). (zitiert nach *Bradley/Ewing* [Fn. 137] 333, Fn. 36). S. auch *Foster* (Fn. 134) 77f. Dabei ist jedoch auch gleichzeitig davon auszugehen, daß die den jeweiligen Organisationsformen zugewiesenen Aufgaben und Funktionen ihr Handeln „dürfen" begrenzen. Dazu *Wade/Forsyth* (Fn. 151) 161f. Für die Executive Non-Departmental Public Bodies s. *Cabinet Office* (Fn. 162) Punkt 32.

[179] Für die Tate und National Gallery etwa s. sec. 3 Museums and Galleries Act 1992, für Transport for London s. sec. 156/1 Greater London Authority Act 1999.

[180] Ausgehend von dem Grundsatz, daß jede Handlung der Verwaltung auf einem Gesetz beruhen muß (rule of law), werden Verwaltungshandlungen im Hinblick auf Gesetzwidrigkeit, Willkür und Verfahrensfehlern durch das Rechtsinstrument der Judicial Review einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen. Insofern unterliegen auch die Public Bodies, wenn sie etwa eine Vertragsverletzung begehen, ihre Befugnisse überschreiten, bestimmte Verfahrensvorschriften oder gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtungen nicht einhalten, generell der gerichtlichen Kontrolle. S. dazu *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 345f.; 768ff.; ausführlicher zum Judicial Review und insbesondere dessen Weiterentwicklung *Hammond* Judicial review: the continuing interplay between law and policy, Public Law 1998, 34ff.; *Craig* Competing Models of Judicial Review, Public Law 1999, 42ff.

[181] Dies hängt im wesentlichen mit den sehr unzureichenden Definitionen der Befugnisse und Kompetenzen der Boards zusammen. Vgl. etwa *Charles Roberts ltd vs British*

Durchsetzbarkeit von rechtlich festgeschriebenen Leistungsstandards aus Sicht der Konsumenten dürfte einem jüngeren Trend zu Folge möglicherweise grundsätzlich Anerkennung finden, praktisch aber jedenfalls auf Extremfälle beschränkt bleiben.[182]

B. Der Staat als Nachfrager und Leistungsbesteller – staatliche Leistungssicherung

I. Österreich

a) Empirischer Befund

Die öffentliche Auftragsvergabe ist in Österreich ihrer Konzeption nach vom Bedarfsdeckungszweck geprägt. Demgegenüber haben sich „Konzessionsmodelle"[183] bislang kaum durchgesetzt. Die durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bewirkte Ausweitung des Vergaberechts auf Dienstleistungen hat es allerdings mit sich gebracht, daß das ursprünglich in Österreich stark auf die Bauwirtschaft konzentrierte Vergaberecht in immer stärkerem Ausmaß auch in den Dienst der Versorgungssicherung treten muß.

Railways Board [1964] 3 ALL ER 651(zitiert nach *Bradley/Ewing* [Fn. 137] 345, Fn. 97). In diesem Urteil, in dem ein privates Unternehmen, das Eisenbahnwaggons herstellt, auf Feststellung klagte, daß dem Railways Board keine Befugnis zukommt, Eisenbahntankwaggons herzustellen, hielt das Gericht fest, daß es sich nicht in die bona fide Entscheidungen des Boards, daß die Herstellung derartiger Waggons ein effizienter Weg sei, seine Geschäfte innerhalb der ihm gesetzlich vorgegebenen Verpflichtungen und Befugnisse auszuüben, einmischen sollte und verweigerte somit, die ökonomischen Auswirkungen dieser Geschäfte des Boards auf die privaten Marktteilnehmer zu untersuchen.

[182] Die Gerichte waren bisher eher zurückhaltend, wenn es darum ging, Angelegenheiten der ökonomischen und sozialen Politik als justiziabel anzusehen und haben insb. hinsichtlich der Klageberechtigung Einzelner in solchen Fällen nur einen sehr vorsichtigen und teilweise widersprüchlichen Ansatz entwickelt. Seit der Entscheidung in der Sache *Bromley London BC vs Greater London Council* [1983] 1 AC 768 (zitiert nach *Ogus* [Fn. 154] 274, Fn. 59) ist allerdings eine Trendwende im Hinblick auf diese Fragen zu beobachten gewesen und man geht mittlerweile davon aus, daß diejenigen, die die Konsequenzen einer Ineffizienz eines öffentlichen Unternehmens zu tragen haben, nämlich die Steuerzahler und Konsumenten, nicht automatisch von einem Antrag auf gerichtliche Kontrolle ausgeschlossen werden können. Sie müssen aber, um eine Klageberechtigung zu erhalten, ein ausreichendes Interesse am Klagebegehren und eine offenkundige Gesetzwidrigkeit der Handlungen der öffentlichen Unternehmen nachweisen. Vgl. insb. *Ogus* (Fn. 154) 275f., 287.

[183] Vgl. die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (ABl 2000 C 121/02); Schlußanträge GA *Fennelly* vom 18.5.2000, Rs C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Rz. 19ff.; EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Rz. 58.

b) Rechtliche Ausgestaltung

Die historischen Wurzeln des Vergaberechts in bloß innenbindenden, nicht außenwirksamen Normen[184] wirken nach wie vor in der Qualifikation des eigentlichen Vergabeverfahrens als ein dem öffentlichen Recht zuzurechnendes Verfahren der staatlichen Willensbildung[185] nach.[186] Demgegenüber ist das mit dem Zuschlag begründete Vertragsverhältnis immer schon zivilrechtlich[187] gesehen worden.[188] Die – angesichts der weitreichenden gemeinschaftsrechtlichen Determinierung föderalistisch nicht sinnvolle[189] und wegen der damit verbundenen Rechtsunsicher-

---

[184] Zur historischen Entwicklung des Vergaberechts in Österreich *Wenger* Das Recht der öffentlichen Aufträge, 1977, 19ff.; zum System der Rechtsgrundlagen für die Auftragsvergabe vor der gesetzlichen Regelung des Vergaberechts *Aicher* Schlußbericht des Forschungsprojekts „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters" der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, in: Korinek/Rill (Hrsg.), Zur Reform des Vergaberechts, 1985, 195ff.; zu wirtschaftstheoretischen Aspekten des Vergaberechts *Bös* Öffentliche Aufträge in Österreich, 1968, 25ff.; zu (erwarteten) ökonomischen Effekten der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in Österreich *Bauer/Marterbauer*, Ende des Protektionismus, 1991.

[185] *Korinek* Vergaberecht in: Raschauer (Fn. 35) Rz. 702.

[186] Die Begründung, es handle sich um ein Verfahren staatlicher Willensbildung, ist allerdings angesichts außenwirksamer Rechte und Pflichten und der Einbindung privatrechtlich organisierter Auftraggeber nicht aufrecht zu erhalten. Die zivilrechtliche Rechtsprechung, die den einschlägigen gesetzlichen Regelungen des Vergabeverfahrens die Anordnung von Pflichten im vorvertraglichen Schuldverhältnis entnimmt (Nachweise der Rechtsprechung bei *Wilhelm* Bestbieters Sieg im Vergabestreit, 1999, 15ff.), hat diese Begründung ohnedies immer schon beiseitegeschoben. Das bedeutet allerdings nicht, daß das Vergabeverfahren zwingend dem Zivilrecht zuzurechnen wäre. Eine differenzierte Interessenbetrachtung, die sowohl die Bieter schützende als auch die Effizienz sichernde Funktion des Vergaberechts (zu diesen Funktionen des Vergaberechts und des Vergaberechtsschutzes *Holoubek* Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz, ZfV 1998, 592, 598f.) mit einbezieht, kann durchaus weiterhin eine Zuordnung zum öffentlichen Recht nahelegen (*Rummel* Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1, 5, spricht mit Betonung der zivilrechtlichen Aspekte von „Pflichten im vorvertraglichen Stadium, die man dem Privatrecht zuordnen kann, die aber auch stark von öffentlichen Interessen vorgeprägt sind.").

[187] S. nur *Aicher* Die Vergabekontrollkommission in ihrer Bedeutung für die österreichische Rechtsentwicklung und für die Angleichung an das Recht der EG in: Korinek/Aicher, Vergabekontrollkommission, 1991, 19.

[188] Neben den zivilrechtlichen Auftragsvertrag treten in jüngster Zeit in der Praxis etwa im Bereich der Abfallentsorgung, motiviert durch deren Ausnahme von der Dienstleistungsrichtlinie, vereinzelt Bemühungen hervor, auf zivilrechtlichem Wege „Dienstleistungskonzessionen" zu begründen.

[189] Vgl. nur die Kritik bei *Korinek* Rechtsfragen der Anwendungsbereiche der Vergabegesetze in: Rill/Griller (Fn. 4) 6, 30f.

heiten ökonomisch ineffiziente – kompetenzrechtliche Aufsplitterung[190] hat zu einem Bundesvergabegesetz[191] und neun Landesvergabegesetzen geführt.[192]

Inhaltlich ist das gesetzliche Vergaberecht zum einen durch eine, wegen des Fehlens gesetzlicher Vorgängerregelungen nicht durch Traditionen behinderte, detail- und formulierungsgetreue Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien geprägt; zum anderen ist es durch die Rezeption der einschlägigen ÖNORM A 2050[193], also eines Produkts der Selbstregulierung, gekennzeichnet. Die Verschmelzung dieser beiden Regelungskreise führt gelegentlich zu Friktionen und Brüchen, die darüber hinaus eine vereinzelt undifferenziert agierende Spruchpraxis der Vergabekontrollorgane[194] noch verstärkt.[195] Auch die Übernahme der oft stark „baulastigen" Regelungsmuster der ÖNORM A 2050 in das auch für Dienstleistungen geltende gesetzliche Regelungsregime führt in der Praxis zu Komplikationen.

---

[190] VfSlg. 15.286/1998; *Rill* Die kompetenzrechtlichen Grundlagen des Vergaberechts in: Rill/Griller (Fn. 4) 53ff., mwN. der kontroversen Auffassungen in der Literatur.

[191] Daß wegen der durch das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht vorgegebenen subjektiven Bieterrechte schon verfassungsrechtlich auf Grund des Legalitätsprinzips eine Umsetzung durch außenwirksames Gesetz geboten ist, stand in Österreich von Anfang an außer Streit, vgl. *Korinek* Probleme der Angleichung des österreichischen Rechts der Auftragsvergabe an das Recht der EG in: Gutknecht/Korinek/Holoubek, Das Vergaberecht der EG – Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich, 1991, 55ff.

[192] Aus rechtsstaatlichen Gründen verfassungsrechtlich vorgezeichnet (*Thienel* Das Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG, WBl 1993, 373, 374f.; VfGH 30.11.2000, G 110, 111/99) hat das Bundesvergabegesetz bzw. haben einige Landesgesetzgeber das Vergabeverfahren auch unterhalb der gemeinschaftlichen Schwellenwerte gesetzlich geregelt, s. *Korinek* (Fn. 185) Rz. 719 bzw. 722.

[193] Zur Entwicklungsgeschichte der ÖNORM A 2050 bis zu ihrer Fassung vom 1.1.1993 *Korinek* (Fn. 185) Rz. 704; nunmehr gilt auf Grund einer neuerlichen Überarbeitung, die eine verstärkte Annäherung der Regelungen der ÖNORM an diejenigen des BVergG und damit der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien gebracht hat, die Ausgabe vom 1.3.2000 (*Gölles* Die neue ÖNORM A 2050 vom 1. März 2000, ecolex 2000, 1993). Das BVergG inkorporiert bzw. verweist allerdings nach wie vor auf die Fassung 1.1.1993.

[194] Allgemeiner Überblick bei *Holoubek* Rechtsschutzpraxis in Vergabesachen, ecolex 1997, 200; *Fruhmann u.a,* BVergG-Kommentar², 1999.

[195] Näher *Holoubek* Grundfragen des Vergaberechtsschutzes in Österreich in: Rill/Griller (Fn. 4) 209, 218ff.; weiters etwa BVA (= Bundesvergabeamt) vom 18.8.2000, N-40/00–20 u.a. (Ausscheidungsgrund des Mitwirkens an Vorarbeiten für eine Ausschreibung) oder BVA vom 15.9.2000, N-46/00–25 (amtswegiges Aufgreifen von Widerrufsgründen).

Die vom EuGH[195a] vorgegebene Zuschlagsbekämpfung bewältigt das österreichische Vergaberecht mit der Trennung in verwaltungsrechtliche Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung als eigentlichem zivilrechtlichem Vertragsschluß, wobei die Praxis diese Lösung bis zu den einschlägigen Gesetzesänderungen[196] dogmatisch mittels einer als normativen Konfliktlösungsmechanismus eingesetzten gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation auch einer subjektiv-historisch eine Zuschlagsbekämpfung ausschließenden Rechtslage unterstellt(e).[197]

Der Vergaberechtsschutz beruht in Österreich sowohl auf einem spezifisch verwaltungsbehördlichen Vergaberechtsschutz,[198] den der VfGH auch unterhalb der Schwellenwerte für verfassungsrechtlich geboten erachtet,[199] als auch auf einer entwickelten zivilgerichtlichen Rechtsprechung, die früher den fehlenden gesetzlichen Bieterschutz über Schadensausgleichs- und Schadensvermeidungsansprüche substituiert hat[200], und auch heute noch Lücken des Vergaberechtsschutzes auffängt[201] und für die Bieter durchaus noch schutzverstärkend wirken kann.[202] Daß die zivilgerichtliche Judikatur dabei nicht geneigt ist, der verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit das Feld zu räumen, zeigt eine neuere

---

[195a] EuGH Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a., Slg. 1999 I – 7671 ff.

[196] § 53a BVergG i.d.F. BGBl I 2000/125; § 47a Wiener Landesvergabegesetz (i.d.F. LGBl 1999/30).

[197] Näher *Holoubek* Zuschlagsbekämpfung im Vergaberecht, ecolex 2000, 10.

[198] Für die Vergabekontrolle sind in Österreich sowohl spezielle als auch allgemeine, jeweils verwaltungsgerichtsähnlich organisierte Verwaltungsbehörden zuständig. Der Rechtsschutz ist damit auch sehr kostengünstig organisiert. Für einen Überblick über den verwaltungsbehördlichen Vergaberechtsschutz s. *Korinek* (Fn. 185) Rz. 743 ff.

[199] Der VfGH geht davon aus, daß bloß gerichtsförmiger Bieterschutz vor Zuschlagserteilung (anderes gilt dieser Judikatur zu Folge für Schadenersatzansprüche nach Zuschlagserteilung) nicht in gleichem Maße effizient ist wie ein vergabespezifischer verwaltungsbehördlicher Rechtsschutz (s. VfSlg. 15.106/1998, 15.204/1998, 15.321/1998; VfGH 30. 11. 2000, G 110, 111/99), und begründet dies mit rechtsstaatlichen Argumenten. Zu dieser im Hinblick auf das Verhältnis von verwaltungsbehördlichem und gerichtlichem Rechtsschutz schwierig einzuordnenden Rechtsprechung *Holoubek* (Fn. 195) 225 ff.; sowie betont kritisch *Raschauer* Anlagenrecht und Nachbarschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfV 1999, 506, 518 ff.

[200] S. *Aicher* (Fn. 187) und oben in Fn. 186.

[201] Insbesondere unterhalb der Schwellenwerte, weil dort der vergaberechtsspezifische verwaltungsbehördliche Rechtsschutz auf Bundesebene grundsätzlich und auf Landesebene weitgehend (zu den Einzelheiten *Holoubek* [Fn. 195] 211) nicht gilt; dies schließt über die Erlassung einstweiliger Verfügungen auch Provisorialrechtsschutz mit ein, OGH 28. 1. 1997, 4 Ob 2360/96d, = WBl 1997, 217.

[202] Dies gilt insbesondere für die präventive Wirkung der von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannten weitreichenden Schadenersatzansprüche; vgl auch OGH (Fn. 201): Selbstbindung eines öffentlichen Auftraggebers an die Ausschreibung.

Entscheidung, die Vergabegesetze als Schutzgesetze im wettbewerbsrechtlichen Sinn versteht und damit wettbewerbsrechtliche Konkurrentenklagen von Bietern im Vergabeverfahren zuläßt,[203] was freilich eine zu Recht kritisierte[204] Wandlung der Vergabegesetze von staatsgerichteten Schutzgesetzen zu horizontal wettbewerbsregulierenden Vorschriften mit sich bringt. Demgegenüber hat die Bundes-Vergabekontrollkommission die Trennung von Vergaberecht und Wettbewerbsrecht im Zusammenhang mit Fragen der Teilnahme öffentlicher Unternehmen an Vergabeverfahren aufrechterhalten und die Funktion der Wettbewerbsregulierung von innerstaatlichen Quersubventionen dem Wettbewerbsrecht überantwortet.[205] Der Generalanwalt und der EuGH sind dieser Auffassung mittlerweile gefolgt.[206]

Insbesondere die Spruchpraxis der Vergabekontrollorgane[207], aber auch die Judikatur der Zivilgerichte[208] und des Verfassungsgerichtshofs[209] haben bislang den Bieterschutz stark zu Lasten der inhaltlichen Steuerungskompetenz der Verwaltung betont. Insbesondere der Dienstleistungssektor ist von dieser Entwicklung besonders bedroht. Komplizierte, an Qualitätskriterien orientierte Auftragsvergaben drohen heute leicht am Dickicht der Vorschriften und an einer, die Komplexität dieser Vorschriften nur in einem mühevollen Lernprozeß bewältigenden Rechtskontrolle, zu scheitern.

---

[203] OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99v, = bbl 2000, 40; etwas modifizierend in der Folge OGH 24.10.2000, 4 Ob 232/00x, = WBl 2001, 141.

[204] *Casati* Entscheidungsanmerkung, ecolex 2000, 297f.

[205] BVKK (= Bundes-Vergabekontrollkommission), Connex 6/1998, 38.

[206] Schlußanträge Generalanwalt *Leger* vom 15.6.2000, Rs C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rz. 94, und EuGH 7.12.2000, Rs. C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rz. 32 und 38, in einem vom BVA anhängig gemachten Vorabentscheidungsverfahren.

[207] S. Fn. 194.

[208] Die Zivilgerichte gewähren Schadenersatz (Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse, s. grundlegend OGH SZ. 67/182; näher *Rummel* [Fn. 186] 11f.; zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben *Holoubek* [Fn. 186] 599ff.), anerkennen aber auch Teilnahme- und Unterlassungsansprüche, s. OGH 29.11.1989, 1 Ob 663/89, = JBl 1990, 520; OGH 22.11.1994, 4 Ob 573/94, = ecolex 1995, 328; OGH (Fn. 201), näher dazu *Holoubek* [Fn. 186] 597f.

[209] Überblick bei *Holoubek* Vergaberechtsschutz im Spiegel der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, ÖZW 1998, 75; weiters VfSlg. 15.216/1998 (Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes als Anknüpfungspunkt für vergaberechtliche Konsequenzen), VfSlg. 15.507/1999 (Bekämpfbarkeit des Widerrufs), sowie die Rechtsprechung zum äußeren Anschein der Unabhängigkeit der Nachprüfungsinstanzen (VfSlg. 15.507/1999 und VfGH vom 1.12.1999, B 2835/96) und zum Gebot vergabespezifischen Rechtsschutzes auch unter den Schwellenwerten (VfGH 30.11.2000, G 110, 111 (99).

Grundsätzlich ist das österreichische Vergaberecht von strikter Wettbewerbsneutralität geprägt. Vergabefremde Zwecke finden sich nur eingeschränkt als praktisch kaum bedeutungsvolle Zielvorgaben[210] oder als Eignungskriterien zur Sicherung der Zuverlässigkeit nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz.[211]

Abseits des eigentlichen Vergaberechts lassen sich die auf bundesgesetzlicher Ebene vorhandenen Privatisierungsvorschriften[212] so verstehen, daß sie in Entsprechung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der im Beihilfenrecht entwickelten Privatisierungsgrundsätze der Kommission,[213] entweder eine Privatisierung über die Börse oder ein transparentes, faires und den Grundsatz der Gleichbehandlung sicherndes Vergabeverfahren vor Augen haben. Auch die gesetzlichen Regelungen der Vergabe von Mobilfunkfrequenzen[214] übernehmen die klassischen Vergabegrundsätze.

Zu erwähnen sind schließlich die österreichischen Universaldienstkonzepte im Post- und Telekommunikationsbereich.[215] In beiden Fällen

---

[210] § 16 Abs. 7 BVergG zufolge ist im Vergabeverfahren auf die Umweltgerechtheit der Leistung sowie auf die Beschäftigung von Personen im Ausbildungsverhältnis Bedacht zu nehmen.

[211] § 16 Abs. 3 BVergG.

[212] Bundesgesetz über die Veräußerung von Bundesvermögen (Privatisierungsgesetz [BGBl I 1997/97]); ÖIAG-Gesetz 2000 (BGBl I 2000/24; s. Fn. 51). Daneben sind die haushaltsverfassungsrechtlichen und bundeshaushaltsrechtlichen Vorschriften bezüglich der Verfügung über Bundesvermögen zu beachten, näher *Hengstschläger* Artikel 51 B-VG in: Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Rz. 71 ff. (1999). Auf Landesebene fehlen spezielle Privatisierungsgesetze, auch hier gibt es aber landesverfassungsrechtlich bzw. für die Gemeinden in den einzelnen Gemeindeordnungen landesgesetzlich festgeschriebene Vorschriften über die Veräußerung von Vermögen der Gebietskörperschaften (s. *Koja* Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer[2], 1988, 261 ff.).

[213] XXIII. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1993, 270. Hintergrund ist, daß Vermögensprivatisierungen den Charakter einer Beihilfe annehmen können, wenn der Verkaufserlös unangemessen niedrig ist. Den von ihr aufgestellten Grundsätzen für die Privatisierung öffentlicher Unternehmen zufolge geht die Kommission ohne weitere Prüfung davon aus, daß ein Privatisierungsvorgang keine Beihilfenelemente enthält, wenn das Unternehmen über die Börse privatisiert wird oder die Privatisierung über einen Ausschreibungswettbewerb erfolgt, der allen offen steht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist, insb. nicht an die Weiterführung bestimmter Geschäftstätigkeiten, und wenn in diesem Fall das Unternehmen an den Meistbietenden veräußert wird. S. näher *Aicher* Gemeinschaftsrecht und österreichisches Beihilfenrecht in: Aicher/Holoubek/Korinek (Hrsg.), Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 2000, 217, 222 f.

[214] S. *Holoubek/Lehofer/Damjanovic* Grundzüge des Telekommunikationsrechts, 2000, 39 ff.

[215] Für den Telekommunikationsbereich vgl. § 24 Abs. 1–31 TKG (BGBl I 1997/100 i.d.F. BGBl I 2000/26); für den Postbereich s. §§ 4, 5 Postgesetz (BGBl I 1998/18 i.d.F.

entsprechen die Universaldienstverpflichtungen im Wesentlichen den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.[216] Der Universaldienst wird im Telekommunikationsbereich grundsätzlich in einem am Wettbewerbsprinzip orientierten Vergabeverfahren vergeben,[217] im Postbereich wird hingegen der weiterhin im reservierten Monopolbereich tätige Anbieter zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet.[218] Der Universal-

---

BGBl I 2000/26). Näher zum Universaldienstkonzept im Telekommunikationsbereich *Hoenig/Kressbach/Jacob* Das neue österreichische Telekommunikationsgesetz, K&R 1998, 187, 195; *Holoubek/Damjanovic,* Medienregulierung unter „Konvergenz"-Bedingungen, Medien und Recht, Beilage zu Heft 2/00, 8f.; *Obermann/Zorn* Zum Angebot von Dienstleistungen im öffentlichen Interesse in deregulierten Infrastruktursektoren, ÖHW 2000, 35, 49; Zum Universaldienstkonzept im Postbereich s. *Richter/Zorn* Der Zugang der Bürger zu Infrastrukturleistungen, Forschungsberichte und Arbeitshefte 1998, 7ff.

[216] Zum Begriff und Umfang des Universaldienstes im Telekommunikationsbereich vgl. Art. 3–8 der RL 98/10/EG über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld (ABl 1998 L 101/24), wonach Universaldienst als ein Mindestangebot an Diensten von bestimmter Qualität, der allen Nutzern unabhängig von ihrem Standort und, gemessen an den landesspezifischen Bedingungen, zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung steht, definiert wird. Dazu gehören die Bereitstellung von Netzanschlüssen und Zugang zu Telefondiensten, Vermittlungshilfe, Notruf- und Auskunftsdiensten, die Bereitstellung öffentlicher Telefonstellen sowie besondere Maßnahmen für behinderte Nutzer und Nutzer mit speziellen sozialen Bedürfnissen. Ausführlich dazu *Haag/Gosling* Universal Service in the European Union Telecommunications Sector in: Kublicek/Dutton/Williams (Hrsg.), The Social Shaping of Information Superhighways, 1997, 233ff. Im Postbereich umfaßt der Universaldienst nach der Definition der Europäischen Kommission ganz allgemein die Abholung, den (Weiter-)Transport und die Zustellung von Briefsendungen und Postpaketen. Er muß zu tragbaren Kosten angeboten werden sowie bestimmte Mindeststandards aufweisen (vgl. Art. 3–6 der RL 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften der Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstequalität [ABl 1997 L 15/14]). Näher dazu *Gröner/Knorr* Die Liberalisierung der Postdienste in der EU, EWS 1996, 225ff. Diese Definitionen des Universaldienstes werden in den jeweiligen gesetzlichen Rahmenwerken im wesentlichen übernommen, dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technik wird gemäß § 4 Abs. 3 Postgesetz allerdings die Befugnis erteilt, die Dienstleistungen durch Verordnung näher zu konkretisieren sowie gemäß § 25 TKG die Verpflichtung auferlegt, die Qualitätskriterien näher zu bestimmen. Für letztere s. Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr, mit der Qualitätskriterien für den Universaldienst festgelegt werden (Universaldienstverordnung [BGBl II 1999/192]).

[217] Vgl. § 28 TKG. Derzeit hat aber nach der Übergangsbestimmung in § 125 Abs. 8 TKG noch das ehemalige Telekommunikationsmonopolunternehmen – die Telekom Austria AG – den Universaldienst zu erbringen. S. dazu *Holoubek/Lehofer/Damjanovic* (Fn. 214) 47.

[218] Dieser Konstruktion liegt die Annahme zugrunde, daß bei einer vollständigen Marktöffnung im Postwesen die Universaldienstleistung zusammenbräche. Insofern dürfen gemäß Art. 7 der Postrichtlinie (Fn. 216) bestimmte Dienste, soweit es zur Aufrechterhaltung des Universaldienstes notwendig ist, dem Wettbewerb vorenthalten

dienst finanziert sich im Telekommunikationsbereich über einen durch die am Markt tätigen Unternehmen gespeisten Universaldienstfonds,[219] im Postbereich durch die Einnahmen aus den reservierten Postdiensten.[220] Im öffentlichen Personennah- und Regionalverkehr ist schließlich ein System der Bestellung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen vorgesehen, die in einem Vergabeverfahren vergeben und insoweit nicht als Beihilfe gewertet werden.[221]

2. *Frankreich*

a) *Empirischer Befund*

Der Staat als Leistungsbesteller begegnet in Frankreich in zweifacher, von den historischen Wurzeln und der Grundstruktur her ganz unter-

---

werden. Die Einnahmen aus diesem reservierten Bereich sollen den Universaldienst finanzieren. Näher dazu *Gröner/Knorr* (Fn. 216) 226f.; *Zorn* Die Sicherstellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im wettbewerbsorientierten Umfeld der Europäischen Union, 1999, 207f. So ist gemäß § 5 Abs. 1 Postgesetz der Universaldienst grundsätzlich von der Österreichischen Post AG zu erbringen. Über Antrag kann der Universaldienst allerdings in sachlichen oder räumlichen Bereichen auch an einen anderen Betreiber übertragen werden (vgl. § 5 Abs. 3 Postgesetz).

[219] Vgl. § 30 Abs. 1 TKG. Derzeit hat allerdings die Telekom Austria AG gemäß § 29 TKG, da sie beim öffentlichen Sprachtelefondienst über einen Marktanteil von mehr als 80% verfügt, die Universaldienstkosten selbst zu tragen. S. auch *Holoubek/Lehofer/Damjanovic* (Fn. 214) 47. Derzeit werden allerdings die Marktanteile durch die Regulierungsbehörde neuerlich erhoben.

[220] So hat der reservierte Postdienst das dauerhafte Erbringen des bundesweiten Universaldienstes sicherzustellen. Vgl. § 6 Abs. 3 Postgesetz.

[221] S. Art. 1 Abs. 4 und 14 der VO 1191/69 des Rates über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, sowie in Umsetzung dieser Bestimmungen § 23 Kraftfahrliniengesetz (BGBl I 1999/203) und das Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 (BGBl I 1999/204). Dabei werden die Leistungen auf Grund eines Pflichtenheftes ausgeschrieben, das den Konzessionsinhaber (der, wenn er als Bestbieter hervorgeht, bei Vorliegen der Eignungsvoraussetzungen einen Anspruch auf Konzessionserteilung hat – § 23 Abs. 4 KFLG) bindet, womit auch die Vorschreibung bestimmter Auflagen (z.B. über die Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht, über die Betriebsführerübertragung, über Auftragsfahrten etc.) durch diese vertragliche Verpflichtung ersetzt wird (s. dazu näher AB 2047 BlgNR, 20. GP, 12). Zum System *Wimmer/Kahl/Werner* Die neue österreichische Gesetzgebung zum öffentlichen Personennahverkehr aus der Sicht des Europarechts, ÖGZ 2/2000, 4; *Kahl* Widersprüche zum gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbot bei der Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs in Österreich, ZVR 1999, 326. Zu Entwicklungstendenzen *Kahl* „Kontrollierter Wettbewerb" als Marktöffnungsinstrument der Kommission am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, WBl 2001, 49ff.

schiedlicher Gestalt: bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im technischen Sinn, marchés publics[222], und bei der délégation de service public[223]. Historisch und typologisch lassen sich die beiden Regelungssysteme den Zielsetzungen der Bedarfsdeckung bzw. der Versorgungssicherung zuordnen. Beide haben lange Tradition, die Wurzeln der marchés publics im Bereich Bauaufträge gehen auf das Jahr 1799 zurück, die erste gesetzliche Regelung stammt aus dem Jahr 1833.[224] Die Übertragung der Erbringung eines service public auf Private in der Rechtsfigur der Konzession hatte ihre erste Hochblüte im Frankreich des 19. Jahrhunderts.[225] Auch dort, wo organisatorisch gesehen in der Folge staatliche Eigentätigkeit durch établissements publics oder sociétés d'économie mixte bestimmend wurde, blieb auf Grund des materiellen Verständnisses des service public das Konzessionsmodell[226] die bestimmende Figur des Rechts der services publics.

Das Gemeinschaftsrecht ist nun dabei, diese gewachsene Systemtrennung gehörig durcheinander zu bringen: zum einen durch die Anwen-

---

[222] Das Vergaberecht ist in Frankreich im wesentlichen im Code des marchés publics geregelt; vgl. *Delacour* Les sources du droit des marchés publics et des délégations de service public, Petites Affiches 2 fevrier 2000 N° 23, 5: Der Code des marchés publics ist in seiner ursprünglichen Version durch das décret n° 64–729 du 17 juillet 1964 (J.O. du 21 juillet 1964) veröffentlicht worden, das verschiedene Rechtsvorschriften (réglementaires), die in diesem Bereich anwendbar sind, kodifizierte. Die verschiedenen Rechtsvorschriften hatten nach der Rechtsprechung immer einen reglementären Charakter (C.E., 23 mars 1934, Chambre syndicale des fabricants d'équipements militaires, Rec. 435), der sich auf die Dispositionen des article 12 de la loi de finances du 31 janvier 1833 stützte. S. dort (a.a.O., 5) auch zur verfassungsrechtlichen Fundierung. Gewisse Organisationsformen des öffentlichen Sektors können einem anderen Rahmen als dem Code des marchés publics unterworfen sein, dh. ergänzenden Rechtsvorschriften, s. genauer *Delacour* (a.a.O.) 6; vgl. auch *Haase* Internationale Harmonisierung des öffentlichen Auftragswesens, 1997, 70.

[223] *Delacour* (Fn. 222) 7: Ursprünglich basierte die délégation de service public auf der Rechtsprechung. So z.B. die (berühmte) théorie de l'imprevision, die vom Conseil d'État in der Entscheidung Gaz de Bordeaux (C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux Rec. 125; R.D.P. 1916, p. 206 et 388, concl. Chardenet, note G. Jèze; G.A.J.A., n° 34, p. 176) formuliert wurde. Erst Ende der 80-iger Jahre wurden für bestimmte Bereiche der délégation Rechtsvorschriften erlassen (z.B. loi n° 88–13 du 5 janvier 1988 relative á l'amelioration de la décentralisation). Eine vollständige Regelung führte man in Frankreich durch das loi n° 93–122 du 29 janvier 1993, das „Loi Sapin" genannt wird, ein. Andere Rechtsvorschriften haben in der Folge die Bestimmungen über die délégations de service public ergänzt oder modifiziert. S. zu den dispositions réglementaires *Delacour* (Fn. 222) 9.

[224] S. oben Fn. 222.

[225] *Chapus* (Fn. 81) 609ff.

[226] Vgl. aber *Knemeyer* (Fn. 80) 23.

dung primärrechtlicher Diskriminierungsverbote auf die Delegation der services publics und zum zweiten durch die Ausdehnung des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts auf wesentliche Bereiche der délégation de service public, namentlich durch die Einbeziehung der Baukonzession in das Regime öffentlicher Auftragsvergabe.[227] Dies hat mit zu einer deutlich detaillierteren Regelung des Verfahrens zur Delegation der services publics und, insbesondere auch im Verwaltungsrechtsschutz, zu einer gewissen, wenn auch keineswegs weitgehenden Angleichung der Regelungssysteme geführt. Bestimmte wettbewerbsrechtliche Prinzipien bzw. strafrechtliche Schutzvorschriften erfassen wegen der gleich gelagerten Schutzgüter bzw. Bedrohungssituationen heute auch beide Verfahrenssysteme gleichermaßen.[228] Weil der Rat aber die Dienstleistungskonzession demgegenüber auf Druck gerade auch Frankreichs und entgegen dem Vorschlag der Kommission aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen hat,[229] bleibt der Delegation von services publics industriels et commerciaux aber nach wie vor ein durchaus weiter Anwendungsbereich.

b) Rechtliche Ausgestaltung

Wesentlicher Punkt bei der Delegation[230] eines service public ist, daß einem Dritten – das kann ein Privater[231] oder eine staatliche[232] Einrichtung sein – die Erbringung der Leistungen des service public bei gleichzeitig fortbestehender Verwaltungsverantwortung übertragen wird. Auch bei der Delegation eines service public bleibt also der Staat weiterhin Verantwortungsträger („maitrise")[233], wie auf der anderen Seite der Konzessionär

---

[227] Vgl. *Delacour* (Fn. 222) 14f.; zur Baukonzession s. Art. 1 Lit. d) der Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl 1993 L 199/54 i.d.F. ABl 1997 L 328/1).

[228] Für beide Verfahren gleichermaßen gelten der article L 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel relatif au recours précontractuel, les principes de l'ordonnance du 1 décembre 1986 relative à la libre concurrence, l'article 432–14 du Code pénal relatif au délit de favoritisme und die articles 432–12 et 432–13 du Code pénal relatifs au délit de prise illégale d'intérêts, s. *Delacour* (Fn. 222) 9f.

[229] S. dazu ausführlich Schlußanträge GA Fennelly (Fn. 183) Rz 21ff.; *Ullrich* Dienstleistungskonzessionen und europäisches Vergaberecht, ZVgR 2000, 85, 92ff.

[230] S. zur délégation de service public *Mescheriakoff* (Fn. 111) 288ff.; *Chapus* (Fn. 81) 598ff. und 472f.; *Delvolvé* (Fn. 80) 607ff.; *Linotte et al.* (Fn. 80) 291ff.; *Delacour* (Fn. 222) 7ff.; *Pielow* (Fn. 97) 158ff.

[231] *Mescheriakoff* (Fn. 111) 296ff.; s. auch *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 612f.

[232] *Mescheriakoff* (Fn. 111) 288 und 294; so wird z.B. Produktion und Versorgung mit Strom und Gas grundsätzlich durch die Kommunen mittels Konzessionsvertrag an établissements publics vergeben, vgl. dazu *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 607 u. 611ff.

[233] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 472 und. 609.

weiterhin eine staatliche Aufgabe erfüllt und nicht in Ausübung eigener, etwa privatautonomer Freiheit handelt (Prinzip der Habilitation)[234]. Dabei sind folgende Grundprinzipien[235] für einen solchen Konzessionsvertrag bestimmend: Weitreichende Spielräume bei der Wahl des Konzessionärs,[236] weil die Übertragung der Erbringung eines service public auf einem Vertrauensverhältnis[237] beruht; das Anpassungsprinzip des service public und die damit verbundene einseitige Abänderungsmöglichkeit[238] des Konzessionsvertrags durch die staatliche Verwaltung als Ausdruck der fortbestehenden Verwaltungsverantwortung, wobei freilich diese Anpassungspflicht auch zugunsten des Konzessionärs wirken kann; und schließlich ist für das Vorliegen einer Konzession essentiell, daß der Konzessionär zumindest im wesentlichen Ausmaß durch die Gegenleistung, die er von den Nutzern des service public erhält, entlohnt wird.[239]

---

[234] *Pielow* (Fn. 97) 159.; vgl. dazu auch *Mescheriakoff* (Fn. 111) 288ff. und 296ff.

[235] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 600 und 608f.

[236] *Mescheriakoff* (Fn. 111) 302 (Übersetzung M. H.): „... die Regel der l'intuitu personae wird selbst nach dem loi du 29 janvier 1993 als fundamental betrachtet. Es wird zu bemerken sein, daß, auch wenn ein komplexes Verfahren eingeführt worden ist, die delegierende juristische Person öffentlichen Rechts immer die Freiheit der Wahl ihres Delegationspartners bewahrt."; s. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 608 und vgl. auch 600: Ist die Natur eines Vertrages unklar, so weist das Fehlen der freien Wahl des Vertragspartners darauf hin, daß es sich nicht um einen Konzessionsvertrag handeln könne. Es existieren aber Monopolsituationen wie die der EDF und GDF, die ein Monopol über fast das ganze Gebiet im Bereich der Versorgung mit Strom oder Gas haben. Diese établissements sind aber für fast alle collectivités publiques verpflichtende Konzessionäre; vgl. auch *Delvolvé* (Fn. 80) 617 (Übersetzung M. H.): „Das Prinzip der Freiheit der Wahl des Konzessionärs und viel genereller des délégataire ist unerschütterlich durch die Rechtsprechung etabliert worden." Beachte aber auch die dort dargestellten Ausnahmen; vgl. dazu auch *Mescheriakoff* (Fn. 111) 315.

[237] Die Verwaltung kann sich den Partner frei aussuchen, ohne daß sie einem Vergabeverfahren (Code des marchés publics) unterworfen ist. Dies rechtfertigt sich durch das besondere Vertrauen, welches die Verwaltung in den Partner haben muß. Dies geht bis hin zur Beendigung des Vertrages, wenn der Partner nicht mehr vertrauenswürdig ist. S. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 600.

[238] S. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 609: Die dispositions réglementaires des Konzessionsvertrages können von der konzedierenden Autorität geändert werden, wenn es der interêt général verlangt. In diesem Sinne obliegt es der Autorität, die Einhaltung des Konzessionsvertrages zu überwachen.

[239] S. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 608 und vgl. auch 600: Im Sinne der klassischen und strengen Konzeption ist essentielles Kriterium eine „Entlohnung" durch die Benutzer. Fehlt dieses Element, handelt es sich nicht um einen Konzessionsvertrag; vgl. *Chapus* (Fn. 81) 611: Die jüngere Entwicklung hat in diesem Zusammenhang klargestellt, daß ein gewisser finanzieller Ausgleich durch den Staat gleichwohl möglich ist, solange substantiell die Erträge des Konzessionärs aus den Nutzungsentgelten stammen und ihm insoweit ein Risiko verbleibt.

Der klassische Konzessionsvertrag besteht aus einem einseitigen[240] Teil „reglementaire" und einem vertraglichen[241] Teil. Ersterer enthält jene Vorschriften, die auch die staatliche Verwaltung, würde sie den service public selbst erbringen, beachten müßte, also insbesondere die Modalitäten zwischen dem Konzessionär und den Nutzern der Dienste einschließlich Tarifregelungen. Diese „cahiers des charges"[242] unterliegen im Verhältnis zwischen Staat und Konzessionär dem Verwaltungsrechtsschutz („recours pour excès de pouvoir").[243] Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Konzessionär und den Nutzern sind allerdings bei den services publics industriels et commerciaux zivilrechtlicher Natur, und zwar nach der Rechtsprechung auch dann, wenn in den Vertragsverhältnissen so genannte clauses exorbitantes du droit commun vorkommen.[244]

Die Nutzer können allerdings gestützt auf die clauses réglementaires die Verwaltungsgerichte anrufen, um die Einhaltung der Verpflichtungen des staatlichen Konzessionsgebers einzumahnen. Der Rechtsstreit zielt hier wie allgemein der recours pour excès de pouvoir allerdings nicht primär auf die Durchsetzung der Nutzerrechte, sondern auf die Einhaltung der staatlichen Verpflichtungen aus dem service public.[245] Auch Schadenersatzansprüche eines Dritten gegen den staatlichen Konzessionsgeber, weil er bestimmte Verpflichtungen für den Konzessionär nicht vorgesehen oder deren Einhaltung nicht durchgesetzt hat, sind anerkannt.[246]

---

[240] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 472; vgl. auch *Mescheriakoff* (Fn. 111) 313 f.; *Pielow* (Fn. 97) 159 ff.

[241] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 472 (Übersetzung M. H.): „Mit Duguit (Traité de droit constitutionnel, t. 3, 3e éd., 128, p. 446) kann man sagen, daß es sich um Klauseln handelt, die keine Existenzberechtigung hätten, wenn der service durch die Verwaltung selbst gesichert oder das Werk in Regie erstellt würde." Der vertragliche Teil besteht aus den Bestimmungen, die die Dauer der Konzession und die Vorteile, insb. die finanziellen, betreffen und im Konsens festgelegt wurden; vgl. auch *Mescheriakoff* (Fn. 111) 313.

[242] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 607 f.; *Pielow* (Fn. 97) 159 f.

[243] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 609 und 473; dort auch zu den Ansprüchen Dritter und Schadenersatzansprüchen.

[244] *Braibant/Stirn* (Fn. 91) 160 und 163 f.; *Mescheriakoff* (Fn. 111) 229 ff. (238 ff.).

[245] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 473: So gab es einen recours pour excès de pouvoir gegen die Entscheidung des Konzessionsgebers, für den Konzessionsnehmer (Eisenbahn) die notwendigen Bauarbeiten vorzunehmen, um den Schienenstrang wieder herzustellen (CE 11 décembre 1968, Synd. de défense de la voie ferrée Bort-Eygurande).

[246] Recours en dommages-intérêts eines Dritten gegen den Konzessionsgeber wegen des Schadens, der aus der Weigerung des Konzessionsgebers entstand, einen Konzessionär zu zwingen, verschiedene Arbeiten im Bereich der Wasserversorgung und der Elektrizität vorzunehmen (CE Sect. 7 septembre 1958, Soc. Eléctricité et eaux de Madagascar), s. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 472 f.

Neben dem eigentlichen Konzessionsvertrag gibt es weitere Vertragsformen mit vergleichbarer Funktion, so die affermage, eine Art Pachtvertrag, wo der Pächter auch Entgelte an den Staat abliefern muß,[247] oder den contrat de gérance, eine Art Geschäftsführungsvertrag.[248]

Das Verfahren der Delegation eines service public enthält in aller Regel einen Aufruf zum Wettbewerb, ein daran anschließendes Präqualifikationsverfahren sowie die Einladung an bestimmte Kandidaten, Angebote zu legen. Am Ende stehen aber Freiheit der Wahl des Vertragspartners und freie Vertragsverhandlungen. Verfahrensregelungen zielen also vor allem auf Transparenz, nicht aber auf einen Vergabewettbewerb im technischen Sinn.[249]

Das Verfahren der Delegation von services publics unterliegt der Rechtmäßigkeitskontrolle, die Nichtbeachtung der Publizitäts- und Wettbewerbsvorschriften ist Gegenstand eines vereinfachten Verfahrens vor dem Präsident des Tribunal Administratif, der in möglichst kurzer Frist das Verfahren aussetzen kann. Eine mißbräuchliche Ermessensausübung unterliegt der Aufhebung.[250]

In Frankreich wird der Unterschied zwischen dem service public-Konzept und dem auf Sicherung bestimmter Mindesterfordernisse ausgerichteten gemeinschaftsrechtlichen Konzept des Universaldienstes betont. Daher geht auch der nach wie vor durch die France Télécom erbrachte service public als telekommunikationsrechtlicher Universaldienst,[251] der über einen durch die am Markt tätigen Unternehmen

---

[247] Sie finden vor allem in Kommunen z.B. im Bereich der Wasserversorgung, der städtischen Transportnetze und den Parcs de Stationnement Anwendung. S. *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 611.

[248] S. zu den Vertragsformen *Delvolvé* (Fn. 80) 611 ff.; *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 599 und 607 ff.; vgl. zu den délégations unilaterales *Mescheriakoff* (Fn. 111) 315 ff., *Delacour* (Fn. 222) 8.

[249] *Mescheriakoff* (Fn. 111) 309 ff.: Das Verfahren setzt sich aus zwei Phasen zusammen: Die erste Phase beginnt mit der Einhaltung der Publizität, indem es einen Aufruf zum Wettbewerb gibt. In der Folge erstellt die collectivité nach der Überprüfung der „garanties professionelles" der Kandidaten, ihrer Eignung die Kontinuität des service public und die Gleichheit der Benutzer zu wahren, eine Liste. Die zweite Phase beinhaltet die Zustellung eines Dokuments an jeden „candidat", welches Aufschluß über den zu erbringenden service und etwa die Bedingungen der „tarification" gibt. Die „propositions" werden frei verhandelt und die colléctivité hat die Freiheit der Wahl des Vertragspartners; vgl. auch *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 601 ff.

[250] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 601 f.; s. auch die aus den lois vom 29. Jänner und 29. Dezember 1993 stammenden Artikel L 22 und L 23 TA-CCA.

[251] Vgl. dazu *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 549; Art L 35-1 (L. n° 96-659 du 26 juillet 1996); *Bricard et al.* Telecommunication Law in France in: Scherer (Hrsg.), Telecommunication Laws in Europe, 1998, 116 ff. (125 f.).

gespeisten Universaldienstfonds finanziert wird, über die gemeinschaftsrechtlichen Mindestanforderungen deutlich hinaus.

Wohl wegen seiner langen Tradition sperrt sich das eigentliche französische Vergaberecht einigermaßen gegen seine völlige Umformung durch das Gemeinschaftsrecht.[252] Sinnfälliger Ausdruck ist, daß der Code des marchés publics[253] in vier Abschnitten das genuin innerstaatliche Vergabeverfahren,[254] und in einem fünften abschließenden livre die Umsetzungsbestimmungen der EU-Vergaberichtlinien[255] enthält.

---

[252] *Delvolvé* Vers l'unification du droit des „marchés publics"? in: FS Drago, L'unité du droit, 1996, 225 ff.; *Delacour* (Fn. 222) 11 ff.; *Haase* (Fn. 222) 71; vgl. auch *Braconnier* Le droit des marchés publics, 10 ans de jurisprudence 1988–1998, 38 ff.; *Ax* Les procédures de protection juridique en France, Europäisches Vergaberecht 1995, 227 ff.

[253] Der Code ist auch unter der Seite http://www.finances.gouv.fr/reglementation/CMP/code/ am Server des Ministère de l'économie des finances et de l'industrie abzurufen.

[254] Im ersten Buch befinden sich allgemeine Bestimmungen (Livre I: Dispositions générales applicables aux marchés publics, Art. 1 bis 38–8 CMP). Hier finden sich Vorschriften grundsätzlicher Art über das öffentliche Auftragswesen, die zentrale Marktkommission, die beim Wirtschafts- und Finanzministerium eingerichtet ist, die öffentliche Bekanntgabe und über Untersuchungen und Koordination durch die Verwaltung. Das zweite Buch enthält die Vorschriften über die Vergabe durch den Staat und seine öffentlich-rechtlichen Einrichtungen anderer Art als kommerzieller und industrieller Natur (Livre II: Marchés de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial, Art. 39 bis 249 CMP). Hier finden sich Bestimmungen über die Durchführung, Finanzierung, Kontrolle, Streitfälle und Informationen über die Vergabe. Aufträge im Namen der Gebietskörperschaften und ihrer juristischen Personen öffentlichen Rechts finden sich im dritten Buch (Livre III: Marchés passés au nom des colléctivités territoriales et de leurs établissements publics, Art. 250 bis 361–2 CMP). Im vierten Buch ist die Koordination der öffentlichen Aufträge im örtlichen Bereich geregelt (Livre IV: Coordination des commandes publiques sur le plan local, Art. 362 bis 377 CMP), insbesondere Einrichtungen von Kommissionen, welche die Koordination der Aufträge gewährleisten sollen und deren Vorgangsweise; vgl. http://www.finances.gouv.fr/reglementation/CMP/code/, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie; *Haase* (Fn. 222) 71; *Delacour* (Fn. 222) 5; Bayer et al. (Hrsg.), Europäische Vergaberegeln im Bauwesen, Loseblatt, Stand: April 1994, Frankreich 4.1, 2; s. auch *Nissou* Das öffentliche Auftragswesen in Frankreich, Europäisches Vergaberecht 1995, 23 ff.

[255] Das fünfte livre enthält Regelungen über die Maßnahmen der Publizität und des Wettbewerbs für die Vergabe von Aufträgen über Bauleistungen, Warenlieferungen und Dienstleistungen (Livre V: Mesures de publicité et de mise en concurrence applicables à certains marchés de fournitures, de travaux et de services, Art. 378 bis 399 CMP). Dieser Teil umfaßt Bestimmungen, welche die EU-Vergaberichtlinien umsetzen. Er ist in generelle Bestimmungen und spezielle Vorschriften über die Sektoren der Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation gegliedert; vgl. http://www.finances.gouv.fr/reglementation/CMP/code/, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie; *Haase* (Fn. 222) 71; *Delacour* (Fn. 222) 5; *Bayer et al.* (Fn. 254) Frankreich 4.1, 2.

Das französische Recht ordnet öffentliche Aufträge grundsätzlich[256] dem öffentlichen Recht zu. Seinen Ursprung hat diese Zuordnung im Mißtrauen der Regierung gegen Zivilgerichte, theoretische Grundlage ist die Theorie der Gewaltenteilung.[257]

Der Code des marchés publics gilt nur bis zu gewissen Schwellenwerten, darunter gibt es keine speziellen Verfahrensregelungen.[258] Zielsetzungen des Vergabeverfahrens sind Transparenz, Gleichbehandlung, Formalisierung der Entscheidung des Auftraggebers und über den damit bewirkten Wettbewerb die Effizienzsicherung beim Einsatz öffentlicher Mittel.[259]

Auch der Code des marchés publics kennt cahiers de charges[260], die auf die Art der Aufträge – Lieferungen, geistig schöpferische Leistungen, Bauleistungen und industrielle Leistungen[261] – bezogene administrative bzw. technische clauses festlegen.[262] Diese cahiers bestimmen als vereinheitlichte Vertragsbedingungen den am Ende eines Vergabeverfahrens stehenden Verwaltungsvertrag. Die cahiers de clauses administratives générales und die cahiers de clauses techniques générales, auf die sich jede vergebende staatliche Stelle berufen muß, werden zentral von einer Commission Centrale des Marchés zusammengestellt und per Dekret verbindlich gemacht.[263]

Der Vertrag[264] kommt dabei nicht schon mit der Erteilung des Zuschlags, der selbständiger Bekämpfung unterliegt, zustande; der Zuschlag allein gewährt auch keinen Anspruch auf Abschluß des Vertrages.[265] Für den Abschluß des Vertrages bedarf es noch der Unter-

---

[256] *Haase* (Fn. 222) 71; *Hübner/Constantinesco* (Fn. 82) 88; vgl. dazu auch *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 518ff.; *Lütje* (Fn. 98) 45ff.

[257] *Lütje* (Fn. 98) 11.

[258] *Chapus* (Fn. 81) Bd. 1, 1140; *Delacour* (Fn. 222) 6; vgl. auch *Nissou* (Fn. 254) 66.

[259] *Delacour* (Fn. 222) 6.

[260] *Delacour* (Fn. 222) 7; *Haase* (Fn. 222) 70; *Hübner/Constantinesco* (Fn. 82) 88; vgl. *Chapus* (Fn. 81) 522; *Lütje* (Fn. 98) 65ff., 72ff.; *Bayer et al.* (Fn. 254) Frankreich 4.1, 5.

[261] S. näher unter http://www.finances.gouv.fr/reglementation/CMP/ccag/, Ministère de l'économie des finances et de l'industrie.

[262] Man unterscheidet zwischen den generellen, den Cahiers des clauses administratives générales und Cahiers des clauses techniques générales, und den besonderen Dokumenten, den Cahiers des clauses administratives particulières und Cahiers des clauses techniques particulières, *Delacour* (Fn. 222) 6; http://www.finances.gouv.fr/reglementation/CMP/ccag/; *Haase* (Fn. 222) 70; vgl. dazu auch Art. 112f. CMP.

[263] S. Art. 4 CMP; nach Art. 113 CMP werden diese per décret genehmigt.

[264] S. dazu *Chapus* (Fn. 81) 522ff.

[265] Vgl. dazu auch *Ax* Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich – eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1996, 461.

zeichnung des „acte d'engagement" durch den Auftraggeber[266] und der Vorlage an zentralstaatliche Organe.[267]

Sowohl Streitigkeiten im Rahmen des Vergabeverfahrens als auch solche aus dem Vertragsverhältnis unterliegen grundsätzlich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle[268]. Dabei unterliegen Maßnahmen im Vergabeverfahren als sogenannte actes détachables[269] dem recours pour excès de pouvoir[270]; für Mitbewerber ist das auch der einzige Weg, den Vertrag selbst anzugreifen und die Verwaltung zur Aufhebung desselben zu zwingen.[271] Ein eigenes Verfahren – recours de pleine jurisdiction[272] – ist für Schadenersatzbegehren vorgesehen. Der erfolgreiche Bieter, der bereits Vertragspartner des Auftraggebers ist, hat daneben die Möglichkeit, den Vertrag selbst vor dem juge du contrat anzugreifen. In diesem Fall ist verpflichtend ein Vorverfahren zwischen der Verwaltung und dem Vertragspartner vorgesehen.[273] Im einzelnen bestehen zahlreiche Probleme, insbesondere ist das Verhältnis zwischen dem juge pour excès de pouvoir und dem juge du contrat insoferne problematisch, als selbst bei Aufhebung eines acte détachable durch den juge pour excès de pouvoir eine Kompetenz des juge du contrat verbleibt, die Frage der Auswirkungen der Verfahrenshandlung auf den Vertrag selbst zu beur-

---

[266] Der acte d'engagement wird von der personne responsable du marché (Vertreter der juristischen Person öffentlichen Rechts, die Vertragspartei wird) unterzeichnet. Die Liste dieser Personen wird in jedem departement ministeriel durch einen arrêté des Ministers aufgestellt; s. Art. 44 al. 2 CMP.

[267] Vgl. dazu auch Art. L 2131-1, 2131-12 CGCT für die Gemeinden bzw. 3131-1, 3131-6 CGCT für die Departements, jeweils iVm. Art. L 1411-9 CGCT.

[268] Die einschlägigen Prozeßvorschriften enthalten spezielle Bestimmungen für den Rechtsschutz im Bereich öffentlicher Aufträge; vgl. dazu *Ax* (Fn. 252) 227ff.; *Delacour* (Fn. 222) 13; s. auch *Hübner/Constantinesco* (Fn. 82) 86ff.; *Ax* (Fn. 265) 447ff.; *Jouguelet* Le contrôle du juge administratif et le droit communautaire, Petites Affiches 2 fevrier 2000 N° 23, 60ff.

[269] Vgl. *Koch* Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, 112 und 154f.

[270] S. dazu auch *Koch* (Fn. 269) 104ff. (112).

[271] S. zur Klagslegitimation auch CE, 2 janvier 1935, Astay: Rec. CE, p. 5; CE, 11 novembre 1919, Calvet, Rec. CE, p. 621; S. zur heutigen Rechtsprechung: CE, 6 décembre 1995, req. 148964, Sté Jean-Claude Decaux, Dpt de l'Aveyron: Rec. CE, p. 45; CE 19 février 1996, req. n° 148794, Sté Aubettes: Rec. CE, p. 45 und 47.

[272] Vgl. auch *Koch* (Fn. 269) 112; Droit des marchés publics, 1999, Dossiers III 630, Rn 2.

[273] Diese Verpflichtung findet ihre Grundlage in den verschiedenen Cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics; vgl. CCAG-travaux Art. 50ff., CCAG-fournitures courrantes et services Art. 33ff., CCAG-prestations intellectuelles Art 40.1ff. und CCAG-marchés industriels Art. 40.1ff.

teilen.[274] Allerdings sieht die jüngere Rechtsprechung die Möglichkeit des juge pour excès de pouvoir vor, die Verwaltung zu verurteilen, sich an den Vertragsrichter zwecks Vertragsauflösung zu wenden.[275]

3. *Großbritannien*

a) *Empirischer Befund*

Mit der Umsetzung der gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien mittels Regulations[276] wurden im englischen Recht erstmals kodifizierte Rechtsvorschriften im öffentlichen Auftragswesen erlassen, die auch die zentrale staatliche Verwaltung, insbesondere die Ministerien, binden.[277] Das innerstaatliche Vergaberecht kannte bis dahin auf zentraler Ebene nur Procurement Policy Guidelines[278]. Demgegenüber wurde die Auftragsvergabe auf lokaler Ebene dem Grundsatz nach seit dem Local Government Act 1972 gesetzlich dahingehend geregelt, daß die einzelnen Local Authorities auf dem Wettbewerbsprinzip basierende eigene Vergabeverfahrensregeln erlassen mußten.[279] Eine Harmonisierung der Regelungssysteme erfolgte nicht, umgesetztes europäisches Vergaberecht steht grundsätzlich neben innerstaatlichen Vorschrif-

---

[274] CE, 1 octobre 1993, Sté le Yacht-Club international de Bormes-les-Minosas, Req. n° 54660; *Letschert* Vergaberecht – Frankreich, unveröffentlichtes Vortragsmanuskript 2000, 28.

[275] Vgl. CE, 7 octobre 1994: Rec. CE, p. 430. S. aber auch noch die Entscheidung des TA Versailles, 23. octobre 1997, Sté Plastic Omnium c/SICTOM Région Isle Adam; *Letschert* (Fn. 274).

[276] Die Public Works Contracts Regulations 1991, Public Services Contracts Regulations 1993, Public Supply Contracts Regulations 1995 und die Utilities Contracts Regulations 1996 wurden vom Finanzminister als Delegated Legislation auf Grund sec. 2(2) European Communities Act 1972 erlassen.

[277] Anfangs ging Großbritannien wie Deutschland den Weg bloß verwaltungsinterner Umsetzung der Richtlinien mittels Administrative Circulars. Vgl. *Weatherill* Enforcing the Public Procurment Rules in the United Kingdom in: Arrowsmith (Hrsg.), Remedies for enforcing the public procurement rules, 1993, 275f.; *Arrowsmith* The law of public and utilities procurement, 1996, 63.

[278] Vormals Consolidated Guidelines. Diese vom Finanzministerium erlassenen Guidelines erzeugen keine durchsetzbaren Rechte oder Verpflichtungen. S. etwa *Höfler* Haftung und Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers im englischen Recht: eine rechtsvergleichende Untersuchung des englischen öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung der europäischen Richtlinien zur Vereinheitlichung der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1997, 41.

[279] Sec. 135(2) Local Government Act 1972 (dazu etwa *Arrowsmith* [Fn. 277] 266).

ten.[280] So räumen die ebenfalls in den einzelnen Regulations umgesetzten Rechtsmittelrichtlinien[281] die von ihnen vorgesehenen Rechtsbehelfe speziell für den Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts und ausdrücklich „without prejudice to any other powers of the court"[282] ein.

Dabei ist das dem gemeinschaftlichen Vergaberecht zugrundeliegende Wettbewerbsprinzip auch der bestimmende Grundsatz der genuin englischen Regelungen.[283] Die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge werden dabei vor allem durch den Deregulation and Contracting Out Act 1994[284] ergänzt, der für die „make or buy"-Entscheidung, also die Entscheidung zwischen staatlicher Eigentätigkeit oder der Auslagerung einer bis dahin staatlichen Aufgabe auf Private mit anschließendem Leistungszukauf, in weitreichendem Ausmaß eine Effizienzprüfung orientiert am „value for money"-Konzept[285] vorsieht

---

[280] Für *Arrowsmith* hat sich zwar durch die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien die Position des Auftragnehmers verbessert (s. nur etwa die Zulässigkeit einer normalerweise gem. sec. 21(1)a Crown Proceedings Act 1947 gegen die Krone ausgeschlossenen Injunction im Anwendungsbereich der Regulations), sie bezweifelt jedoch, ob das neue System von Rechtsmitteln vor dem Hintergrund des bestehenden rechtlichen Systems in Großbritannien eine Zunahme der Klagebereitschaft bewirkt und somit effizient ist. [*Arrowsmith* (Fn. 277) 266 m.w.H.]. S. auch *Medhurst* EU Public Procurement Law, 1997, 8ff.

[281] Vgl. dazu auch *Medhurst* (Fn. 280) 25f.

[282] Works Regulation 31(6)(b)(i), Supply Regulation 29(5)(b)(i), Services Regulation 32(5)(b)(i) und Utilities Regulation 35(5)(b)(i); s. dazu insb. *Arrowsmith* (Fn. 277) 905f.

[283] Vgl. neben sec. 135(2) Local Government Act 1972 auch Punkt 5 der Procurement Policy Guidelines, der eine Auftragsvergabe im Bereich des Versorgungs- und Beschaffungswesens vorsieht, sofern nicht überzeugende Gründe dagegen sprechen.

[284] Der gleichermaßen für die Ministerien (sec. 69) als auch für die Local Authorities (sec.70) geltende Deregulation and Contracting Out Act 1994 ermöglicht – abgesehen von den in sec. 71 genannten Ausnahmen wie etwa der Ausübung der Jurisdiktionsgewalt oder dem Recht auf Hausdurchsuchung – das mittels Order erfolgende Contracting Out der meisten Public Functions und ist als Konsequenz der von der Regierung im Zweifelsfall gehandhabten Bevorzugung des Contracting Out zu sehen. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen nach adäquatem Rechtsschutz für den Einzelnen sind in der englischen Literatur und Rechtsprechung noch nicht hinlänglich geklärt [*Arrowsmith* (Fn. 277) 26f.]. Jedenfalls machten aber die Befugnisse nach dem Deregulation and Contracting Out Act die Schaffung eines eigenen Verfahrens innerhalb des Parlaments zum Schutz vor einem eventuellen Mißbrauch der Bestimmungen notwendig (*Bradley/Ewing* [Fn. 137] 722).

[285] „Value for money" als Zielsetzung der Procurement Policy Guidelines, der Private Finance Initiative oder des Local Government Act 1999; s. dazu auch White Paper 1995: Setting New Standards: a Strategy for Government Procurement; *Arrowsmith* (Fn. 277) 4f.

und im Zweifel von einem Vorrang des Contracting Out ausgeht.[286] In diesem Zusammenhang spielt auch die so genannte „Private Finance Initiative", die die Übertragung insbesondere von Versorgungsaufgaben auf Private zum Ziel hat, eine wesentliche Rolle.[287] Bei mehreren Projekten wurde dabei festgestellt, daß derartige Contracting Out-Modelle gegenüber einfachem Leistungszukauf, also traditioneller Auftragsvergabe, wesentliche Kosteneinsparungen mit sich brachten.[288] Anders als die Delegation der Services Publics in Frankreich wurde die Private Finance Initiative in Großbritannien von vorneherein als Teil des Public Procurement betrachtet[289] und dem Wettbewerbsprinzip unterworfen.[290] Anwendung findet diese Private Finance Initiative insbesondere auf Infrastrukturvorhaben mit hohem Finanzbedarf.[291] Dabei wird zwischen verschiedenen Modellen[292] unterschieden, die den staatlichen Beitrag entweder überhaupt auf Hilfestellung beim Planen und der Lizenzierung beschränken[293] oder eine teilweise öffentliche Finanzierung

---

[286] *Arrowsmith* (Fn. 277) 26f.

[287] Die 1992 gegründete Private Finance Initiative als neue Methode des Procurement stellt für die britische Regierung eines der Hauptinstrumente zur Sicherung der Effizienz in Partnerschaften mit dem privaten Sektor dar. Vgl. dazu *Arrowsmith/Linarelli/Don Wallace Jr.* Regulating Public Procurement, 2000, 396; *Medhurst* (Fn. 280) 67f.

[288] Verglichen mit der traditionellen Auftragsvergabe zeigt sich, daß die durchschnittliche Kostenersparnis für die ersten acht DBFO (design, build, finance and operate) Road Contracts 15% betrug, bei den Bridgend und Fazakerley Gefängnisprojekten wurden mehr als 10% während der Vertragsdauer eingespart und der Ersatz des National Insurance Recordingsystem brachte eine geschätzte 60% Ersparnis gegenüber einer ähnlichen Entwicklung im öffentlichen Sektor (Quelle: *Treasury Taskforce* Private Finance Partnerships for Prosperity. The Private Finance Initiative, 1997).

[289] Wenngleich die im Rahmen der Private Finance Initiative laufenden Projekte nicht als traditionelle Beschaffungsmaßnahme zu sehen sind: „They are hybrids.", so *Arrowsmith/Linarelli/Don Wallace Jr.* (Fn. 287) 397. In internationaler Terminologie entsprechen die Private Finance Projects der Bezeichnung Konzession oder Lizenz. Zu den rechtlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen Grundlagen sowie Voraussetzungen der PFI s. *McCrudden* Regulation and Deregulation, 1999, 145ff.; *Arrowsmith/Linarelli/Don Wallace Jr.* (Fn. 287) 402ff.

[290] Vgl. dazu u.a. *Medhurst* (Fn. 280) 67f.

[291] Z.B. Projekte wie Ärmelkanaltunnel, Docklands Light Railways Extension, M40 u.ä. (einen vollständigen Überblick über PFI Projekte etwa des Department of the Environment, Transport and the Region in: DETR, Public/Private Partnerships and the Private Finance Initiative: Summary of DETR Public/Private Partnership Projects).

[292] Unterschieden wird zwischen „financially free standing projects", „joint ventures" sowie „services sold to the public sector" (ausführlich dazu *Arrowsmith/Linarelli/Don Wallace Jr.* [Fn. 287] 396ff.).

[293] Beispiele für „financially free standing projects", bei denen der private Sektor die ihm entstehenden Kosten durch direkte Gebühreneinhebung beim Verbraucher ein-

insbesondere zur Sicherstellung eines größeren Spektrums von Sozialleistungen vorsehen.[294]

Auf lokaler Ebene wurde der Zwang zum Contracting Out seit dem Local Government Act 1988 durch das so genannte Compulsory Competitive Tendering[295] verstärkt,[296] demzufolge selbst dann, wenn staatliche Einrichtungen bestimmte Leistungen grundsätzlich selbst erbringen wollten, sie zuvor ein Vergabeverfahren durchführen mußten, an dem sich die „Inhouse Unit" beteiligen und als Bestbieter durchsetzen mußte.[297] Auf Grund zahlreicher Kritik an diesem Modell[298] hat der Local Government Act 1999[299] dieses System durch das des so genannten „best value"[300] ersetzt, das den Spielraum der Local Authorities und damit die Möglichkeit der Wahl staatlicher Eigenwahrnehmung vergrößert hat.[301]

b) Rechtliche Ausgestaltung

Vergabeverträge unterliegen in England prinzipiell den privatrechtlichen Vertragsvorschriften,[302] Streitigkeiten fallen in die Zuständigkeit

---

holt, sind etwa die Second Severn Bridge oder das Dartford River Crossing (s. *Arrowsmith/Linarelli/Don Wallace Jr.* [Fn. 287] 397).

[294] Beispiele für „joint ventures", die hinsichtlich des finanziellen Beitrags des öffentlichen Sektors einem „value for money" Test unterliegen, sind etwa Manchester's Metrolink oder City and Town Regeneration Schemes.

[295] Vgl. *Arrowsmith* (Fn. 277) 622. In der Literatur wird häufig die Abkürzung CCT verwendet [s.u.a. *Medhurst* (Fn. 280) 69].

[296] Zum Rahmenwerk des Compulsory Competitive Tendering (CCT) zählten im wesentlichen die Bestimmungen des Local Government Planning and Land Act 1980, Local Government Act 1988 und des Local Government Act 1992 [vgl. dazu etwa *Arrowsmith* (Fn. 277) 633ff.].

[297] Einen guten Überblick über CCT gibt *Medhurst* (Fn. 280) 69ff.; ausführlich *Arrowsmith* (Fn. 277) 649ff. und 705ff.

[298] Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, Schwierigkeiten einer Qualitätskontrolle, komplexe und unübersichtliche Vorschriften (vgl. dazu *Arrowsmith* [Fn. 277] 623, 635: „Frankenstein's monster style jumble of legislative provisions which are clumsily composed and difficult to understand"; *Vincent-Jones* The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services, Public Law 1999, 304, 315).

[299] Gem. sec. 21 des Local Government Act 1999 traten die Vorschriften des CCT mit 2.1.2000 außer Kraft.

[300] Näher dazu *Boyne* Process, performance and best value in local government in: Local government studies Vol. 25, 1999, 1ff.; *Walker/Davis* Perspectives on Contractual Relationships and the Move to Best Value in Local Authorities in: Local Government Studies Vol.25, 1999, 17ff.

[301] Vgl. *Vincent-Jones* (Fn. 298) 322f.

[302] *Arrowsmith* (Fn. 277) 9; *Höfler* (Fn. 278) 56, der in diesem Zusammenhang von einer grundsätzlichen „Formfreiheit der Beschaffungsverträge" spricht. In der Praxis

der Gerichte.[303] Ob und inwieweit Rechtsmittel[304] für einen „Breach of Public Law" auch für vergaberechtliche Streitigkeiten zur Anwendung kommen sollen, ist in der Literatur umstritten, die Rechtsprechung ist tendenziell zurückhaltend.[305] Es finden sich aber Ansätze in Richtung auch eines vorvertraglichen Bieterschutzes.[306] Die innerstaatlichen Rechtsmittel treten neben die speziellen, die in Umsetzung der gemeinschaftlichen Rechtsmittelrichtlinien die Regulations geschaffen haben.[307]

---

gibt es so genannte „Model forms of contract" (s. die vom Finanzministerium herausgegebene CUP Guidance No. 23).

[303] Vgl. dazu etwa *Arrowsmith* (Fn. 277) 9 unter Betonung dieses wesentlichen Unterschiedes zwischen dem englischen und französischen Vergaberecht. Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens in England sind im Gegensatz zu anderen Rechtsgebieten keine eigenen Spruchkörper in der Form von tribunals anzutreffen [vgl. auch *Höfler* (Fn. 278) 203].

[304] Neben den auch im Bereich des „breach of private law duties" anwendbaren nicht vermögensrechtlichen Rechtsmitteln der Injunction und der Declaration, gibt es für einen „breach of public law" noch die unter dem Sammelbegriff Prerogative Orders fallenden Rechtsmittel Certiorari, Mandamus und Prohibition, wobei jedoch zu beachten ist, daß, sofern es sich nicht um einen Anwendungsfall der Regulations handelt, diese wie auch die Injunction im allgemeinen nicht gegen die Krone erlassen werden dürfen [vgl. dazu und zu den möglichen Ausnahmen *Arrowsmith* (Fn. 277) 882, 906]. Diese Rechtsmittel fallen in die Zuständigkeit des High Court.

[305] Insb. umstritten ist die Frage der Anwendbarkeit der Prinzipien der Judicial Review im Bereich des Vergaberechts, wobei sich die Diskussion in Lehre [vgl. etwa *Arrowsmith* (Fn. 277) 35ff., die sich für eine Anwendbarkeit der Judicial Review ausspricht] und Rechtsprechung [s. etwa R v Enfield London Borough Council, ex p. Unwin [1989] C.O.D.466; R v Hibbit and Sanders, ex p. the Lord Chancellor's Department, weitere Nachweise bei *Arrowsmith* (Fn. 277) 35ff.] v.a. um das Erfordernis eines Public Law Element in der Vergabeentscheidung dreht. Eine zaghafte Aufgabe der Zurückhaltung gegenüber der Anwendbarkeit der Judicial Review im Vergaberecht meint *Weatherill* bereits erkennen zu können [*Weatherill* (Fn. 277) 300].

[306] Vgl. nur die Entscheidung im Fall Blackpool Aero Club v Blackpool Borough Council [1990] 1 W.L.R. 1195, in der der Court of Appeal einen „implied contract" anerkennt, der einen Anspruch des Bieters auf Berücksichtigung seines form- und fristgerecht abgegebenen Angebots enthält. S. aber auch die Nachfolgeentscheidung Fairclough Building Ltd v. Port Talbot Borough Council 62 B.L.R. 82; 33 Con.L.R.24, C.A., in der der Court of Appeal dem Schadenersatzbegehren der Klägerin auf Grund der Rechtmäßigkeit der Streichung aus der Bieterliste nicht statt gab [Beide Entscheidungen zitiert nach *Arrowsmith* (Fn. 277) 37ff.]. Die sich stellenden Fragen nach der Natur des „implied contract" und seiner Anwendbarkeit auf sämtliche Vergabeverfahrensarten sind noch weithin ungeklärt [vgl. dazu *Arrowsmith* (Fn. 277) 37; *Weatherill* (Fn. 277) 290f.; *Höfler* (Fn. 278) 144].

[307] Vgl. dazu *Arrowsmith* (Fn. 277) 903f. Durch die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien in das englische Recht wurden die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen und die Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen als neue Rechtsmittel in das englische Recht eingeführt.

Beide Rechtsbereiche spielen freilich insofern zusammen, als die Regulations keine Regeln für die Voraussetzungen und die Bemessung von Schadenersatzansprüchen enthalten.[308] Schwierigkeiten bereitet die Zuschlagsbekämpfung, folgt doch grundsätzlich das englische Recht dem Modell, daß mit Zuschlag unmittelbar der Vertrag geschlossen und ein solcher von den Gerichten nicht wieder aufgehoben werden kann.[309]

Am Wettbewerbsprinzip orientierte Modelle von Vergabeverfahren finden sich darüber hinaus bei der Vergabe von Mobilfunkfrequenzen[310] und im Verkehrssektor. Hier dürfen Local Authorities Transportdienste nur mehr nach einem Competitive Tendering-Verfahren subventionieren.[311]

Der Blick auf das englische Recht wäre freilich verkürzt, wollte man ihn hier abbrechen. Auch in Großbritannien gibt es, freilich gänzlich anders strukturiert, rechtliche Systeme abseits des Vergaberechts, die wie das französische Konzessionsmodell garantieren sollen, daß aus Gemeinwohlgründen bestimmte Leistungen vom Markt erbracht werden. Die materielle Privatisierung wesentlicher Versorgungsbereiche in Großbritannien hat nämlich nicht zu einem völligen Rückzug des Staates aus der Versorgungssicherung geführt: Das britische System der Versorgungssicherung ist das der unabhängigen Regulierungsbehörden.[312]

---

[308] Zu dieser Problematik ausführlich *Arrowsmith* (Fn. 277) 912ff.; *Weatherill* (Fn. 277) 287ff.

[309] Prinzip des „concluded contracts may not be set aside" [s. *Arrowsmith* (Fn. 277) 910; *Höfler* (Fn. 278) 134]. Demnach wird allgemein vertreten, daß derzeit der Zuschlag selbst nicht bekämpft werden kann. Ein Ausweg wird zivilrechtlich gesehen, wenn der Bieter am vergaberechtswidrigen Abschluß mitwirkt bzw. davon Kenntnis hat. Zum Vergaberecht gibt es jedoch allgemein noch wenige Entscheidungen. Eine Anpassung in Folge des EuGH Urteils in der Rs Alcatel (EuGH Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a. Slg. 1999 I-7671ff.) ist auch in der jüngsten nationalen Vergaberechtsnovelle nicht erfolgt. Ausführlich dazu *Pachnou* Direct and Indirect Effect of Directives and State Liability: Their Applicability in Relation to Procurement Remedies, Public Procurement Law Review 2000, 251 (insb. 253ff.)

[310] Rechtsgrundlage für die Vergabe der Mobilfunkfrequenzen in Großbritannien ist der Wireless Telegraphy Act 1998. Danach wird in sec. 3 der Versteigerungsmodus für die Vergabe festgelegt. Die näheren Verfahrensvorschriften hat der Secretary of State durch sog „regulations" beziehungsweise auf ihrer Grundlage erlassener „notices" zu bestimmen.

[311] In Großbritannien kam es mit dem Transport Act 1985 – mit Ausnahme von London (vgl. Fn. 143) – zu einer vollständigen Deregulierung des Verkehrssektors. Durch sec. 89 des Transport Act 1985 – durch welche die Subventionierung von Dienstleistungen im Verkehrssektor an ein Vergabeverfahren geknüpft wird – sollte eine klare Unterscheidung zwischen den kommerziellen und staatlich geförderten Dienstleistungen erfolgen. S. *Prosser* (Fn. 135) 203.

[312] Im Zuge der Privatisierung der wesentlichen Versorgungsdienstleistungsunternehmen in Großbritannien (vgl. Fn. 136) ist ein komplexes regulatorisches System entwik-

Kennzeichnend ist dabei institutionell gesehen eine weitgehende rechtliche und persönliche Unabhängigkeit des Regulators,[313] der in einem komplexen Zusammenspiel zwischen staatlicher Aufsicht, gerichtlicher Verfahrenskontrolle und den allgemeinen Wettbewerbsbehörden, der Competition Commission und dem Office of Fair Trading, agiert.[314] Inhaltlich betreiben die Regulatoren eine aktive strukturverändernde Wettbewerbspolitik.[315] Die jeweiligen, sektorbezogenen gesetzlichen Grundlagen zeigen dabei, daß neben wirtschaftlichen Zielsetzungen auch Gemeinwohlzielen der Versorgungssicherung und des Verbraucherschutzes große Bedeutung zukommt.[316] Der weite Spielraum der Regulierungsbehörden führt allerdings dazu, daß jeweils herrschende wirtschafts- und sozialpolitische Konzeptionen die Tätigkeit der Regulatoren maßgeblich bestimmen. Insoweit ist für Großbritannien typisch, daß die Regulatoren zunächst stark das Prinzip freien und effektiven Wettbewerbs in den Vordergrund gestellt haben;[317] durch den Competition and

---

kelt worden, das für jeden Industriezweig einen unabhängigen Regulator vorsieht, der ohne viel Bürokratie und mit kleiner Belegschaft tätig werden sollte. Die regulatorischen Aufgaben werden dabei auf dem Telekommunikationsmarkt von OFTEL (Office of Telecommunications), im Energiewirtschaftssektor von OFGEM (The Office of Gas and Electricity Markets), im Bereich der Wasserversorgung von OFWAT (Office of Water Services) und für das Eisenbahnwesen von ORR (Office of the Rail Regulator) wahrgenommen. Zur Entwicklung des britischen Regulierungssystems *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 339f.; *Grenfell* Can Competition Law Supplant Utilities Regulation? in: Mc Crudden (Fn. 289) 221, 223f.; *Majone,* The rise of statutory regulation in Europe in: ders., Regulating Europe 1996, 47, 48; *Prosser* Regulation, Markets, and Legitimacy in: Jowell/Oliver (Fn. 150) 237, 239ff.

[313] Als solche stellen die Regulatoren verfassungsrechtlich gesehen sogenannte „body sui generis" dar, die auch als „non-ministerial government department" bezeichnet werden. Vgl. *Bradley/Ewing* (Fn. 137) 339; ausführlich zur Unabhängigkeit der Regulatoren und insb. zur Kritik dieses stark personalisierten Systems *Foster* (Fn. 134) 267ff.; *Prosser* (Fn. 135) 52ff.

[314] Zum Zusammenwirken der Behörden s. *Graham* Regulating Public Utilities, 2000, 45ff.; *Schmidt* Die Regulierung der privatisierten Telekommunikations- und Versorgungswirtschaft in Großbritannien, Rabels Zeitschr. f. ausl. u. int. Privatrecht 1994, 636, 643f.

[315] So *Wälde* Die britische Energiewirtschaft nach der Privatisierung in: Tettinger, Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europa, 1995, 59, 75.

[316] Einen Überblick über die in den jeweiligen sektorbezogenen gesetzlichen Rahmenwerken vorgegebenen sozialen Verpflichtungen bieten *Prosser* (Fn. 135) 17ff. und *Mc Gowan* in: Cox (Fn. 172) 119f.

[317] Man reduzierte anfänglich die regulatorischen Aufgaben auf das einzige Ziel der Effizienzmaximierung bei Vorliegen von natürlichen Monopolen. Die Regulatoren sahen ihre Aufgabe in erster Linie darin, Surrogate für die unzureichenden Marktkräfte einzuführen, den Wettbewerb zu fördern und damit auch dem Verbraucherschutz zu dienen. Zu diesem ökonomischen Ansatz *Littlechild,* Regulation of British Telecommu-

Service Utilities Act 1992 wurden in Reaktion darauf für den Telekommunikations-, Gas-, Elektrizitäts- und Wassersektor die Bestimmungen hinsichtlich der Regulierung der Qualität der Dienste maßgeblich erweitert.[318] Grundsatz im britischen Modell bleibt aber, daß soziale Verpflichtungen grundsätzlich sekundäre, also den ökonomischen Verpflichtungen nachrangige Zielsetzungen der Regulierung darstellen.[319]

Die konkrete Inpflichtnahme der einzelnen Versorgungsunternehmen erfolgt dabei, wobei hier nur auf einem sehr abstrakten Niveau ein gemeinsamer Nenner aus im einzelnen sehr komplexen und stark differierenden Regelungssystemen zu ziehen ist,[320] in einem Zusammenspiel zwi-

---

nications' Profitability, Department of Trade and Industry, 1984. Dabei diente den Regulatoren insb. ein demokratisches Argument – daß soziale Erwägungen der Regulierung in der Regel eine politische Angelegenheit darstellen und insofern der Regierung mit ihrem demokratischen Mandat überantwortet werden sollten – zur Rechtfertigung, soziale Erwägungen bei der Regulierung weitgehend zu ignorieren. Ausführlich zu diesem Argument *Foster* (Fn. 134) 291 ff.; s. auch *Prosser* (Fn. 135) 6 ff.; *ders.* Theorising Utility Regulation, The Modern Law Review 1999, 196, 199.

[318] Der Service and Utilities Act 1992 überträgt den Regulatoren im wesentlichen weitergehende Kompetenzen im Hinblick auf die Festsetzung von Dienstleistungsstandards und die Veröffentlichung von Leistungsstandards der regulierten Unternehmen und bewirkt eine Stärkung der Regulatoren hinsichtlich der Überwachung der Normen, der Verbesserung von Beschwerdeverfahren und der Erleichterung des Informationszugangs. Vgl. *Graham* (Fn. 314) 27 ff.; *Prosser,* in: Jowell/Oliver (Fn. 312) 255 f.; *Mc Gowan* in: Cox (Fn. 172) 119; *McHarg* The Competition and Service Utilities Act 1992: Utility Regulation and the Charter, Public Law 1992, 385 ff.

[319] Vgl. *Graham* (Fn. 314) 27 ff. Wenn die Regulierungsziele zueinander in Konflikt stehen, gehen die primären den sekundären Verpflichtungen grundsätzlich vor. Diese regulatorische Struktur wird insb. dahingehend kritisiert, daß sie die Unternehmen zu Lasten der Verbraucher bevorzuge. Nach Reformvorschlägen der Regierung, die die Regulierung der Wasser-, Gas-, Elektrizitäts- und Telekommunikationsindustrie betreffen, sollen die primären Verpflichtungen künftig darin bestehen, daß die Regulatoren ihre Aufgaben und Funktionen auf die Art und Weise, wie sie am besten den Konsumenten dienen, erfüllen. Vgl. *Department of Trade and Industry* A Fair Deal For Consumers: Modernising the Framework for Utility Regulation, Cm 3898, 1998, Punkt 3.3–9; *Department of Trade and Industry* A Fair Deal For Consumers: The Response to Consultation, 1998, Punkt 16. S. auch *Prosser* (Fn. 317) 200. Für die Gas- und Elektrizitätsmärkte sind diese Reformvorschläge mit dem Utilities Act 2000 in der Zwischenzeit umgesetzt worden. In Abänderung des Gas Act 1986 und des Electricity Act 1989 sehen sec. 9 im Hinblick auf die Gasmärkte und sec. 13 im Hinblick auf die Elektrizitätsmärkte nunmehr als primäre Verpflichtung der Regulierungsbehörde (OFGEM) vor, den Schutz der Verbraucherinteressen zu gewährleisten.

[320] Für einen Überblick über die Regulierungssysteme der jeweiligen Versorgungsbereiche s. *Clarke* Privatisation and Competition Policy. International Business Lawyer, December 1998, 508 ff.; *Schmidt* (Fn. 314); eine ausführliche Behandlung der einzelnen Regulierungssysteme findet sich bei *Prosser* (Fn. 135) insb. 58 ff.

schen dem Regulator, dem Minister und der Competition Commission, einer prinzipiell begutachtenden Behörde, deren Gutachten allerdings vom Minister oder vom Regulator initiiert werden und dann wiederum als Legitimationsgrundlage für weitergehende Eingriffe des Regulators herangezogen werden können.[321] Der Regulator agiert eigenständig in der Öffentlichkeit und besitzt wesentliche Rechte, die er teilweise in eigener Verantwortung, teilweise unter Nachprüfung durch den Minister, teilweise im verantwortungsteilenden Zusammenspiel mit diesem wahrnimmt.[322]

Entscheidungen des Regulators kann das betroffene Unternehmen zwar grundsätzlich im Rahmen der Judicial Review bei Gericht bekämpfen; wegen der Unabhängigkeit und des Sachverstands der Regulatoren beschränken die Gerichte aber ihren Kontrollmaßstab auf die Einhaltung verfahrensrechtlicher Bestimmungen bzw. materiell auf eine ultra vires Prüfung, die dem Regulator weitgehende Ermessensspielräume beläßt.[323]

Die Verpflichtungen der einzelnen Unternehmen werden grundsätzlich in den Lizenzbedingungen näher konkretisiert, die erstmals durch den Minister hoheitlich festgelegt werden.[324] In der Praxis werden die

---

[321] Ausführlicher zu diesem komplexen Zusammenspiel *Foster* (Fn. 134) 271 f.; *Prosser* (Fn. 135) 48 ff.; *Prosser* (Fn. 317) 200 f.

[322] Das regulatorische System baut auf dem Prinzip der „at arm's length" Beziehung zwischen Regulator und Minister auf. Danach sollen die Regulatoren innerhalb des Rahmens, den die Minister – in erster Linie durch die Bestimmung der Lizenzbedingungen – festlegen, tätig werden. Die Aufgaben der Minister und der Regulatoren sind jedoch nicht eindeutig voneinander abzugrenzen, insb. weil den Regulatoren die Kompetenz zukommt, jene Lizenzbedingungen, die durch den Minister festgelegt wurden, abzuändern. Ausführlicher zum Verhältnis Regulator und Minister *Prosser* (Fn. 135) 47 f.; *Department of Trade and Industry* (Fn. 319) Punkt 2.2.–2.4.

[323] Vgl. *Foster* (Fn. 134) 281 ff.; *Ogus* (Fn. 154) 116 f. Für einen Vergleich zum amerikanischen System *Prosser* (Fn. 135) 280. Jüngere Entscheidungen zeigen jedoch, daß die Gerichte nun auch beginnen, die Ermessensentscheidungen der Regulatoren bis zu einem gewissen Grad zu überprüfen: vgl. etwa *Mercury Communications Ltd. v Director General of Telecommunications* [1996] 1 ALL ER 575 (HL) (zitiert nach *Prosser* [Fn. 135] 54, Fn. 67); *R v Director General of Electricity Supply, ex p ScottishPower plc, Lexis,* 3 February 1997 (CA) (zitiert nach *Mc Harg* A Duty to be Consistent? R v Director General of Electricity Supply, ex p ScottishPower plc, The Modern Law Review, 1998, 93, Fn. 2).

[324] Vgl. sec. 7(1) Telecommunications Act 1984; sec. 6(1)-(2) Electricity Act 1989 (abgeändert durch sec. 30 Utilities Act 2000); sec. 6(1) Water Industry Act 1991; sec. 6(1) Railways Act 1993. In der Regel haben die Minister vor Vergabe der Lizenzen den Regulator zu konsultieren, können aber auch die Lizenzvergabe an den Regulator delegieren. Im Fall der Gasregulierung wurden die Lizenzen gemäß sec. 7 Gas Act 1986 ebenfalls erstmals durch den Minister vergeben. Mit der insb. durch den Gas Act 1995 erfolgten weitergehenden Liberalisierung des Marktes wurde ein neues komplexes

Bedingungen weitgehend mit den einzelnen Unternehmen ausgehandelt.[325] Die Überwachung der Einhaltung der Bedingungen ist Aufgabe des Regulators, der die Bedingungen auch abändern kann; grundsätzlich zwar nur in Abstimmung mit den regulierten Unternehmen, im Ernstfall aber nach Durchführung eines mehrstufigen Verfahrens und Einschaltung der Competition Commission auch einseitig.[326] Die Regulierungspraxis arbeitet freilich vor allem mit Guidelines[327] sowie einer Vielzahl von informellen Interventionen des Regulators, der über die Preiskontrolle einschließlich einer Preisfestsetzungsbefugnis ein entscheidendes Druckmittel über die Unternehmen in der Hand hält.[328]

Die Lizenzbedingungen setzen die die Verwaltung gesetzlich treffenden Aufgaben und Verantwortlichkeiten durch Vorschriften über Qualität und Umfang der von den Unternehmen zu erbringenden Leistungen[329] einschließlich genauer Preisregelungen[330] um, sie enthalten

---

Lizenzierungssystem eingeführt und die Aufgabe der Lizenzvergabe an den Regulator übertragen. (vgl. sec. 5–6 Gas Act 1995, durch welche sec. 7 Gas Act 1986 ersetzt und eine neue sec. 7A eingeführt wurde.) Näher dazu *Prosser* (Fn. 135) 105f.

[325] Vgl. *Prosser* (Fn. 135) 47f.; *ders.* (Fn. 317) 200f.

[326] Näher zu den Voraussetzungen der Abänderung der Lizenzbedingungen *Foster* (Fn. 134) 278ff.; *Grenfell* in: Mc Crudden (Fn. 312) 223; *Prosser* (Fn. 135) 48f. Die Beziehungen zwischen dem Regulator und dem regulierten Unternehmen sind allerdings weitgehend vertraglicher Natur, weil es die regulierten Unternehmen im Regelfall vorziehen, bestimmte Maßnahmen „freiwillig" zu akzeptieren, um die Möglichkeit noch intensiverer Eingriffe zu unterbinden. Ausführlich dazu *Prosser* (Fn. 317) 200ff.; *Mc Harg* (Fn. 323) 93; insb. für den Energiewirtschaftssektor *Wälde* in: Tettinger (Fn. 315) 74.

[327] So wurden etwa von OFWAT Guidelines im Hinblick auf die Abschaltung der Wasseranschlüsse (vgl. *OFWAT,* Guidelines on Debt and Disconnection [1992]) oder hinsichtlich der besonderen Behandlung bestimmter sozial schwacher Personengruppen veröffentlicht. Zu letzteren s. *Prosser* (Fn. 135) 139.

[328] Wenn die regulierten Unternehmen etwa die vereinbarten Qualitätstandards oder andere Verpflichtungen nicht erbringen, können die Regulatoren diese Umstände bei der nächsten Preiskontrolle miteinbeziehen. Vgl. *Department of Trade and Industry* (Fn. 319) Punkt 3.38. Im Fall von British Gas hat der Regulator insb. mit seinem Eingriffsrecht, das Unternehmen aufzuspalten, gedroht. Vgl. *Wälde* in: Tettinger (Fn. 315) 74.

[329] Da die Ausgestaltung der Lizenzbedingungen individuell erfolgt und insb. zwischen den jeweiligen Versorgungsbereichen große Unterschiede bestehen, ist es schwierig, hierüber allgemeine Aussagen zu treffen. In der Regel werden in den Lizenzbedingungen bestimmte Minimumstandards festgelegt und die privatisierten Versorgungsbetreiber verpflichtet, jede angemessene Nachfrage zu fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu erbringen. Vgl. *Grenfell* in: Mc Crudden (Fn. 312) 233; *Schmidt* (Fn. 314) 646.

[330] Die Preiskontrolle erfolgt durch die so genannte RPI-X (Retail Price Index) Formel. Mittels dieser Formel wird erstmals durch den Minister für ein Bündel von Diensten eine maximale Preissteigerung festgelegt, die periodisch in etwa vier bis fünf Jah-

darüber hinaus vielfach auch soziale[331], umweltpolitische[332] oder sonstige[333] Verpflichtungen. Im Eisenbahnbereich kennt das britische Recht in Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben[334] auch das System der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen in „Franchise Agreements". Diese werden ebenfalls in einem Wettbewerbsverfahren vergeben.[335]

Demgegenüber kennt das britische Recht der Versorgungswirtschaft – sieht man vom Telekommunikationssektor ab[336] – keine Universaldienstmodelle im engeren Sinn. Gemeinwohlverpflichtungen werden durch gleichmäßige Auferlegung der Verpflichtungen an alle privatisierten Versorgungsunternehmen erfüllt.[337]

---

ren durch den Regulator überprüft und angepaßt werden soll. Durch die Tarifaufsicht soll in erster Linie der Mißbrauch von Marktmacht verhindert und damit auch Verbraucherschutz sichergestellt werden. Zur Preisregulierung *Graham* (Fn. 314) 151ff.; *Ogus* (Fn. 154) 309ff.; *Foster* (Fn. 134) 205ff.

[331] So werden die Versorgungsbetreiber in den Lizenzen etwa regelmäßig verpflichtet, für besondere Personengruppen (ältere oder behinderte Menschen) die Dienstleistungen zu besonderen Bedingungen anzubieten. Vgl. *Grenfell* in: Mc Crudden (Fn. 312) 233.

[332] Diese Verpflichtungen spielen insbesondere im Bereich der Energiewirtschaft und der Wasserversorgung eine Rolle (vgl. sec. 3(3) Electricity Act 1989 (abgeändert durch sec. 13 Utilities Act 2000); sec. 2(4) Water Industry Act 1991).

[333] Z.B. Forschungsverpflichtungen, vgl. sec. 3(3)(c) Electricity Act 1989 (abgeändert durch sec. 13 Utilities Act 2000). S. auch *Wälde* in: Tettinger (Fn. 315) 85.

[334] Verordnung 1191/69 (s. Fn. 221).

[335] Die Vergabe derartiger „franchise agreements" erfolgt gemäß sec. 23 Railways Act 1993 durch den Director of Passenger Rail Franchising, der gemäß sec. 1(1)(b) Railways Act 1993 durch den Minister ernannt wird und gemäß sec. 5(1) Railways Act 1993 an die Weisungen des Ministers gebunden ist. Die Vorschriften hinsichtlich der Vergabe der „franchise agreements" (sec. 26 Railways Act 1993) räumen dem Franchising Director einen relativ weiten Spielraum ein. S. *Prosser* (Fn. 135) 196f.; Allgemein zu „public franchises" *Ogus* (Fn. 154) 318ff.

[336] Im Telekommunikationsbereich wurden von OFTEL Konsultationen hinsichtlich der Errichtung eines Universaldienstfonds durchgeführt (Vgl. OFTEL, Universal Telecommunications Services, 1997, abrufbar unter www.oftel.gov.uk). Im Hinblick auf die geringen Nettokosten für die Erbringung eines Universaldienstes hat man jedoch von einem derartigen Finanzierungsmechanismus, nach welchem alle Telekommunikationsbetreiber einen gewissen Beitrag für die Universaldienstkosten zu leisten gehabt hätten, abgesehen. Insofern sind derzeit nur BT und Kingston gemäß den ihnen auferlegten Lizenzbedingungen verpflichtet, einen Universaldienst zu erbringen und für die Kosten aufzukommen. Vgl. *Bratby/Strivens* Telecommunication Law in the United Kingdom in: Scherer, Telecommunication Laws (Fn. 251) 317, 332; *Graham* (Fn. 314) 103ff.; Mitteilung der Kommission v. 11.11.1999, Fünfter Bericht über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor, KOM (1999) 537.

[337] Für die Gasversorgungsunternehmen s. *Department of Trade and Industry/OFGAS* Standard Conditions of Gas Suppliers' Licences as modified to March 1997, Condi-

III. Konzepte staatlicher Wirtschaftstätigkeit

A. Schwerpunktverlagerungen bei den Zielsetzungen

Der Überblick über die staatliche Wirtschaftstätigkeit in den gewählten Referenzrechtsordnungen zeigt zunächst, daß sich die Schwerpunkte staatlicher Wirtschaftstätigkeit deutlich hin zu Aufgaben der Versorgungssicherung und der Bedarfsdeckung verlagert haben. Die staatliche Erwerbswirtschaft ist, einem allgemeinen Trend zur Privatisierung folgend, auf dem Rückzug. Die historisch als Begründung für das Engagement des Staates in wichtigen Industrie- und Finanzdienstleistungsunternehmen im Vordergrund stehenden Argumente – Sicherung nationalen Eigentums, Beschäftigungspolitik, Kontrolle volkswirtschaftlicher Schlüsselbranchen etc. – haben ihre Überzeugungskraft offenbar weitgehend verloren.[338] Das auf Wettbewerb ausgerichtete Gemeinschaftsrecht kann sich hier ungeschützt entfalten und trägt wesentlich zur Beschleunigung dieses Prozesses bei.

Unterschiedliche Konzepte sind demgegenüber festzustellen, wenn staatliche Wirtschaftstätigkeit primär mit der Zielsetzung der Versorgungssicherung oder der Bedarfsdeckung begründet wird. Im letztgenannten Bereich ist dabei der durch das Gemeinschaftsrecht vollzogene Wandel des öffentlichen Beschaffungswesens von einem sozial- und wirtschaftspolitischen zu einem nur an wirtschaftlichen Effizienzkriterien orientierten Bedarfsdeckungsinstrument weitgehend akzeptiert. Der Ausfall der Auftragsvergabe als sozial- und wirtschaftspolitisches Instrument wiegt allerdings dann besonders schwer, wenn, wie in Österreich, andere Modelle der staatlich verantworteten Versorgungssicherung durch Private fehlen, wie sie das französische Recht im Konzessionsmodell des service public oder das englische Recht im Modell staatlicher Marktregulierung entwickelt haben.

Bei der staatlichen Versorgungssicherung zeigen sich wesentliche Unterschiede in der Aufgabenkonzeption. Die Auffassungen differieren sowohl darüber, welche Leistungen für den Einzelnen als so elementar anzusehen sind, daß deren Erbringung nach gemeinwohlorientierten

---

tion 2 (1). Für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen s. sec. 16 Electricity Act 1989 (abgeändert durch sec. 44 Utilities Act 2000); für die Wasserversorgungsunternehmen s. sec. 37(1) Water Industry Act 1991. Im Eisenbahnwesen werden Gemeinwohlverpflichtungen über „franchising agreements" erbracht. S. *Grenfell* in: Mc Crudden (Fn. 312) 233.

[338] Der Staat ist weder ein schlechter noch ein guter Unternehmer, sondern er ist grundsätzlich kein Unternehmer, weil er auf Grund seiner Aufgaben und den daraus folgenden spezifischen Handlungsrationalitäten zu viele und zu divergierende Interessen berücksichtigen muß.

Grundsätzen staatlicherseits zu garantieren ist, als auch darüber, welche konkreten Verantwortlichkeiten aus der Garantenstellung des Staates folgen.

Das positive Verfassungsrecht erweist sich dabei regelmäßig als weitgehend flexibel gegenüber Veränderungen in der Konzeption, womit demokratiepolitisch diese Grundfrage weitgehend der tagespolitischen Festlegung durch den einfachen Gesetzgeber überantwortet ist. Für das den konkreten verwaltungsrechtlichen Ausgestaltungen zugrundeliegende System dürfte wesentlicher sein, wie auf Grund der geschichtlichen Entwicklung und der vorherrschenden „Staatskonzeption" das Verhältnis des Einzelnen zum Staat gesehen wird. So beherrscht das französische Konzept des service public nach wie vor eine positive Einstellung zum Staat als Leistungserbringer, was bis in die weitgehend objektiv-rechtliche Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes hineinwirkt. Demgegenüber stehen in Österreich bei grundsätzlich gleicher Ausgangslage weitgehender Leistungserwartungen an den Staat Lehre und Rechtsprechung stark unter dem Leitmotiv, den Einzelnen vor Fehlverhalten des Staates zu schützen. Es mag sein, daß hier unterschwellig die historischen Belastungen des Begriffs der „Daseinsvorsorge"[339] die weitere Ausgestaltung der Leistungsverwaltung insbesondere durch Lehre und Rechtsprechung geprägt haben.

B. Zielneutralität und Multifunktionalität der Mittel

Auf der Ebene der Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit zeigt sich deutlich, daß von einer einfachen Zuordnung bestimmter Mittel zu bestimmten Zielsetzungen nicht die Rede sein kann. Grundsätzlich werden die Instrumente „öffentliches Unternehmen" und „staatliche Auftragsvergabe" jeweils, freilich je nach staatlicher Aufgabenkonzeption in unterschiedlichem Ausmaß, für alle drei hier unterschiedenen Zielsetzungen eingesetzt. Sie wechseln damit je nach konkreter Ausgestaltung auch ihre Konzeption. So können öffentliche Unternehmen in der Versorgungssicherung auf die Sicherung von Gemeinwohlzielen ebenso ausgerichtet sein wie als Organisationsprivatisierungen bei der staatlichen Bedarfsdeckung auf die Ertragsmaximierung öffentlicher Mittel. Staatliche Leistungsbestellung kann als Übertragung eines service public oder als Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen stark auf

[339] Zu den Wurzeln und zur Geschichte dieses von *Forsthoff* geprägten Begriffs s. *Hermes* Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 94f.; *Korinek/Holoubek* (Fn. 39) 46ff. jeweils mwN.

nicht wirtschaftliche Zielsetzungen, als klassische Auftragsvergabe oder als Vergabeverfahren zur Vermögensprivatisierung auf wirtschaftliche Effizienzoptimierung ausgerichtet sein.

Dementsprechend haben die einzelnen Rechtsordnungen insbesondere das Instrument staatlicher Leistungsbestellung rechtlich ausdifferenziert. Der Bogen spannt sich von der den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien vor Augen stehenden, an Effizienz- und Wettbewerbskriterien orientierten Auftragsvergabe im technischen Sinn über das die Sicherung von Gemeinwohlzielen in den Vordergrund rückende „Konzessionsmodell" hin zu primär hoheitlichen Formen staatlicher Leistungssicherstellung durch Regulierung.

Der oft konstatierte Konzeptionswechsel von staatlicher Eigenerfüllung zur Gewährleistung von Gemeinwohlleistungen durch staatliche Leistungsvergabe an Private oder staatliche Marktregulierung findet allerdings bislang nur in wenigen Sektoren tatsächlich in allen untersuchten Rechtsordnungen statt. Der Telekommunikationssektor dürfte insoweit eher ein Einzelfall sein. Insofern könnten die technischen Umwälzungen im Telekommunikationssektor zwar den Erfolg der Liberalisierung dieses Bereichs bewirkt haben, gleichzeitig aber nahelegen, daß das Modell der Telekommunikationsliberalisierung für andere Märkte, wo Umwälzungen so nicht stattfinden, nur von bedingter Tauglichkeit ist.

In anderen Infrastrukturbereichen divergieren denn oft auch rechtliche Konstruktion und tatsächliches Bild erheblich, wie etwa die Energieversorgung in Frankreich oder die Trinkwasserversorgung in Großbritannien zeigen. Trotz rechtlicher Liberalisierung und Privatisierung haben sich in den genannten Sektoren weitgehend monopolartige Strukturen erhalten. Auch dort, wo Systemwechsel nicht konsequent durchgehalten werden, also etwa gemeinwirtschaftliche Leistungen zwar nicht mehr vom Staat selbst erbracht sondern wettbewerbsorientierten Unternehmen auferlegt und abgegolten, diese Leistungen aber nicht in einem Wettbewerbsverfahren vergeben werden, bleibt bei vordergründigem Systemwechsel in der rechtlichen Konstruktion die ursprüngliche Konzeption der Erfüllung durch Monopolunternehmen weitgehend bestehen.

C. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht – wechselseitige Einflüsse

Gemeinschaftsrecht und nationales Recht stehen bei der staatlichen Wirtschaftstätigkeit, das belegt die Rechtsvergleichung eindrucksvoll, mittlerweile unter starken wechselseitigen Einflüssen. Wo das Gemeinschaftsrecht Rahmenbedingungen setzt, innerhalb derer den Mitglied-

staaten auch ein Systemwettbewerb eröffnet wird, haben erfolgreiche nationale Systeme durchaus gute Aussichten, auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene wieder rezipiert zu werden. Die Verankerung der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" in Art. 16 EGV und in Art. 36 der Europäischen Grundrechtscharta ist das augenfälligste Beispiel.[340] Die Verschiedenartigkeit mitgliedstaatlicher Vorstellungen darüber, welche Bereiche in welchem Ausmaß staatlicher Versorgungssicherung unterliegen sollen, zeigt dabei, daß der für eine gemeinschaftsweite inhaltliche Festlegung solcher Bereiche notwendige Grundkonsens noch in einiger Ferne sein dürfte. Denn wo das Gemeinschaftsrecht selbst Systemvorgaben entwickelt, wie insbesondere im Vergaberecht mit dem Wettbewerbsprinzip und der weitgehenden Ausschaltung sozial- und wirtschaftspolitischer Zielsetzungen, setzt sich das Gemeinschaftsrecht auch effektiv nur dann durch, wenn und insoweit das System Überzeugungskraft aufweist.[341] Differenziert es zu wenig und erfaßt damit Bereiche, auf die seine Rationalität nicht mehr zutrifft, bekommt die Widerstandskraft abweichender nationaler Regelungssysteme Überzeugungs- und damit Durchsetzungskraft.

Eine wesentliche Stärke des Gemeinschaftsrechts ist es, staatliche Wirtschaftstätigkeit „ganzheitlich" zu betrachten, was auf mitgliedstaatlicher Ebene zu einer verstärkten Klarstellung der jeweiligen Zielsetzungen und damit zu Transparenz zwingt. So zieht in aller Regel die Betrauung von öffentlichen Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und damit die Inanspruchnahme der „Versorgungsschutzklausel" des Art. 86 Abs. 2 EGV die Qualifikation dieses Unternehmens als öffentlicher Auftraggeber nach sich, wenn auf Grund besonderer Rechte des Unternehmens Aufgaben „nicht gewerblicher Art" erfüllt oder schlicht weil Sektorentätigkeiten erbracht werden, auch wenn am Markt daneben private Unternehmen tätig werden.[342] Strukturell vergleichbar greifen Vergaberecht und Beihilfenrecht

---

[340] Protokoll Nr. 32 zum EGV betreffend den öffentlich-rechtlichen Rundfunk wäre ein weiteres Beispiel.

[341] Das Vergaberecht ist im übrigen ein Musterbeispiel dafür, daß ein erfolgreicher Systemwechsel seiner Abstützung im Organisations- und Verfahrensrecht bedarf. Die Rechtsanwendung ist dabei in Transformationsrechtsordnungen gefährdet, die „neue" Zielsetzung zu verabsolutieren und gleichwohl weiter vorhandene, im Einzelfall auch gegenläufige Zielsetzungen bei dem dann notwendigen Abwägungsprozeß zu gering zu gewichten.

[342] Daher hat der EuGH zu Recht entschieden, daß der Begriff der „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art", wie er in den Vergaberichtlinien verwendet wird, Aufgaben nicht ausschließt, die (auch) von Privatunternehmen erfüllt

bei Verträgen zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen[343] oder wettbewerbsorientierte Vergabeverfahren und Beihilfenrecht bei Vermögensprivatisierungen[344] ineinander. Entscheidet sich der Staat, Eigenbedarf selbst zu decken, so kann er dies nach der herrschende Auffassung zur „Inhouse-Vergabe"[345] auch organisatorisch ausgegliedert

---

werden oder erfüllt werden könnten, EuGH Rs. C-360/96, Gemeente Arnhem, Slg. 1998 I-6821ff., Rz. 38ff.

[343] Etwa im Zusammenhang mit Verkehrsdiensten im Sinne von Art. 14 der VO 1191/69 (s. dazu oben in Fn. 221).

[344] Dazu oben in Fn. 213. Zu Reaktionen der Kommission auf die Praxis von Staaten, sich an Unternehmen eine „Goldene Aktie" zu behalten, *Urlesberger* Europarecht: Das neueste auf einen Blick, WBl 2000, 454, 454f.

[345] Die Europäische Kommission geht davon aus, daß in concreto eine Dienstleistung unter anderem dann nicht nach den Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG auszuschreiben ist, „wenn die Leistung von einer Einrichtung durchgeführt wird, die zu 100% im Eigentum des Auftraggebers ist und von diesem vollständig kontrolliert wird, und sie darüber hinaus diese Leistung ausschließlich für den Auftraggeber erbringt. In diesem letztgenannten Fall ist die Richtlinie jedoch anwendbar, sobald die Einrichtung nicht mehr vollständig vom Auftraggeber kontrolliert wird oder nicht mehr vollständig in dessen Eigentum steht bzw. wenn die Einrichtung Leistungen auch an Dritte erbringt." S. die Mitteilung der Kommission vom 11.3.1998, Kom. (1998) 143 endg., Seite 11/Fn. 10. Der EuGH hat – freilich in einem obiter dictum – eine etwas großzügigere Sichtweise angedeutet, wenn er ausführt, daß es für das Vorliegen eines in concreto öffentlichen Lieferauftrages zwar grundsätzlich genügt, daß der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person abgeschlossen wurde, sodann aber anfügt: „Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben." (EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98, Teckal, Rz. 50); s. weiters die Schlußanträge GA *Lapergola*, Rs. C-360/96 Gemeente Arnhem, Slg. 1998, I-6840, Rz. 34ff. und – noch deutlicher – Schlußanträge GA *Alber*, Rs. C-108/98, RI.SAN, Slg. 1999 I-5219ff., Rz. 52ff.; näher *Potacs* Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne der Vergaberichtlinien: Unterliegt der Akt der Ausgliederung dem Vergaberecht?, in: Rill/Griller (Fn. 4) 33, 46ff.; *Potacs* Ausgliederungen und Finanzdienstleistungen in: ders. (Hrsg.), Beiträge zum Kärntner Vergaberecht, 2000, 79, 83ff.; *Holoubek* Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen von Ausgliederungen und Privatisierungen, ÖGZ 12/2000, 22, 26ff.; *Faber* Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschte Unternehmen – in-house-Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb?, DVBl 2001, 248ff. Entscheidend ist dabei, ob die Begründung der „In house-Ausnahme" in einer funktionellen Betrachtung des Auftraggeber-Begriffs („wie über seine eigenen Dienststellen") und damit in der Abgrenzung von staatlicher Eigenleistung und Leistungserbringung am und durch den Markt gesehen wird (dazu insb. *Holoubek* a.a.O. 26f.) oder in einer funktionellen Betrachtung des Auftrags-(Vertrags-)Begriffs (der zwei voneinander unabhängige Vertragspartner voraussetzt), womit die Abgrenzung eher organisatorisch zwischen dem Staat im funktionellen Sinn und privaten Unternehmen verläuft. Der EuGH läßt sich bislang in beide Richtungen deuten.

tun, solange sich das ausgegliederte Unternehmen nicht in den allgemeinen Wettbewerb begibt. Tut es das, dann muß der Staat die Wettbewerbsneutralität wahren und seine Leistungsbeziehungen zum ausgegliederten Rechtsträger dem Vergaberecht unterwerfen.

Insgesamt enthalten die gemeinschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen staatlicher Wirtschaftstätigkeit vor allem Anforderungen an die Transparenz der in den Mitgliedstaaten eingesetzten Mittel, während in vielen Bereichen den Mitgliedstaaten die Zuständigkeit zur Festlegung von Zielsetzung und Ausmaß staatlicher Wirtschaftstätigkeit verbleibt. Wesentlich für ein reibungsloses Ineinandergreifen von Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht ist damit eine ausdifferenzierte Dogmatik der Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit. Diese muß zum einen die entsprechende Transparenz herstellen, zum anderen muß sie aber auch den unterschiedlichen Konzeptionen staatlicher Wirtschaftstätigkeit adäquat Rechnung tragen.

IV. Bauelemente einer europäischen Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit

A. Verantwortung und Markt als Schlüsselbegriffe

Eine zentrale Funktion einer solchen europarechtlichen Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit liegt damit in einer ersten Stufe darin, möglichst klare Festschreibungen und Zuordnungen zu ermöglichen, welche Verantwortung[346] jeweils der Staat für einen bestimmten Sach-

[346] Als abstrakt dogmatischer Begriff (*Winkler* Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht in: FS Antoniolli, 1979, 3, 16ff.) eines europäischen allgemeinen Verwaltungsrechts ist der Begriff der „Verantwortung" geeignet zu beschreiben, wie und in welchem Ausmaß der Staat mit seiner wirtschaftlichen Tätigkeit im hier zugrundegelegten weiten Sinn bestimmte Aufgaben übernimmt. In vergleichbarem Sinn wird der Begriff in der deutschen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Diskussion, wenn auch in unterschiedlichen Begrifflichkeiten, wohl zumeist verwendet, s. nur *Schmidt-Aßmann* (Fn. 2) 154ff.; *Trute* Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 167, 198: „Der heuristische Begriff der staatlichen Verantwortung zielt im vorliegenden Zusammenhang darauf, die Verantwortungsverteilung zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren in bestimmten Aufgabenfeldern zu umschreiben." Vgl. auch *Hoffmann-Riem* Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit in: FS Vogel, 2000, 47ff. Kritisch zur Leistungsfähigkeit des Begriffs der Verantwortung *Schmidt* Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv 2000, 149, 157f.; *Röhl* Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, Die Verwaltung 2000, Beiheft 2, 33.

bereich übernimmt und welche Aufgabe demzufolge dem Markt zukommen soll. Nach der Intensität der Verantwortung[347] des Staates und der daraus resultierenden Funktion des Marktes bei staatlicher Wirtschaftstätigkeit differenzierend lassen sich drei Modelle unterscheiden:

Zum ersten staatliche *Erfüllungsverantwortung*, bei der der Staat die Leistungserbringung zu verantworten hat, sie damit aber – Verantwortung und Ingerenz bedingen einander – auch umfassend gestalten kann. Dem Markt kommt hier Instrumentalfunktion zu. Das Risiko eines möglichen Marktversagens[348] trägt der Staat. Besteht eine derartige Erfüllungsverantwortung des Staates, müssen Gemeinwohlziele höher zu gewichten sein als ökonomische Effizienzüberlegungen. Die staatliche Ingerenz reicht hier bis in die Leistungserbringung hinein. In Anlehnung an das französische Recht könnte man das als „service public"-Modell bezeichnen.

Zum zweiten kann der Staat *Gewährleistungsverantwortung* dahingehend übernehmen, daß bestimmte Leistungen in bestimmter Qualität vom Markt erbracht werden, der damit Leistungsfunktion übernimmt. Dieses Konzept geht von einer durch das Prinzip der Wettbewerbsneutralität geprägten Beziehung des Staates zum Markt aus. Die staatliche Tätigkeit kann zwar grundsätzlich sowohl Gemeinwohlziele als auch ökonomische Effizienzziele verwirklichen, es müssen aber die ökonomischen Effizienzziele den Gemeinwohlzielen zumindest gleichwertig sein. Das Risiko des Marktversagens trägt in diesem Modell letztlich der Einzelne, weil staatliche Regulierung nicht alle Störungen und Defizite ausschließen kann und der Staat das Marktrisiko akzeptiert. Dieses Modell könnte in Anlehnung an britische Tradition als „Regulierungsmodell" bezeichnet werden.

Die dritte Möglichkeit ist schließlich die, daß dem Staat bloß *Finanzverantwortung* verbleibt, er also bei seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit öffentlichen Mitteln nur Ertragsmaximierung zum Ziel hat. Dann übernimmt der Markt die Regulierungsfunktion, weil sich auch der Staat den Marktbedingungen unterwirft. Dieses Modell könnte man als „share holder-value"-Modell bezeichnen.

---

[347] Die Begriffsbildung erfolgt im folgenden angesichts einer gewissen Inflation von Verantwortungsbegriffen (neben den Nachweisen oben in Fn. 346 zuletzt etwa *Schuppert* Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung 2000, Beiheft 2, 103, 114ff.) eigenständig, womit auch bei Übereinstimmung im Wortlaut inhaltliche Unterschiede zu anderen Verwendungen der selben Begriffe möglich und zu beachten sind.

[348] Hier in einem weiten Sinne von Störungen einer ordnungsgemäßen und jeweils zieladäquaten Leistungserbringung und nicht im engeren ökonomischen Sinn grundsätzlich fehlender Bedingungen für das Funktionieren eines Marktes gemeint.

B. Modellangepaßte Dogmatik der Mittel

Diese Modelle bedürfen in einer zweiten Stufe einer funktionsadäquaten Ausgestaltung der Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit.[349] Daher bedingt etwa die weitgehende staatliche Ingerenz des „service public Modells" eine weitgehende Trennung zwischen öffentlichem und privatem Sektor. Daraus folgen dann Begrenzungen für den „gemischten Wettbewerb" und weitreichende Quersubventionsverbote ebenso wie eine strikte Beachtung eines „Spezialitätsgrundsatzes". Es fehlt an einer überzeugenden Begründung dafür, daß ein auf seinem „Heimatmarkt" service public-Funktion erfüllendes Unternehmen auf anderen, räumlich oder sachlich verschiedenen Märkten wettbewerbsorientiert ohne entsprechenden Auftrag tätig wird. Sollen öffentliche Unternehmen auch als „global players" agieren können,[350] muß der Staat ein anderes, etwa das Regulierungsmodell wählen. In diesem hat insbesondere das sekundäre Gemeinschaftsrecht[351] bereits entsprechende

---

[349] Die vorstehend vorgeschlagene Modellbildung spiegelt, weil sie nach der Intensität staatlicher Verantwortung für die konkret in Rede stehende Aufgabenerfüllung differenziert, somit auch jeweils eine unterschiedliche Intensität in der staatlichen Wahrnehmung von Allgemeininteressen wieder. Die hier unterschiedenen Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit – staatliche Eigentätigkeit und staatliche Leistungsbestellung und Leistungssicherung jeweils in einem weiten Sinn – verhalten sich demgegenüber zu den hier unterschiedenen Modellen zunächst neutral. Es hängt von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Mittels ab, ob die damit unternommene Durchsetzung öffentlicher Interessen dem Modell der Erfüllungs-, der Gewährleistungs- oder der Finanzverantwortung folgt.

[350] S. allgemein zu dieser Problematik *Hellermann* Der Staat als Akteur auf ausländischen Märkten – Verfassungsrechtliche und staatstheoretische Aspekte der auswärtigen Aktivität öffentlicher Unternehmen in: FS Böckenförde, 1995, 277 ff.

[351] Derartige Regelungen sind im Zusammenhang mit der Öffnung des Telekommunikations-, Post-, Eisenbahn- und Strommarktes erlassen worden. So ordnet für den Telekommunikationsbereich Art. 5a der RL 90/387/EWG i.d.F. RL 97/51/EG (ABl 1997 L 295/23) an, daß die Mitgliedstaaten zur Wahrung der Regulierungsaufgaben von den Telekommunikationsorganisationen rechtlich getrennte und funktionell unabhängige Behörden einzurichten haben. Diese strikte Trennung von Aufsichtsfunktionen und Betriebsfunktionen ist für den Postsektor in Art. 22 der RL 97/67/EG (ABl 1997 L 15/14) und für den Strommarkt in Art. 20 Abs. 3 EBRL 96/92/EG (ABl 1996 L 27/20) vorgeschrieben. Für den Eisenbahnbereich sieht nunmehr der Gemeinsame Standpunkt 41/2000 im Hinblick auf den Erlaß einer RL zur Änderung der RL 91/440/EWG (ABl 2000 C 288/1) vor, daß bestimmte Funktionen, die für einen gerechten und nichtdiskriminierenden Zugang zu den Infrastrukturen ausschlaggebend sind, an Stellen oder Unternehmen zu übertragen sind, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen. Ausführlich zu diesen Vorgaben im Telekommunikationsbereich s. *Holoubek* Liberalisierung und Regulierung im Telekommunikationsbereich in: FS 100 Jahre Wirtschaftsuniversität Wien, 1998, 307, 315 ff.; für den Strommarkt s. *Aichlreiter* Ist der

Regeln für die Trennung von staatlicher „Spieler"- und „Schiedsrichter"-Funktion entwickelt.

Das am Wettbewerbsprinzip orientierte klassische, insbesondere das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht etwa ist im „service public-Modell" ein Fremdkörper. Vergabeverfahren müssen sich hier auf die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz beschränken, aber die Wahlfreiheit des Staates im übrigen unangetastet lassen. Demgegenüber sind im „Regulierungsmodell" wegen der strikten Wettbewerbsneutralität der staatlichen Ingerenz staatliche Leistungsbestellungen oder Universaldienstverpflichtungen nach dem Wettbewerbsprinzip und dort unter weitergehender Bindung des Staates zu vergeben.

Im einzelnen wären sowohl materielle, als auch organisations- und verfahrensrechtliche Prinzipien sowie Rechtsschutzstandards zu entwickeln, die für die nähere Konkretisierung in speziellen Verwaltungsrechtsbereichen als Bauelemente dienen können. Für die Bestandteile dieser Dogmatik bieten sowohl die Gemeinschaftsrechtsordnung als auch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einen reichen Fundus, auf den zurückgegriffen werden kann. So bieten sich etwa die Grundprinzipien des service public[352] der Kontinuität, Gleichbehandlung und Anpassung als gemeinschaftliche Grundprinzipien an, wenn dem Staat Erfüllungsverantwortung zugeschrieben ist. Daran läßt sich dann bei der Anwendung von Art. 16 und 86 Abs. 2 EGV anknüpfen.

C. Funktion der Modellbildung

Die Rationalitätsgewinne eines derartigen „Modelldenkens" liegen darin, daß auf allgemein verwaltungsrechtlicher Ebene Modelle für unterschiedliche Systeme bereitstehen, auf die bei der konkreten Ausgestaltung einzelner Verwaltungsrechtsbereiche zurückgegriffen werden kann. Je nach materieller Kompetenzgrundlage und politischer Entscheidung kann die Festlegung für ein Modell auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene getroffen oder den Mitgliedstaaten überlassen werden. Das damit notwendige Abstraktionsniveau dieser allgemeinen Modelldogmatik müßte auch in der Lage sein, hinreichende Flexibilität zu gewährleisten, um Raum zu lassen für eine, den jeweiligen aufgabenspezifischen Besonderheiten Rechnung tragende, konkretisierende Be-

---

Wirtschaftsminister ein unabhängiger Kontrollor des Strommarktes?, WBl 2000, 156; *Potacs* Netzzugang und Netzzugangsverweigerung in: Pauger (Hrsg.), Ein Jahr ElWOG – Rück- und Ausblick auf die Liberalisierung der österreichischen Elektrizitätswirtschaft, 2000, 101 ff.

[352] S. oben bei Fn. 111 ff.

reichsdogmatik. Die Modelle sollten so auch genügend offen und damit „lernfähig" sein, um auf Veränderungen systemimmanent reagieren zu können.

Ein entscheidender Vorteil in der Ausbildung derartiger Modelle auf der europäischen Ebene liegt darin, daß mit der Wahl eines bestimmten Modells auch Klarheit über die grundlegende Systementscheidung hergestellt wird. Die Festlegung staatlicher Aufgaben und der für ihre Erfüllung bestehenden staatlichen Verantwortung sollte als politische Entscheidung transparent gemacht werden. Diese sollte weder durch fehlende adäquate Instrumente für die Übernahme weitergehender staatlicher Verantwortung in eine ungewollte Rücknahme von Gemeinwohlsicherungen gezwungen werden, noch sollte es möglich sein, einen wie immer begründeten Wechsel in der staatlichen Aufgaben- und damit Verantwortungskonzeption hinter diffusen rechtlichen Konstruktionen zu verstecken. Es macht einen Unterschied, ob das Rundfunkrecht zur Sicherung von demokratie- und kulturpolitischen Zielsetzungen öffentlich-rechtlichen Rundfunk notwendig verbunden mit gewissen Sonderstellungen und damit staatliche[353] Erfüllungsverantwortung vorsieht, oder, ob bestimmte demokratie- oder kulturpolitisch gewünschte Leistungen in einem Universaldienst am Markt vergeben, und damit staatliche Gewährleistungsverantwortung begründet wird. Mit diesem Modellwechsel ist nicht nur ein Instrumentenwechsel sondern eben auch ein Systemwechsel im Verantwortungsbereich und damit, aus der Sicht des Einzelnen, in der Frage der Risikoübernahme verbunden. Verantwortung wird in aller Regel erst im Konflikt- oder Schadensfall schlagend. Mag der Unterschied zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung vielleicht in vielen alltäglichen Situationen nicht spürbar sein, verwischt werden sollte er nicht.

[353] Daß die Wahrnehmung der staatlichen Verantwortung in diesen Fällen zwingend staatsfern ausgestaltet sein muß, ändert an der Grundkonzeption nichts.

Leitsätze des 3. Berichterstatters über:

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

I. Gegenstand, Methode und Zielsetzung der Untersuchung

1. Das Thema bezieht sich auf die beiden wesentlichen Marktaggregate Angebot und Nachfrage. Es geht um die Tätigkeit des Staates (im funktionellen Sinn) am Markt, bei der er marktfähige Güter oder Leistungen, also solche, die zumindest potentiell auch von Privaten erbracht werden (können), selbst oder über Dritte anbietet oder nachfragt.

2. Ansatzpunkte für die funktionelle Rechtsvergleichung sind die Ziele – Versorgungssicherung, Bedarfsdeckung und Erwerbswirtschaft – und die Mittel – der Staat erbringt die Leistungen selbst („öffentliche Unternehmen" in einem weiten Sinn) oder er sichert sich die Erbringung derartiger Leistungen durch Verpflichtung eines Dritten („Auftragsvergabe" in einem weiten Sinn) – staatlicher Wirtschaftstätigkeit.

3. Ziel der Rechtsvergleichung ist es zum ersten, bestehende strukturelle Unterschiede in den untersuchten Mitgliedstaaten aufzuzeigen. Zum zweiten sollen dadurch Problemfelder deutlich gemacht werden, für die drittens Ansatzpunkte entwickelt werden, wie das Gemeinschaftsrecht reagieren und dabei Ergebnisse einer wertenden Rechtsvergleichung rezipieren könnte.

II. Ziele und Mittel staatlicher Wirtschaftstätigkeit im Rechtsvergleich

A. Der Staat als Unternehmer – staatliche Leistungserbringung

a) Österreich

4. Öffentliche Unternehmen dominieren einen weitgezogenen Sektor der Versorgungssicherung. Stark im Wachsen ist auf Grund eines Trends zur Organisationsprivatisierung die Zahl der öffentlichen Unternehmen zur staatlichen Bedarfsdeckung. Demgegenüber verliert die Erwerbswirtschaft als Ziel öffentlicher Unternehmenstätigkeit auf Grund umfangreicher Privatisierungen zusehends an Bedeutung.

5. *Die Bereiche der Versorgungssicherung und der Bedarfsdeckung bieten auf verwaltungsrechtlicher Ebene durch Eigentumsvorbehalte, sondergesellschaftsrechtliche Einflußnahmemöglichkeiten und zahlreiche Qualitätssicherungs-, Preisgestaltungs- und Gleichbehandlungsvorschriften das Bild einer stark ausgeprägten staatlichen Ingerenz und Verantwortung. Verfassungsrechtliche Leitlinien dafür fehlen allerdings weitgehend. Bei Unternehmen der Erwerbswirtschaft sind demgegenüber kaum besondere, vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abweichende Steuerungsmechanismen normiert.*

b) Frankreich

6. *Mehrere Privatisierungswellen haben die Bedeutung staatlicher Erwerbswirtschaft deutlich reduziert. Der weite Sektor der Versorgungssicherung ist aber weiterhin fest in staatlicher Hand.*
7. *Staatliche Unternehmenstätigkeit ist sowohl öffentlich-rechtlich in établissements publics industriels et commerciaux als auch privatrechtlich, insbesondere in sociétés d'économie mixte (gemischt wirtschaftliche Kapitalgesellschaften) und sociétés privées à capital public (Kapitalgesellschaften als staatliche Alleingesellschaften, allenfalls unter Beteiligung der Belegschaft) organisiert. Sie alle werden als entreprises publiques zusammengefaßt. Die organisationsrechtliche Unterscheidung wird maßgeblich durch den materiellen Begriff des service public industriel et commercial überlagert.*
8. *Die Steuerung der entreprises publiques erfolgt in Frankreich in starkem Ausmaß über interne Mechanismen (Organbestellungs- und Entsendungsrechte). Weitreichende Aufsichtsbefugnisse ergänzen ein System nachhaltiger Verflechtung zwischen staatlicher Verwaltung und öffentlicher Wirtschaft. Erfüllen entreprises publiques einen service public industriel et commercial, unterliegen sie den Grundprinzipien des service public (Kontinuitäts-, Gleichbehandlungs- und Anpassungsprinzip). Alle entreprises publiques unterliegen dem Grundsatz der Spezialität.*

c) Großbritannien

9. *Großbritannien steht für eine weitgehende Privatisierung der öffentlichen Wirtschaft und eine Reduktion des Staates auf seine „Kernkompetenz" der Marktregulierung. Staatliche Erwerbswirtschaft gibt es nicht mehr, die Versorgungswirtschaft in den Infrastrukturbereichen ist privatisiert. Geblieben sind öffentlich-rechtliche Organisationsformen, die Aufgaben der Versorgungssicherung sowie der Bedarfsdeckung übernehmen.*
10. *Staatliche Aufsicht und Kontrolle folgen den Zielsetzungen des „New Public Management" und unterscheiden nach dem „at arm's length"-Prinzip zwischen exekutiver Unternehmensführung („management") und langfristiger strategischer Lenkung („policy").*

B. Der Staat als Nachfrager und Leistungsbesteller – staatliche Leistungssicherung

a) Österreich

11. *Das Vergaberecht ist seiner Konzeption nach vom Bedarfsdeckungszweck geprägt. „Vergabemodelle" finden sich auch im Zusammenhang mit Privatisierungen, bei der Vergabe von Mobilfunkkonzessionen und bei der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen.*
12. *Das Vergabeverfahren wird öffentlich-rechtlich, das mit dem Zuschlag begründete Vertragsverhältnis zivilrechtlich eingeordnet. Aus kompetenzrechtlichen Gründen ist das Vergaberecht – ohne föderalistischen Sinn und ökonomisch unzweckmäßig – in ein Bundes- und neun Landesvergabegesetze zersplittert.*
13. *Das österreichische Vergaberecht ist von strikter Wettbewerbsneutralität und einer detailgetreuen Übernahme der EU-Richtlinien geprägt. Der Vergaberechtsschutz einschließlich Zuschlagsbekämpfung ist für die Bieter kostengünstig grundsätzlich vor unabhängigen Verwaltungsbehörden organisiert. Dazu tritt ergänzend und verstärkend die Zuständigkeit der Zivilgerichte, die weitgehende Schadenersatzansprüche und schadenersatzvermeidende Unterlassungsansprüche anerkennen. Spruchpraxis und Judikatur haben bislang den Bieterschutz zu Lasten der inhaltlichen Steuerungskompetenz der Auftraggeber betont.*

b) Frankreich

14. *Grundsätzlich ist zwischen der Vergabe öffentlicher Aufträge („marchés publics") und der „délégation de service public" zu unterscheiden. Diese ursprünglich nach den Zielen Bedarfsdeckung und Versorgungssicherung unterschiedenen Systeme mußten unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts etwas angeglichen werden.*
15. *Bei der délégation de service public wird einem (privaten oder staatlichen) Dritten die Erbringung der Leistungen des service public bei gleichzeitig fortbestehender Verwaltungsverantwortung übertragen. Der Staat bleibt weiterhin Verantwortungsträger („maitrise"), der Konzessionär erfüllt eine staatliche Aufgabe und handelt nicht in privatautonomer Freiheit („habilitation"). Bestimmend für den Konzessionsvertrag sind weitreichende Spielräume bei der Wahl des Konzessionärs, die (einseitige) Abänderungsmöglichkeit des Konzessionsvertrags durch die staatliche Verwaltung und der Modus der Entlohnung des Konzessionärs durch Entgelte der Nutzer. Das Verfahren der délégation de service public zielt auf Transparenz, nicht aber auf einen Vergabewettbewerb im technischen Sinn.*

16. *Zielsetzung des Code des marchés publics ist demgegenüber der an wirtschaftlichen Effizienzkriterien ausgerichtete Vergabewettbewerb. Dabei steht genuin innerstaatliches Vergabeverfahrensrecht neben eigenen Umsetzungsbestimmungen der EU-Vergaberichtlinien. Das französische Recht ordnet öffentliche Aufträge grundsätzlich dem öffentlichen Recht zu. Der Zuschlag ist selbständig bekämpfbar. Sowohl Streitigkeiten im Rahmen des Vergabeverfahrens als auch solche aus dem Vertragsverhältnis unterliegen grundsätzlich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.*

c) Großbritannien

17. *Das EU-Vergaberecht ist mittels Regulations eigenständig umgesetzt, daneben gibt es gesetzliches und in „Procurement Policy Guidelines" geregeltes innerstaatliches Vergaberecht. Beide basieren auf dem Wettbewerbsprinzip. Das Vergaberecht ergänzen die Vorschriften des „Deregulation and Contracting Out Act 1994", der die Auslagerung staatlicher Aufgaben auf Private mit anschließendem Leistungszukauf fördert. Mittel der Übertragung ist oft die „Private Finance Initiative", die innerstaatlich als Teil des Public Procurement betrachtet und dem Wettbewerbsprinzip unterworfen wird. Vergabeverträge unterliegen den privatrechtlichen Vertragsvorschriften, Streitigkeiten fallen in die Zuständigkeit der Gerichte. Schwierigkeiten bereitet dem englischen Recht die Zuschlagsbekämpfung.*
18. *Abseits von Vertragsmodellen soll in Großbritannien das System unabhängiger Regulierungsbehörden Versorgungssicherung gewährleisten. Die konkrete Inpflichtnahme der einzelnen Versorgungsunternehmen erfolgt dabei über Lizenzbedingungen, die – in der Praxis weitgehend ausgehandelt – die Verwaltung gesetzlich treffenden Verantwortlichkeiten durch Vorschriften über Qualität und Umfang der von den Unternehmen zu erbringenden Leistungen umsetzen.*

III. Konzepte staatlicher Wirtschaftstätigkeit

A. Schwerpunktverlagerungen bei den Zielsetzungen

19. *Der Rechtsvergleich zeigt, daß sich die Schwerpunkte staatlicher Wirtschaftstätigkeit deutlich hin zu Aufgaben der Versorgungssicherung und der Bedarfsdeckung verlagert haben. Die reine staatliche Erwerbswirtschaft ist auf dem Rückzug.*
20. *Der durch das Gemeinschaftsrecht vorgegebene Wandel des öffentlichen Beschaffungswesens von einem sozial- und wirtschaftspolitischen*

zu einem an Effizienzkriterien orientierten Bedarfsdeckungsinstrument ist weitgehend akzeptiert. Probleme entstehen dadurch dann, wenn, wie in Österreich, andere Modelle staatlich verantworteter Versorgungssicherung durch Private fehlen, wie sie das französische Recht im Konzessionsmodell des service public und das englische Recht im Modell staatlicher Marktregulierung entwickelt haben.

21. *Bei der Versorgungssicherung zeigen sich wesentliche Unterschiede in der Konzeption staatlicher Aufgaben. Das positive Verfassungsrecht erweist sich dabei regelmäßig als flexibel gegenüber Veränderungen. Für die konkrete verwaltungsrechtliche Ausgestaltung dürfte wesentlicher sein, wie auf Grund der geschichtlichen Entwicklung und der vorherrschenden „Staatskonzeption" das Verhältnis des Einzelnen zum Staat gesehen wird.*

B. Zielneutralität und Multifunktionalität der Mittel

22. *Die Instrumente „öffentliches Unternehmen" und „staatliche Auftragsvergabe" (in einem weiten Sinn) werden in unterschiedlichem Ausmaß für alle Zielsetzungen eingesetzt. Sie wechseln damit je nach konkreter Ausgestaltung auch ihre Konzeption.*

23. *Frankreich und Großbritannien haben insbesondere die staatliche Leistungsbestellung rechtlich stark ausdifferenziert: vom an Effizienzkriterien orientierten Wettbewerbsmodell der Auftragsvergabe im technischen Sinn über die Sicherung von Gemeinwohlzielen im Konzessionsmodell zu staatlicher Leistungssicherstellung durch Regulierung. Der häufig genannte Konzeptionswechsel von staatlicher Eigenerfüllung zur Gewährleistung von Gemeinwohlleistungen durch staatliche Leistungsvergabe an Private oder staatliche Marktregulierung findet tatsächlich bislang allerdings nur in wenigen Sektoren in allen hier untersuchten Rechtsordnungen statt. Der Telekommunikationssektor dürfte insoweit eher ein Einzelfall sein.*

C. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht – wechselseitige Einflüsse

24. *Wo das Gemeinschaftsrecht Rahmenbedingungen setzt, innerhalb derer Raum für einen Systemwettbewerb der Mitgliedstaaten bleibt, haben erfolgreiche nationale Systeme gute Aussichten, auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene rezipiert zu werden (zB Art 16 EGV). Entwickelt das Gemeinschaftsrecht selbst Systemvorgaben, setzt es sich auch effektiv dann durch, wenn und insoweit das System Überzeugungskraft aufweist. Differenziert es zu wenig und erfaßt damit Bereiche, auf die seine*

Rationalität nicht mehr zutrifft, bekommt die Widerstandskraft abweichender nationaler Regelungssysteme Überzeugungs- und damit Durchsetzungskraft.

25. *Eine wesentliche Stärke des Gemeinschaftsrechts ist es, staatliche Wirtschaftstätigkeit „ganzheitlich" zu betrachten, wie das Ineinandergreifen von Vergaberecht, Beihilfenrecht und Recht der öffentlichen Unternehmen zeigt.*

IV. Bauelemente einer europäischen Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit

A. Verantwortung und Markt als Schlüsselbegriffe

26. *Auf einer ersten Stufe ist es Aufgabe einer europarechtlichen Dogmatik staatlicher Wirtschaftstätigkeit, klare Festschreibungen und Zuordnungen zu ermöglichen, welche Verantwortung jeweils der Staat für einen bestimmten Sachbereich übernimmt und welche Aufgabe demzufolge dem Markt zukommen soll. Nach der Intensität der Verantwortung des Staates und der daraus resultierenden Funktion des Marktes bei staatlicher Wirtschaftstätigkeit differenzierend lassen sich drei Modelle unterscheiden:*

27. *Erfüllungsverantwortung: Der Staat verantwortet die Leistungserbringung, kann sie damit aber – Verantwortung und Ingerenz bedingen einander – auch umfassend gestalten. Dem Markt kommt hier Instrumentalfunktion zu. Das Risiko eines möglichen Marktversagens trägt der Staat. („service public-Modell")*

28. *Gewährleistungsverantwortung: Der Staat verantwortet, daß bestimmte Leistungen vom Markt erbracht werden, der damit Leistungsfunktion übernimmt. Die Beziehung des Staates zum Markt ist durch das Prinzip der Wettbewerbsneutralität geprägt. Das Risiko des Marktversagens trägt letztlich der Einzelne. („Regulierungsmodell")*

29. *Finanzverantwortung: Der Staat verantwortet nur die Ertragsmaximierung der öffentlichen Mittel. Der Markt übernimmt die Regulierungsfunktion. („share holder value-Modell")*

B. Modellangepaßte Dogmatik der Mittel

30. *Diese Modelle bedürfen in einer zweiten Stufe einer funktionsadäquaten Ausgestaltung der Mittel. Die weitgehende staatliche Ingerenz des „service public Modells" bedingt etwa eine weitgehende Trennung zwischen öffentlichem und privatem Sektor; das am Wettbewerbs-*

prinzip orientierte klassische Vergaberecht ist hier ein Fremdkörper. Demgegenüber sind im „Regulierungsmodell" – wegen der strikten Wettbewerbsneutralität der staatlichen Ingerenz – staatliche Leistungsbestellungen oder Universaldienstverpflichtungen nach dem Wettbewerbsprinzip und damit unter weitergehender Bindung des Staates zu vergeben.

31. *Im Einzelnen sind materielle, organisations- und verfahrensrechtliche Prinzipien sowie Rechtsschutzstandards zu entwickeln. Für die Bestandteile dieser Dogmatik bieten sowohl die Gemeinschaftsrechtsordnung als auch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einen reichen Fundus.*

C. Funktion der Modellbildung

32. *Die Rationalitätsgewinne eines derartigen „Modelldenkens" liegen darin, daß auf allgemein verwaltungsrechtlicher Ebene Modelle für unterschiedliche Systeme bereitstehen, auf die bei der konkreten Ausgestaltung einzelner Verwaltungsrechtsbereiche zurückgegriffen werden kann. Je nach materieller Kompetenzgrundlage und politischer Entscheidung kann die Festlegung für ein Modell auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene erfolgen oder den Mitgliedstaaten überlassen werden. Ein entscheidender Vorteil in der Ausbildung derartiger Modelle auf europäischer Ebene liegt darin, daß mit der Wahl eines bestimmten Modells auch Klarheit über die Systementscheidung hergestellt wird. Die Festlegung der Aufgaben staatlicher Wirtschaftstätigkeit und der für ihre Erfüllung bestehenden staatlichen Verantwortung sollte als politische Entscheidung transparent gemacht werden.*

4. Aussprache und Schlußworte

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber

Vorsitzender (Ipsen): Meine sehr verehrten Damen, meine Herren, ich eröffne die Diskussion unseres zweiten Beratungstages. Angesichts der hervorragenden drei Referate, die wir am Vormittag gehört haben, verbietet es sich für mich, Ergänzungen, Zusammenfassungen, Hinzufügungen aus der Sicht des Diskussionsleiters vorzunehmen. Ich möchte mich allerdings nicht vollständig einer Eingangsbemerkung enthalten, sondern drei Punkte zum Diskussionsverlauf voranschicken. Zum einen möchte ich auf das Problem der „Ungleichzeitigkeit" hinweisen. Dies ist ein Phänomen, das auch in Kreisen der Staatsrechtslehrer beobachtet wird und in einer eigenartigen Differenz zwischen der inneren Uhr und der äußeren Uhr besteht. Offenbar geht die innere Uhr häufig nach und es ist die Aufgabe des Diskussionsleiters, Sie immer wieder an die äußere Uhr zu erinneren. Wir haben etwa 30 Wortmeldungen und wollen die Diskussion um 17.30 Uhr abschließen, um den drei Referenten die Gelegenheit zu Schlußworten zu geben. Wir haben bewußt auf Zwischenworte verzichtet, um dem Diskussionsverlauf keine Unterbrechung zu bereiten. Das bedeutet, wir haben etwa 180 Minuten Zeit; geteilt durch 30 Wortmeldungen macht dies 6 Minuten pro Wortmeldung. Ich bin bereit, aber auch entschlossen, das zu exekutieren und zwar mit den bekannten Mitteln des Verwaltungszwangs. Wenn 5 Minuten vorüber sind, werde ich als erstes dieses rote Licht anschalten: das ist die Androhung. Nach 6 Minuten werde ich mit meinem Stift gegen das Mikrofon klopfen – das ist die Festsetzung – und nach 7 Minuten müssen Sie dann mit der Anwendung des Zwangs rechnen. Ich hoffe allerdings, daß es soweit nicht kommen wird. Ein dritter Punkt, der gestern sogar im Laufe der Diskussion problematisiert worden ist, ist die Reihenfolge. Wir haben heute viel aus dem Kommunalrecht gehört, dort gibt es ja das Prioritätsprinzip oder Windhundprinzip. Ich neige mehr zum Prioritätsprinzip, weil ich die verehrten Kolleginnen und Kollegen als „Windhunde" anzusprechen mich nicht trauen würde. Das Prioritätsprinzip verbietet sich schon deshalb von selbst, weil – als ich vorhin hier saß – eine solche Fülle gleichzeitiger Wortmeldungen erfolgte, daß man eine Reihenfolge nicht würde herstellen können. Das Anciennitätsprinzip ist ja ebenfalls bekannt; wir

haben es aber – glaube ich – nach mehreren Jahrzehnten seiner Stabilität mittlerweile überwunden, so daß das von Herrn *Rauschning* vorgeschlagene Losverfahren übrigbliebe. Auch dieses Verfahren wäre heute ungünstig, und zwar allein deshalb, weil wir thematische Blöcke haben, die sich so deutlich voneinander unterscheiden, daß das Los dann gewissermaßen quer zu der sachlichen Gliederung verliefe. Ich habe mich deshalb entschlossen, das „Sachlichkeitsprinzip" obwalten zu lassen. Das bedeutet, daß wir in zwei mehr oder weniger voneinander zu trennenden Blöcken zunächst über die Grundfragen und insbesondere die Unternehmertätigkeit des Staates sprechen, die vor allen Dingen Herr *Löwer* und rechtsvergleichend Herr *Holoubek* behandelt haben, um uns in einer zweiten Phase – dem zweiten Teil der Diskussion – der Vergabeproblematik zu widmen. Wenn Sie mit diesem Vorgehen einverstanden sind, darf ich sogleich Herrn *Püttner* das Wort zu einer historischen Bemerkung erteilen.

Püttner: Herr Vorsitzender, vielen Dank, daß ich jetzt sprechen darf, denn ich muß leider nachher den Saal verlassen. Nachdem ich nun über 30 Jahre der Vereinigung angehöre, darf ich auch einmal den Anfang machen. Sie haben ja schon vorweggenommen den Dank für die ausgezeichneten Referate, dem kann ich mich eigentlich nur anschließen, und hinzufügen möchte ich, daß natürlich der Dank auch an den Vorstand geht, daß er dieses spezielle Thema, wie ich meine ungemein wichtige Thema, zum Gegenstand gewählt hat und auch die Referenten so ausgewählt hat, daß wir wirklich ausgezeichnet instruiert worden sind über das, was sich auf diesem Felde tut. Also insofern Dank. Aber nicht nur Dank, sondern auch Anregung. Vielleicht kann dieser Tag sämtliche Lehrbuchautoren des Staatsrechts, die wir in unserem Kreise haben, anregen, diese Thematik mit in ihre Ausführungen aufzunehmen. Leider ist das nicht immer der Fall, sondern diese Thematik – der Staat als Wirtschaftssubjekt – bleibt manchmal ganz am Rande und man konzentriert sich auf die Frage, was denn Verfassung sei und was nicht. Ich meine, der heutige Tag hat gezeigt, daß wir andere Akzente zu setzen haben als bisher.

Die übliche historische Bemerkung könnte in dem Hinweis bestehen, daß der Vorgänger unseres modernen Staates, der Fürst, sich natürlich keinen Bindungen unterworfen fühlte, wenn er als Wirtschaftssubjekt auftrat, und auch der Staat des frühen 19. Jahrhunderts dachte eigentlich noch nicht so recht daran, daß es Bindungen geben könnte bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand; es ging eher um die Frage der Zweckmäßigkeit solchen Tuns. Aber ich bin mit Herrn *Löwer* einig, daß der Staat jedenfalls heute kein Privater ist, daß er Bindungen

unterliegt, ob mehr aus Grundrechten oder mehr aus dem Rechtsstaatsgedanken heraus, das mag dahinstehen. Was die Entwicklung der öffentlichen Unternehmen angeht, die ja zu dieser Wirtschaftstätigkeit gehören, so scheint es so zu sein, daß mit steigendem Wohlstand die Notwendigkeit öffentlicher Unternehmen abnimmt. Das heißt also: Der öffentliche Zweck mag in unterentwickelten Volkswirtschaften häufig gebieten, daß man öffentliche Unternehmen zum Wohle aller betreibt; bei gestiegenem Wohlstand schwindet offenbar diese Notwendigkeit. Ich weiß nicht, ob man das immer und überall belegen kann, aber mir scheint eine Tendenz in diese Richtung zu gehen. Im übrigen würde ich Herrn *Löwer* (das war ja nicht immer so) zu 95% zustimmen. Ich glaube, er hat richtig herausgestellt, daß der Staat eben nicht ein Privater ist und anderen Lebensbedingungen unterliegt.

Was allerdings den aktuellen Streit Banken gegen Sparkassen angeht, würde ich ergänzen wollen, daß sich ja die Großbanken interessanterweise im Augenblick aus dem Kleinkunden- und dem Mittelstandsgeschäft zurückgezogen haben, so daß die Sparkassen plötzlich ohne ihr Zutun wieder in eine wichtigere Rolle gelangt sind, als sie sie vorher eingenommen haben. Was aber zu ergänzen wäre, Herr *Löwer*, ist die Frage, wie wir mit den sogenannten nichtwirtschaftlichen Einrichtungen und Unternehmen umgehen sollen. Sie hatten den noch nicht abgeschlossenen Streit um die Altautoverwertung in Wuppertal erwähnt. Die diesbezügliche kommunale Aktivität ist vom OLG Düsseldorf als nichtwirtschaftliche Betätigung eingestuft worden mit der Folge, daß die Schranken wirtschaftlicher Betätigung nicht greifen. Ich kann mir vorstellen, daß hier noch viel Zündstoff liegt. Wenn wir in Deutschland beispielsweise mit EG-Vorgaben nicht zufrieden sind, stehen wir uns am besten, wenn wir die betroffenen Aktivitäten in den nichtwirtschaftlichen Bereich einordnen können, den die EG nicht berühren darf. Aber wo die Grenze verläuft zwischen wirtschaftlich und nicht-wirtschaftlich, das müßte noch neu überdacht werden.

Herr *Puhl*, ich muß sagen, Sie haben ausgezeichnet die Vergabekriterien, auch die vergabefremden Kriterien herausgestellt und uns gezeigt, was gehen kann und was nicht gehen kann. Mir scheint am wesentlichsten zu sein, daß jedenfalls Kriterien – auch vergabefremde Kriterien –, wenn sie denn angewendet werden sollen, vorher klar herausgestellt werden müssen. Was es nicht mehr geben darf nach dem neue Vergaberecht ist, daß man erst nichts sagt und dann, wenn man seinen Freund in Bedrängnis sieht, Kriterien erfindet, die nur dieser erfüllen kann. Das darf nicht mehr sein, sondern es müssen die Kriterien vorher festgelegt sein, und nach denen muß man dann auch verfahren. Allerdings werden Verwaltungen immer wieder versucht sein, befreun-

dete Unternehmen z.B. aus der Region bei der Vergabe zu bevorzugen und sich an der Vergabeordnung vorbeizudrücken. Werden mehrere Vergabekriterien angewendet, bleibt deren Gewichtung ungewiß, und so gewinnt die Verwaltung, vor allem auch bei Anwendung des Ästhetik-Kriteriums, doch wieder Entscheidungsspielraum, um die ungeliebten (fremden) Bieter nicht zum Zuge kommen zu lassen. Man muß es leider so hart sagen.

Eine offene Frage ist für mich, wie es eigentlich aussieht mit ausgegliederten Betrieben (Hilfsbetrieben oder sonstigen eigenen Betrieben). Darf man sie bevorzugen, darf man an sie freihändig Aufträge vergeben oder muß man auch hier ausschreiben? Herr *Holoubek*, Sie hatten glaube ich gesagt, ausgegliederte Unternehmen unterlägen dem Marktprinzip, daß also ausgeschrieben werden muß. Aber ich habe den Eindruck, daß selbst die Kommission bisher noch eher dazu neigt, eine Art Konzernprivileg anzuerkennen, daß man also im eigenen Bereich freihändig vergeben kann. Das müßte auch noch einmal näher geprüft werden. Was ich nicht mitbekommen habe, ist die Frage, was denn nun aus den schönen Verdingungskartellen unter dem neuen Recht eigentlich wird. Wird es sie weiter geben, werden die Unternehmen auch unter neuen Vorzeichen das öffentliche Ausschreibungswesen unterlaufen oder werden sie es jetzt schwieriger haben? Ich weiß nicht, ob Sie da, Herr *Puhl*, schon über einen Eindruck verfügen. Dann hat mich das Referat von Herrn *Holoubek* angeregt darüber nachzudenken, wie es denn eigentlich mit den Bindungen anderer europäischer Staaten, z.B. Frankreichs, an deren Wirtschaftsbestimmungen steht. Innerhalb Deutschlands fällt es leicht, die Verletzung von Gemeindeordnungsbestimmungen zugleich als Vorstoß gegen das UWG zu werten wie im Fall Gelsengrün. Ob wir aber auch gegenüber französischen Städten, z.B. Lyongrün oder Bordeauxgrün, das durchsetzen könnten, das wage ich zu bezweifeln. Selbst wenn wir eine Regel auffinden würden im französischen Recht, die besagen würde (Herr *Autexier*, Sie können uns ja darüber belehren), daß es dort auch solche Schranken gibt, wäre doch die Frage, ob das hier bei uns richterlich beurteilt werden könnte. Man sieht also, so meine ich, daß gerade die guten Referate immer wieder weitere Fragen provozieren, und ich glaube, wir sind mit unserer Debatte noch nicht am Ende, sondern eher am Anfang.

Böckenförde: Meine Damen und Herren, dem Dank für die aus nach meiner Sicht ausgezeichneten Referate möchte ich mich anschließen. Ich stehe ja diesem Gebiet nicht besonders nahe und habe viel gelernt; insbesondere hat mich auch die produktive Rechtsvergleichung, die Herr *Holoubek* uns hier vorgeführt hat, sehr beeindruckt. Ich möchte

mich auf zwei Bemerkungen beschränken. Eine Bemerkung zu Herrn *Löwer* und eine Bemerkung zu Herrn *Puhl.*

Herr *Löwer,* mir leuchtet Ihre These 1 nicht ein. Sie haben sie sehr apodiktisch formuliert. Ihre Aussage gilt für die wirtschaftliche Betätigung der Staaten in welcher organisatorischen Gestalt auch immer, eine Betätigung des Erwerbszwecks nur um des Gewinnes willen ist verfassungsrechtlich unzulässig. Wieso eigentlich? Warum ist die Erzielung von Einnahmen, um die allgemeinen Bedürfnisse der Staatstätigkeit und die Staatsaufgaben zu erfüllen, kein öffentlicher Zweck? Und aus welcher *Bestimmung des Grundgesetzes* soll sich das herleiten, daß der Staat nicht erwerbswirtschaftlich tätig sein darf, um dadurch Mittel zu gewinnen für seine Aufgaben. Mir leuchtet ein, daß es da Begrenzungen gibt, daß der Staat nicht sich eine beherrschende Stellung verschaffen darf, daß er dadurch nicht das Marktgeschehen überformen darf, aber als Teilnehmer, der auch der Konkurrenz untersteht und der natürlich nicht Herrschaftsmittel einsetzen darf, um sich in der Konkurrenz Vorteile zu verschaffen, warum soll das dem Staat verwehrt sein und aus welcher Verfassungsbestimmung ergibt sich das? Ich habe also nach Ihrer These zur Kenntnis nehmen müssen, daß ich mich an der Perpetuierung einer Verfassungswidrigkeit beteilige, wenn ich in Freiburg Rothaus-Bier trinke, was für mich eines der besten Biere ist, die in Freiburg ausgeschenkt werden. Das ist eine staatliche Privatbrauerei. Im Hintergrund Ihrer Aussage steht ja vielleicht die These vom Prinzip des Steuerstaates. Aber ich meine, daß Frau *Sacksofsky* in ihrer Habilitationsschrift hinreichend deutlich nachgewiesen hat, daß die These vom Steuerstaat kein Verfassungsprinzip ist, sondern eine Beschreibung dessen, daß der Staat heute sich die Mittel zur Erledigung seiner Aufgabe vorwiegend durch Auferlegung von Steuern verschafft. Aber das führt nicht dazu, das andere für unzulässig zu halten.

Zu Herrn *Puhl*: Ich habe Bedenken gegen Ihre Ausdehnung des Art. 12 Abs. 1 GG. Ihre These ist ja – These 19 und 20 – jede staatliche Auftragsvergabe enthält grundsätzlich einen Grundrechtseingriff gegenüber den nicht berücksichtigten Konkurrenten. Wieso kommt es auf einmal zu einer solchen Ausdehnung des Gewährleistungsinhalts von Art. 12 Abs. 1? Der Art. 12 will als Freiheitsrecht den Zugang zum Beruf, freien Zugang zum Beruf gewährleisten. Dann kann die Berufsausübung geregelt werden, aber sie kann selbstredend nur so geregelt werden, daß der Beruf auch angemessen ausgeübt werden kann und nicht erdrosselt wird. Aber wieso soll jetzt jede Vergabeentscheidung, die ja gar nichts damit zu tun hat, daß dieser Beruf ausgeübt werden kann, ein Eingriff in, den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 sein? Das ist eine solche Ausdehnung, deren inneren Grund ich nicht einzusehen vermag.

Sie hat dann die Folge, daß alles auch dem Gesetzesvorbehalt untersteht. Was schutzwürdig ist bei der Vergabe, ist ja durch Art. 3 GG, nämlich den Gleichheitssatz, daß eine gleiche Chance, gleiche Zugangsbedingungen gegeben sein müssen, hinreichend gewährleistet. Im Hintergrund steht hier das, was wir allgemein machen. In unserer Grundrechtsdogmatik unterscheiden wir nur Schutzbereich und Eingriff. Und dann wird der Schutzbereich so weit gefaßt, daß, wenn da Freiheit steht, eigentlich alles zulässig ist und dann ist das, was Freiheit in diesem umfassenden Sinn vielleicht begrenzt schon ein Eingriff. Ich meine – und ich hoffe, das auch irgendwann mal darlegen zu können – man muß *dreigliedrig* vorgehen. Das erste ist der Sach- und Lebensbereich, den ein Grundrecht betrifft. Dazu gehört bei Art. 12 auch und gerade die gewerbliche Betätigung. Dann kommt die Frage, was ist der Gewährleistungsinhalt. Der Gewährleistungsinhalt ist nicht stets universale Freiheit, sondern ist ein spezifischer, und hier, bei Art. 12 ist es der freie Zugang, und die notwendigen Regelungen für die Ausübung in der Weise, daß dadurch die Ausübung nicht über nachbezogenen Regelungen hinaus unangemessen eingeschränkt oder gar erdrosselt wird. Dann ist ein Eingriff eben nur dann gegeben, wenn in einen dieser Gewährleistungsinhalte eingegriffen wird. Erst dann kommt die Frage, gesetzliche Schranken usw. Vielen Dank.

Häberle: Herr Vorsitzender, zu Ihrer Rubrik I drei kleine Bemerkungen. Zunächst zu Herrn *Löwer*, er hat unsere Wissenschaft bereichert durch die zweimal gebrauchte Metapher vom „androgynen Staat". Diese Rezeption ist eine Innovation. Könnte er uns vielleicht mit den Mitteln der Kunstwissenschaft, nicht mit denen der Jurisprudenz, erklären, wie dies zu verstehen ist. Denn ich kenne das Androgyne vor allem aus der Museumslandschaft Roms: etwa den Thermen des Caracalla. Das sage ich vorwiegend heiter. Jetzt zwei seriöse Fragen: Zum einen zum Begriff „Gemeinwohl", mit dem beide Erstreferenten operiert haben (Herr *Löwer* z.B. II Ziff. 4). Wo kommt das Gemeinwohl, ein Schlüsselbegriff, im Verfassungsstaat her? Es sind einerseits prozedurale bzw. kompetenzmäßige, zugleich andererseits materiellrechtliche, in der Verfassung normierte Direktiven. Sodann zur Problematik des Marktes, des „unbekannten Wesens", das Herr *Holoubek* eindrucksvoll zu strukturieren suchte, auf der Folie der neuesten Entwicklungen. Es gibt einschlägige frühe Literatur zu Markt und Marktwirtschaft von Herrn *Rupp*, jüngst schrieb Herr *Ossenbühl* in der Festschrift für Quaritsch über Verfassungsstaat und Markt, ich rang vor einigen Jahren um eine Verfassungstheorie des Marktes. Ist der Markt naturwüchsig? Er ist jedenfalls durchgängig nur instrumental zu verstehen – Herr *Holou-*

bek spricht dies nur für seine erste Kategorie aus (Ziff. 27). Der Markt bedarf stets der Begrenzung. Herr *Leisner* schrieb kürzlich vom marktoffenen Verfassungsstaat. M.E. zeigt sich eine Brücke zwischen Markt und Wettbewerb einerseits und dem Gemeinwohl andererseits. Wir sollten die Stunde nutzen, daß wir beim Markt auch die Relation zum Gemeinwohl herstellen. Das Gemeinwohl ist nicht nur auf der Seite des Staates, sondern mittelbar auch auf der Seite des Marktes zu sehen. Vielen Dank.

Masing: Meine Damen und Herren, von einer konkreten Frage zu einem generellen Problem: Im Verwaltungsrecht ist seit mittlerweile einiger Zeit erkannt, daß es viele indirekte Steuerungsmittel gibt, mit denen man nicht zuletzt auch versucht, über das Verhalten von Nachfrage und Angebot auf Produktionsprozesse einzuwirken. Insbesondere gilt das etwa für das Umweltaudit, mit dem man bewußt versucht, auf eine umweltfreundliche Produktion einzuwirken und ein umweltgerechtes Management zu schaffen, indem Unternehmen mit der Einbindung in das Umweltaudit werben und damit Vorteile auf dem Markt erzielen können. Es sollen also bewußt produktionsbezogene Kriterien in den Prozeß von Angebot und Nachfrage eingeschleust werden. Soll jetzt der Rückgriff auf diese Kriterien gerade dem Staat verschlossen bleiben? Mir leuchtet das schon vom Grundsatz her nicht ein – und schon gar nicht vom Ansatzpunkt der Argumentation. Vielleicht ließe sich eine solche Restriktion rechtfertigen, wenn man das Kriterium für Vergabeentscheidungen auf die reine Wirtschaftlichkeit des Produkts beschränken wollte und könnte. Wenn man aber davon ausgeht, daß die Grundlage in den Grundrechten steckt, dann fragt sich, wie sich aus Art. 12 GG das Recht ableiten läßt, ein Produkt zum selben Preis zu verkaufen, wie ein anderes, unabhängig davon, auf welche Weise es produziert ist. Folgt aus Art. 12 GG ein Anspruch gegenüber dem Staat, seine Produkte unabhängig von den Produktionsbedingungen abzunehmen? Dies ist weder vom Gleichheitssatz her plausibel, der hier das näherliegende als Kriterium sein dürfte, noch gar von Art. 12 GG aus. Und damit komme ich zu der Gesamtperspektive. Mir scheinen in diesem Ansatz die Grundrechte deutlich überfordert. Das gilt insbesondere für den Grundansatz, der aus der Garantie der Wirtschaftsfreiheit herleitet, daß jede Mitwirkung des Staates an Wirtschaftsprozessen von vornherein in qualifizierter Weise rechtfertigungsbedürftig sei. Natürlich ist Staatshandeln immer am gemeinen Wohl auszurichten. Im übrigen ist es aber nur insoweit begrenzt, als sich dies aus den speziellen Gewährleistungen ergibt. Und hier muß man mit den Grundrechten aber doch etwas genauer umgehen und deren spezifischen Schutzbereich heraus-

arbeiten. Je nach Grundrecht mögen sich hierbei in bestimmten Zusammenhängen auch objektiv-rechtliche Ordnungsprinzipien aus den Grundrechten begründen lassen. Solche scheinen mir aber jedenfalls aus Art. 12 GG, der doch gerade keine Wirtschaftsordnung vorgeben sollte, in dieser Weise nicht herleitbar zu sein. Danke.

Rauschning: Vorweg lassen Sie mich eine große Begeisterung und Lob für die Vortragenden ausdrücken. Weiterhin muß ich mich allerdings wieder allgemein verwahren gegen die Denunzierung, den Amtswaltern, die staatliche Mittel ausgeben, fehle einfach ein adäquater Anreiz, mit den ihnen anvertrauten Mitteln sparsam umzugehen. Wir alle sind solche Leute, und ich kann nur sagen, daß dann, wenn wir versuchen, mit unseren Haushaltsmitteln unseren Amtsauftrag zu erfüllen, wir deutlich in der Pflicht stehen, und wir beziehen diesen Anreiz nicht erst aus der neuen Form der Budgetierung.

Allgemein betrachtet haben wir es mit Wirtschaftssubjekten zu tun oder eben mit dem Staat als Wirtschaftssubjekt; auch er tritt auf als Nachfragender oder als Wirtschaftender, und es geht um die Motivierung innerhalb des Entscheidungsvorgangs. Während wir als Privatperson nach Gefallen entscheiden dürfen oder nach Stimmung, dürfen wir im Amt nur amtlich motivieren; selbstverständlich ist unsere erste Motivierung dann zu suchen in den Grundsätzen des Staates, also auch in den Grundrechten. Aber gilt das überall? Wir müssen hier vielleicht unterscheiden nach Kategorien, über die hier schon gesprochen worden ist. Denken wir zunächst an den Bereich der Mittelerwirtschaftung. Ist die Domänenverwaltung, die ja früher eine Art der Beschaffung von Staatseinnahmen im preußischen Staat war, wirklich im einzelnen nach Grundrechten zuführen? Soll die Figur des öffentlichrechtlich bestimmten Verwaltungsprivatrechts nicht eher jene Situation erfassen, in der Staatsaufgaben im Kleid des Privaten erfüllt werden?

Ein zweiter Gesichtspunkt ist, daß wir Steuerungsmechanismen brauchen dort, wo Haushaltsmittel in privatrechtlicher Form ausgegeben werden. Als typisches Beispiel sei hier die GTZ genannt, die doch ein großes Unternehmen mit dem Zweck darstellt, die Gelder des Ministeriums für Entwicklungshilfe zu verteilen. Selbstverständlich muß sich die GTZ an Grundrechte und die öffentlichrechtlichen Vorschriften allgemein halten. Wenn die öffentliche Hand aber wirklich in Form einer Aktiengesellschaft wirtschaftend tätig wird, dann unterliegt sie in der Situation des Marktes und auch des Aktienrechts anderen Steuerungsinstrumenten. Wir denken an das Beispiel der Hamburger Elektrizitätswerke, die vom Mehrheitsaktionär oder vom Aufsichtsrat angewiesen wurden, aus der Nutzung der Kernkraft auszusteigen. Der

Vorstand entgegnete demgegenüber, daß er nach Aktienrecht allein für das Unternehmen verantwortlich sei und daß der Aufsichtsrat keine Weisungen hinsichtlich einer Strategie geben könne, die zu einem wirtschaftlichen Schaden des Unternehmens führe.

Wenn wir wirklich Wirtschaftsunternehmen des Staates haben, die so im Markt stehen, daß ein mögliches Defizit nicht, wie bei der EXPO, abgedeckt wird aus irgendwelchen im Haushalt stehenden oder nicht im Haushalt stehenden Mitteln, dann liegen eigene Steuerungsinstrumente für die Motivation und die Begründung der einzelnen Handlung und Entscheidung vor. Wir müssen uns die Frage stellen, ob es hier wirklich notwendig ist, die Entscheidungen solcher Unternehmen an Grundrechte zu binden. Ich darf Ihnen hier einen ausländischen Beispielsfall bringen; immer wenn wir an Grundrechte denken, müßten wir international gesehen auch die Menschenrechte oder den EG-Grundrechtekatalog für anwendbar halten. Ich bin nun seit Jahren in Bosnien-Herzegovina zur Durchsetzung von Menschenrechten tätig. Dort liegt immer noch fast die gesamte Wirtschaft in den Händen des Staates. Sollen wirklich alle wirtschaftlichen Transaktionen in diesem Staat zunächst unter dem Maßstab der Menschenrechte betrachtet werden?

Ehlers: Vielen Dank. Meine Damen und Herren, ich möchte ebenfalls zu dem Vortrag von Herrn *Löwer* Stellung nehmen. Es wird Sie nicht überraschen, Herr *Löwer*, daß ich Ihnen weitgehend zustimme. Erlauben Sie mir dennoch, drei Fragen zu stellen. Die erste Frage betrifft die These III.2.b. In ihr ist die Rede davon, daß gesamtstaatliche Marktliberalisierungsentscheidungen nicht in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie eingreifen. Das will mir nicht einleuchten. Ich stimme mit Ihnen darüber überein, daß Art. 28 Abs. 2 GG nicht berührt wird, wenn ein kommunales Monopol durch Zulassung privater Wirtschaftsbetätigung aufgegeben wird. Anders stellt sich meines Erachtens dagegen die Lage dar, wenn der Staat den Kommunen ein Handeln ver- oder gebietet, das der Selbstverwaltungsgarantie unterfällt. Der Umstand, daß die staatliche Vorgabe der Privatwirtschaft zugute kommen soll, ändert nichts an dem Eingriffscharakter der staatlichen Maßnahme. Demgemäß bedarf die staatliche Maßnahme in einem solchen Falle der Rechtfertigung. Es kann nicht bereits der Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG verneint werden. Mein zweiter Punkt bezieht sich auf Ihre Aussage, daß staatliche – und damit auch kommunale – Wirtschaftsbetätigung Intervention ist. Ich möchte dem ausdrücklich zustimmen. Allerdings haben Sie daraus den Schluß gezogen, daß diese Intervention auch einen Eingriff in die Grundrechte der privaten Marktteilnehmer darstellt. Es kann sich aber nicht um einen klassischen,

sondern nur um einen sogenannten mittelbaren Grundrechtseingriff handeln. Die Rechtsprechung hat im Falle einer mittelbaren Nachteilszufügung eine außerordentlich hohe Eingriffsschwelle angenommen. Wenn Sie dies kritisieren, pflichte ich Ihnen bei. Allerdings geht es meines Erachtens zu weit, jegliche Teilnahme der Kommunen am Wirtschaftsleben als Grundrechtseingriff zu qualifizieren. Herr *Puhl* ist im Grunde noch einen Schritt weiter gegangen, indem er gesagt hat, daß jeder staatliche Auftrag in Grundrechte eingreift, wenn ein Bieter nicht berücksichtigt wird. Herr *Masing* hat dazu schon Kritisches gesagt. Die Auffassung von Herrn *Puhl* scheint mir von der Voraussetzung auszugehen, daß jeder Bieter einen Anspruch gegen den Staat auf Vertragsabschluß hat. Dies ließe sich aber wohl nur begründen, wenn man die Grundrechte in Leistungsgrundrechte umpolt, um dann, wenn die Leistung nicht erbracht wird oder nicht erbracht werden kann, einen Eingriff anzunehmen. Das scheint mir nicht angängig zu sein. Die dritte Nachfrage, die ich habe, betrifft das Gebot einer öffentlichen Zwecksetzung. Ich meine, daß Sie, Herr *Löwer*, sehr zu Recht die konstitutive Bedeutung der öffentlichen Zwecksetzung für die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand herausgestellt haben. Ich würde Ihnen auch darin zustimmen, daß sich das Erfordernis der öffentlichen Zwecksetzung aus der Verfassung ableiten läßt. Damit ist jedenfalls grundsätzlich eine rein erwerbswirtschaftlich motivierte Kommunalwirtschaft ausgeschlossen. Die Frage, die ich nun stellen möchte, geht dahin, ob man nicht noch weiter gehen kann. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Sasbach-Entscheidung davon gesprochen, daß ein Gemeindeunternehmen unmittelbar durch seine Leistung dem Wohl der Gemeindeeinwohner dienen muß. Das ist mehr als der bloße Ausschluß einer reinen Erwerbswirtschaft. Zum Beispiel kann die Wettbewerbsfunktion kein legitimierender Grund für eine kommunalwirtschaftliche Betätigung mehr sein. Es scheint mir allerdings so zu sein, daß das Bundesverfassungsgericht das Unmittelbarkeitserfordernis aus dem kommunalen Wirtschaftsrecht und nicht aus der Verfassung abgeleitet hat. Mich würde interessieren, ob Sie die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts auch verfassungsrechtlich für zwingend halten. Noch eine letzte Frage an Herrn *Puhl*. Die großen privaten Wirtschaftsunternehmen sind teilweise dazu übergegangen, ihre Aufträge im Wege der Internetversteigerung zu vergeben. Dadurch sollen enorme Sparpotentiale erzielt werden können. Sind Sie der Meinung, daß auch die staatliche Auftragsvergabe so gestaltet werden dürfte und gestaltet werden sollte?

Badura: Verehrte Kollegen! Die Referate haben eindrucksvoll den Rückzug des Staates in Europa aus seiner Rolle als Wirtschaftssubjekt

und sogar, zu einem erheblichen Teil, aus seiner Rolle als Leistungsträger beschrieben. Die Frage die sich daran allerdings anschließt, ist, ob das auch unmittelbar Konsequenzen für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Tätigkeit des Staates im Wirtschaftsleben haben muß. Herr *Löwer* hat zu Beginn – und das ist ja schon mehrfach kritisiert worden –, eine etwas abstrakte Gegenüberstellung vorgenommen, indem er vom „Kompetenzprinzip" und vom „Freiheitsprinzip" gesprochen und aus diesen Prinzipien Rechtsfolgen abgeleitet hat. Das scheint mir unzulässig zu sein, abgesehen davon, daß auch diese Prinzipien vielleicht nicht ganz richtig sind. Wenn *Löwer* sagt, daß eine Tätigkeit der öffentlichen Hand aus reinem Erwerbsinteresse – es ist in Ihren Thesen sogar kursiv gedruckt – verfassungswidrig sei, ist das in meinen Augen eine rein akademische Frage; denn so etwas gibt es praktisch gar nicht. Wenn der Staat sich überhaupt am Wirtschaftsleben beteiligt, auch wenn er das nicht als Leistungsträger tut, wird er normalerweise ein öffentliches Interesse geltend machen können, das für diese Tätigkeit eine Rolle spielt, selbst wenn es das Hofbräuhaus in München ist. Das bedeutet also, wie ich meine, daß Sie eine künstliche Konfrontation vornehmen. Sie haben dann allerdings, gewissermaßen im schnellen Lauf des Sprechens, aus der Teilnahme aus reinem Erwerbsinteresse allgemein die Teilnahme als Wirtschaftssubjekt gemacht. Aber das ist doch gar nicht identisch. Es sind sicher gleitende Übergänge vorhanden zwischen Wirtschaftstätigkeit und Leistungsverwaltung usw., so daß diese scharfe Konfrontation, aus der Sie dann auch die jeweils bei weitem übertriebene Folgerung abgeleitet haben, daß das alles Eingriffe sind, wenn der Staat in Konkurrenz zu Privaten auftritt – ähnlich in dieser Hinsicht auch die Vorstellungen von Herrn *Puhl* – verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

Sie haben auch kommunale und staatliche Tätigkeit gleichgesetzt, obwohl das nicht gleich ist. Zwar verlangt das Gesetz von den Kommunen, daß sie einen öffentlichen Zweck vorbringen müssen, wenn sie wirtschaftlich handeln. Dagegen steht in den Haushaltsordnungen nur drin, daß ein öffentliches Interesse bestehen muß, wenn der Staat wirtschaftlich tätig wird. Dort steht das Wort „öffentliches Interesse", nicht „öffentlicher Zweck", und das ist auch ganz richtig so. Der Staat ist mit der Gemeinde hier nicht gleichzusetzen. Er hat ein umfassendes Handlungspotential, soweit ihn nicht die Verfassung oder die Gesetze binden. Man muß also meiner Meinung nach unterscheiden zwischen den Grenzen der staatlichen Wirtschaftstätigkeit und den Grenzen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit; und die zweiten sind enger gezogen.

Daran möchte ich noch eine Frage anknüpfen. Sie haben, Herr *Löwer*, ganz am Ende Ihres Vortrages auch die europarechtliche Seite

behandelt. Damit ist wahrscheinlich die europarechtliche Seite auch im Hinblick auf die Kommunen gemeint. Meine Frage ist: Wenn die Gesetzgebung der Länder im kommunalen Wirtschaftsrecht jetzt noch weiter gehen würde und den Gemeinden beispielsweise einen größeren Spielraum bei der Wirtschaftstätigkeit – Sie haben hier einen Punkt kritisiert, die Telekommunikation in Nordrhein-Westfalen –, würde der Landesgesetzgeber vielleicht nicht nur auf verfassungsrechtliche Grenzen stoßen, sondern auch auf europarechtliche Grenzen? Oder verläuft die Grenze der staatlichen Gesetzgebung, hier der Landesgesetzgebung aus verfassungsrechtlichen Gründen an derselben Stelle wie die Grenze, die das Europarecht geben würde. Es könnte ja sein, daß das Europarecht dem Landesgesetzgeber engere Bindungen auferlegt als das Verfassungsrecht in Deutschland.

Schmidt-Jortzig: Ich möchte zwei allgemeine Bemerkungen machen und zwar, das sehen Sie mir hoffentlich nach, im festen Blick auf das Spannungsverhältnis zwischen dem realen Walten der wirtschaftlichen Mächte – ich will es einmal so diffus lassen – und dem tapferen, aber natürlich auftragsgemäßen Anspruch des Rechts, hier eine normative Ordnung zu schaffen und diese nachher auch durchzusetzen. Nirgendwo anders ist ja diese Spannungslage so deutlich und so stark und unmittelbar zu spüren wie auf dem Feld der sich globalisierenden Wirtschaft. Deswegen vielleicht auch, Herr *Püttner*, wollen sich normalerweise die Staatsrechtslehrer nicht so gern damit befassen, weil sie merken, daß sie im Griff von Mächten sind, die sie nicht so steuern können, wie sie es gewohnt sind. Dies vorausgeschickt möchte ich heftig Ihnen, lieber Herr *Löwer*, zur Seite treten, wenn Sie herausstellen, daß es für den öffentlichen Zweck, ich meine öffentliches Interesse auf Staatsebene, allemal auf eine eindeutige Definition der Ziele ankommen muß und sei es nur aus Rechtfertigungsgründen. Und man muß deshalb der gesamten real existierenden Innenwirtschaftspolitik ins Stammbuch schreiben, sich Ihren Leitsatz IV und Ihre Ausführungen dazu ganz genau in ihre Agenda aufzunehmen. Die Deutsche Bahn wird mit Sicherheit nicht auf einen unternehmerisch grünen Zweig kommen, und die deutschen Mobilbürger werden auch nie zufrieden sein mit dem Verkehrsangebot im öffentlichen Bereich, wenn nicht wirklich deutlich wird, daß die Deutsche Bahn nicht nur wirtschaftliche und also Profiterwartungen zu erfüllen hat, sondern auch den sogar im Grundgesetz festgeschriebenen Infrastrukturauftrag erfüllen muß, und das bedeutet dann eben auch, daß die Politik den unausgetragenen Zielkonflikt zwischen Haushaltsentlastung pp. und Leistungserwartung verbindlich zu klären hat und, wie Sie es geschrieben haben, bereit sein muß, gegebe-

nenfalls Ausgleichszahlungen für unrentable, aber geforderte Zweckverfolgung zu leisten. Zweite allgemeine Bemerkung an Ihre Adresse, Herr *Puhl*. Ich habe Ihnen ja heute morgen schon, möglicherweise zu viele – ich weiß es nicht – jedenfalls nach wie vor entschieden aufrechterhaltene Komplimente gemacht für Ihre eindrucksvolle Präsentation des Gebäudes von Auftragsvergabe und Auftragserteilungsrecht. Aber ich glaube doch, daß wir bei diesem System eines nicht aus den Augen verlieren dürfen, und darauf sollen meine Bemerkungen eben nun hinweisen, daß hier der rechtlichen Steuerungsfähigkeit nämlich aus der Natur der Sache Grenzen gesetzt sind. Wenn man mitbekommen hat, wie etwa in dem auch von Ihnen ja kurz angetippten Problemfeld „Vergaberechtsänderungsgesetz 98", wie stark man dort Pressionsversuche, unverhohlene, aus dem internationalen Bereich unternahm, wie stark eine Androhung von Blockade und Boykott deutscher Unternehmen auf anderen Wirtschaftsfeldern erfolgte und wie stark und fast schon unverschämt Koppelungen auch mit ganz normalen außenpolitischen Zielsetzungen etwa vorgenommen wurden, dann weiß man, daß hier die Mächte des globalen Wirtschaftshandelns in großer Gravitationskraft dazu neigen, sich dem rechtlichen Zugriff zu entziehen. Und also werden wir auf dem von Ihnen vorgeführten Feld immer ein gewisses, ich will nicht sagen Windhundrennen, aber jedenfalls ein Wettrennen erleben. Das Recht muß sich bemühen, und dazu sind ja unsere Erörterungen heute hoffentlich auch nütze, seinen Steuerungszugriff zu erhöhen und durchzusetzen, aber die Wirtschaft wird mit Sicherheit sich auch weiterhin Mechanismen und Wege suchen, um dem wieder zu entkommen. Also den Eindruck zu erwecken, wir seien möglicherweise an einem Zwischenziel angekommen, wäre falsch, und deswegen bin ich Ihnen dankbar, daß Sie am Schluß deutlich gesagt haben, es sei noch dieses und jenes offen, und ich will hinzufügen, es wird auch weiter offen bleiben. Es ist wirklich ein Handicaprennen, was die Jurisprudenz dort führt. Danke schön.

Tettinger: Ich möchte mich zum Bereich der Kommunalwirtschaft äußern und darf im Ansatz Zustimmung zu dem signalisieren, was Sie, Herr *Löwer*, gesagt haben. Ihnen gebührt vor allen Dingen großer Dank dafür, daß Sie die kommunalpolitischen Diskussionen, die ja landauf, landab geführt werden, auf die verfassungsrechtliche Basis und den verfassungsrechtlichen Kern zurücklenken. Das hilft sehr viel weiter, denn die Diskussion bewegt sich bislang in anderen Bahnen; sie geht ja eher dahin: Kann man nicht unseren kommunalen Unternehmen, die jetzt unter schwierigen Rahmenbedingungen am Markt tätig sind, ein bißchen Erleichterung durch Stärkung ihrer Gestaltungsspielräume ver-

schaffen? Kann man nicht da oder dort bei den gesetzlichen Schranken die Anforderungen ein wenig herunterhieven? Auf der anderen Seite stehen aber insbesondere die Handwerker mit ihrer Forderung, der Status-quo müsse bleiben oder an einzelnen Stellen müßten die Anforderungen an kommunales Wirtschaften angehoben werden. In der Tat, es geht zunächst um eine Verfassungsrechtsfrage; man muß für die jeweiligen Wirtschaftssektoren bereichsspezifisch den Art. 28 II GG auf verwertbare Vorgaben hin abklopfen. Insoweit also Zustimmung in materieller Hinsicht, aber auch, was die Frage der örtlichen Grenzen angeht. Sie haben zu Recht die sog. Verbandskompetenz ins Spiel gebracht; ich würde Sie allerdings bitten, noch einige Erläuterungen anzufügen. Hier wird man wohl sehr sorgfältig differenzieren müssen. Beim öffentlichen Personennahverkehr etwa ist klar, daß er nicht an der Stadtgrenze aufhören kann und soll. Aber wenn wir uns überlegen, was große Städte nach den Vorgaben des Landesplanungsrechts (Stichwort: zentralörtliche Gliederung) alles an Versorgungsfunktionen für ihr Umland mitübernehmen müssen, da würde mich interessieren, was Sie von den Erörterungen der Wirtschaftsministerkonferenz halten, wo man von „örtlich radiziert" spricht. Ich persönlich halte es gar nicht für schlecht, sondern für sehr wohl angebracht, daß die örtliche Versorgung der Bürger im Vordergrund kommunaler Aktivitäten stehen muß, aber daß andere durchaus mitversorgt werden können. Auf diese Art und Weise können Sie jedenfalls den sog. kommunalen Kannibalismus – das ist ja das, was im Interesse der Sicherung der Selbstverwaltungsidee ausdrücklich abgeblockt werden muß – verhindern. Kommunen sind sehr wohl befugt, miteinander zu kooperieren, aber auf Nachbargelände zu „wildern", leichterhand auch in andere Länder zu expandieren oder gar ins Ausland zu gehen, da muß man in der Tat fragen, ob das als kommunale Agenda verfassungsrechtlich zulässig ist; hier hätte ich auch dann noch gewisse Zweifel, wenn dies mit entsprechendem „Persilschein" der Kommunalaufsicht geschieht.

Zum zweiten verfassungsrechtlichen Themenkomplex, der von Ihnen angesprochen worden ist, der Berufsfreiheit, würde ich Ihnen und Herrn *Puhl* gleichfalls zustimmen. Art. 12 entfaltet seinen Schutz gegenüber gesetzlichen Einwirkungen mit berufsregelnder Tendenz. Hier wird man genauer unterscheiden und stärker spezifizieren müssen, aber von der potentiell weitreichenden Wirkung auch staatlicher und kommunaler Entscheidungen zum Angebot von Gütern und Dienstleistungen auf die Berufsausübung Privater wird man ausgehen müssen. Sie haben, Herr *Löwer*, auf ein Stichwort rekurriert, das *Reiner Schmidt* – so meine ich – im Ansatz sehr prägnant herausgearbeitet hat, nämlich „Eingriff durch Konkurrenz". Sie haben es noch verstärkt in Richtung auf „Eingriff

durch Intervention". Man wird genau darauf achten müssen, worin sich jeweils die Wirkung auf eine Berufstätigkeit manifestiert, die sich ja möglicherweise speziell auf einen kommunalen Bereich konzentriert; diese Wirkungszusammenhänge bilden – so meine ich – auch für den Rechtsschutz einen sehr wichtigen Anhaltspunkt. Sie haben, Herr *Löwer*, desweiteren noch darauf hingewiesen – da bin ich nicht ganz mit Ihnen einer Meinung –, daß hier § 1 UWG einen adäquaten Schutz eröffnet. Dies hat dann allerdings zur Folge, daß man von Land zu Land zu unterschiedlichen Konsequenzen kommt. Es kann ja sein, daß ein Bundesland seine kommunalrechtlichen Anforderungen sehr locker formuliert, ein anderes sehr rigide und daß dann auf dem Wege über § 1 UWG sozusagen parzelliert ein Wettbewerb in den einzelnen Ländern mit jeweils unterschiedlichem Regelwerk stattfindet. Das wird sicher nicht die letztendliche Lösung sein können. Bereits daher erscheint eine klare, übergreifende Lösung über Art. 12 GG sicher als vorzugswürdig.

Kurz noch zu einem dritten Punkt. Sie, Herr *Holoubek*, haben in Ihrem Referat dankenswerterweise auch das Stichwort In-house-Geschäft erwähnt. Ich hätte gerne von den beiden anderen Referenten noch einige Erläuterungen dazu, denn dabei finden sich ja die Kommune oder der Staat sozusagen in einer doppelten Rolle. Auf der einen Seite etwa die Kommune als Auftraggeber und auf der anderen Seite das kommunale Unternehmen oder das gemischtwirtschaftliche Unternehmen als Auftragnehmer. Hier besteht gewiß aller Anlaß, nach Wirkungen der verfassungsrechtlichen Basis zu fragen: Inwieweit bestehen da kommunale Organisationsfreiheiten und wo wird der eigentliche Zweck des Vergaberechts, transparenten Wettbewerb zu erzeugen, wirklich relevant? Sie, Herr *Holoubek*, haben die Position vertreten, daß grundsätzlich Ausschreibungspflicht besteht. Hier braucht man sicherlich noch Präzisierungen.

Zu einem letzten Punkt, bei dem – Herr *Badura* hat schon darauf hingewiesen – die Grenzlinie einerseits im nationalen Verfassungsrecht, auf der anderen Seite im Europarecht nicht so ganz kongruent verläuft. Man wird heute noch nicht mit Sicherheit voraussagen können – das haben Sie ja auch betont, Herr *Löwer* –, was denn die Wirkungen dieses 16 EG(V) sein werden. Gewiß ist die Lösung naheliegend, daß es bei den grundsätzlichen Wertungen des Art. 86 EG(V) bleibt. Insoweit kann ja auch auf eine entsprechende Erklärung im Amsterdamer Vertragswerk verwiesen werden, die das bekräftigt; aber Art. 16 EG(V) steht immerhin im ersten Abschnitt, und da ist im deutschen Text die Rede von einem besonderen „Stellenwert". Über diese veränderte Ausgangslage hinwegzugehen, dürfte gar nicht so einfach sein. Man hat den Eindruck, daß die deutsche Seite bei entsprechenden Verhandlungen recht schnell

mit Protokollnotizen und Erklärungen zufrieden war, während andere den Text des Vertrages selbst zur Verstärkung bestimmter Rechtspositionen anreichern. Und Sie, Herr *Holoubek*, haben völlig zu Recht darauf hingewiesen, daß dies inzwischen eine Fortsetzung gefunden hat, denn im Rahmen der Europäischen Grundreche-Charta ist es ja gelungen, den Zugang zu diesen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nochmals besonders hervorzuheben, und zwar in Art. 36. Es ist dann aber nicht mehr nur der vorerwähnte Art. 16, in dem die betreffenden Grundpositionen sich wiederfinden und umgesetzt sind. Ich erinnere an die gestrige Diskussion. Hier wird auch die Europäische Grundrechte-Charta möglicherweise die Akzente noch etwas weiter verschieben.

Wieland: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, wenn man die beiden ersten Referate heute morgen gehört hat, ist man versucht, den Referenten nicht nur für die Qualität ihres Referats zu danken, sondern auch dafür, daß sie gleichsam eine Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für nachwachsende Staatsrechtslehrer eingeleitet haben. Es ist schließlich auch standespolitisch nicht uninteressant, wenn man den Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts, der manchmal durch Privatisierung und Deregulierung etwas bedroht erscheint, in einem kühnen Bogen wieder ausdehnt und sagt, in Wirklichkeit geht es überall dort, wo der Staat sich wirtschaftlich betätigt, um ein Handeln im Bereich der Grundrechte. Und es ist unsere Aufgabe als Staatsrechtslehrer, insoweit Ordnung zu schaffen und dem Staat seine Grenzen aufzuzeigen.

Meine Skepsis gegenüber dieser These möchte ich hier nicht grundsätzlich wiederholen. Herr *Badura* und Herr *Böckenförde* haben das Wesentliche schon gesagt. Wenn man die These vertreten will, daß der Staat überall dort, wo er wirtschaftlich handelt, gleichzeitig in Grundrechte – insbesondere Art. 12 GG – eingreift, muß man nach meiner Auffassung noch mehr grundrechtsdogmatische Arbeit leisten. Nur zu sagen, eine Intervention in den Markt oder eine Ingerenz in den Markt ist ein Grundrechtseingriff, reicht als dogmatische Grundlage nicht aus. Der Markt selbst ist kein Grundrechtssubjekt. Vielmehr gelten auf dem Markt die Marktgesetze. Wenn die öffentliche Hand sich am Marktgeschehen beteiligt, handelt es sich nicht um Gesetzesvollzug. Man mag wirtschaftspolitisch der Auffassung sein, es sei sinnvoll, daß der Staat sich aus dem Marktgeschehen zurückziehe. Aber bevor man dies Postulat aus der Verfassung ableiten kann, sind größere dogmatische Anstrengungen erforderlich, als sie bisher unternommen wurden.

Vor allem Herrn *Holoubeks* Ausführungen, die uns sehr schön gezeigt haben, welche verschiedenen Modelle es in Europa gibt und was man

sich alles vorstellen kann, geben Anlaß zum Nachdenken, ob wir mit einer Steigerung unserer Anstrengungen aus den Grundrechten einen viel engeren Rahmen für wirtschaftliches Handeln des Staates herauslesen sollten, als es das EG-Recht gegenwärtig tut. Beide Referenten haben darauf hingewiesen, daß sie an manchen Punkten mit ihren Forderungen über das EG-Recht hinausgehen.

Letztlich stellt sich für mich auch die Frage nach dem Staatsverständnis. Wenn man einen Totalvorbehalt, den man in den letzten 40 Jahren immer wieder diskutiert hat und der – wie ich finde – mit guten Gründen abgelehnt worden ist, wenn man einen solchen Totalvorbehalt verfolgt, wird der Staat in der Setzung seiner Zwecke sehr stark begrenzt. Herr *Löwer* hat klar gesagt, er sieht den Staat als Agentur für schlechte Risiken – vielleicht mit Ausnahme der Sparkassen, die in seinem juristischen Herzen offenbar einen bevorzugten Platz haben. Mir ist allerdings unklar, wo denn etwa bei kommunalen Unternehmen der Unterschied zwischen der Telekommunikation und den Sparkassen liegen soll. Warum ist das arme Mütterchen auf dem Land auf die Sparkasse angewiesen, aber nicht auf Möglichkeiten der Telekommunikation? Müßte es sich nicht konsequenterweise auch ein Handy zulegen, um damit Bankgeschäfte abzuwickeln, so daß auch Sparkassen verzichtbar erscheinen? Warum sollen nur die schlechten Risiken beim Staat landen, für die Sparkasse aber eine Ausnahme gemacht werden? Das hätte ich gern noch erläutert bekommen.

Insgesamt sollte man, bevor man diesen Weg geht, noch einmal darüber nachdenken, ob es wirklich sinnvoll ist, den Prozeß der Verrechtlichung über eine pauschale Ausweitung des Schutzbereichs von Art. 2 GG und Art. 12 GG voranzutreiben. Schlagen wir damit nicht in Europa einen Sonderweg ein, der gerade, wenn man wirtschaftlich denkt wie Herr *Tettinger*, möglicherweise negative Folgen für den Standort Deutschland haben kann? Unser Denken ist sehr stark rechtsstaatlich geprägt. Das liegt sicherlich in unserer Geschichte und Tradition begründet. Man kann sich den Markt aber auch als einen Ort vorstellen, wo alle gleiche Chancen haben müssen, wo aber auch der Staat unter gleichen Chancen auftreten darf und wo es eigentlich erwünscht ist, daß er als weiterer Teilnehmer den Wettbewerb stärkt. Vielen Dank.

Schuppert: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte drei kleine verwaltungswissenschaftliche Bemerkungen machen, und zwar zu dem letzten Satz von Herrn *Löwer*, der da lautete: „Die Wirklichkeit sieht wohl anders aus." An diesem Satz scheint mir etwas dran zu sein, und ich möchte dies auch ganz kurz begründen. Die erste Bemerkung ist ein verwaltungswissenschaftlicher Befund. Herr *Löwer*, sie

haben vollkommen recht, daß nach geltendem Recht die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand eines öffentlichen Zwecks bedarf. Dann müßte man den öffentlichen Zweck in die normativen Vorgaben hineinschreiben, also in die Satzung, das Errichtungsgesetz oder was immer. Aber verwaltungswissenschaftlich ist es fast eine Binsenweisheit, daß eine solche normative Vorgabe eine Direktionskraft entfaltet, die gegen Null tendiert. Wenn sie also bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in die normativen Vorgaben hineinschreiben würden, die Bank solle gemeinwohlverträgliche Bankgeschäfte tätigen, dann ist dies keine präzise Handlungsanweisung, da wir aus vielen Beispielen wissen, daß das tatsächliche Organisationsverhalten von Organisationen weniger durch die normativen Vorgaben als durch ihr Selbstverständnis gesteuert wird. Und fragen sie einmal einen Sparkassenvorsitzenden, ob er sich eher als Verwaltungsmann fühlt oder als Banker. Ich wette, daß sie die Antwort bekommen werden, er sei Banker, d.h. er orientiert sich an den Usancen des Bankgewerbes und dies – aus seiner Perspektive – natürlich vollkommen zu Recht. Nun könnte man sagen, daß dies nur ein verwaltungswissenschaftlicher Befund sei, der für die rechtliche Bewertung folgenlos bleibe. Aber auch verwaltungswissenschaftliche Befunde gewinnen dadurch rechtliche Qualität, wenn sie darauf hinauslaufen, daß die normative Steuerungsschiene letztendlich versagt: Denn dann muß man nach alternativen Steuerungsmechanismen Ausschau halten, z.B. nach der Steuerungsschiene Personal, indem man die richtigen Leute an der richtigen Stelle plaziert oder die Steuerungsebene Organisation durch Fruchtbarmachung von Organisation als Steuerungsressource.

Zweiter Punkt: Was macht man eigentlich, wenn sich die Verwaltungswirklichkeit nicht an der Reinheit der Bauprinzipien orientiert, die sie so eindrucksvoll vorgeführt haben. Was macht man z.B., wenn ein Public-Private-Mix entsteht und damit die Modellreinheit ebenfalls einem Vermischungsprozeß unterliegt. Um nur ein Beispiel zu geben: Die Berliner Landesbank ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie wird beherrscht durch die Berliner Bankgesellschaft durch einen Beherrschungsvertrag. Die Bankgesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, so daß wir zwei Akteure aus verschiedenen rechtlichen Sphären haben. Der eine Akteur stammt aus der Welt des Gemeinwohls, der andere Akteur stammt aus der Welt des Wettbewerbs. Wat nu, sagt der Hamburger. Wie ist nun diese Kollision von Prinzipien aufzulösen, wie wären beide Wertungsgesichtspunkte miteinander auszubalancieren und zu versöhnen? Man wird hier so vorgehen müssen, daß man nicht das eine Prinzip durch das andere aus dem Felde schlägt, sondern nach problemspezifischen Steuerungsinstrumenten Ausschau hält und dabei die

Phantasie bemüht, um ein problemadäquates Steuerungsmix zu entwikkeln. Mit der dritten Bemerkung, die meinem Beitrag eine gewisse grundsätzliche Wucht verleihen soll, möchte ich die Frage aufwerfen, ob denn der Wettbewerbsgedanke im öffentlichen Sektor eigentlich gar nichts zu suchen hat. Denken sie doch einmal an die Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns. Diese ist durch das Haushaltsrecht rechtlich vorgeschrieben. Wirtschaftlich handeln kann man aber nur, wenn man kostenbewußt ist. Kostenbewußt wird man, wenn man dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Also würde ich in Anlehnung an Herrn *Häberle* sagen, daß man den Wettbewerb sehr wohl als eine Gemeinwohlstrategie betrachten kann und es leuchtet mir daher auch nicht ein, Gemeinwohl und Wettbewerb als etwas Gegensätzliches, sich einander Ausschließendes zu definieren. Vielmehr muß es darum gehen – und dieser Gedanke ist mir besonders wichtig – den Nutzen und die Dynamik des Wettbewerbs gemeinwohlkompatibel zu organisieren. Und das kann man eben nicht durch eine dichotomische Entgegensetzung zweier Weltprinzipien, sondern man muß versuchen, diesen Effekt durch eine Kombination von verschiedenen Steuerungsschienen zu erreichen. Vielen Dank.

Koch: Meine Damen und Herren, Herr *Löwer* hat heute ein Konzept entwickelt, demzufolge der Staat und die Kommunen über weite Strekken allein Sachwalter der „schlechten Risiken" sind oder sein sollen. Die Realität ist aber insofern eine andere, als der Gesetzgeber beispielsweise in Nordrhein-Westfalen erkennbar dazu neigt, in Übereinstimmung mit den Kommunen und ihren Unternehmen gleiche Marktzugangs-, und Wettbewerbschancen der öffentlichen Hand im Verhältnis zu den privaten Anbietern und damit eine Art „Marktchancengleichheit" für öffentliche Unternehmen zu postulieren. Wenn der Gesetzgeber die kommunalrechtlichen Schwellen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand absenkt, dann drängt sich aber die Frage auf, in welchem Maße dies möglich ist und wo spätestens die grundrechtlichen Schranken zu ziehen sind, die einem solchen Absenken der Zugangsschwellen entgegenstehen. Und da scheint mir die namentlich in der Rechtsprechung vielfach anzutreffende These, es gäbe keinen Schutz vor Konkurrenz und deshalb auch keinen Schutz vor staatlicher Konkurrenz, dann doch etwas zu kurz zu greifen, weil übersehen wird, daß zwar der private Wettbewerber eines Marktteilnehmers selbstverständlich nicht grundrechtsgebunden ist, dies aber für den Staat nicht gilt: Erachtet man den Staat als immer dann grundrechtsgebunden, wenn er eine öffentliche Funktion wahrnimmt, dann kann man die Grundrechtsrelevanz einer wirtschaftlichen Betätigung

und damit auch den Eingriff in Rechte anderer letztlich nur noch dann in Abrede stellen, wenn man daran anknüpft, daß dem privaten Wettbewerber die Möglichkeit, seine Leistung anzubieten, nicht genommen wird. Es wird letztlich nicht ein Verhalten des Wettbewerbers beeinflußt, sondern das Ergebnis dieses Verhaltens, weil der Erfolg einer wirtschaftlichen Betätigung leidet. Allerdings ist in der Rechtsprechung beispielsweise zu den staatlichen Warnungen und Empfehlungen grundsätzlich anerkannt, daß auch eine solche „Erfolgsbeeinträchtigung" an Grundrechten des dadurch Betroffenen zu messen sein kann. Es ist nicht einzusehen, warum etwas anderes gelten soll, wenn der Staat nicht durch Erklärungen auf eine Nachfrage einwirkt, sondern dadurch, daß er selbst eine Leistung konkurrierend anbietet. So gesehen scheint mir nicht zweifelhaft zu sein, daß eine grundrechtliche Dimension des Vorgangs besteht, mit der weiteren Folge, daß jedenfalls aus diesem Grunde eine wirtschaftliche Betätigung allein zur Einnahmeerzielung unzulässig sein muß. Andernfalls würde dem Betroffenen willkürlich ein „Sonderopfer" dafür auferlegt, daß der Staat in einer bestimmten Situation Einnahmen erzielen möchte. Zugleich liegt dann auch die weitere Konsequenz auf der Hand, daß Art. 28 Abs. 2 des Grundgesetzes bzw. die Gewährleistungen kommunaler Selbstverwaltung in den Landesverfassungen hier nicht zugunsten der Kommunen eingreifen können, weil dies zur Folge hätte, daß ein grundrechtsgebundenes Rechtssubjekt einem Grundrechtsträger eine eigene Rechtsstellung entgegenhalten könnte und dieser Konflikt in einer Abwägung aufgelöst werden müßte. Hieran knüpft dann aber eine Frage an, die sich im Anschluß an Herrn *Ehlers* vielleicht dahin zuspitzen läßt, ob damit eine Geltendmachung der Selbstverwaltungsgarantie auch in der „Staatsrichtung" ausgeschlossen ist. Zwar wird die Kommune die Selbstverwaltungsgarantie nicht dem Bürger entgegenhalten können. Ob man aber mit Herrn *Löwer* den weiteren Schluß ziehen kann, daß auch kein staatlicher Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie vorliegen soll, wenn bestimmte Arten oder Formen der wirtschaftlichen Betätigung eingeschränkt werden, scheint mir nicht so sicher zu sein. Hier stellt sich die Frage, welchen Anwendungsbereich Art. 28 Abs. 2 GG dann eigentlich noch haben soll oder ob die Vorschrift nicht völlig entleert wird. Danke.

Pielow: Ich kann unmittelbar an Herrn *Koch* anknüpfen und möchte ebenfalls die Notwendigkeit unterstreichen, wirtschaftliche Aktivitäten der öffentlichen Hand mehr als bisher auch einer Überprüfung anhand der Grundrechte zu unterziehen. Diesbezüglich sei noch einmal der Bogen zur gestrigen Diskussion geschlagen: Gestern ist wiederholt von

den Komplementärbeziehungen zwischen der europäischen und den nationalen Verfassungsordnungen gesprochen worden. Insofern ist vielleicht noch ein weiterer Hinweis darauf von Interesse, wie in Frankreich – trotz aller „etatistischen" Tendenzen des französischen Rechts – mit „öffentlichen" Wirtschaftstätigkeiten speziell auf der örtlichen Ebene umgegangen wird: Nach ständiger und traditionsreicher Rechtsprechung des *Conseil d'Etat* unterliegen kommunale Wirtschaftsagenden nicht nur einer – streng am Subsidiaritätsgedanken ausgerichteten – Kontrolle anhand der Handels- und Gewerbefreiheit. Unter dem Eindruck des europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts wird zudem seit Jahren lebhaft darüber gestritten, ob die *services publics à caractère industriel et commercial* nicht auch generell an wettbewerbsrechtlichen Anforderungen zu messen sind. Praktisch ausgewirkt hat sich dies frühzeitig bei der Vergabe von *services publics* an private Konzessionäre. Diesbezügliche Entscheidungen werden seit neuestem (ganz unabhängig von den Vorgaben des europäischen Sekundärrechts) sogar von den Verwaltungsgerichten bzw. vom *Conseil d'Etat* auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des nationalen Kartellrechts überprüft. Meines Erachtens sollten, nimmt man den Gedanken der Komplementarität ernst, auch bei uns verstärkt Überlegungen in diese Richtung angestellt werden – im Sinne einer primärrechtskonformen Gestaltung des Wirtschaftsverwaltungsrechts und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

Vielleicht noch zwei Bemerkungen zur Terminologie: Mit gewisser innerer Genugtuung habe ich festgestellt, daß weder in den Referaten noch in den bisherigen Diskussionsbeiträgen das Stichwort Daseinsvorsorge fiel. Möglicherweise läßt dies darauf schließen, daß der Begriff doch zunehmend relativiert wird. Nach meinem Dafürhalten gibt es dafür gute Gründe, denn schließlich ist der Topos zu sehr belegt mit der Assoziation „Daseinsvorsorge = staatliche Verwaltung". Im kommunalrechtlichen resp. kommunalpolitischen Schrifttum wird zudem immer mal wieder pauschal behauptet: Daseinsvorsorge gehöre zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung und sei damit (insbesondere hinsichtlich möglicher Aufgabenprivatisierungen) unantastbar. Ich glaube, von derartigen Mythen sollten wir uns angesichts grundlegend gewandelter Rahmenbedingungen (Stichwort: „kooperative" Aufgabenabschichtung zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren) trennen und das läßt ja auch die Begriffswahl des heutigen Tages deutlich spüren.

Meine zweite begriffliche Anmerkung betrifft den Terminus der „wirtschaftlichen Betätigung": Einige Kommunalverfassungen unterscheiden weiterhin zwischen „wirtschaftlichen" und „nicht wirtschaft-

lichen" Aktivitäten (die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung – § 107 Abs. 1 und 2 GO NW – ist schon genannt worden). Auch hier ist Vorsicht geboten: Schließlich erinnert diese Differenzierung an die alte Trennung zwischen den Hoheitstätigkeiten des Staates und seinem Handeln als „Privatperson" im Sinne früherer Fiskustheorien – mit der Folge, daß man insbesondere die Grundrechtsbindung des Staates auf das eigentliche Verwaltungshandeln beschränkt sehen könnte. Derartige Schlüsse sind, auch insofern ist heute ein breiter Konsens sichtbar geworden, unter der Geltung des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 3 GG) fehl am Platz. Auch könnte man, wenn von „nicht wirtschaftlichen" Betätigungen die Rede ist, fälschlicherweise dazu neigen, diese Tätigkeiten vom Erfordernis des für wirtschaftliches Handeln explizit vorgeschriebenen „öffentlichen Zwecks" zu befreien. Der bayerische Kommunalgesetzgeber hat hieraus schon die Konsequenzen gezogen und die frühere Trennung zwischen „wirtschaftlichen" und „nicht wirtschaftlichen" Betätigungen ganz abgeschafft.

Eine letzte Anmerkung sei mir noch gestattet – und zwar den Bogen zurückschlagend zur gemeinschaftsrechtlichen Diskussion: Die Artikel 16 und 86 Abs. 2 des EG-Vertrages sind genannt worden. Ich bin überzeugt, daß auf der europäischen Ebene in nächster Zeit hier „die Musik spielen" wird: Die genannten Vorschriften enthalten äußerst klausulierte und dementsprechend schwierig zu handhabende Ansätze für Durchbrechungen der europäischen Binnenmarktordnung zugunsten „allgemeiner wirtschaftlicher" Interessen in den Mitgliedstaaten. Das Hauptproblem besteht aber in den tiefgreifenden strukturellen Inkongruenzen der nationalen Wirtschaftsrechtsordnungen, wie sie auch Herr Holoubek angesprochen hat: Auf der einen Seite ausgeprägte staatswirtschaftliche Strukturen wie beim französischen *service public*, andererseits „liberale" angelegte Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechtsordnungen, kurz (wir sind in Leipzig): Toccata hier, Fuge dort. So gesehen fragt es sich doch, ob der enormen Spannungslage zwischen den Imperativen des Binnenmarkts und den Beharrungskräften und Sonderinteressen in den Mitgliedstaaten (Versorgungsmonopole in Frankreich; öffentlich-rechtliche Kreditinstitute in Deutschland) auf Dauer allein mit Hilfe der Artikel 16 und 86 Abs. 2 EGV beizukommen ist. Geht es darum, Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zu vermeiden, führt meines Erachtens kein Weg daran vorbei, unter Beachtung von Gemeinsamkeiten und grundlegenden Unterschieden in den nationalen Rechtsordnungen detailliertere, mithin verläßlichere Kriterien und Standards für staatliche Regelungsvorbehalte in bezug auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu benennen. Parallel zur sicher wichtigen Europäischen

Grundrechte-Charta würde ich also dringend dafür plädieren, endlich auch über die Schaffung einer dezidierten europäischen Kompetenzordnung nachzudenken. Diese hätte insbesondere Aussagen über mögliche Durchbrechungen des allgemeinen Wettbewerbsregimes im Bereich der Versorgungswirtschaft zu treffen.

Gallwas: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, meine Sympathie für faktische Beeinträchtigungen von Grundrechten ist ja bekannt. Gleichwohl habe ich niemals einen Zweifel daran gelassen, daß der schnelle Weg von der Feststellung einer faktischen Beeinträchtigung in die herkömmliche Eingriffsdogmatik höchst problematisch ist. Wenn man es mit einer solchen Beeinträchtigung zu tun hat, muß man vielmehr jeweils vorab überlegen, was die Grundrechte an speziellem Abwehrmechanismen bereithalten. Nicht jede faktische Beeinträchtigung ist also einem Eingriff gleichzuachten, nicht jede steht zumal unter den eingriffsbezogenen Grundrechtsvorbehalten. Dies als Bemerkung vorab.

Ich habe nun eine Frage an Herr *Löwer*, und zwar: Rechtsgrundlage für die Privatautonomie der Gemeinden ist meines Wissens § 89 BGB. Der Gesetzgeber hat hier die Gemeinden mit Privatautonomie ausgestattet, obwohl sie keine Privaten sind. Unter diesem Aspekt erscheint mir die These unter III.2 c) etwas problematisch. Warum sollte nämlich die Gemeinde von ihrer privatrechtlich begründeten und insoweit räumlich unbegrenzten Privatautonomie nicht auch jenseits der Gemeindegrenzen Gebrauch machen? Und wenn ich vielleicht noch um eine weitere Aufklärung bitten dürfte: In Punkt II.5. sprechen Sie am Schluß von einem Gebot zur Benennung des Zweckes bei jeder Förderung des Gemeinwohls. Ist da tatsächlich „Benennung" gemeint oder würde es auch ausreichen, wenn sich der Zweck erkennen und als solcher rechtfertigen läßt. Ein Benennungsgebot könnte immerhin zum Mißverständnis einer rein formalen Pflicht führen, mit der Folge, daß schon der Formverstoß das gemeindliche Unternehmen rechtswidrig machen würde.

Herrn *Puhl* möchte ich besonders danken, weil er das von ihm als Dickicht angesprochene Vergaberecht nicht noch mit Unterholz und Gestrüpp wissenschaftlicher Verrätselung versehen, sondern dieses Rechtsgebiet mit einem großen klarsichtigen Wurf verdeutlicht hat. Dazu nur zwei Anmerkungen: Die eine betrifft die vorschnelle Entscheidung für einen Freiheitseingriff. Mir scheint insoweit der Weg über Art. 3 GG näher zu liegen. Denn die faktischen Beeinträchtigungen privater Unternehmen durch Ausübung staatlicher Vergabemacht sind noch etwas schwächer als die durch den Wettbewerb der öffentlichen

Hand. Ich meine daher, hier wäre eine zusätzliche Differenzierung angebracht. Dann habe ich noch eine Frage zur kompetenziellen Seite, nämlich zu C.II.2. a) aa): könnte es nicht sein, daß durch die Regelung in § 97 GWB sozusagen ein vergaberechtlicher Vorbehalt für das Bundesrecht gemacht wird, so daß die Länder partiell auch Bundesgesetze ergänzen dürfen, z.B. durch ein landesgesetzliches Erfordernis einer Tariftreueerklärung entgegen dem Kodifikationsprinzip des bundesrechtlichen Arbeitsrechts.

Ronellenfitsch: Meine Damen und Herren! Das ist fast ein Spontanbeitrag zum Beitrag von Herrn *Pielow*, aber ich möchte trotzdem meine Zeit möglichst einhalten. Als vorwiegend mit dem Verwaltungsrecht beschäftigter Öffentlichrechtlicher ist man immer froh über Nachhilfeunterricht auf den „Staatsrechts"-lehrertagungen. Man hofft, zumindest neue Schlagworte für die praktische Arbeit im Verwaltungsrecht abzustauben. Umgekehrt möchte ich die primär staatsrechtlich orientierten Kollegen auf einige verwaltungsrechtliche Niederungen hinweisen. Was mir bei den beiden ersten Referaten besonders gefallen hat, waren die Bekenntnisse zum Freiheitsprinzip. Allerdings geht es mir nicht um die Freiheit der Wettbewerber, sondern um die Freiheit von uns allen. Wir alle haben eine Freiheitsposition. Diese Freiheitsposition wird uns gewährleistet durch Leistungen, die der Staat erbringt. Als Grundstückseigentümer bin ich praktisch obdachlos – obdachlos im eigenen Haus –, wenn mir Versorgungsleistungen vorenthalten werden. Als Hochschullehrer kann ich meinen Beruf nicht ausüben, wenn der Staat nicht die Verkehrsinfrastruktur zur Verfügung stellt, auf der ich zum Arbeitsplatz gelangen kann. Damit sind wir bei der Daseinsvorsorge. Die Daseinsvorsorge ist kein Mythos, sondern kennzeichnet die allgemeine Freiheitsposition. Es geht um zusätzliche Leistungen. Mit der Daseinsvorsorge steht und fällt das Freiheitsprinzip. Ohne Daseinsvorsorge laufen die Freiheitsrechte leer. Wer das als Mythos betrachtet, hat *Forsthoff* nie begriffen, aber das ist ja eine allgemeine Beobachtung beim Werk *Forsthoffs*. „Daseinsvorsorge" ist ein Rechtsbegriff, nicht nur ein soziologischer Befund. Das kann man am öffentlichen Personennahverkehr, den alle Referenten gestreift haben, darstellen. Bis zum 1. 1. 1996 haben die ÖPNV-Gesetze der Länder den öffentlichen Personennahverkehr zur Daseinsvorsorge der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften gemacht. Die Aufgabe kann auf verschiedene Weise erfüllt werden: Durch eigene Leistungen des Staates oder durch Vergabe nach dem Bestellerprinzip. In § 8 Abs. 4 PBefG werden eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Leistungen unterschieden, aber beileibe nicht so, wie das Herr *Löwer* vorgetragen hat. Die eigenwirtschaftliche Leistung

beruht auf eigener Initiative; jemand stellt von sich aus einen Antrag auf Genehmigung zur Personenbeförderung. Die gemeinwirtschaftliche Leistung ist gegeben, wenn sich niemand findet, der diese Aufgabe übernimmt. Dann muß sie auferlegt, aufgegeben oder vertraglich vereinbart werden. In letzterem Fall findet Wettbewerb statt. Dies aber nicht um des hehren Wettbewerbsprinzips willen, sondern nur um den billigsten Wettbewerber zu finden. Ein Ausschreibungsverfahren wird durchgeführt, um die geringsten Kosten zu verursachen, nicht um Wettbewerb in Reinkultur durchzuführen. Hier hat sich der deutsche ÖPNV bewährt, europäisch geduldet durch die VO 1191/69. Nunmehr aber stellt sich die Frage, ob das verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist. Ist es zulässig, wenn ein kommunaler Aufgabenträger bei eigenwirtschaftlichen Verkehren seine eigenen Unternehmen mit der Personenbeförderung betraut, Eigenproduktion betreibt? Schließlich handelt es sich immer noch um eine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Wenn ich Herrn *Löwer* richtig verstanden habe, gibt es ein Wahlrecht bei der optimalen Erfüllung der Daseinsvorsorgeaufgabe, nicht einen Zwang, Daseinsvorsorgeaufgaben an private Dritte zu vergeben. Also kann der Staat sich eigenwirtschaftlich betätigen, ohne daß dies eine erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung wäre. Der ÖPNV ist ein subventionierter Gewerbezweig, den der Staat zum Teil übernommen hat. Fraglich ist jedoch, ob wir europarechtlich gezwungen sind, hier den freien Wettbewerb zu eröffnen. Vielleicht ist Ihnen bekannt, daß am 13. 9. diesen Jahres ein Verordnungsvorschlag der Kommission endgültig verabschiedet worden ist, wonach der gesamte öffentliche Personennahverkehr dem freien Wettbewerb geöffnet werden soll. Das treibt die Gemeinden um. Die gehen nämlich ins Ausland, akquirieren Personenbeförderungsunternehmen, besorgen sich billige Arbeitskräfte in den Beitrittsländern – die Verordnung soll auf die Beitrittsländer erstreckt werden –, bringen sie in Containerdörfern in der Bundesrepublik unter und führen dann hier den billigsten Personenbeförderungsverkehr durch. Ist das mit unserem Daseinsvorsorgeauftrag zu vereinbaren oder nicht? Ich bin sicher, das ist nicht der Fall. Gemeinschaftsrechtlich könnte man die deutschen Verhältnisse unter Berufung auf Art. 73 EG abfedern. Auch danach ist der ÖPNV eine Daseinsvorsorgeleistung. Deswegen warne ich davor, von einem Mythos zu sprechen. Wir müssen die Daseinsvorsorge verrechtlichen und sollten sie verrechtlichen, um bewährte Strukturen zu erhalten. Trotz aller Faszination, die das Wettbewerbsprinzip ausübt, kann Wettbewerb nicht in Reinkultur vorkommen. Wettbewerb ist bei der Daseinsvorsorge nicht Ziel, sondern Instrument. So verhält es sich mit dem Gemeinwohl, Herr *Häberle*, der Wettbewerb dient dem Gemeinwohl, mehr nicht. Vielen Dank.

Schachtschneider: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen, Herr *Löwer* hat wieder einmal der Fiskusdoktrin den Abschied gegeben, aber man staunt, sie wird auch immer wieder verteidigt, auch von Herrn *Böckenförde*, und deswegen werden wir uns noch lange damit beschäftigen. Ich denke, daß das Privatheitsprinzip, das Sie so klar herausgestellt haben, Herr *Löwer*, nicht nur durch die genannten Grundrechte geschützt ist, sondern auch europarechtlich durch die Grundfreiheiten; denn das Gemeinschaftsrecht verfaßt einen Binnenmarkt und der Binnenmarkt kann nur ein privatheitlicher Markt sein wie überhaupt ein Markt durch seine Privatheitlichkeit gekennzeichnet ist. Unternehmen haben das Charakteristikum, privat oder privatheitlich zu sein. Der Staat aber ist kein Unternehmer und seine wirtschaftliche Betätigung, die ja in gewissen Grenzen richtig ist, ist eine besondere Verwaltung. Das haben wir auch von Herrn *Löwer* gelernt. Wir müssen für die wirtschaftliche Betätigung des Staates ein besonderes Verwaltungsrecht entwickeln. Bisher wurde wegen der Fiskusdoktrin das Privatrecht herangezogen. Die privatrechtlichen Vorschriften, die weitgehend neutral gegenüber der Dichotomie von Staatlichkeit und Privatheit sind, sind der Sache nach besonderes Verwaltungsrecht, meinetwegen auch das Prinzip der wettbewerblichen Lauterkeit. Mir liegt es allerdings näher, insofern Prinzipien spezifisch verwaltungsrechtlicher Art zu entwickeln, wie das aus der Verfassung hergeleitete Sachlichkeitsprinzip, aber auch das Verhältnismäßigkeits- und das Vertrauensschutzprinzip. Dies führt materiell zu ganz ähnlichen Regelungen, wie das offene Lauterkeitsrecht. Aber ein Recht als Unternehmer zu agieren, hat der Staat auf gar keinen Fall. Der Wettbewerb des Staates ist Ingerenz. Die Gewinnmaxime steht dem Staat schon deswegen nicht zu, weil sie der Gesetzlichkeit nicht fähig ist. Herr *Böckenförde*, wie sollte die Gewinnmaxime eigentlich in Tatbestände gefaßt werden. Wenn der Staat sich dem Wettbewerb aussetzt, besteht auch die Verlustgefahr. Ich weiß nicht, wie gerechtfertigt werden soll, daß der Vollzug des Gesetzes Verlust bringt und darum eingestellt wird. Die Kosten der Verwaltung sind durch Steuern zu finanzieren. Ein ganz wesentliches Problem unserer Thematik ist das Europarecht. Herr *Löwer* hat das angesprochen und hat dafür plädiert, daß öffentlichen Unternehmen europarechtlich weiterhin als wettbewerbsrechtliche Unternehmen behandelt werden sollten, weil sonst die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Agenda staatlich zu bewältigen, mißbrauchen könnten, um sich dem Wettbewerb und dem Wettbewerbsrecht zu entziehen. Dem soll ja Art. 86 EGV entgegensteuern. Die Bemühung ist gerechtfertigt, nur es gelingt nicht. Wir haben uns dabei, ich sage das ein wenig provokativ, der Willkür des Europäischen Gerichtshofs ausgesetzt. Ich habe lange

Zeit erwartet, daß der Europäische Gerichtshof die Sozialversicherungen, die ja durchaus im Wettbewerb mit privaten Versicherungen stehen, als wirtschaftlich einstufen werde, weil sie die Kriterien des Unternehmensbegriffs des Gerichtshofs erfüllen. Jetzt aber hat der Gerichtshof sich und das soziale Versicherungssystem gerettet. Das Prinzip der Solidarität sei maßgeblich. Also sind die Sozialversicherungen keine Unternehmen, jedenfalls findet das Wettbewerbsrecht keine Anwendung, zum Glück. Aber Art. 86 EGV ist allzu weit und unbestimmt. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung steht einer Regelung wie dem Art. 86 EGV entgegen. Wir müßten vielleicht den Mut haben, eben klang es an, auf Grund des Art. 86 Abs. 3 EGV oder auf Grund eines besonderen Vertrages der Gemeinschaft die Befugnis zu übertragen, durch Richtlinien zu regeln, was privatheitlich bewältigt werden darf und was dem Staat vorbehalten sein soll, wie z.B. das Sozialversicherungsrecht. So steht das jetzt auch in dem Entwurf der Grundrechtecharta. Was von der Sache her nicht wettbewerblich bewältigt werden kann, das ist eine, wenn man so will, natürliche Staatsaufgabe, wie es früher der öffentlich-rechtliche Rundfunk war. Solche Angelegenheiten bedürfen der staatlichen Betätigung. Die Grenzen sind im Einzelnen zu ziehen. Die Dichotomie von Staatlichkeit und Privatheitlichkeit bleibt; denn das Private ist durch das Recht zur freien Willkür gekennzeichnet. Der Wettbewerb dient dem Gemeinwohl. Es ist eine Gemeinwohlveranstaltung, aber eine Veranstaltung des Staates, weil das Effizienzprinzip der Wirtschaft der Wettbewerb ist. Weil der Wettbewerb untrennbar mit dem Staat verbunden ist, ist der Staat nicht schon ein geeigneter Wettbewerber. Er hat eine andere Aufgabe, weil ihm eins nicht zusteht: das Recht zur freien Willkür, ganz im Gegenteil, wir lernen vom Bundesverfassungsgericht, das wichtigste Prinzip ist das Willkürverbot. Darum ist der Staat schlechterdings kein geeigneter Wettbewerber. Darf ich noch eine Bemerkung machen: Es gibt in der Praxis nicht nur die sogenannte privatheitliche Tätigkeit des Staates, in der der institutionelle Staat funktional privatheitlich agiert, es gibt auch den umgekehrten Fall, daß die institutionell Privaten, also die Unternehmer, funktional in den staatlichen Bereich einbezogen werden. Wir kennen alle den beliehenen Unternehmer, der der Sache nach mit dem Konzessionsaspekt auch in Ihrem Vortrag, Herr *Löwer*, angeklungen ist. Ist dieses Institut noch tragfähig? Der Private bleibt privat. Wenn er durch Gesetze mit Aufgaben betraut wird, ist das eine Regulierung seiner Tätigkeit, aber er verliert seine Privatheitlichkeit nicht; er wird durch nichts staatlich. Ich halte es für ein Mißverständnis, daß der Private in bestimmten Aufgabenbereichen nur agieren könne, wenn ihm Hoheitsgewalt delegiert sei. Nein, jeder, wir hatten es gestern gesagt, hat Gewalt,

es geht um die Legalität des Handelns, also wir sollten, Herr *Löwer*, auch noch die Verabschiedung des Instituts des beliehenen Unternehmers nachreichen, das uns auch nicht grade zum Recht führt. Danke.

Meyer: Im Hinblick auf den grundrechtlichen Ausgriff von Herrn *Löwer* schließe ich mich der Kritik an, die bei *Böckenförde* angefangen und bei *Gallwas* vorläufig geendet hat. Ich will mich mehr auf die kompetenziellen Ausführungen von Herrn *Löwer* stützen, also auf die Thesen unter II. Ich glaube, da ist einiges schlicht falsch. Sie sagen zum Beispiel in Ziffer 1, eine Betätigung des Staates nur um des Gewinns willen sei verfassungsrechtlich unzulässig. Wenn Sie Recht hätten, müßten wir eine ganze Abteilung der staatlichen Verwaltung schließen. Die staatliche Schuldenverwaltung tut nichts anderes, als Verluste zu minimieren, d.h. Gewinn zu maximieren. Es ist ihre eigentliche Aufgabe, sonst hat sie überhaupt keine Aufgabe, und das soll sie auch ordentlich machen. Dann sagen Sie in Ziffer 3 beim ersten Spiegelstrich, daß die Zweckbindung der Steuermittel es verbiete, sie als Finanzanlage zu benutzen. Auch das ist evident falsch. Erstens haben wir gelernt und ich lehre das auch immer noch, daß die Steuer sich gerade dadurch auszeichnet, daß von Verfassungs wegen keine Zweckbindung besteht. Und zum zweiten ist der Staat um der Wirtschaftlichkeit willen sogar verpflichtet, Steuereinnahmen anzulegen, wenn er sie nämlich nicht sofort ausgeben kann. Ich verstehe also nicht, wie man eine solche Behauptung aufstellen kann. Dann sprechen Sie, was ich überhaupt nicht verstehe, vom Finanzmonopol als einer „Erwerbswirtschaftsquelle". Unabhängig davon kommt in diesem Punkt wie im letzten Spiegelstrich zu Ziffer 3 bei der Finanzverfassung auf einmal der Gedanke auf, die Regelungen seien von einer besonderen Exklusivität. Die angebliche Grundentscheidung der Finanzverfassung für den „Abgabenstaat" ist verfassungsrechtliche Lyrik, sonst nichts. Wir haben nicht nur den „Abgabenstaat", wir haben z.B. auch den „Anleihenstaat". Der staatliche Sektor hat immer noch – glaube ich – über 2 Billionen DM an Schulden. Es ist also ein ganz merkwürdiger Staatsbegriff, der nun hier auf einmal verfassungsrechtliche Wirkung haben soll. Wichtiger noch ist, daß die Art. 105–107 GG, auf die Sie hier allein anspielen, völlig überflüssig wären, wenn wir keinen Bundesstaat hätten. Es gäbe überhaupt keine Regeln. Wir haben auch keine verfassungsrechtlichen Regeln über die Sonderabgaben oder über die Beiträge und die Gebühren. Und kein Mensch kümmert es, daß diese Lasten gleichwohl durch einfaches Gesetz auferlegt werden können. Wieso kann man dann aus einem System, das nur aus bundesstaatlichen Gründen überhaupt existiert, so weitreichende Exklusivitätsansprüche herleiten? Das scheint mir methodisch sehr abwegig zu

sein. In Ziffer 4 sprechen Sie von „der" Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft; ich habe in meinem Staatsrechtslehrerleben diese Grenzlinie noch nie gesehen und bin hoch interessiert zu erfahren, wo sie denn ist. Wenn die Verschiebung auf einmal zur Verfassungswidrigkeit führt, dann muß die Grenzlinie eine ziemlich sichere Angelegenheit sein. Ich glaube aber, Sie werden in Schwierigkeiten kommen, wenn Sie sie definieren müßten. Zu Ziffer 5 will ich nicht auf das von Herrn *Bökkenförde* Gesagte zurückkommen, aber in allen Kommentierungen der deutschen Gemeindeordnung von 1935 steht eben der Satz, daß der Status quo natürlich vorbehalten bleibt, ganz gleichgültig, ob ein öffentliches Interesse, Herr *Badura*, worauf Sie zu Recht hingewiesen haben, oder ein öffentlicher Zweck vorhanden ist. Ist das nun alles verfassungswidrig, und zwar seit 1949?

Ich habe noch eine Frage; habe ich noch eine Minute? Herr *Puhl*, in Ziffer 16 wird das strittige Problem behandelt, ob die öffentliche Hand, wenn sie mehrheitlich an einem privatrechtlich organisierten Unternehmen beteiligt ist, den Grundrechtsbindungen unterliegt. Ich glaube, das ist zwingend. Wäre das nicht der Fall, dann wären die Umgehungsmöglichkeiten sehr einfach, indem man nämlich eine zu 100 % in Staatshand befindliche AG mit 10 % privatisiert und sie damit aus den öffentlichen Bindungen herausfiele. Es kommt, glaube ich, ausschließlich darauf an, ob der dominierende Einfluß bei der öffentlichen Hand liegt. Das theoretische Problem besteht darin, was Sie mit der Grundrechtsstellung, also mit Art. 14 GG, der privaten Minderheitsaktionäre, machen. Man muß dem Privaten, glaube ich, in diesem Falle entgegenhalten, Du weißt, daß Du Dich in ein Unternehmen begibst, das mehrheitlich von der öffentlichen Hand, die ihre eigenen Bindungen hat, beherrscht wird und deswegen kannst Du Art. 14 GG in dieser Hinsicht nicht aktivieren. Vielen Dank.

Schulze-Fielitz: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Wie eigentlich nicht anders zu erwarten, haben wir sehr schöne Referate wie immer gehört, aber ich möchte doch nicht unterlassen zu sagen, daß mich ein Referat besonders begeistert hat, das von Herrn *Holoubek*. Ich möchte dazu mit der Überlegung, warum das so ist, eine methodische Anmerkung machen. Ich war deswegen beeindruckt – auch unter der Fragestellung, was bewegt einen Vorstand, dieses Thema zu wählen –, daß hier zunächst mal auf rechtsvergleichender Basis versucht worden ist, die empirische Veränderung von Staatlichkeit in den verschiedenen Ländern der europäischen Gemeinschaft aufzunehmen, diese Veränderung dann auf einen theoretischen Begriff zu bringen und daran dogmatische Modelle, theoretische Folgerungen anzuschließen, die sich auf

unterschiedliche Sachbereiche (die sich hinter Begriffen wie Erfüllungsverantwortung und Gewährleistungsverantwortung verstecken) beziehen, um uns so einen Schlüssel zu geben, wie wir denn die weitere Entwicklung analysieren und dogmatisch abarbeiten können. Das ist beste Jurisprudenz – sie nimmt theoretisch reale Entwicklungen auf. Und insofern habe ich mich, wenn ich mir als methodisches Gegenmodell das Referat von Herrn *Löwer* angucke, ein paar Mal gefragt, ich frage das auch jetzt gern Herrn *Löwer*: Angenommen, Sie hätten vor 20 Jahren dasselbe Thema in dieser Form bearbeiten müssen, wären nicht die gleichen Thesen, die Sie hier vertreten haben, auch damals in dieser „zeitlosen" Form vertretbar gewesen, nur daß die Beispiele sich geändert hätten? Mit anderen Worten: Wenn sich hinter unserem Thema fundamentale Veränderungen des staatlichen Handelns verbergen, dann würde ich vermuten, daß wir nur adäquat diskutieren können, wenn wir zunächst fragen, warum das so ist. Warum marschieren denn die Gemeinden und lagern aus nach Indien und weiten ihre Handlungsfelder aus? Sind das „wildgewordene" Kommunalpolitiker, oder gibt es vielleicht Sachgründe, die in der Marktlogik liegen, Gründe, die in einer veränderten Funktionsweise staatlichen Handelns am Markt liegen? Und wenn wir das aufnehmen, dann meine ich: So richtig es grundsätzlich ist, mit dogmatischen Kategorien wie Freiheit und Kompetenz als Ausgangskategorien zu arbeiten, die Probleme beginnen doch beim Kleinarbeiten. Welche öffentlichen Zwecke rechtfertigen das Handeln am Markt eigentlich? Das ist die „Leerformel", die Herr Häberle schon angesprochen hat, der Gemeinwohlbezug: Müssen wir nicht auf einer mittleren Ebene argumentieren und dann fragen, wo sind welche Formen der rechtlichen Einbindung staatlicher Kompetenzausübung im wirtschaftlichen Bereich nötig und wo nicht? Denn wir dürfen nicht wegdiskutieren, daß es bestimmte elementare soziale Gemeinwohlaufgaben gibt, die wir nicht der wirtschaftlichen Selbstentwicklung überlassen können. Und noch ein letztes Wort der Zustimmung zu Ihnen, Herr *Löwer*, damit das nicht zu kritisch klingt: Dieser Gedanke der Funktionsadäquanz von Recht, der kommt sehr schön in Ihrer These IV 2 in etwas anderem Zusammenhang vor: Das ist die Kritik am, wie *Bryde* es genannt hat, „Legitimationskettenfetischismus". Das ist genau ein Beleg dafür, daß wir nur, wenn wir uns auf die Sachstrukturen des Verwaltungsrechts einlassen, von diesen her auch die Dogmatikbildung auf der abstrakten Ebene angemessen erfassen können – und nicht umgekehrt! Schönen Dank!

Hellermann: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, nach dem Beitrag von Herrn *Schulze-Fielitz* tut es mir beinahe leid, jetzt doch ein

paar Worte sagen zu wollen und zu müssen zu der „Großthese", daß nämlich Wettbewerb von Verfassungs wegen Wettbewerb Privater und staatliche Wirtschaftsteilnahme Intervention sei, so wie auch der staatliche Regulierungseingriff staatliche Intervention ist. Diese These hat Herr *Löwer* formuliert und zum eigentlichen Ausgangspunkt aller seiner weiteren Ausführungen gemacht. Herr *Puhl* hat zugestimmt, und in der heutigen Diskussion wie auch im Schrifttum findet diese These ja durchaus verbreitete Zustimmung. Ich teile, um das vorweg zu bekennen, diese These nicht, sondern hege Skepsis, was sie angeht. Schon historisch bin ich skeptisch deshalb, weil die Deutsche Gemeindeordnung, die bis heute Orientierungspunkt ist für die Beurteilung der Zulässigkeit kommunaler wie auch staatlicher Wirtschaftsteilnahme, die wirtschaftliche Betätigung zwar beschränkt hat, aber doch auch als eine von der spezifisch hoheitlichen Verwaltungstätigkeit unterschiedene wirtschaftliche Betätigung anerkannt und in ihren Grenzen zugelassen hat. Und ich sehe auch aktuell im Verfassungsrecht nicht – da stimme ich vorhergehenden Äußerungen zu –, wo die Verfassung den Zugang des Staates zu diesem Bereich des wirtschaftlichen Wettbewerbs beschränkte. Die Gleichsetzung von staatlicher Wirtschaftsteilnahme und staatlichem regulierendem Eingriff scheint mir insofern zu allgemein gesprochen und schon insofern nicht plausibel, als sie in dieser Vereinheitlichung ganz übergeht, daß es sich bei der spezifisch hoheitlichen Betätigung und der Wirtschaftsteilnahme auch des Staates um Betätigung in zwei Bereichen handelt, die ganz unterschiedlichen Funktionsbedingungen unterliegen und für die ganz unterschiedliche, ausdifferenzierte rechtliche Regelungen bestehen. An diese allgemeinen Bemerkungen möchte ich zwei konkretere Bemerkungen anschließen. Die eine hätte sich ausführlicher beziehen sollen auf die Herleitung dieser zentralen These, vor allem ihre grundrechtliche Herleitung. Insoweit möchte ich mich jetzt zunächst darauf beschränken, mich der schon gelegentlich – etwa von Herrn *Böckenförde* – geäußerten Kritik an der These II. 5. von Herrn *Löwer* anzuschließen, und eine Selbstverständlichkeit vielleicht nur noch einmal hervorheben. Sie haben, Herr *Löwer*, sich auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts bezogen, wonach die Grundrechte nicht das Eigentum der Gemeinden schützen und entsprechend auch nicht deren wirtschaftliche Betätigung schützen könnten. Ich möchte noch einmal – um einem Fehlschluß, der naheliegen könnte, vorzubeugen – sagen, daß daraus jedenfalls nicht das grundrechtliche Verbot von staatlicher und kommunaler Eigentumsinnehabung und Wirtschaftsbetätigung gefolgert werden kann; das wäre ein unzulässiger Schluß von den Grenzen des Schutzes hin zu einem Verbot aus den Grundrechten. Eine zweite kurze Bemerkung: Sie haben gesagt, worin

ich Ihnen ganz zustimmen möchte, daß das deutsche Wettbewerbsrecht und das europäische Wettbewerbsrecht sich darin einig sind, von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgehend auf den Akteur nicht zu achten, solange er die Wettbewerbsregeln beachtet. Sie haben gleichwohl im Rahmen des § 1 UWG den Rückgriff auf die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften für zulässig gehalten, weil sie den Wettbewerb als Institution schützen. Das erscheint mir nicht plausibel, wo doch diese Vorschriften allein den Marktzutritt, nicht aber das Wettbewerbsverhalten der Kommunen regeln. Vielen Dank.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Hellermann.* Meine Damen und Herren, ich darf zwischendurch von einem Rekord berichten. Die Vereinigung hat durch die großartige Disziplin der Diskutanten innerhalb von 90 Minuten 18 Diskussionsbeiträge abgearbeitet. In diesen 18 Diskussionsbeiträgen ist überwiegend auf das Referat von Herrn *Löwer* Bezug genommen worden und die kritischen Äußerungen hielten sich mit den zustimmenden jedenfalls die Waage, wenn nicht sogar die kritischen Äußerungen überwogen haben. Ich möchte deshalb etwas unplanmäßig, weil wir jetzt am Ende des ersten Diskussionsteils sind, in dem der Vortrag von Herrn *Löwer* und der entsprechende Teil des Vortrags von Herrn *Holoubek* den Schwerpunkt bilden, Herrn *Löwer* gerne Gelegenheit zu einer Replik insbesondere auf die kritischen Äußerungen geben. Herr *Löwer* wird sich ebenfalls der Disziplin unterwerfen und hat dafür 10 Minuten Zeit.

Löwer: Herr Vorsitzender, vielen Dank, ich danke insbesondere den Kritikern für die Einwände, wobei sich allerdings aufdrängt, daß ein Teil der Einwände auch der Tatsache geschuldet ist, daß das gesprochene Wort flüchtig ist und nicht alles von dem, was ich zur Begründung ausgeführt habe, sich jetzt in den Fragen in jeder Hinsicht wiederfindet.

Der wichtigste Einwand ist sicher der, daß die Grundthese falsch ist, der Staat dürfe sich nicht am Markt erwerbswirtschaftlich betätigen. Der zweite Grundeinwand, der mehrfach geäußert worden ist, ist der, daß die Realität doch ganz anders aussieht. Zu beiden Thesen der Versuch einer Antwort: Herr *Böckenförde,* ich bedauere, daß Sie sagen, ich hätte die Grundthese nicht zu begründen versucht. Zu begründen versucht habe ich es wohl, ob man dem folgt, das ist eine andere Frage. Ich habe aus den Prinzipien der Freiheit und der kompetenzerfüllten Staatlichkeit argumentiert und habe gesagt, dem Staat steht nur die kompetenzerfüllte Aufgabenerledigung zu und sonst nichts und dem Einzelnen steht die Freiheit zu Gebote. Und weil es da keine Brücke gibt, ist der

Staat nach unserem heutigen grundrechtlich geformten Bild von Freiheit und Kompetenz prinzipiell ohne Marktzutrittschance. Wenn wir das erst heute erkennen, dann liegt das natürlich unter anderem daran, daß die historischen faktischen und verfassungsrechtlichen Verhältnisse ganz anders gewesen sind. Herr *Püttner*, ich hätte nicht geglaubt, 95% Zustimmung oder Übereinstimmung mit Ihnen erzielen zu können. Sie haben auf einige historische Daten hingewiesen. Sie wären zu ergänzen und zu erläutern. Preußen hat noch um 1900 35% seiner Nettostaatseinnahmen aus dem Eisenbahnbetrieb bezogen und die Bismarcksche Plusmacherei war ein wunderbares Instrument, die Budgethoheit der Volksvertretung kleinzuhalten. Daß wir von diesem Prinzip wegkommen wollten in sehr langsamen – Sie würden sagen, Herr *Meyer*, gelegentlich auch mäandrierenden Prozessen – das ist gar keine Frage. Schon aus Gründen des Budgetrechts ist es ungut, wenn der Staat wesentliche erwerbswirtschaftliche Einkünfte hat, weil darauf die Volksvertretung sehr viel weniger Einfluß nehmen kann, als auf die Steuerfinanzierung. Es ist auch kein Wunder, meine Damen und Herren, daß wir uns heute mit Fragen der Marktliberalisierung beschäftigen, denn die Staatsinitiative war früher völlig unstreitig unverzichtbar, um diesen ganzen hohen Sockel der Infrastruktur, von dem wir heute reden und leben, aufzubauen. Ohne diese Staatsinitiative hätte es eine flächendekkende gleichpreisige Stromversorgung in Ostpreußen eben nicht gegeben. Man sieht aber auch, wenn dieses Stadium der Volldeckung erreicht ist, dann kann man über die Frage der Marktteilnahme des Staates natürlich in historischen Prozessen neu nachdenken. Und das ist wohl das, wo wir hingeraten sind, weshalb wir eben auch die Fragen heute schärfer formulieren können, als wir sie früher hätten formulieren können. Wir hätten die Fragen früher genauso stellen können, wir hätten nur sehr viel mehr Marktteilnahme gerechtfertigt, als wir es vielleicht heute zu tun bereit sind. Diese *Sax/Wagner*-Kontroverse von der ich gesprochen habe, meine Damen und Herren, über die Frage, verstaatlichen wir die Eisenbahn oder tun wir das nicht, war hochinstruktiv; da waren alle Argumente, über die wir heute reden, schon präsent. 1838 stand im Preußischen Eisenbahngesetz von *Hansemann*, daß es Unbundling geben sollte. Der Staat sollte Eigentümer des Schienennetzes sein, und es sollte dafür Unternehmen als Benutzer geben. Nichts ist neu, alles in der Diskussion schon einmal gedacht worden und alles schon mal durchgespielt worden. Also, Herr *Böckenförde*, ich halte es für eine an sich aus unserem System heraus zwingende Folgerung, dem Staat stehe nur kompetenzerfüllte Aufgabenerfüllung zu Gebote und sonst nichts. „Rothausbrauerei", ob es die noch gibt, ist mir doch völlig egal. Worum es mir geht, ist ein Prinzip.

Und damit komme ich zu dem, Herr *Schuppert*, was Sie gesagt haben. Ich habe natürlich lange überlegt, gehst Du zur Staatsrechtslehrertagung und trägst eine Lebenslüge vor. Denn das ist ein Stück weit eine Lebenslüge, was die praktische Realisationschance einer solchen These betrifft. Lebenslügen haben aber insgesamt eine unerhörte daseinsstabilisierende Kraft, die meisten kommen ohne sie überhaupt nicht aus. Vielleicht ist das sogar ein Stück Verwaltungswissenschaft, Herr *Schuppert*, ich weiß es nicht genau. Aber es ist jedenfalls Alltagswissen, daß dem so ist. Und da habe ich überlegt, wo kommt eigentlich diese Stabilisierungswirkung her. Nur wenn ich die Lebenslüge aufrechterhalte, habe ich eine Schranke gegenüber bestimmten, sonst sich notwendigerweise weiter ausbreitenden Fehlverhaltensweisen. Und insofern sind auch Prinzipien, die wir nicht durchhalten können, von rechtlich substanzieller Bedeutung. Und von daher, Herr *Schuppert*, sind wir beide, was dann die Steuerungsprobleme betrifft, überhaupt gar nicht weit auseinander. Auch das wird in flüchtigen Worten nicht so sehr deutlich. Sie sagen, ich brauche z.B. Kontrolle als Lösung. Wenn Sie Kontrolle wollen, dann müssen Sie auch Kontrollmaßstäbe haben, dann müssen Sie sie formulieren. Und von daher hatte ich jetzt mal angedacht, daß dieses Anstaltsmodell, das wir im bayerischen Kommunalrecht haben, das wir in Berlin mit dem Eigenbetriebsgesetz haben, daß das ein sehr vernünftiges Modell ist, weil das manche Steuerungsprobleme, die wir mit der Aktiengesellschaft haben, wenn wir z.B. einen Rest von demokratischer Legitimation aufrechterhalten wollen und müssen, in diesem Modell lösen können. Also das gesuchte Verwaltungsgesellschaftsrecht, das ist in dieser Anstaltskonstruktion ein Stück weit vorhanden.

Herr *Meyer* zu Ihren Einwendungen: Daß ich, wenn ich Schulden habe, dem ökonomischen Prinzip verpflichtet bin, das ist doch nicht mein Thema. Ich habe überhaupt nichts gegen das ökonomische Prinzip, wenn der Marktzutritt in Ordnung ist. Daß also die Schuldenverwaltung ökonomisch vorzugehen hat, ist doch selbstverständlich, daß Schuldenminimierung durch ökonomisches Verhalten der Bundesschuldenverwaltung normal ist, ist doch klar. Daß Steuergelder mit Gemeinwohlbindung eingeliefert werden, ist nicht zu verwechseln mit der Zweckbindung von Steuergeldern. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb die regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit beanstandet, weil damit Steuergeld verwendet werden für Zwecke, die illegitim sind. Und das ist doch der Steuer inhärent; steht sie dem Staat nicht als Monopolygeld zu, ich gebe sie ihm zur unmittelbaren Verwirklichung von Gemeinwohlzwecken. Zu dem Argument Finanzmonopol: Art. 12 erlaubt nicht die Ausdehnung über den historischen Bestand. Aber neue Finanzmonopole ließen sich nicht mehr einrichten, das ist jedenfalls ganz

herrschende Überzeugung der Staatsrechtslehre und das ist so ein Fall von Erwerbswirtschaftlichkeit. Wo Sie dogmatisch im Ansatz Recht haben, ist der Hinweis auf das Steuerstaatsargument. Und trotzdem, wenn man die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Thema liest, dann wird da ja auch die Budgethoheit geschützt, die eben nicht durch außerbudgetäre Einnahmen gestört werden soll; das ist für diese UMTS-Geschichten überhaupt erst ein richtiges Problem. Diese Aussagen des Bundesverfassungsgerichts lösen sich ein Stück weit von dem bundesstaatlichen finanzverfassungsrechtlichen Zusammenhang, ansonsten gebe ich Ihnen zu, daß es dogmatisch richtig ist, darauf zu verweisen, ohne Bundesstaat kein Art. 105ff. Das ist eine Schwäche der Steuerstaatsthese, gar keine Frage. Was die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft betrifft, beruht das wieder auf einem Mißverständnis, wenn Sie sagen, „ich habe sie noch nie gesehen". Ich doch auch nicht, Herr *Meyer*, nur ich weiß, daß sie im Gesetz steht, weil das Gesetz bestimmt, welche Aufgaben der Staat an sich ziehen darf, und welche er nicht an sich zieht. Also diese Grenzlinie wird natürlich durch praktische Politik gesetzt, indem der Gesetzgeber Aufgaben erlaubter Weise an sich zieht oder nicht. Ich habe das nicht gemeint in einer substantiellen vorfindlichen Unterscheidung beider Systeme, wo doch schließlich der Staat nur eine Organisation der Gesellschaft für sie ist. Ob der Staat Aufgaben an sich ziehen darf, ergibt sich aus der Analyse der Verfassung. Und diese Grenzlinie im Gesetz verlange ich, mehr nicht.

Aus der Fülle der weiteren Beiträge: Herr *Häberle*, Gemeinwohl, natürlich wird vor allen Dingen prozedural verwirklicht. Natürlich kenne ich es nicht, bevor der politische Prozeß entschieden hat. Ich bin auch ein Feind jeder Hypostatisierung des Marktes, der Markt ist nicht irgendein Selbstzweck. Ich habe laut und deutlich gesagt, der Markt entsteht ausschließlich durch Freiheit, er entsteht auch dadurch, daß sich Menschen am Markt bewegen, die sich gänzlich unökonomisch verhalten im Verhältnis zum Markt. Ich kaufe nicht bei Aldi, das ist unökonomisch, aber ich kaufe aus Prinzip nicht dort, weil ich helfen will, fußläufige Versorgung von Lebensmittelversorgung aufrechtzuerhalten. Also leiste ich meinen ganz bescheidenen Beitrag durch unökonomisches Verhalten zum Markt. Insofern gibt es auch für die Gemeinden keine irgendwie vorgefaßten Grenzen, was sie tun können und was sie nicht tun können. Dieser vielbeschworene Satz, sie kann aber doch nicht Brötchen verkaufen: Natürlich darf sie Brötchen verkaufen. Im Rheinland gibt es die Gemeinde Bruchhausen, das ist eine Inselgemeinde irgendwo am Berg mit 2000 Einwohnern. Dort gibt es kein Lebensmittelgeschäft, da haben die Bürger eine Genossenschaft gegründet, um ein Lebensmittelgeschäft zu haben. Wenn sie das nicht gemacht hätten,

hätte die Gemeinde halt so etwas gemacht. Es gibt keine vorfindlichen Grenzen dessen, was eine Gemeinschaft für sich selbst eventuell tun muß. Herr *Ronellenfitsch*, Sie tun gedanklich so, als wollte ich durch Liberalisierung den ÖPNV vertreiben. Das ist doch nicht mein Thema. Mein Thema ist nur, wer ihn so anbieten will, wie er jetzt angeboten wird, der muß dafür argumentieren können. Und man kann dafür gut argumentieren und ich glaube, daß Sie in allem, was Sie gesagt haben, Recht haben. Es widerspricht nur nicht meinen Grundthesen, daß es rechtfertigungsbedürftig ist, wenn es um ein Gut geht, das überhaupt am Markt von Privaten angeboten werden würde, wo ich mit Ihnen große Zweifel habe. Andererseits ist eben unübersehbar, es gibt grenzüberschreitende Versuche des Angebots von ÖPNV-Netzen, und dann müssen wir uns diesen aus europarechtlichen Gründen natürlich stellen. Aber ich will den Staat nicht überall vertreiben, nur weil ich ein Prinzip aufgestellt habe, das Sie erstaunt, sondern es geht um Rechtfertigung, um mehr nicht. Nur so entsteht ökonomische Rationalität und ökonomische Rationalität kann sich dann auch in Gewinn niederschlagen Die Sache wird nur schwierig, Herr *Schuppert*, wenn die Juristen unter der Zirkuskuppel ratlos spielen bei ihren Konstruktionen, daß zum Schluß überhaupt keiner mehr durchgucken kann, wie denn eigentlich so ein Unternehmen funktionieren soll. Diese Berliner Bankgeschichte ist so konstruiert, daß man schon ein mehrsemestriges Gesellschaftsrechtstudium hinter sich haben muß, um überhaupt die Struktur noch erkennen zu können, Verwischung von Verantwortung durch Verkomplizierung von Strukturen, das ist natürlich auch eine üble Geschichte, aber „zweckrational" ist sie aus der Sicht der Akteure natürlich gleichwohl.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Löwer*, für die präzise Einhaltung des Zeitbudgets. Der Beifall erspart mir jedes weitere Lob.

Breuer: Ich bin durch die Referate angeregt worden, drei Fragen zu stellen, die sich damit beschäftigten, nach welchen Rechtsgrundlagen und nach welchen Maximen das Vergaberecht in Zukunft gestaltet werden sollte. Erste Frage: Ist das Vergaberecht eigentlich noch eine Materie des öffentlichen Rechts, oder ist sie zu einer Materie des privaten Wirtschaftsrechts geworden? Mir scheint das nicht nur eine theoretische Frage zu sein, sondern auch eine inhaltliche Frage. Traditionell sind wir es in Deutschland gewohnt, vom Verwaltungsprivatrecht zu sprechen, und dieses Konzept hat in meinen Augen immer einen gewissen Charme gehabt, weil die öffentlich-rechtliche Bindung dem Rahmen nach feststand, und zwar so, wie sie sich aus den Grundrech-

ten und dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, aber im übrigen doch dem Staat und anderen Trägern der öffentlichen Gewalt eine gewisse Freiheit gegeben war, Gemeinwohlbelange verschiedener Art zu verfolgen. Heute scheint dies nicht mehr so zu sein, nachdem im deutschen Recht das Vergaberecht zu einer Materie des GWB geworden ist und offensichtlich auch europarechtlich die Weichen anders gestellt worden sind. Was mich dabei aber doch sehr skeptisch stimmt, ist, daß wir nun zu einem gespaltenen Rechtsregime kommen, wie Herr *Puhl* es vorgetragen hat. Dies überzeugt mich schon deshalb im Ergebnis nicht, weil nach dem GWB und – so schien es mir – vielleicht auch nach europarechtlichen Vorgaben eine strikte Beschränkung der zulässigen Zwecke und damit auch der Legitimation stattfinden soll. Nur noch das Wettbewerbsprinzip soll walten, andere öffentliche Zwecke, regionalpolitische, sozialpolitische, umweltpolitische, strukturpolitische sollen keine Rolle mehr spielen. Das scheint mir sehr rigide zu sein, und hier muß man sich fragen, ob das wirklich sinnvoll und aus europarechtlichen Gründen notwendig ist. Herr *Holoubek* hat meines Erachtens in einer sehr erhellenden Weise darauf hingewiesen, daß andere Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft ganz andere Modelle verfolgen, beim französischen Modell des service public angefangen bis zum britischen Modell. Hier sollten wir meines Erachtens darüber nachdenken, ob die Verengung der richtige Weg ist, zumal beim Vergaberecht, das nicht unter die europarechtlichen Schwellenwerte fällt und nicht dem GWB unterliegt, doch wieder eine größere Fülle öffentlicher Zwecke berücksichtigt werden kann, von den regionalpolitischen über die sozialpolitischen bis zu den umweltpolitischen Gesichtspunkten. Dies so nebeneinander stehen zu lassen, erscheint mir alles andere als überzeugend, hier scheint mir das deutsche Recht innerlich gespalten zu sein. Insofern wäre mir sehr daran gelegen, eine klärende Antwort zu bekommen. Was sind die Gründe für die deutsche Lösung, ist die deutsche Lösung so gespalten, wie sie nun einmal vor uns steht, überzeugend? Die zweite Frage bezieht sich auf den Rechtsschutz. Unser gespaltenes System, Herr *Puhl*, haben Sie bis in den Rechtsschutz hinein fortgeführt. Soweit das Vergaberecht dem GWB unterliegt, führt es letztlich zum Rechtsschutz durch Zivilgerichte, nämlich durch die Oberlandesgerichte, und wir merken schon, wie problematisch diese Zuordnung ist. Nun haben Sie für das übrige Vergaberecht den Verwaltungsrechtsweg postuliert. Darüber kann man meines Erachtens unterschiedlich denken, da es doch nach wie vor um den Abschluß privatrechtlicher Verträge geht und lediglich in der herkömmlichen Weise das Verwaltungsprivatrecht als Rahmen dabei zu berücksichtigen ist. Rechtswegspaltungen sind immer außerordentlich problematisch, sie haben mich

noch nie überzeugt, wenn sie vermeidbar sind. Hier sollte man meines Erachtens über die Rechtswegspaltung noch einmal kritisch nachdenken. Sie kann meines Erachtens nicht das letzte Wort sein. Als dritten Punkt möchte ich eine Bemerkung aufgreifen, die Herr *Löwer* gemacht hat, aber ich bin ohnehin seit einigen Wochen höchst verunsichert. In unserem deutschen Regulierungssystem ist auf dem Telekommunikationssektor so etwas wie ein juristisches Kuckucksei eingeführt worden, ich meine die öffentliche Versteigerung nach ökonomischen Prinzipien. Hier werden Lizenzen vergeben in einem Versteigerungsverfahren mit dem Erfolg, daß der Staat möglichst viel Gewinn in Gestalt von Versteigerungserlösen daraus bezieht. Lizenzvergaben und Lizenzabgaben sind im öffentlichen Recht ein ganz schwieriges Thema. Der Deutsche Juristentag hat sich in der vergangenen Woche mit dem Steuer- und Abgabenrecht beschäftigt und war, wenn ich es richtig verstanden habe, bemüht, etwas mehr rechtsstaatliche Disziplin in das Steuer- und Abgabenrecht zurückzuholen. Wenn also Lizenzen gegen öffentliche Abgaben vergeben würden, dann würden wir das an den bekannten steuer- und abgabenrechtlichen Maßstäben messen müssen, und wir kämen zurück zur strikten Begrenzung. Diese Begrenzungen sind in der Finanzverfassung und in der ganzen rechtsstaatlichen Tradition unseres Abgabenrechts begründet. Mir will es bis heute nicht einleuchten, daß alle diese Bindungen des Finanzverfassungs- und des Abgabenrechts aufgegeben sein sollten, wenn man nur das Verfahren ändert und eine öffentliche Versteigerung gegen die Erzielung eines Erlöses einführt. Dieses Modell ist uns von den Ökonomen beschert worden. Ich habe das ganze bisher immer als sehr interessantes Modell verstanden, aber nicht geahnt, daß aus der Spieltheorie der Ökonomen ein juristisches Kuckucksei der eben beschriebenen Art entstehen könnte. Mir wäre sehr daran gelegen, wenn im Kreise der Staatsrechtslehrer über dieses Kuckucksei und seine Bewertung weitergehende Begründungen nachgeschoben werden könnten.

Schmid: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, ich habe zwei einfache Fragen an Herrn *Puhl*, die die vergabefremden Kriterien betreffen, insbesondere hier die Thesen 30 grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt und 31 materielle Grundrechtsfragen. Zunächst zum grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt. Meine Frage möchte ich überschreiben mit „Wenn schon, denn schon". Sie formulieren: „Die Berücksichtigung sekundärer Beschaffungsziele stellt als vertragsvermittelte Subvention in aller Regel einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der nicht berücksichtigten Wettbewerber dar und steht unter Gesetzesvorbehalt." Würden Sie mir zustimmen, daß man konsequent

weiterformulieren könnte: „Der Ausschluß sekundärer Beschaffungsziele und die Beschränkung auf primäre Beschaffungsziele stellt als vertragsvermittelte Subvention in aller Regel einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der nicht berücksichtigten Wettbewerber dar und steht unter Gesetzesvorbehalt." Eine Unterscheidung zwischen sog. primären und sekundären Beschaffungszielen entnehme ich jedenfalls der Verfassung nicht. Ich sehe keine bestimmte Wirtschaftsverfassung und insbesondere keine Wirtschaftsordnung, die den Leistungswettbewerb auf die Berücksichtigung produktbezogener Eigenschaften beschränkt oder zum Ausschluß von produktions- oder produzentenbezogener Kriterien zwingt. Auch in der Praxis stellt sich, das kann ich nur beiläufig erwähnen und ist Ihnen sicher bekannt, diese Frage. Beispiel ist das Angebot von Fortbildungskursen für die öffentliche Verwaltung durch Angehörige von Scientology und natürlich deren Ausschluß in Schwarzen Listen. Es handelt sich hier also sehr wohl um eine Berücksichtigung sekundärer Beschaffungsziele. Zur zweiten Frage, die ich überschreiben möchte mit dem Motto: „Lieber goldene Zügel, als eiserne Kandaren". Und es befaßt sich mit Ihrer These 31 und dem Verhältnis von Lenkung und Gleichheitsgrundsatz. Herr *Masing* hat das mich bewegende Beispiel, nämlich das Umweltaudit, schon vorweggenommen. Bekanntermaßen gibt es beim Umweltschutz, auf den Herr *Breuer*, der Vorredner, bezug genommen hat, einen Mindeststandard. Dieser Mindeststandard ist gewährleistet durch die Schutzpflichten für Leib und Leben nach Art. 2 Abs. 2 GG. Darüber hinaus gibt es eine breite Zone, in der man den Schutz der Lebensgrundlagen optimieren kann. Und hier bietet die Handlungsformenlehre jene Optionen an, die auf Freiwilligkeit und Kooperation beruhen. Ein Beispiel ist die erwähnte Zertifizierung nach dem Umweltauditgesetz. Würden Sie hier wirklich Ihre Regel Nr. 31 anwenden wollen und eine Berücksichtigung des Umweltaudits beim Bieter als Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes werten? Widerspricht nicht Art. 20 a GG, der die möglichst breite Umsetzung des Umweltaudits fordert, einer so weiten Anwendung von Art. 3 GG? Mir schien Ihre Formulierung darauf hinzudeuten, daß solange der Staat nicht eine Menge von Nachfragemärkten dominiert, er gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen droht, weil eben nicht alle umweltauditzerfizierten Unternehmen erfaßt werden, nicht positiv berücksichtigt werden können und deswegen der Gleichheit nicht Rechnung getragen werden kann. Falls ich das mißverstanden habe, bitte ich um Aufklärung und bedanke mich für Ihr Verständnis.

Schmidt-Jortzig: Selbstverständlich, Herr *Breuer*. Sie haben mich zu einem Zwischenruf herausgefordert, weil Ihre Verwunderung über die

Vorgänge bei dem UMTS-Lizenzenverkauf auch bei mir vorhanden ist. Ich will indessen darauf hinweisen, daß meines Erachtens der Unwille und das Unverständnis ein bißchen verschoben werden müssen. Im Telekommunikationsgesetz, dem TKG, ist ausdrücklich vorgesehen, daß anstelle einer rationalen Entscheidung über die Vergabe auch ein Versteigerungsverfahren angewendet werden darf, u.zw. dann, wenn man mit dem rationalen Entscheidungsverfahren die Ziele, die dort ausdrücklich definiert sind, nicht erreichen kann. Da sind als Ziele etwa eine flächendeckende Kommunikationsversorgung, ordentliche Preise oder ein funktiononierender Wettbewerb genannt. Ich habe auch an ganz anderer Stelle dieser Geschichte noch kritische Gedanken, aber meine hiesigen Bedenken liegen vor allem darin, daß überhaupt nicht klar ist, ob jene Vergabeziele nicht mit dem ganz normalen rationalen Entscheidungsverfahren viel besser zu erreichen gewesen wären. Andere Staaten haben das in Europa ja auch vorgemacht, dann aber natürlich auf so traumhafte Einnahmen wie hierzulande verzichten müssen, und deswegen kann man meines Erachtens wohl deutlich sehen, daß die Verlockung des großen Geldes, das Staatsunternehmen Telekom hat die Erlöse ja auch noch einmal um 30 Milliarden nach oben getrieben, daß also die Verlockung des großen Geldes in der Tat die Rechtstreue manchmal korrumpiert.

Sachs: Vielen Dank, ich möchte zu Herrn *Puhls* Thesen, zunächst zum Gleichheitssatz, einige kurze Bemerkungen machen. Einmal These 17 und 18: Wenn denn die Grundrechte wirklich für die Vergabe gelten, wo ich die herrschende Meinung nicht ganz so deutlich sehe, wie Sie das formuliert haben, dann bin ich mit Ihnen völlig einverstanden, daß der Gleichheitssatz hier in der Tat das wahrscheinlich wichtigste Grundrecht ist und anwendbar ist. Ich hätte nur noch unterstrichen, daß er in der Tat dann auch alleine in der Lage ist, die von Ihnen angesprochenen Grundrechte als subjektive Rechte zu erzeugen; das ist mir wichtig, aber ich sehe, da sind wir einer Meinung. Bei These 31 allerdings, die gerade angesprochen wurde, habe ich doch erhebliche Zweifel. Ich will kurz doch noch mal vorlesen, es ist ein bißchen kompliziert formuliert: Der Gleichheitssatz verwehrt es dem Staat, von jedem Unternehmen erwünschtes Verhalten nicht auch von ihnen allen durch allgemeinverbindliche Rechtssätze einzuverlangen. Also: Man darf nicht *nur* von dem im Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen Dinge verlangen, die man nicht auch allen anderen nichtbeteiligten Unternehmen abverlangt. Allein wenn das geschieht, also in jedem Vergabeverfahren, haben wir immer Gleichheitsverstöße, sobald vergabefremde Kriterien verwendet werden. So formal läßt sich, glaube ich, ein Gleichheitsver-

stoß nicht begründen. Denn den Staat, den Sie hier ansprechen, als Einheit, als Monolith, den gibt es ja nicht. Wir haben den Bund, wir haben Länder, wir haben Gemeinden, und die alle müssen ja bekanntlich nur jeweils für ihren eigenen Bereich den Gleichheitssatz einhalten und gleichheitlich verfahren; und wo eben nur Vergabekompetenzen bestehen – etwa bei den Gemeinden fehlen Gesetzgebungskompetenzen vollkommen –, da können doch nur die Unternehmen gleichbehandelt werden, die eben dort antreten, die für die Vergabe in Betracht kommen. Für andere können schon mangels Kompetenz entsprechende allgemeine gesetzliche Regelungen ja gar nicht getroffen werden. Also kann das so wohl nicht funktionieren. Wir müssen wohl die Gleichheitsprüfung nur auf die jeweils beteiligten Unternehmen im weitesten Sinne beziehen, und dann muß die Gleichheitsprüfung wohl doch eine materielle sein, d.h. es wird dann darauf ankommen, ob vergabefremde Kriterien als sachgerecht eingestuft werden können oder nicht. Und das wird wohl nicht stets angenommen werden können, so daß wahrscheinlich die Lösung des Problems doch eher bei den Kompetenzen der beteiligten Akteure des Staates, der staatlichen Sphäre liegt. Dann zu den Thesen 19ff.: Da würde ich selbstverständlich den Bedenken gegen die Ausweitung des Grundrechtseingriffs zustimmen; wenn schon die Vergabe an einen anderen Mitbewerber einen Grundrechtseingriff darstellt, dann sind auch die weitestmöglichen Grenzen des Begriffs einer Grundrechtsbeeinträchtigung wohl überschritten, anders bei der staatlichen Wettbewerbsteilnahme. Aber hier geht das, meine ich, doch zu weit, das würde ja ein Grundrecht auf Auftragserteilung voraussetzen, und das sehe ich in Art. 12 dann doch nicht. Ansonsten vielleicht noch ein Hinweis zu den in den Thesen nicht ausdrücklich erwähnten Bedenken hinsichtlich des Begriffselements der berufsregelnden Tendenz des Eingriffs beim Berufsfreiheitsgrundrecht. Ich meine, das kann man sinnvoll dahin verstehen, daß damit sichergestellt sein soll, daß allgemeingültige Regelungen, also allgemeine Gesetze ohne spezifischen Bezug zum Beruf, daß die von Art. 12 nicht erfaßt sein sollen; damit wäre auch zugleich die Reichweite des Art. 12 etwas präzisiert. Das Ganze geht umgekehrt auf der Tatbestandsseite dadurch, daß man das Kriterium der nicht verbotenen Tätigkeit für den Berufsbegriff dementsprechend versteht. Ein etwas drastisches Beispiel außerhalb unserer Sphäre heute sind die Tötungsverbote der §§ 211, 212 StGB: Die haben keine berufsregelnde Tendenz, daher greift der Art. 12 auch für den Berufskiller nicht ein. Das läßt sich genauso dadurch begründen, daß er eben eine allgemein verbotene Tätigkeit ausüben will, die deshalb keinen Beruf darstellt. Danach, nach diesem Ausflug ins Strafrecht, noch ganz kurz zu These 11. Ich habe auch Zweifel, ob sich wirklich der Verordnungs-

rang der Verdingungsordnungen, den Sie postulieren, so halten läßt, einmal von den Voraussetzungen her – wie steht es mit der Ermächtigung, der Delegation, Subdelegation? – und andererseits von den Konsequenzen her – wer kann denn dann in welcher Weise solche Verdingungsordnungen noch einmal ändern? Vielleicht, falls Sie Zeit haben, können Sie das klarstellen. Vielen Dank.

Götz: Herr *Holoubek*, Sie haben konstatiert, daß die Vergabe als sozial- und wirtschaftspolitisches Instrument ausfällt. Das ist eine Feststellung von so großer Tragweite, daß man darüber schwerlich zur Tagesordnung übergehen kann. Ich sehe mich daher veranlaßt zu fragen, ob es legitim und rechtlich zwingend ist, daß der Staat derart weitgehend politisch entmachtet wird und daß man sich alles Heil im unionsweiten oder globalen Wettbewerb erhofft. Das europäische Gemeinschaftsrecht verfolgt in dieser Frage eine sehr eindeutige und, wie ich meine, einfache Zielsetzung. Sie lautet: die Vergabemärkte müssen unionsweit geöffnet werden. Jegliche Vergabe muß so erfolgen, daß dabei eine Diskriminierung von Anbietern aus den anderen Mitgliedstaaten unterbleibt. Diese Vorgabe hat ihren juristischen Sitz in den Grundfreiheiten. Das Diskriminierungsverbot ist der Kern des europäischen Vergaberechts, ist, wie ich meine, sein A und O, und es entmachtet in der Tat die öffentlichen Auftraggeber ein gutes Stück, indem sie nämlich nun nicht mehr in irgendeiner Weise lokalen oder im Vergabestaat ansässigen Unternehmen eine Vorzugsbehandlung geben können. Aber das Diskriminierungsverbot verbietet nicht die soziale, wirtschaftsstrukturelle und regionalpolitische Steuerung. Ich erinnere an das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Sache *Du Pont* zum italienischen Gesetz über die Förderung des Mezzogiorno. Dieses Gesetz sicherte den im Mezzogiorno ansässigen Unternehmen einen bestimmten Anteil am Vergabevolumen. Das war zwar eine unzulässige Diskriminierung, aber nur insoweit, als Unternehmungen in den anderen unterentwickelten Gebieten der Europäischen Gemeinschaft nicht die gleiche Vorzugsbehandlung erfuhren. Die Italiener haben, nachdem sie darüber vom EuGH belehrt worden sind, in der Tat dann auch ihr Gesetz so geändert, daß also etwa auch ein deutsches Unternehmen aus dem Zonenrandgebiet hätte die Vorzugsbehandlung nach dem italienischen Gesetz bekommen müssen. Die regionalpolitische und strukturpolitische Vorzugsbehandlung ist nicht gemeinschaftsrechtswidrig. Meines Erachtens gilt dies ebenso etwa für eine Mittelstandsförderung durch die Bevorzugung mittelständischer Unternehmen. Ich möchte mich nicht zu allen Zwecken, die mit dem Etikett der vergabefremden Kriterien erfaßt werden, äußern und nicht verallgemeinern. Ich bin mir auch des Problems

bewußt, daß die gegenwärtigen Vergaberichtlinien zu einer Verschärfung des Problems geführt haben könnten, indem sie nur noch vom leistungsfähigsten Unternehmen, vom wirtschaftlichsten Angebot sprechen. Es ist die Frage, ob sie deswegen so auszulegen sind, daß sie insofern abschließend sind, daß sie nicht mehr, wie ich es eben dargelegt habe und wie ich es vom Diskriminierungsverbot aus begründet habe, etwa eine Regionalförderung zuließen. Das ist eine offene Frage. Herr *Puhl* hat sich damit im einzelnen befaßt. Ich gehe mit meinem Beitrag hier nicht auf Einzelheiten der Vergaberichtlinien ein, aber ich möchte ganz entschieden dafür plädieren, und zwar auf der Linie des von Ihnen erwähnten *Beentjes*-Urteils des Europäischen Gerichtshofs, daß wir den Weg nicht frei machen für eine weitere Entmachtung der staatlichen und sonstigen öffentlichen Auftraggeber, sondern ihnen – wobei ich glaube, auch an den Beitrag von Herrn *Breuer* anzuknüpfen – die Verfolgung öffentlicher Zwecke in diskriminierungsfreier Ausübung offenlassen. Zur Begründung greife ich auf zwei Elemente zurück. Das erste ist, wie ausgeführt, das Diskriminierungsverbot; zweitens die Kohärenz der Politiken der Gemeinschaft. Die Gemeinschaft verfolgt Politiken, die die Förderung der unterentwickelten Regionen und die die Förderung der KMU betreffen. Weitere Politiken können herangezogen werden. Konform mit diesen Politiken sollte das Vergaberecht ausgelegt und ausgeübt werden.

Zuleeg: Herr *Puhl*, Sie haben weitgehend meine Zustimmung, mit einer Ausnahme. Sie schreiben im Leitsatz 10, die neuen Mechanismen des Rechtsschutzes erlauben eine hinreichend rasche und wirksame Überprüfung möglicher Vergaberechtsverstöße. Ich bezweifle das. Es ist ja im deutschen Recht festgelegt, daß dann, wenn der Zuschlag erteilt worden ist, die anderen Bewerber keine Möglichkeit mehr haben, ihr Recht durchzusetzen. Sie haben aber doch subjektive Rechte. Sie werden mit dem Vertrauensschutz abgespeist. Sie haben ja mit Recht gesagt, das ist ein Brosamen, der Ihnen hingeworfen wird. Das ist nicht die Teilnahme am Verfahren. Der Ausschluß, haben Sie gesagt, wird kompensiert durch die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes. Ich meine nicht, daß der einstweilige Rechtsschutz den vollen Rechtsschutz gewährt. Es kann doch sein, daß in dem einstweiligen Verfahren das eine oder andere Merkmal nicht berücksichtigt wird. Das heißt also, es wird die Möglichkeit nicht erreicht, endgültig festzustellen, ob Recht oder Unrecht getan worden ist. Man könnte allerdings überlegen, ob nicht die Nichtigkeit eintritt. Aber wenn man eine privatrechtliche Konstruktion vorzieht, dann ist nur § 134 oder 138 BGB da, die beide keinen vollen Schutz gewähren. Auch im öffentlichen Recht, wenn die Vergabe

ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist, sind die Nichtigkeitsgründe aufgezählt und es gibt sicher noch Möglichkeiten, den Zuschlag dann aufrechtzuerhalten und damit keinen richtigen Rechtsschutz zu gewähren. Im Gebiet unterhalb des Schwellenwerts, da haben wir nun eigentlich überhaupt keine Rechte, wie Sie selbst zugestehen. Sie haben jetzt vorgeschlagen, wir sollten auf die Grundrechte zurückgreifen. Ich möchte da die Bemerkung einfügen, daß es schon erstaunlich ist, eine solche Debatte führen zu müssen. Es wird nämlich der Europäischen Gemeinschaft immer und immer wieder vorgeworfen, die Grundrechte nicht einzuhalten, und wir haben in Deutschland für einen großen Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge eine Regelung, die keine subjektiven Rechte zuläßt. Es sind hier Einwände gegen die Anwendbarkeit des Art. 12 GG und des Gleichheitssatzes geäußert worden. Warum sollte man nicht nach dem Vorbild des Europäischen Gemeinschaftsrechts ein einfaches Recht genügen lassen? Ich schlage vor, ein einfaches Recht auf ein faires Verfahren einzuführen und anzuwenden.

Sommermann: Ich kann an das anschließen, was Herr *Zuleeg* gerade ausgeführt hat. Herr *Puhl* hat hinsichtlich der Entwicklung des Vergaberechts ja die Metapher von dem Strom gebraucht, der eher träge dahinfließe. Immerhin schien es Stromschnellen und damit eine Beschleunigung zu geben, als man vom Regime des Haushaltsrechts in das des Wettbewerbsrechts wechselte. Doch blieb auch hier ein wesentlicher Teil der Grundstruktur unverändert, in dem meines Erachtens der Kern des Problems liegt: Das Vergaberecht ist weiterhin – und das klang bereits in anderen Beiträgen an – sehr stark von der Vorstellung des Staates als Fiskus, somit sehr zivilistisch geprägt. Der Vertrag mit dem Bieter kommt unmittelbar durch den Zuschlag zustande. Eine vorgängige, eigenständig anfechtbare Verwaltungsentscheidung gibt es nicht. Dies wirft die bekannten Rechtsschutzprobleme auf. Es fragt sich, ob hier nicht ein dogmatisches Modell eine Lösung bieten könnte, welches einerseits zwar nicht mehr als modern empfunden wird, andererseits aber unter Rechtsschutzgesichtspunkten vorzugswürdig erscheint. Die Rechtsprechung mußte ja, um dem Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz gerecht zu werden, eine Rechtspflicht der Behörde konstruieren, die unberücksichtigten Bieter rechtzeitig vor dem Zuschlag zu informieren, damit überhaupt erst ein Primärrechtsschutz ermöglicht wird. Zu dieser Hilfskonstruktion müßte man nicht greifen, wenn man von vornherein ein gestrecktes zweistufiges Verfahren vorsähe: die Verwaltungsentscheidung zunächst und sodann den Vertragsschluß. Dabei befände man sich zudem in Übereinstimmung mit der Rechtstradition anderer

europäischer Staaten, insbesondere Frankreichs. Dort führt die Theorie des *acte détachable* zu einer zweistufigen Konstruktion, wonach die Entscheidung über den Zuschlag eigenständig anfechtbar ist. Allerdings kommt es in Frankreich nicht zu einer Aufspaltung des Rechtsweges, da auch der Vertrag wegen einer vom deutschen Recht unterschiedenen Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht als Verwaltungsvertrag angesehen wird. Das Problem der Aufspaltung des Rechtsweges läßt sich allerdings auch in Deutschland lösen, wenn der Gesetzgeber es will.

Gurlit: Vielen Dank. Ich kann mich gleich an den Beitrag meines Vorredners anschließen. Auch mir geht es um die Folgerungen für die Zukunft des Vergaberechts, die sich aus seiner materiellen Publifizierung ergeben. Nach dem gegenwärtigen Regime haben wir ein öffentlich-rechtliches Vergabeverfahren, das richterlich um ein öffentlich-rechtliches Informationsverfahren ergänzt wurde und durch eine zivilrechtliche Zuschlagserteilung abgeschlossen wird. Es stellt sich in der Tat die Frage, wie man die öffentlich-rechtliche Überlagerung des ursprünglich zivilrechtlichen Vergabeverfahrens konstruktiv bewältigt: Zur Wahl stehen die Anwendung der Zweistufentheorie oder die vollständige Überleitung ins öffentliche Recht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag. Fast noch wichtiger scheint mir aber die Frage, wie man mit den Folgewirkungen bereits der materiellen Publifizierung umgeht. Eine bedeutsame ist die Auswirkung auf das Amtshaftungsrecht. Bereits auf dem gegenwärtigen Stand – ein öffentlich-rechtliches Vergabeverfahren, ergänzt um ein öffentlich-rechtliches Informationsverfahren – läßt sich meines Erachtens der Ausschluß des Vergaberechts aus dem Amtshaftungsrecht nicht mehr rechtfertigen. Gestatten Sie mir zum zweiten eine kurze Anmerkung zu den formellen wie materiellen Anforderungen an die bevorzugende Auftragsvergabe. Hier kann ich an den Beitrag von Frau *Schmid* anknüpfen, die ja zutreffend § 97 Abs. 4 GWB zum Ausgangspunkt genommen hat. Der dort enthaltene einfachrechtliche Gesetzesvorbehalt für die Normierung bevorzugender Vergabekriterien sagt nichts aus über die Geltung des Gesetzesvorbehalts von Verfassungs wegen. Ich meine, daß auch für die Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte des Gemeinschaftsrechts der Gesetzesvorbehalt zu beachten ist, nämlich in Gestalt der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte. Dies betrifft These 15 und These 30 des Referenten. Desweiteren meine ich, daß oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte nicht nur die Freiheitsrechte des nicht berücksichtigten Bieters auf dem Spiel stehen, sondern unter Umständen auch diejenigen des erfolgreichen Bieters. Dies gilt, wenn die Auftragsvergabe um Vorbedingungen angereichert

wird, die sonst nicht zu erfüllen wären. Hier drängt sich als Parallele der begünstigende Verwaltungsakt mit belastenden Nebenbestimmungen auf. Gestatten Sie mir abschließend einige wenige Worte zu den materiellen Spielräumen einer bevorzugenden Auftragsvergabe, die ja maßgeblich durch das Gemeinschaftsrecht bestimmt werden. Ich habe mittlerweile bestimmt ein Dutzend Mal das *Beentjes*-Urteil gelesen, und die Ermittlung seiner genauen Aussagen erscheint mir immer noch als Kaffeesatzleserei. Wenn man nun unterstellt, daß nach den Richtlinien und nach Auffassung des EuGH ein sekundärrechtlicher Spielraum besteht für weitere Auftragskriterien, so kommt in der Tat das Primärrecht ins Spiel. Ich meine aber, daß das Primärrecht nicht nur weiteren Auftragskriterien entgegenstehen kann, sondern unter Umständen auch eine bevorzugende Auftragsvergabe rechtfertigt oder gar positiv ein Argument für sie ist. Dies gilt für Ziele einer bevorzugenden Auftragsvergabe, die auch Ziele des EG-Vertrages sind. Denkt man an das ökologische Beschaffungswesen, so wäre auf die umweltrechtliche Querschnittsklausel zu verweisen, die ja mittlerweile in Artikel 6 des Vertrages einen ganz herausragenden Stellenwert gefunden hat. Man könnte aber auch an die vergaberechtliche Bevorzugung von Unternehmen denken, die einen Frauenförderplan besitzen. Dieses Bevorzugungskriterium könnte angeschlossen werden an Artikel 3 Abs. 2 des EG-Vertrages, der auch die Gleichstellungspolitik zu einem primärrechtlichen Ziel macht. Vielen Dank.

Engel: Wenn man spät spricht, ist manches schon gesagt, was man sagen wollte. Dafür wachsen einem unter Umständen andere Gegenstände zu. So ist es mir im Laufe dieser Aussprache ergangen.

Mein erster Punkt ist mir aber erhalten geblieben. Er richtet sich an Herrn *Holoubek*. Die Aufgabe des funktionellen Rechtsvergleichers ist zu erkennen, daß Äpfel und Birnen etwas gemeinsam haben, daß sie nämlich Obst sind. Dafür bezahlt der Rechtsvergleicher aber einen Preis: er kann den Unterschied zwischen Äpfeln und Birnen nicht mehr sehen. Mir scheint, diese Gefahr hat sich im Referat von Herrn *Holoubek* realisiert. Er hat ja eine Brücke geschlagen, die vom öffentlichen Angebot über die öffentliche Nachfrage bis zur Gewährleistungsverantwortung und zum rechtlichen Rahmen deregulierter Märkte nach englischem Modell reicht. Der Preis für die Wahl dieses Abstraktionsniveaus ist hoch. Dann verschwinden nämlich gerade die Konflikte aus dem Blick, die den Kern des Rechts der öffentlichen Angebote und der öffentlichen Nachfrage ausmachen: der Zugang zur öffentlichen Nachfrage bzw. die Wettbewerbsverzerrungen aus öffentlichem Angebot. Plastisch gesagt: das Recht der öffentlichen Marktteilnahme ist zweck-

blind, das Recht der öffentlichen Marktlenkung definiert sich dagegen gerade aus dem jeweils verfolgten Zweck.

Der Nachweis dieser These ist beim Recht der öffentlichen Nachfrage einfach zu führen. Wenn dieses Rechtsgebiet nicht zweckblind wäre, wäre die Frage nach vergabefremden Zwecken nämlich gar keine eigene Rechtsfrage. Öffentliche Aufträge wären überhaupt nur als subventionsrechtliche Frage sichtbar. Beim Recht des öffentlichen Angebots ist die Begründung scheinbar schwieriger. Denn Herr *Löwer* hat uns ja als erste Voraussetzung für Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand genannt, daß sie einer öffentlichen Aufgabe dient. Aber dem Recht des öffentlichen Angebots genügt eben irgendeine öffentliche Aufgabe. Auch dieses Rechtsgebiet ist also zweckblind. Der Unterschied wird deutlich, wenn man ihm die staatliche Gewährleistungsverantwortung gegenüberstellt, die Herr *Holoubek* in eine geistige Linie stellen wollte. Gewährleistungsverantwortung für einen beliebigen, auf andere Weise bestimmten Zweck macht keinen Sinn. Sie muß sich vielmehr immer zweckbezogen gerade auf eine rechtlich vorab konkret bestimmte öffentliche Aufgabe beziehen.

Nun zu zwei grundrechtsdogmatischen Fragen, die mir im Laufe der Diskussion zugewachsen sind. Lassen Sie mich einleitend einen Eindruck formulieren, den ich beim Zuhören gewonnen habe: ein Gespenst geht um, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Denn die Versuche, staatliches Handeln nicht für einen Grundrechtseingriff zu halten, können doch nur diesen Zweck haben: das Handeln soll vor dem Zugriff des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bewahrt werden. Doch warum? Um unterschiedliche Ergebnisse wird es nur ganz ausnahmsweise gehen. Die praktische Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist fast immer viel bescheidener: er verteilt Rechtfertigungslasten und zwingt den Staat zu größerer intellektueller Redlichkeit. Warum soll das schlimm sein?

Schließlich eine ganz kurze Anmerkung zu Herrn *Breuer*. Ich glaube, die Versteigerung der UMTS-Lizenzen ist ein hochspannendes Thema, aber es gehört nicht hierher. Denn wenn der Staat solche Lizenzen versteigert, ist das keine unternehmerische Tätigkeit. Er produziert dabei nicht Güter, die er am Markt absetzt. Vielmehr ist die Versteigerung ein Mechanismus zur Ursprungsallokation von Verfügungsrechten. Ob die Versteigerung normativ angemessen ist, müssen wir deshalb im Vergleich zu anderen Institutionen für die Ursprungsallokation von Verfügungsrechten entscheiden, etwa dem Prioritätsprinzip oder Grandfathering. Ein nicht leicht zu bewältigendes normatives Problem liegt aber an anderer Stelle. Auktionen übertragen spieltheoretische Modelle in praktische Rechtspolitik. Dabei prallen zwei sehr unterschiedliche Ra-

tionalitätsverständnisse aufeinander. Auktionen radikalisieren das Rationalmodell, beruhen also auf der Vorstellung einer konsequenten Maximierung des vorab definierten eigenen Nutzens. Das ist denkbar weit von Weisheit und Gerechtigkeit als Grundmaximen der Rechtsanwendung entfernt. Oder kürzer: Auktionen sind konstitutiv abwägungsunfähig. Das ist für die Rechtsordnung nicht leicht zu ertragen.

Vorsitzender: Schön Dank, Herr *Engel.* Herr *Brenner,* Sie haben das Wort. Eine spontane Meldung von Herrn *Lege.* Herr *Brenner,* Sie gestatten, wenn die Bemerkung zwei Minuten nicht übersteigt.

Lege: Ein Satz nur: Ich verstehe nicht, warum die Subsumtion unter einen Grundrechtstatbestand unredlich sein soll, wenn sie zu einem negativen Ergebnis führt.

Vorsitzender: Schönen Dank, das war außerordentlich spontan und knapp. Herr *Brenner* bitte.

Brenner: Herr Vorsitzender, sehr verehrte Kolleginnen und Kollegen. Gestatten Sie mir bitte, daß ich einige Punkte zu dem – wie ich fand – sehr schönen und sehr instruktiven Referat von Herrn *Puhl* anmerke. Herr *Puhl,* Sie haben, wie ich wohlwollend bemerkt habe, die Funktion der Bändigung des Staates betont – wie übrigens auch Herr *Löwer.* Es ist in der Tat zutreffend, daß dem Vergaberecht eine den Staat bändigende Funktion zukommt, und Sie haben auch klargestellt – eine Aussage übrigens, die im Zusammenhang mit dem Vergaberecht nicht stets selbstverständlich ist –, daß das Vergaberecht zu einem ganz wesentlichen Teil auch freiheitssicherndes Recht ist, weil es eben in verschiedener Hinsicht für Durchsichtigkeit, Transparenz und – durch den weitreichenden Ausschluß vergabefremder Kriterien – für Gerechtigkeit sorgt. Ich stimme zunächst Ihrer Kritik an der Aufteilung und Spaltung des Vergaberegimes zwischen solchen öffentlichen Aufträgen, die oberhalb der sog. Schwellenwerte liegen, und solchen, die diese Schwelle nicht erreichen, zu. Insbesondere denke ich, daß es vielfach nicht mehr nachvollziehbar ist – übrigens auch in der und für die Praxis nicht –, daß nur ab Erreichen der Schwellenwerte das Vergabeverfahren zu beachten und einzuhalten ist, während unterhalb der Schwellenwerte andere Maßstäbe gelten. Ich stimme Ihnen auch zu, daß subjektive Anbieterkriterien tunlichst und weitgehend ausgeschlossen werden sollten – das ist Ihre These 27. Daher ist es – auch wenn dies auf den ersten Blick doch schwer zu vermitteln ist – nicht so leicht, Scientology vom Vergabeverfahren auszuschließen. Ich denke, daß wir uns insoweit einig sind, und

zwar in der Weise, daß Scientologen bzw. scientologisch angehauchte oder durchgesetzte Unternehmen im Vergabeverfahren zunächst berücksichtigt werden müssen, auch wenn dies auf den ersten Blick vielleicht provokativ klingen mag. Auch insoweit muß ja der Maßstab für die Vergabe das wirtschaftlich günstigste Angebot sein. Ob es da aber gleichwohl eine Grenze geben mag, würde ich von Ihnen nochmals gerne und näher erfahren, da Sie an dieser Stelle doch etwas unklar waren. Die Frage lautet also, ob nicht möglicherweise bei sicherheitsrelevanten Unternehmen, bei Kasernen oder sonstigen Einrichtungen der Bundeswehr oder etwa auch beim Bau des neuen Bundeskanzleramtes in Berlin doch eine Grenze gezogen werden muß, und zwar in der Weise, daß bei solchen öffentlichen Aufträgen Scientologen oder vielleicht auch andere „problematische" Unternehmen und Unternehmer von der Vergabe ausgeschlossen werden müßten. Gestatten Sie mir aber bitte noch drei weitere Fragen, die vielleicht auch deutlich machen düften, wie schwierig in der Praxis das Vergaberecht zu handhaben ist. Erste Frage und erstes Problem: Wie können wir wirksam sicherstellen, daß Vergabevorschriften nicht umgangen werden? Ein ganz einfaches Beispiel – ich berichte da aus Thüringen – ist etwa, daß eine GmbH oder eine AG ein Universitätsgebäude errichtet, und dieses Universitätsgebäude wird nach seiner Fertigstellung von dem betreffenden Bundesland langfristig angemietet oder gar gekauft, um der Universität dauerhaft zur Verfügung gestellt zu werden. Der praktische Vorteil dieser Konstellation liegt darin, daß das Universitätsgebäude sehr schnell gebaut werden kann, weil Vergabevorschriften von der GmbH bzw. der AG nicht beachtet werden müssen. Gleichzeitig läuft aber natürlich das Vergaberecht in die Leere, wenn der Staat hinterher einfach dieses unter Umgehung der Vergabevorschriften errichtete Gebäude kauft oder anmietet. Frage also: Wie kann eine solche Umgehung der Vergabevorschriften durch solche Praktiken wirksam verhindert werden? Die zweite Frage und das zweite Problem betrifft die Sektorenrichtlinie, auf die Sie in Ihrem Vortrag nicht eingegangen sind, weshalb ich insoweit nochmals nachhaken wollte. Die Sektorenrichtlinie gilt ja nur für bestimmte Sektoren, umschließt aber auch private Unternehmen bzw. mittlerweile privatisierte Unternehmen; so fallen etwa auch Bahn und Post unter die Richtlinie. Nach meiner Auffassung sprengt diese Ausuferung, diese Ausweitung des Vergaberechts auch auf Private das System des Vergaberechts, sprengt damit auch den Regelungsanspruch, der dem Vergaberecht eigentlich zukommen soll. Daher die Frage an Sie, Herr *Puhl*: Wie sehen und bewerten Sie diese durch das Vergaberecht nunmehr vorgenommene Gleichbehandlung des Staates auf der einen und von Privaten, wie Post und Bahn, auf der anderen Seite?

Dritte kurze Frage und drittes Problem schließlich mit der Bitte um Aufklärung, da Sie hierauf in Ihren Ausführungen nicht näher eingegangen sind. Wie sieht es eigentlich mit der Zulässigkeit einer Auftragssperre aus, einer Problematik also, die, wenn ich mich recht entsinne, vor einigen Jahren im Freistaat Bayern Furore gemacht hat? Kann pauschal ein bestimmter Unternehmer oder können pauschal bestimmte Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden? Welche Rechtfertigungsgründe, so eine solche Auftragssperre denn zulässig sein sollte, wären nach Ihrer Auffassung hier ins Feld zu führen? War wären mit anderen Worten also die Kriterien, nach denen eine solche Auftragssperre verfassungsrechtlich, aber auch einfachgesetzlich zulässig wären? Vielen Dank.

Hermes: Meine Bemerkung bezieht sich auf die möglichen Rückwirkungen, die sich von Seiten des Vergaberechts auf den ersten Schwerpunkt des Themas, also den Staat als Unternehmer, ergeben. Ausgangspunkt ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg zum Flughafenprojekt Berlin-Schönefeld, die Herr *Puhl* ganz am Ende, wohl aus Zeitgründen nur noch ganz knapp, erwähnen konnte. Diese Entscheidung sei jedem zur Lektüre empfohlen. Dort kann man nämlich zu den Anforderungen an ein Verwaltungsverfahren, zu seiner Grundstruktur und seinen Grundprinzipien, zur staatlichen Neutralität und Befangenheitsfragen wirklich grundlegende Ausführungen lesen, die einen als Vertreter des öffentlichen Rechts nachdenklich machen. Die Grundstruktur des Problems der Vergabeentscheidung, wenn man es von allen Einzelheiten befreit, war im Fall Berlin-Schönefeld ganz einfach. Die Auftraggeberseite war teilidentisch mit der Seite, die zum Schluß den Zuschlag bekommen hat, weil dieselben Personen sowohl an der Vergabeentscheidung als auch an dem erfolgreichen Konsortium beteiligt waren. Man könnte geneigt sein, dies als vergaberechtliche Spezialität und vielleicht als einen besonders groben Fehler abzutun. Meines Erachtens zeigt dieser Fall aber grundsätzlichere Probleme. Denn öffentliche Unternehmen bewerben sich nicht nur um Aufträge staatlicher Stellen, sie benötigen auch Baugenehmigungen, telekommunikationsrechtliche Lizenzen und andere hoheitliche Zulassungen. Öffentliche Unternehmen sind also auf staatliche Entscheidungen angewiesen, die nach den Grundsätzen der Neutralität, der Unbefangenheit, des Gleichheitsprinzips etc. gefällt werden müssen. Daraus scheint mir ein prinzipielles Problem zu resultieren: in dem Moment nämlich, in dem der Staat als Unternehmer tätig wird, sind wir mit einer Situation konfrontiert, in der Kontrolleur und und Kontrollierter identisch sind. Die Regeln, die das geltende Verwaltungsverfahrensrecht zur Bewältigung dieses Problems

zur Verfügung stellt – die Befangenheitsvorschrift also –, zielen auf einzelne Personen und scheinen mir keine adäquate Antwort auf das institutionelle Problem der Interessenverflechtung zu sein. Wir haben es mit einer strukturellen Befangenheit, mit einem Strukturproblem zu tun, wenn ein öffentliches Unternehmen zum Beispiel eine baurechtliche Ausnahmegenehmigung beantragt und erhält, und zwar von einer Körperschaft, die gleichzeitig Haupt- oder Alleingesellschafter des Unternehmens ist. Dann drängt sich regelmäßig der Verdacht auf, daß der Staat in seiner Rolle als Hoheitsträger seine privatrechtlich-unternehmerisch agierenden Töchter nicht gleichbehandelt. Wenn dies zu dem Zwischenergebnis führt, daß die Rolle des Staates als Unternehmer den Staat als Hoheitsträger in ein prinzipielles und kaum lösbares Legitimationsproblem bringt und wir auf der anderen Seite – anknüpfend an die Bemerkung von Herrn *Schuppert* – erkennen müssen, daß die Innensteuerung der öffentlichen Unternehmen im Hinblick auf ihre öffentlichen Zwecke nur sehr schlecht und aus bestimmten Autonomiegesetzmäßigkeiten selten wirklich orientiert an dem öffentlichen Zweck funktioniert, dann komme ich im Ergebnis dazu, daß die Skepsis von Herrn *Löwer* grundsätzliche Zustimmung verdient. Dies vor allem deshalb, weil die unternehmerische Betätigung des Staates ihn in seiner Rolle als Hoheitsträger prinzipiell unter „Verdacht" stellt und weil der Staat die öffentlichen Zwecke, die hinter der unternehmerischen Betätigung stehen, als regulierender Staat besser erfüllen kann. Das Problem der Position von Herrn *Löwer* liegt dann in der Frage, ob das hier angedeutete strukturelle Neutralitätsdefizit tatsächlich zu weitreichenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen für den zulässigen Umfang unternehmerischer Betätigung des Staates führt oder ob dieser nicht eher Gegenstand politischer Klugheitsregeln ist, über die die unmittelbare demokratisch legitimierten Organe zu befinden haben.

Siekmann: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte noch einmal auf das Referat von Herrn *Löwer* zurückkommen. Ich stimme ihm in allen wesentlichen Punkten ausdrücklich zu, insbesondere insoweit, als eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand verfassungswidrig ist. Herr *Löwer* hat das in seiner Zwischenstellungnahme noch einmal überzeugend begründet. Es gibt aber noch weitere Argumente, vor allem aus dem Haushaltsrecht und dem Haushaltsverfassungsrecht. Nicht zuletzt ist aber auch an die Kontrollprobleme zu denken, auf die auch bereits hingewiesen worden ist. Die Ausübung demokratischer Kontrolle in öffentlichen Unternehmen, wenn man sie ernst nehmen würde, hätte erhebliche Schwierigkeiten zur Folge, namentlich konzernrechtlicher Art. Der Referent schlägt an

dieser Stelle funktionsgerechte Organisationsstrukturen vor. Ich bin mir indes nicht ganz sicher, ob das wirklich weiterhelfen würde. Ein kleiner Schritt in die richtige Richtung wäre möglicherweise eine intensivere Kontrolle durch die Rechnungshöfe. Es ist nämlich durchaus nicht so, daß Haushaltsrecht ohne weiteres anwendbar ist, nicht einmal für öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen, wie das Herr *Puhl* gesagt hat. Es finden sich häufig am Ende der Landeshaushaltsordnungen Bestimmungen, die das ausschließen. Das geht so weit, daß Klauseln anzutreffen sind, die ausdrücklich bestimmte öffentliche Unternehmen von der Prüfung durch Rechnungshöfe ausnehmen. Zum Beispiel darf die Landesbank Hessen-Thüringen, Anstalt des öffentlichen Rechts, nicht durch die zuständigen Landesrechnunghöfe geprüft werden.

Nun zur Aufspaltung des Themas: Die in den Vorträgen vorgenommene Arbeitsteilung zwischen Herrn *Löwer* und Herrn *Puhl* hat sicher ihre Berechtigung. Sie verstellt aber den Blick dafür, daß es sich um ein ganzheitliches Problem handelt: die Teilnahme des Staates am marktwirtschaftlichen Geschehen. Deswegen meine ich, ist es unbedingt angebracht, Vergaberecht, Beihilferecht und Recht der öffentlichen Unternehmen als eine Einheit zu betrachten. Das Europarecht verfährt ebenso, wie Herr *Holoubek* mit dankenswerter Deutlichkeit dargelegt hat. Das sollte aber auch für das innerstaatliche Recht gelten. Ob beispielsweise die Vergabe eines öffentlichen Auftrags vorliegt, läßt sich nicht isoliert beurteilen. Die Einordnung als Erfüllung eines Auftrags oder als Subvention hängt häufig von den Zufälligkeiten der jeweiligen Organisation ab. Sie kann sich als Folge von frei getroffenen Organisationsentscheidungen ergeben, beispielsweise über die Zusammenfassung von gewinnträchtigen mit nicht-profitablen Aktivitäten in einem Unternehmen. Deshalb wird aus europarechtlicher Sicht plötzlich die Eigenkapitalrentabilität eines Unternehmens zum entscheidenden Abgrenzungskriterium von der versteckten Subventionierung durch den Träger. Als Beispiel mag die WestLB dienen. Sie hat in ihrem letzten Jahresbericht an hervorragender Stelle eine Eigenkapitalrentabilität von 12,5 % angeführt, eine Angabe, die sie früher nicht für erforderlich gehalten hat. Hinter diesem Wandel dürfte die Angst vor dem Europarecht stehen. Die angegebene Zahl stimmt übrigens nicht. Nach den gängigen Kriterien, wie sie zur Abgrenzung der Eigenkapitalrentabilität von der Bundesbank angesetzt werden, käme man nur auf 9,9 %. Warum wird sie schöngerechnet? Weil andernfalls eine versteckte Subventionierung angenommen werden könnte.

Abschließend noch eine Bemerkung zum Vergaberecht. Im Hinblick auf die getroffene Neuregelung habe ich grundsätzliche kompetenzrechtliche Bedenken. Es ist die Frage gestellt worden, ob es sich um öf-

fentliches Recht oder um Privatrecht handelt. Vergaberecht ist aber überwiegend öffentliches Recht. Warum steht es dann aber nicht mehr im Haushaltsgrundsätzegesetz? Die Antwort ist einfach. Es gehört nicht dahin, weil die Kompetenzgrundlage für dieses Gesetz, Art. 109 Abs. 3 GG nicht soweit reicht. Deswegen ist man auf das GWB verfallen. Aber schon der Gesetzesbegründung der Bundesregierung ist zu entnehmen, wie unsicher man dabei war. Man konnte nämlich keine geeignete Kompetenznorm im Katalog des Art. 74 GG finden und hat ein Sammelsurium von verschiedenen Nummern aus der Vorschrift angeführt. Das ist ein untrügliches Zeichen dafür, daß es auch nicht in das Wettbewerbsrecht gehört. Vergaberecht ist – wie bereits gesagt – in weiten Bereichen genuin öffentliches Recht und der Bundesgesetzgeber hat nicht die Kompetenz, für Gemeinden und Länder solche Fragen zu regeln. Ein weiteres Kompetenzproblem hängt mit den sogenannten vergabefremden Kriterien zusammen. Wenn beispielsweise ein Studentenwerk, Anstalt des öffentlichen Rechts, einen Auftrag nicht mehr nur nach ökonomischen Kriterien vergibt, sondern etwa nur noch „fair gehandelten Kaffee" zum dreifachen Preis einkauft und diese Kosten aufgrund seiner Monopolstellung weiterwälzt, stellt sich eindringlich die Frage nach den Kompetenzen. Ist es wirklich noch von der Kompetenz der jeweiligen Einrichtung gedeckt, wenn im Gewande des Vergaberechts Frauenförderung, Entwicklungshilfepolitik oder allgemeine Sozialpolitik betrieben wird? Ich meine, es handelt sich, wie eben schon ansatzweise von Herrn *Engel* ausgeführt, um versteckte Subventionierungen am Haushalt und am Haushaltsgesetzgeber vorbei, um Subventionierungen, die in keinem Subventionsbericht erscheinen und auch in statistischen Aufstellungen nie den entsprechenden Sachgebieten, wie beispielsweise den Sozialleistungen zugerechnet werden. Sie gehen unter in den Bruttosalden separierter Einrichtungen. Das ist verfassungsrechtlich überaus bedenklich; nicht so sehr unter grundrechtlichen Aspekten, wie unter haushalts- und kompetenzrechtlichen. Wie im Abgabenrecht müßte deshalb die Frage gestellt werden, ob bei der Verfolgung von Sachzielen durch das Vergaberecht nicht auch die Kompetenz zur Erfüllung dieser Ziele vorliegen muß.

Bogs: Ich darf zunächst sagen, daß ich nicht zu den spannungsvollen, interessanten Fragen der Vergabewettbewerbsrevolution etwas erörtere. Ich möchte noch mal auf die doch sehr fruchtbaren rechtsvergleichenden Gedanken von Kollegen *Holoubek* etwas näher eingehen. Das betrifft vor allen Dingen seine Leitsätze 8, 15 und 21.

Ich möchte meinen, daß vielleicht hier eine kleine rechtsempirische Ergänzung, Anmerkung aus der Sicht des Sozialrechts zu machen ist.

Mein Thema ist einfach gekennzeichnet, es geht im Grunde um die Kernfrage, gibt nicht auch sozusagen die allgemeine Entwicklung Anlaß, das Sozialversicherungsmonopol, also die Grundsicherungsmonopolträgerschaft des Staates als Sozialversicherungsunternehmer in Frage zu stellen. Dazu waren mir die service public-Figuration und die Gedanken dazu von Ihnen, Herr *Holoubek*, außerordentlich interessant. Ich möchte anregen, daß man sehr scharf beobachten sollte, ob nicht auch in meinem Sozialstaats-Sektor sozusagen eine private Durchführungsverantwortung, eine Konzession zur von Staats wegen regulierten Durchführung der Grundsicherungsaufgabe etwa für Alterssicherung im Trend ist, also in Zukunft mehr und mehr sich durchsetzt. Wir haben zwar hier noch in Deutschland ein klares Monopol, das kann sich aber ändern. Es wurde also für mich in Ihren Erörterungen klar, daß wir auch als Sozialverwaltungsrechtler genau abwägen müssen, wie hier die Konzessionierungsverhältnisse im einzelnen dann einmal laufen könnten und sollten. Die Auflagen bei der Freigabe zur privaten Durchführung von Alterssicherung könnte man sich sehr vielgestaltig vorstellen. Daß das alles nicht nur reine Zukunftsmusik ist, sieht man daran, daß wichtige Weltländer, in Südamerika vor allen Dingen, auf Weltbankdruck schon zur Privatisierung der sozialen Grundsicherung im Alter übergegangen sind. Wir haben in Deutschland bisher nur einen kleinen Ansatz dazu. Sie wissen alle, daß die Pflegeversicherung dual konstruiert ist, auch dort hat die Privatversicherung viele Auflagen bekommen, Kontrahierungszwang, soziale Tarifierung, ohne Rücksicht auf genetische oder sonstige Risiken, und natürlich auch eine Staatsgarantie hängt drin. Man muß abwarten, fünf oder zehn Jahre, ob dieser erste Versuch einer Privatisierung der Durchführungsverantwortung unter oberster Staatsaufsicht gelingt oder nicht gelingt. Ich bin da gar nicht so skeptisch. Ich meine, daß die angesprochenen Trendfragen nicht so theoretisch sind, sogar für Deutschland allgemein nicht, weil wir ja vielleicht auch in unserer für 2001 anstehenden deutschen Reform in der ersten Grundsicherungssäule bei der Alterssicherung schon ein Element des privaten Kapitalstocksparens irgendwie hereinbekommen in den nächsten Jahren, vielleicht auch schon in den nächsten Monaten. Auch dort wird Ihre Figuration verwaltungsrechtlicher Feingliederung der service public-Lage im Bereich der sozialstaatlichen Aufgaben sehr fruchtbar werden.

Meine ganzen Gedanken, das zum Schluß, sind nicht geprägt von Unkenntnis über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; ich weiß, daß er zwar die private Arbeitsvermittlung schön liberalisiert hat, also aus dem Monopol der Arbeitslosenversicherung herausgenommen hat, aber doch im Bereich der Versicherungsträger die Staats-

monopole recht kräftig verteidigt mit etwas wackeliger Argumentation. Herr Kollege *Schachtschneider* hat darauf schon in seinem eurosozialrechtlichen Einwand hingewiesen. Ich bin trotzdem der Meinung, es wird auch im Bereich der Versicherungsdurchführung, Staatsversicherungsdurchführung als Teil der Daseinsvorsorge die europäische Privatisierungsdiskussion in den nächsten Jahren, mindestens Jahrzehnten noch viel spannender werden, und ich darf Ihre allgemeinen Analysen des Formenreichtums als wohl wirklich wegweisend hervorheben.

Vielen Dank!

Hohmann: Ich habe zwei Fragen an *Thomas Puhl.* Die erste betrifft These 19 und einen Aspekt, den z.T. schon Herr *Böckenförde* angesprochen hat. In der These, daß in jeder staatlichen Auftragsvergabe ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG gesehen werden könnte, kann viel Musik stecken – vorausgesetzt man differenziert sie genügend. In der Literatur gibt es, worauf Herr *Koch* hingewiesen hat, die Tendenz, bei Art. 12 GG ganz entscheidend auf die berufsbezogenen Wirkungen abzustellen – Stichworte: Warnhinweise, Subventionen etc. Meine Frage geht dahin, ob These 19 so verstanden werden kann, daß solche intensiven Berufswirkungen allein bei solchen Marktsegmenten angenommen werden, die ganz intensiv von der öffentlichen Auftragsvergabe dominiert werden und bei denen die Anzahl der privaten Abnehmer begrenzt ist. Ich denke hier an einen Bereich, den Herr *Hermes* implizit mit angedeutet hat, nämlich Dienstleistungen für Luftverkehr und Flugsicherung. Da könnte es so sein, daß wir eine Dominierung von weit über 50% durch die öffentliche Auftragsvergabe haben. Wenn man sich weiter vorstellt, daß dann höchstens ein oder zwei private Abnehmer als Alternative in Betracht kommen, sind die intensiven Berufswirkungen durch die Entscheidung über die öffentliche Auftragsvergabe etwas plausibler. Die zweite Frage zielt auf die in den Thesen 26 und 27 vorgenommene Differenzierung zwischen produkt- und produktionsbezogenen Kriterien: Woher kommt diese Unterscheidung? Wenn ich mich recht erinnere, ist diese Differenzierung zum ersten Mal im GATT/WTO-Recht bei Art. I und Art. III GATT vorgenommen worden. (Auch das Keck-Urteil des EuGH hat möglicherweise an diese GATT-Unterscheidung angeknüpft). Ist diese WTO-Differenzierung somit auf das deutsche Vergaberecht übertragen worden? Geschah dies durch Rechtsprechung? Nebenbei läßt sich dann auch die These von Herrn *Löwer*, daß sich in den letzten 20 Jahren wenig geändert hat, widerlegen. Im Europarecht und im GATT/WTO-Recht gibt es zu viele Änderungen – bezüglich des Gemeinschaftsrechts ist dies durch den Diskussionsbeitrag von Herrn *Götz* sehr deutlich gesagt worden; das GATT/WTO-Recht sollte noch in die

Analyse einbezogen werden. Der Umstand, daß wir gerade in der WTO eine aktuelle Debatte darüber haben, inwieweit handelsfremde Aspekte (Umweltschutz, Menschenrechte etc.) berücksichtigt werden dürfen, zeigt eine Parallele zum Vergaberecht. Danke.

Vorsitzender: Schönen Dank, Herr *Homann.* Meine Damen und Herren, wir sind am Ende der Rednerliste angelangt. Wir haben 31 Wortmeldungen gehabt, die wir, wie ich jetzt mit Stolz feststellen darf, innerhalb von 170 Minuten abgearbeitet haben, dank Ihrer großartigen Disziplin. Wir haben genügend Zeit, um den Referenten Gelegenheit zu einem ausführlichen Schlußwort zu geben und werden den Usancen der Vereinigung folgend mit dem Referenten beginnen, der zuletzt das Referat gehalten hat. Herr *Holoubek*, ich darf Ihnen das Wort erteilen.

Holoubek: Ich möchte mich zunächst für die vielen Anregungen bedanken, die ich in der Diskussion bekommen habe. Gleichzeitig darf ich Sie um Verständnis bitten, auch für meine Schlußbemerkungen den „usual disclaimer" in Anspruch nehmen zu dürfen, demzufolge ich angesichts der zeitlichen Restriktionen nicht auf alle Diskussionsbemerkungen, die direkt oder indirekt meine Ausführungen betroffen haben, eingehen kann.

Ein zentraler Punkt der Aussprache war die Frage der so genannten „Inhouse-Vergabe" und damit die vergaberechtliche Bewältigung von Ausgliederungskonstellationen. Es wurde hier um Differenzierungen gebeten. Betrachten wir die Frage aus der Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts: Ausgangspunkt des europäischen Vergaberechts ist in diesem Zusammenhang, daß immer dann, wenn – im funktionellen Sinn entsprechend der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH – der Staat mit einem von ihm verschiedenen Rechtsträger in eine entgeltliche Leistungsbeziehung tritt, bei der der Staat der Nachfrager ist, diese Leistungsbeziehung grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, sofern die sonstigen Voraussetzungen – es muß sich um eine erfaßte Liefer-, Bau- oder Dienstleistung handeln – gegeben sind. Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, die freilich – sieht man von ausschließlichen Dienstleistungen im Sinne des Art 6 der Dienstleistungsrichtlinie ab – nicht explizit geregelt sind, sondern im Interpretationsweg abgeleitet werden müssen. Sowohl der EuGH wie Schlußanträge von Generalanwälten als auch die Kommission in Stellungnahmen haben solche Ausnahmen angenommen. Der erste Schritt ist dabei noch relativ einfach: Die Leistungsbeziehungen zwischen ausgliedernder Trägergebietskörperschaft und einem ausgegliederten Rechtsträger bei reinen Organisationsprivatisierungen fallen, so EuGH, Kommission

und Schlußanträge übereinstimmend, nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien. Wenn also der im ausschließlichen Eigentum der ausgliedernden Trägergebietskörperschaft stehende ausgegliederte Rechtsträger Leistungen ausschließlich für die ausgliedernde Trägergebietskörperschaft erbringt, dann fällt nach ganz herrschender Auffassung diese Leistungsbeziehung auf Grund einer teleologischen Reduktion ihres Anwendungsbereichs nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien. Kompliziert wird es, wenn dieser ausgegliederte Rechtsträger in der Folge – Variante 1 – am Markt, das heißt auch für andere Private tätig wird und sich damit in den Wettbewerb begibt, oder – Variante 2 – wenn an diesem ausgegliederten Rechtsträger Private beteiligt sind oder sich an diesem im Nachhinein beteiligen. Auf diese Konstellationen habe ich mit meiner kurzen Bemerkung im Vortrag abgezielt. Für diese Fälle steht die Kommission, und ich meine zu Recht, auf einem relativ strikten Standpunkt, demzufolge, wenn der Staat insoweit seine Wettbewerbsneutralität aufgibt, es also funktionell betrachtet um keine rein „staatsinternen" Leistungsbeziehungen mehr geht, sondern um Leistungsbeziehungen mit Marktteilnehmern, das Vergaberecht zur Anwendung kommt. Insoweit ist eine „Inhouse-Vergabe" zwar unter den genannten Voraussetzungen möglich, „Konzernprivilegien" des Staates sind aber deutliche Grenzen für den Fall gesetzt, daß private Beteiligungen oder Leistungsbeziehungen zu Privaten vorhanden sind. An einem praktischen Beispiel erläutert: Wenn sich in einem Land Gemeindeverbände zu einer GmbH zusammenschließen, um die Abfallentsorgung gemeinsam zu regeln, gleichzeitig das Land an einem gemischt-wirtschaftlichen Energieversorgungsunternehmen beteiligt ist, das wiederum über eine Tochtergesellschaft eine Abfallentsorgungsanlage betreibt, dann ist ein Entsorgungsvertrag zwischen der GmbH und der Gesellschaft, die die Abfallentsorgungsanlage betreibt, eine Leistungsbeziehung, die unter das Vergaberecht fällt und nicht als „Inhouse-Vergabe" ausgenommen ist. Ich meine, daß das Gemeinschaftsrecht hier sehr sinnvoll sozusagen „ganzheitlich" öffentliches Unternehmensrecht und Vergaberecht gemeinsam betrachtet, um zu verhindern, daß der Staat seine Unternehmen, die im Wettbewerb tätig werden, unsachlich bevorzugt.

Ein zweiter wesentlicher Punkt in der Diskussion war im Zusammenhang mit der Erörterung vergabefremder Zwecke im Vergaberecht die Frage, wieweit die Aussage stimmt, daß das Vergaberecht kein wirtschaftspolitisches oder sozialpolitisches Instrument des Staates mehr ist. Insbesondere Herr *Götz* hat diese Frage angesprochen. Ihre Beantwortung muß meines Erachtens an den Zielsetzungen und an der Struktur des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts ansetzen. Hier stimmt

es natürlich, daß, insbesondere aus den Grundfreiheiten abgeleitet, das Vergaberecht zunächst einmal darauf gerichtet ist, Diskriminierungen hintanzuhalten, also einen Vergabebinnenmarkt zu eröffnen. Das Sekundärrecht hat aber, und das ist erklärtermaßen seine zweite und aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts zumindest gleichwertige Zielsetzung, auch die Effizienzsicherung beim Einsatz öffentlicher Mittel zur Aufgabe. Hinter den Bemühungen um ein einheitliches Vergaberecht im Binnenmarkt stehen die gewaltigen Einsparungspotentiale für die öffentlichen Haushalte, die beginnend mit dem Cecchini-Report der Kommission und dem Gemeinschaftsgesetzgeber immer wieder versprochen worden sind, mit einem solchen Binnenmarkt für öffentliche Aufträge verbunden sein sollen. Ich sage ganz bewußt, verbunden sein sollen, weil es bis heute nicht wirklich gelungen ist, ökonomisch tatsächlich zu belegen, ob bzw inwieweit diese Einsparungseffekte tatsächlich entstanden sind, insbesondere, das ist allerdings jetzt eine Nebenbemerkung, wenn man die hohen Transaktionskosten miteinrechnet, die das komplexe rechtliche Vergabeverfahren hier mitbewirkt hat. Wie dem auch sei, das gemeinschaftliche Vergaberecht hält an dieser Zielsetzung, daß ein rein an Beschaffungskriterien orientiertes und diesbezüglich effizienzoptimierendes Vergabeverfahren bei einer generellen, makroökonomischen Betrachtung große Einsparungspotentiale für die öffentlichen Haushalte mit sich bringen wird, fest. Diese Zielsetzung ist, so glaube ich, ein wesentlicher Schlüssel zum Verständnis des europäischen Vergaberechts und auch der Rechtsprechung des EuGH.

Viele konkrete dogmatische Argumentationsmuster im Vergaberecht sind darauf zurückzuführen: Denken Sie etwa an die Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH sind Eignungskriterien solche, die primär auf den Bieter abzielen, während Zuschlagskriterien streng angebotsbezogen ausgestaltet sein müssen. Nun läßt auch nach der Rechtsprechung des EuGH das gemeinschaftliche Vergaberecht bei der Festlegung von Eignungskriterien die Berücksichtigung etwa von umweltpolitischen Zwecken, also Zwecken, die in der Diskussion des heutigen Nachmittages sehr oft als vergabefremde Zwecke bezeichnet worden sind, durchaus zu. Man muß hier aber zwischen der Festlegung des Eignungsstandards im Sinne eines Mindeststandards und den Eignungsnachweisen, also der Frage, wie denn ein Bewerber oder Bieter nachweist, daß er diese Mindeststandards erfüllt, unterscheiden. Daher darf der öffentliche Auftraggeber beim Nachweis der Einhaltung bestimmter Umweltstandards zwar etwa die deutsche Umweltauditzertifizierung als sozusagen Orientierungsgröße festlegen, muß aber natürlich im Interesse der Nichtdiskriminierung gleichwertige Verfahren zulassen. Haben die Bieter einmal

die Hürde dieses Mindeststandards übersprungen, dann soll es nach dem Vergaberecht nur mehr auf angebotsbezogene Kriterien, also darauf ankommen, ob sich Anforderungen an die Lieferung oder Leistung in einem mikroökonomischen Sinn auf die Effizienz des Beschaffungsvorgangs für den konkreten öffentlichen Auftraggeber auswirken. Daher lassen sich hier umweltbezogene Kriterien über die Leistungsbeschreibung sehr wohl einbringen, nicht aber Anforderungen an das Produktionsverfahren, die sich auf das Produkt und dessen Nutzen für den Auftraggeber nicht unmittelbar auswirken sondern, etwa als Verminderung der Schadstoffbelastung der Luft, nur in einem gesamtwirtschaftlichen Kontext von Bedeutung sind. Das heißt jetzt nicht, daß derartige Zielsetzungen, in der Diskussion wurden die Politiken der Gemeinschaft zu Recht angesprochen, gemeinschaftsrechtlich nicht verfolgt werden können. Nur stellt hiefür das EG-Recht grundsätzlich andere Instrumente, insbesondere die Beihilfe zur Verfügung. Das Gemeinschaftsrecht will damit aus gutem Grund die Transparenz beim Einsatz von öffentlichen Mitteln sichern, weil man genau weiß, daß bei einer Auftragsvergabe, die stark andere Zielsetzungen als den Beschaffungsvorgang selbst verfolgt, in Wahrheit die Orientierung, welche Kosten für den, jetzt unter Anführungszeichen, „vergabefremden Zweck" eingesetzt werden und welche ökonomisch für die nachgefragte Leistung zu veranschlagen sind, stark verschwimmt. Und das führt, das wissen wir aus der Praxis, zu Problemen im Hinblick auf die Sicherung und die Kontrolle eines effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel. Daß diese „Instrumententrennung" aus der Sicht der Europäischen Gemeinschaft natürlich den angenehmen Effekt hat, daß über ihre Beihilfenaufsicht die Kommission auch die Steuerung der Zielsetzungen ein gutes Stück weit in der Hand hält, ist ebenso klar.

Im Zusammenhang mit der die Aussprache beherrschenden Grundrechtsdiskussion frage ich mich, ob es nicht weiterführend wäre, zu differenzieren. Jedenfalls gehen wir in Österreich in diese Richtung. Dabei ist es, Herr *Ronellenfitsch* hat das betont, wichtig, bei der Grundrechtsfrage nicht nur den Staat, das öffentliche Unternehmen und allenfalls die privaten Konkurrenten im Blick zu haben, sondern insbesondere auch den Einzelnen. Es geht doch sehr oft um die Frage, wieweit ist der Einzelne auf bestimmte Leistungen angewiesen. Auch zwischen dem Einzelnen und dem Staat gibt es eine Grundrechtsbeziehung, die hier eine wichtige Rolle spielt. Zur Frage der Grundrechtsbindung bei der öffentlichen Auftragsvergabe gibt es in Österreich, ich habe darauf kurz hingewiesen, eine ganz gesicherte Rechtsprechung der Höchstgerichte, derzufolge der Gleichheitsgrundsatz den öffentlichen Auftraggeber bindet. Das muß allerdings nicht notwendigerweise zu einem Anspruch auf

Zuschlagserteilung führen. Über anerkannte zivilrechtliche Argumentationsfiguren wie insbesondere vorvertragliche Sorgfaltspflichten bzw Schadenersatzansprüche aus Schutzgesetzverletzung haben die Zivilgerichte der dahinterstehenden Grundrechtsbindung zum Durchbruch verholfen. So nimmt die Rechtsprechung etwa an, daß ein Vergabeverfahren vorwirkend Sorgfaltspflichten begründet, die, verhält sich der Auftraggeber etwa diskriminierend, auch präventiv schadensvermeidend Unterlassungsansprüche auslösen können. Die Zivilgerichte gehen hier wegen der besonderen, der grundrechtlichen Fiskalgeltung des Gleichheitsgrundsatzes unterliegenden Rechtsbeziehung auch über die Anforderungen im allgemeinen Zivilrecht hinaus. Insofern kommen letztlich grundrechtlich begründete Ansprüche über ihre einfachgesetzliche Ausgestaltung, wenn sie also bei der Rechtsanwendung sozusagen einfachgesetzlich heruntergebrochen werden, zum Tragen, ohne daß direkt das Grundrecht als Anspruchsgrundlage herhalten muß. Hierfür ist etwa auch § 1 UWG in seiner Ausgestaltung durch die Rechtsprechung der österreichischen Gerichte ein gutes Beispiel. Das französische Beispiel habe ich ja in meinem Vortrag genannt. Die österreichischen Gerichte betrachten heute ganz zwanglos jedenfalls einmal den nicht hoheitlichen handelnden Staat als an das Wettbewerbsrecht gebunden, und zwar auch dann, wenn er gar nicht selbst wettbewerblich tätig wird, aber fremden Wettbewerb fördert. Es gibt aber auch, ich kann das jetzt hier nicht im Einzelnen darlegen, Tendenzen, unter gewissen Umständen auch hoheitliche Regelungen für wettbewerbsrechtlich relevant zu erachten, wie das Herr *Hermes* in der Diskussion angesprochen hat. Wenn etwa der Staat durch hoheitliche Regelungen seine öffentlichen Unternehmen, man denke an Baugenehmigungen, unsachlich bevorzugt, dann könnte das doch zu einer wettbewerbsrechtlichen Frage werden.

Ich schaue auf die Uhr und schnell auf meinen Zettel. Herr *Engel*, es ist natürlich klar, der Rechtsvergleich hat immer das Problem, die Kriterien und die Vergleichsmaßstäbe festsetzen zu müssen. In diesem Zusammenhang kommt es natürlich auch auf die Abstraktionsstufe an: Äpfel, Birnen, Obst, hier ließe sich natürlich auch noch die Kategorie Nahrungsmittel oben draufsetzen. Und wir wissen, ich nenne nur *Paul Feyerabend*, daß Abstraktion zu einer Reduktion von Komplexität führt, womit Differenzierungen verloren gehen können. Nur zwei Punkte: Ich habe Gewährleistungsverantwortung nicht mit Regulierung gleichgesetzt. Ich habe Regulierung bewußt nur in zwei Punkten ins Spiel gebracht. Einmal, weil ich sie im englischen Beispiel für wichtig halte, weil man sonst das englische System nicht versteht. Dieses löst einfach sehr viel über dieses Modell, das anderswo über Konzessions- oder über

Vergabemodelle gelöst wird. Zweiter Punkt: Regulierung und Regulierung ist nicht das selbe; wir sind uns sicher einig, daß es zunächst darauf ankäme, den Regulierungsbegriff abzugrenzen. Insofern muß Regulierung in einem weiten Regulierungsbegriff nicht immer wettbewerbsneutral sein, sondern kann auch auf Umverteilungsziele ausgerichtet sein. Wir müßten wohl in einer ausführlichen Diskussion klären, inwieweit das sinnvollerweise mit ihren Unterscheidungen „zweckblind" und „zweckbezogen" auf den Punkt gebracht werden kann. Bei einem weiten Regulierungsbegriff, der freilich dennoch nicht konturlos ist und sich gegenüber sonstigen staatlichen ordnenden oder lenkenden Interventionen abgrenzen läßt, hat Regulierung unter Umständen sehr wohl zweckbezogene Effekte, wie eben auch auf der anderen Seite eine klassische Auftragsvergabe zweckbezogene Effekte hat. Denken Sie etwa an das Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs. Wie ich hier gemeinwirtschaftliche Leistungen in den Markt hineinbringe, ob ich sie einfach zur Verfügung stelle, ob ich sie sichere, indem ich subventioniere, ob ich sie in einem öffentlichen Vergabeverfahren vergebe und sie damit gerade nicht als Beihilfe gewertet werden, das macht glaube ich den Unterschied, und je nach dem läßt sich der Vorgang dann auch den einzelnen von mir entwickelten Modellen zuordnen.

Kurz noch zur Frage von Herrn *Brenner*: Zu Ihrem Beispiel der Universität und der GmbH ist mir nur eingefallen, wir in Österreich und wohl auch das Gemeinschaftsrecht würden davon ausgehen, daß Sie hier eine Baukonzession beschrieben haben und damit etwas, das die Baukoordinierungsrichtlinie ohnedies vergaberechtlich einfängt. Wenn die Sachverhaltslage klar ist, das heißt wenn die Beziehungen vertraglich wirklich so gelegen sind, wie Sie sie geschildert haben, dann hätte ich kein Problem, diesen Vorgang als Baukonzession zu werten und ihn damit dem Vergaberecht zu unterstellen.

Gestatten Sie mir zuletzt nochmals meinen herzlichen Dank für Kritik und Anregungen und auch für die wohlwollende Aufnahme meiner Überlegungen. Das hängt wohl damit zusammen, daß es der Rechtsvergleicher in einer Hinsicht in einem Vortrag immer einfach hat: Er hat so viel an Material, Fragen und Problemen, daß er immer nur eine Auswahl bringen kann. Insoweit hat auch hier die berühmte Tante Jolesch eine wichtige Einsicht parat: Sie hat einmal auf die Frage, was denn ihr Geheimnis sei, daß ihr berühmtes Krautfleisch allen so gut schmeckt, gesagt: Es war immer etwas zu wenig. Vielleicht ist das mit der Rechtsvergleichung auch so. Herzlichen Dank!

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr *Holoubek*. Als nächstem darf ich Herrn *Puhl* das Wort erteilen.

Puhl: Auch ich möchte an den Anfang den Dank stellen: In erster Linie nicht, wie Herr *Löwer*, für die Kritik, sondern für die lobenden Worte, denn davon kann ich nicht genug kriegen; sodann danke ich natürlich auch für die Kritik, von ihr lerne ich am meisten; und schließlich danke ich Herrn *Holoubek*, weil er viele Fragen beantwortet hat, auf die ich jetzt nicht mehr näher eingehen muß: In-house-Geschäfte, vergabefremde Ziele und Europarecht – komplizierte Dinge.

Ich möchte mich auf wenige Punkte konzentrieren. Was im Vordergrund vieler Beiträge stand, waren Fragen nach der Grundrechtsbindung bei der Auftragsvergabe. Die erste Grundfrage dabei ist, ob der Staat bei der Auftragsvergabe überhaupt an Grundrechte gebunden ist. Das will ich nur noch einmal kurz thematisieren. Art. 1 III GG sagt m.E. klar: alle staatliche Tätigkeit, egal auf welchem Feld, in welcher Rechtsform usw., ist grundrechtsgebunden. Ob damit auch eine Aktiengesellschaft als Eigengesellschaft oder bei staatlicher Mehrheitsbeteiligung *unmittelbar* grundrechtsverpflichtet ist oder nicht – darüber mag man streiten. Ich glaube aber, Herr *Meyer*, dies spielt, auch wenn man das verneint, keine große Rolle. Denn dann muß der Staat über seine Stimmenmehrheit eben darauf achten, daß die von ihm dominierte AG sich grundrechtskonform verhält (Stichwort: Einwirkungspflicht) – im Ergebnis macht das keinen zu großen Unterschied. – Die zweite Frage ist dann die nach dem einschlägigen Grundrecht. Hier scheint mir nach der Diskussion Einigkeit darüber zu bestehen, daß die Auftragsvergabe an Art. 3 I GG gebunden ist. Auch habe ich keinen Widerspruch zur These von dessen verfahrensrechtlicher Bedeutung verspürt – die ja Grundlage für die zentrale Aussage ist, daß die Ausschreibungsregeln von Verfassungs wegen grundsätzlich (auch unterhalb der Schwellenwerte) subjektive Rechte der Bieter begründen. Man könnte deshalb die Frage, ob daneben auch die Freiheitsrechte, insbesondere Art. 12 GG tangiert sind, fast auf sich beruhen lassen; denn jedenfalls was den Rechtsschutz betrifft, ergeben sich aus den Freiheitsrechten im wesentlichen die gleichen Konsequenzen wie aus dem Gleichheitssatz, und auch materiell verlangt Art. 3 I GG recht verstanden eine ähnliche Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Rechtfertigung von Differenzierungen etwa bei der Ausschreibung wie Art. 12 GG. – Bevor ich aber näher auf die Freiheitsrechte eingehe, möchte ich auf ein Sonderproblem des Gleichheitssatzes eingehen, das Herr *Sachs* im Zusammenhang mit der Verfolgung von Sekundärzwecken der Auftragsvergabe angesprochen hat. Es ist richtig, Herr *Sachs*, daß der Gleichheitssatz immer nur das Verhalten der Amtswalter eines Verwaltungsträgers bindet, nicht aber verbandsübergreifend das Verhalten mehrerer Verwaltungsträger. Deshalb ist es kein Gleichheitsproblem,

wenn einzelne Kommunen oder Länder (anders als andere oder als der Bund dies vorschreibt) Tariftreueerklärungen ihrer Auftragnehmer verlangen; hierin liegt dann allein ein bundesstaatliches, ein Kompetenzproblem, weil der Bund die Frage der Tarifbindung wohl abschließend geregelt hat. Ein Gleichheitsproblem stellt sich jedoch dann, wenn nun der Bund im Rahmen seiner Kompetenzen etwa das an sich rechtfertigungsfähige Ziel „Frauenbeschäftigung" in der Weise verfolgt, daß er bestimmte Beschäftigungsquoten nicht gesetzlich allen Unternehmern vorschreibt, sondern sie (nur) von öffentlichen Auftragnehmern verlangt – mit der Folge, daß Betriebe, die im Bau- oder Rüstungssektor tätig sind, wo der Staat zufällig als Nachfrager stark ist und auf seinen Bedingungen beharren kann, auf eine bestimmte Frauenpolitik verpflichtet werden, die anderer Branchen dagegen nicht. Eine solche Indienstnahme lediglich einzelner Wirtschaftszweige halte ich aus der Gleichheitsperspektive für bedenklich. Meine These ist, daß eine an sich gerechtfertigte (frauen-, umwelt-, arbeitsmarktpolitisch usw. motivierte) Staatsingerenz grundsätzlich flächendeckend durch allgemeines Gesetz alle Betriebe gleich treffen muß und nicht auf der Grundlage einer zufälligen Marktstruktur über den goldenen Zügel der Auftragsvergabe nur einzelne herausgreifen kann.

Nun zu der offenbar weniger konsensfähigen Frage, wieweit neben Art. 3 GG die Freiheitsrechte durch das Beschaffungswesen tangiert sind. – Berührt ist, wie vorhin ausgeführt, m.E. in aller Regel die Wettbewerbsfreiheit gem. Art. 12 I GG. Daneben kommen aber im Grunde alle Freiheitsrechte in Betracht: Wenn ein Scientologe wegen seiner Religionszugehörigkeit von der Auftragsvergabe ausgeschlossen wird, dann ist Art. 4 I GG einschlägig; wenn die Bundesregierung Anzeigen allein in einem parteitreuen Blatt schaltet, dann ist dies eine Subvention dieses Blattes und tangiert die Pressefreiheit der Konkurrenz; wenn Auftragnehmern eine Tariftreueerklärung abverlangt wird, dann ist deren negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG berührt (denn sie werden staatlich gedrängt, Tarifverträge einzuhalten, an die sie sich nicht gebunden haben, wegen Art. 9 III GG auch nicht binden müssen und die lediglich ortsüblich sind – womit versteckt diejenigen ausgebremst werden, deren einziger Wettbewerbsvorteil in ihrem billigen Arbeitsangebot liegt, weil sie eben nicht Berliner Tariflöhne zahlen; darin liegt dann natürlich auch ein europarechtliches Problem).

Das Hauptfrage in diesem Zusammenhang ist jedoch offenbar, ob in Staatseinkäufen auch tatsächlich ein „Eingriff" in diese Grundrechte liegt. Lassen Sie mich mit einem Vergleich beginnen: Wenn der Bundespräsident oder das Bundesverfassungsgericht ein Hirtenwort zur nächsten Bundestagswahl mit einer Wahlempfehlung herausgibt, dann liegt

darin m.E. ein Eingriff in Art. 5 I GG, weil es die Wirkung des Wortes der Konkurrenz beschneidet und den Meinungsmarkt verzerrt. Bischöfe als Teil der Gesellschaft dürfen so etwas, der Bundespräsident als Staatsorgan darf es nicht. Weshalb sollte dies auf dem Meinungs-, nicht aber auf dem Wirtschaftsmarkt gelten? Wenn der Staat wirtschaftlich tätig wird wie ein Privater, so ist er noch immer kein Privater. Er bleibt grundrechtsgebunden, nur weil er der Staat ist. Was der freiheitsverpflichtete Staat tut, ist prinzipiell und kategorisch etwas anderes, als das, was der freiheitsberechtigte Bürger tut. Deswegen stimme ich auch ganz der These von Herrn *Löwer* zu, nach der staatliche Marktteilnahme, ob als anbietender Unternehmer oder als Nachfrager, grundrechtlich relevante Ingerenz ist. Sie beeinträchtigt den freien Wettbewerb der privaten, originären Marktteilnehmer. Denn wer den staatlichen Zuschlag bekommt, macht Gewinn (oder vermindert Verlust, was dasselbe ist, wie zu Recht gesagt wurde), und dadurch wird seine Wettbewerbsposition im Markt gegenüber der Konkurrenz gestärkt. Darin liegt eine staatliche Marktingerenz. – In den Fällen, in denen beim Zuschlag auch noch „vergabefremde" Sekundärzwecke verfolgt werden – nicht der billigste, sondern der frauenfreundlichst produzierte Panzer wird gekauft – tritt ein zumindest subventionsähnlicher Lenkungseffekt ein: Herr Maffei muß Frauen einstellen, um den Auftrag zu erhalten. Das ist als Eingriff in unternehmerische Dispositionsfreiheiten, europarechtlich als Beihilfe rechtfertigungsbedürftig (und überdies stellt sich die schon erörterte Gleichheitsfrage, ob nicht nur Herr Maffei, sondern alle Arbeitgeber auch in anderen Branchen zur Beschäftigung von Frauen angehalten werden müßten. Schließlich liegt in der verdeckten Subvention bei der Verfolgung von Sekundärzwecken, wie Herr *Siekmann* zu Recht angesprochen hat, auch ein Problem der Haushaltsklarheit.). – Nun wird mir der Sache nach entgegengehalten, mein weites Verständnis vom Grundrechtseingriff sei zu verpimpelt, zu wehleidig, dehne den Grundrechtsschutz über Gebühr aus. Ich meine, solche Bedenken bräuchten uns nicht zu ängstigen. Denn die Diagnose des Grundrechtseingriffs bedeutet ja, wie Herr *Engel* richtig sagt, nicht Verfassungswidrigkeit der Maßnahme, sondern führt im Regelfall nur zu drei Konsequenzen – nämlich dem Bestehen eines Gesetzesvorbehaltes, materiell zur Rechtfertigungsbedürftigkeit des Eingriffs, und prozessual zur Überprüfungsmöglichkeit dieser Voraussetzungen auf Antrag des beschwerten Marktteilnehmers. Was dabei – erstens – den Gesetzesvorbehalt betrifft, so kann man sich hier m.E. in weitem Umfang mit den bestehenden Generalklauseln behelfen. Soweit es allein um die staatliche Güternachfrage am Markt geht, reicht im Regelfall die Bestimmung der Haushaltsordnungen über den Grundsatz öffentlicher Ausschrei-

bung öffentlicher Einkäufe als zumindest implizite Ermächtigung aus. Für schwerwiegendere Eingriffe – wie für die Verfolgung von Sekundärzwecken oder die von Herrn *Brenner* angesprochenen Fälle der Auftragssperre – ist dagegen eine speziellere gesetzliche Ermächtigung erforderlich und angemessen. Ich denke, dieser Gesetzesvorbehalt wirft keine praktisch unüberwindbaren Probleme auf. Gleiches gilt auch – zweitens – für die Frage nach der materiellen Rechtfertigung staatlicher Bedarfsdeckungsgeschäfte, an der, liegen ihnen allein Kriterien der Wirtschaftlichkeit zugrunde, nicht zu zweifeln ist. Werden dabei zugleich Lenkungszwecke, etwa soziale oder ökologische, verfolgt, so ist doch auch dies rechtfertigungsfähig – Herr *Engel* sagt mit Recht, der Staat müsse sich diese Rechtfertigung und ihre Überprüfung am Verhältnismäßigkeitsprinzip nur in der Öffentlichkeit zutrauen. Im übrigen muß er sie dann auch – drittens – vor Gericht verteidigen, und zwar, als Eingriff in subjektive Rechte, auf Antrag übergangener Wettbewerber. Hierin, im Rechtsschutz, scheint für die Praxis der Einkäufe unter den Schwellenwerten das Hauptproblem gesehen zu werden. Nur frage ich: Zur Einhaltung der formellen und materiellen Ausschreibungsregeln sind die Vergabestellen auch in diesen Fällen kraft Rechtsstaatsprinzips ohnehin gehalten. Ist es da eine rechtsstaatlich befriedigende Lösung zu sagen, diese Bindung besteht, aber bei Rechtsbruch kann sie nicht eingeklagt werden? Warum diese Scheu vor dem subjektiven Recht? – Ich meine, der Einkaufsstaat könne es in aller Ruhe darauf ankommen lassen, daß solche Klagen nicht in der Zulässigkeits-, sondern in der Begründetheitsstation verloren gehen (nicht weil die Klagebefugnis fehlt, sondern weil die Vergabe rechtmäßig war) – oder daß die Klage eben Erfolg hat! Das kann man ertragen.

Nun noch zu einigen speziellen Fragestellungen zunächst dem Stichwort „berufsregelnde Tendenz" als Eingriffsvoraussetzung bei Art. 12 I GG. Von dieser Erfindung halte ich nicht viel. Für mich kann ein und dieselbe Maßnahme bei einem Adressaten in Art. 12 GG, beim anderen in Art. 2 I GG eingreifen. Wenn der Gesetzgeber ein Gurtpflicht anordnet, dann ist bei mir Art. 2 I betroffen, beim UPS-Fahrer, der seine Pakete ausfährt und alle zwei Meter den Gurt an- und ablegen muß, Art. 12 I GG. Daraus folgt ein unterschiedlicher Prüfungsmaßstab, und weil die gleiche Maßnahme den UPS-Berufsfahrer härter trifft als mich, den Amateur, muß ihm vielleicht aus Zumutbarkeitsgründen eine Ausnahme zugute kommen, die für mich, der ich 10 km am Stück fahre, nicht vorsehen werden muß. Eine grundrechtsspezifische „Tendenz" wird auch bei anderen Grundrechten nicht für die Annahme eines Eingriffs verlangt, maßgeblich ist die schutzbereichsspezifische „Auswirkung." Aber ich weiß, da bin ich in einer Minderheitsposition,

habe wenigstens aber Herrn *Breuer* ganz auf meiner Seite, soweit ich weiß, und das stärkt mir schon mal sehr den Rücken.

Zu den Bedenken von Herrn *Masing* und Frau *Schmid*: Herr *Masing* hat sicher Recht, wenn er meint, Art. 12 I GG gebe keinen Anspruch darauf, Produkte unanhängig vom Verfahren ihrer Herstellung, auf den Markt bringen zu dürfen. Staatliche Anforderungen sind insoweit jedoch – Beschaffungsmaßnahmen sind Grundrechtseingriffe – erst einmal grundrechtlichen Rechtfertigungserfordernissen unterworfen, die ja aber keine unüberwindbaren Hindernisse aufstellen.

Herr *Gallwas*, zur Frage nach der Bundes- oder Landeszuständigkeit gem. § 97 IV GWB: Danach können durch Bundes- oder Landesgesetz andere oder weitere Anforderungen als die zuvor normierten Eignungskriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit für die Auswahl der Bieter gestellt werden. Die Frage ist, ob dies eine Generalabsolution auch für den Landesgesetzgeber ist, mit solchen Kriterien selbst Gebiete zu reglementieren, die ansonsten dem Bund vorbehalten sind. Kann ein Land über die Auftragsvergabe im Arbeitsrecht, im Sozialrecht, Umweltrecht, ja in der Außenpolitik gegenüber dem Bund eigenständige Ziele verfolgen? Meiner Meinung nach: nein. Weshalb? Der Bundesgerichtshof hat das in seiner Tariftreueentscheidung sehr knapp abgehandelt, m.E. spricht für dieses Ergebnis aber entscheidend die Entstehungsgeschichte der Norm: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung hatte noch vorgesehen, daß nur ein Bundesgesetz Dispens erteilen dürfte von den allgemeinen Eignungskriterien. Als dann der Bundesrat schrie, wir wollen, daß auch die Länder das können und zwar wie bisher auch durch Verwaltungsvorschrift, da hat man sich aufeinander zu bewegt und am Ende gesagt, na gut, dann sollen dies auch die Länder, regeln können, aber eben nur durch Gesetz. Im gesamten Gesetzgebungsverfahren ist dabei jedoch nie eine so weitreichende Konsequenz angesprochen worden, daß der Bund damit den Ländern völlig neu eine Hypergesetzgebungskompetenz einräumen wollte, um durch Maßnahmen auf dem Gebiet des Beschaffungswesens alle übrigen Bundeskompetenzen in Anspruch nehmen und Bundespolitik auf allen Feldern konterkarieren zu können. Das wäre so ähnlich, als wollte man im Kasseler Verpackungsteuerfall sagen, die Kommunen haben die Gesetzgebungskompetenz zur Erhebung örtlicher Verbrauchsteuern aus Art. 105 IIa GG, delegiert von den Ländern, und dürften damit über eine Verpackungssteuer entgegen den Vorgaben des Bundesrechts auch die Abfallproduktion in diesem Bereich beschränken bis zur Erdrosselung. Das wäre mit der Bundestreue nicht zu vereinbaren.

Der Begriff der Erdrosselung erinnert mich noch an Einwendungen von Herrn *Böckenförde* in einem ganz anderen Punkt, denen ich entgeg-

nen möchte: Ein „Eingriff" in Art. 12 I GG – durch Besteuerung oder Marktteilnahme des Staates – ist m.E. nicht erst anzunehmen, wenn einem Bürger seine Berufstätigkeit unmöglich gemacht, er „erdrosselt" wird (dann liegt schon eine Grundrechtsverletzung nahe). Sondern es reicht aus, daß dem Betroffenen eine Berufstätigkeit spürbar erschwert wird – alles andere ist erst eine Frage der Rechtfertigung der staatlichen Ingerenz. Und die durch den Grundrechtseingriff ausgelöste Konsequenz des Gesetzesvorbehaltes ist im Vergabewesen auch deshalb tragbar, weil die Eingriffsfolgen der Auftragsvergabe – insbesondere bei der Verfolgung von Sekundärzwecken – für den Gesetzgeber ja vorhersehbar, sogar beabsichtigt sind.

Zum Thema Rechtsschutz sind noch einige Fragen offengeblieben. Herr *Breuer* wirft die Grundfrage auf, ob Vergaberecht überhaupt öffentliches Recht ist. Da kann man ganz unterschiedliche Ansätze wählen, und unsere europäischen Nachbarn, Herr *Holoubek* hat davon berichtet, haben uns das vorgemacht. Die Franzosen ordnen das ganze Beschaffungswesen öffentlichrechtlich ein, andere zivilrechtlich (und zwar jeweils nicht nur den Vertrag über den Leistungsaustausch, sondern auch das Verfahren zum Abschluß dieser Verträge). Daß in Deutschland das GWB die Vergaberechtsstreitigkeiten den Oberlandesgerichten zuweist, weist hier keine Richtung, denn es gibt viele öffentlichrechtliche Materien, über die – traditionell oder weil es praktisch ist – die Zivilgerichte entscheiden. Auch daß über den Schwellenwerten materiell das GWB einschlägig ist, Hilft nicht weiter, denn es gibt viele zivilrechtliche Gesetze, die auch öffentlichrechtliche Normen enthalten, gerade ja auch das GWB mit seinen Regelungen über die Kartellbehörden, die Mißbrauchsaufsicht usw. Im übrigen kann man für die Einordnung der Vergaberegeln sicher unterschiedlicher Auffassung sein. Ich meine, folgendes sei konsequent: Zum öffentlichen Recht gehören jedenfalls die Regelungen über das Verfahren bis zum Zuschlag – zumindest für die rein staatlichen Auftraggeber (wobei ich unter staatlichen Vergabestellen auch die privatrechtlich organisierten in ausschließlich staatlicher Trägerschaft meine), denn hier geht es um staatliches Sonderrecht. Lediglich für private Sektorenauftraggeber liegt das möglicherweise anders, soweit sie nicht als Beliehene zu qualifizieren sind. An der unerfreulichen Rechtsfolge des gespaltenen Rechtswegs bin nicht ich schuld, sondern der Gesetzgeber, der die – öffentlichrechtlichen – Streitigkeiten oberhalb der Schwellenwerte den Oberlandesgerichten zugewiesen hat. (Der Grund dafür liegt übrigens darin, daß sie erfahrungsgemäß oft schneller entscheiden als die Zivilgerichte; das kennen wir etwa aus dem Baunachbarrecht. Und im Kartellrecht haben die OLG-Senate schon immer rasche Entscheidungen geliefert, so daß

man ihnen auch jetzt das Vergaberecht – unter Abstützung durch ein paar Beschleunigungs- und Fristvorschriften – zugewiesen hat). – Die zweite Frage im Bereich des Rechtsschutzes ist sodann die nach der Klagebefugnis, die nach meiner Auffassung jedenfalls aus Art. 3 I GG, aber zusätzlich auch aus Art. 12 I GG oder anderen Freiheitsrechten abzuleiten ist. In Anknüpfung an die gestrigen Thesen von Frau *Lübbe-Wolff* möchte ich noch hinzusetzen: Bereichsspezifisch für das Vergabewesen sollte man in der Tat über die Möglichkeit einer Verbandsklage nachdenken. Denn unterlegene Bieter vergraulen sich durch einen Prozeß den potentiellen Kunden ihres nächsten Geschäfts. Hier könnte man einer Rechtsschutzlücke dadurch abhelfen, daß etwa den Handwerks- und Industrie- und Handelskammern eine Klagemöglichkeit eingeräumt wird, die sie u.U. auf einen diskreten Hinweis benachteiligter Wettbewerber wahrnehmen können. – Schließlich noch ein kurzes Wort zur Frage, ob der Vergaberechtsschutz nach dem GWB wirklich schnell und wirksam genug ist, Herr *Zuleeg*: In der Tat, nach Zuschlagserteilung ist jedenfalls Primärrechtsschutz nicht mehr zu erreichen, dann bleibt in der Regel nur noch ein magerer Schadensersatzanspruch. Wenn man aber mit dem Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes (Euro-Münzplättchen II – wo auch die Grundrechtsbindung der öffentlichen Auftragvergabe so schön festgehalten ist) aus Art. 19 IV GG folgert, daß – ähnlich wie im Beamtenrecht – der übergangene Bieter vor Zuschlagserteilung über die Entscheidung und ihre Gründe zu informieren ist, dann hat der Betroffene Zeit und Gelegenheit genug, jedenfalls einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. In der neuen Vergabeverordnung ist eine solche Vorabinformation, 14 Tage vor Zuschlag, ausdrücklich geregelt, und auch die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung (nämlich Nichtigkeit des Zuschlags nach § 134 BGB). Das scheint mir effektiv genug zu sein, hat freilich den Schönheitsfehler, daß die Vergabeverordnung ja erst ab den Schwellenwerten Anwendung findet. Diese Regelung ist m.E. ja aber auch schon unmittelbar Ausfluß des Gebotes effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG, gilt also der Sache nach auch unter den Schwellenwerten.

Meine Zeit ist um, ich schließe.

Vorsitzender: Schönen Dank auch Ihnen, Herr *Puhl*, und als letzter hat Herr *Löwer* das Wort.

Löwer: Herr Vorsitzender, vielen Dank. Da ich ja schon Gelegenheit hatte, zu erwidern, werde ich mich wesentlich kürzer fassen. Ich schulde allerdings einigen gezielten Fragen noch eine Antwort und eine Schlußbemerkung. Herr *Ehlers*, Sie hatten noch gefragt ganz gezielt, ob

meine These III 2 b nicht zu weit ginge. Die Befürchtung hatte ich beim Nachdenken natürlich auch. Was ich sagen will, ist, daß die gesamtstaatliche Entscheidung für irgendetwas die gesamtstaatliche Entscheidung, für etwas keine Vorsorge mehr zu treffen, sich nicht daran orientiert, daß Gemeinden trotzdem gerne eine solche Vorsorge treffen würden, weil die Frage der Grenzlinie, was tut der Staat, was tut er nicht, doch wohl in der Entscheidungsbefugnis des Gesamtstaates steht. Sie hatten weiter wegen dieser mittelbaren Grundrechtseingriffe durch Interventionen gewisse Bedenken. Auch Herr *Koch*, meine ich, hat sie schon sehr überzeugend angesprochen. Herr *Puhl* hat ähnliches gesagt, wir haben uns auch sonst daran gewöhnt, relativ wenig deutlich konturierte Eingriffe trotzdem als solche zu behandeln und ich meine auch, dies sei in der Tat nicht schlimm. Das einzige, was ich voraussetzen muß, ist, daß der Kläger am Markt befindlicher Konkurrent ist, will man nicht einfachrechtlich sowas wie eine Verbandsklage zulassen. Was öffentlicher Zweck und Unmittelbarkeit betrifft, glaube ich auch mit Ihnen, daß die Sasbach-Entscheidung völlig überinterpretiert wird. Es geht dort um eine Beschreibung des kommunalwirtschaftlichen Funktionszusammenhangs und nicht um eine Aussage des Gerichts zu dem, was sein soll oder kraft Verfassungsrechts ist. Herr *Badura* hatte die Gegenüberstellung von Freiheit und Kompetenz zu abstrakt gefunden. Sie mag abstrakt sein, viel schlimmer ist, sie ist substantiell und weil sie substantiell ist, kann ich über sie auch nicht mit einer Erwägung, das verschleife sich ja alles, das fließe, hinweggehen. Wenn es substantiell ist, dann mag es schwierig sein, Grenzen zu ziehen, aber im Substantiellen sind wir nicht frei. Im übrigen wäre Herrn *Badura* entgegenzuhalten, wir haben den neuen Bundesländern kraft Anordnung in Art. 1 des Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunionsvertrags den Vorrang der Privatwirtschaftlichkeit, einschließlich der Leitsätze A II.1, wo die soziale Marktwirtschaft sogar noch definiert war, normativ vorgegeben. Herr *Tettinger*, Herr *Wieland* und Herr *Hellermann* haben neben den substantiellen Einwänden auch Bedenken aus § 1 UWG geltend gemacht. Ja das ist schwierig mit § 1 UWG; aber warum sollen wir unser Problem anders behandeln als die Marktteilnahme des Steuerberaters ohne Zulassung. Der ist auch nach § 1 UWG wegen Vorsprung durch Rechtsbruch zu verurteilen. Dann gilt dieser Gedanke jedenfalls konsistent auch für die illegitime Marktteilnahme der öffentlichen Hand. Also der Konsistenz des Modells läßt sich nicht widersprechen. Daß das Ergebnis uns unliebsam ist, liegt auf der Hand, müssen wir uns doch von den Zivilrichtern sagen lassen, wo die vernünftigen Grenzen für die Marktteilnahme der öffentlichen Hand liegen. Aber das liegt wiederum daran, daß wir uns bislang der Problemstellung verweigern,

soweit die Verwaltungsgerichte betroffen sind. Daß meine These III 2 c problematisch ist, weiß ich, aber ich kann mit den Beteiligungen noch viel schlechter umgehen, als mit den 100 % Töchtern, und deshalb sage ich, bei der Beteiligung kann ich nur tun, was ich in der Beteiligung tun muß, also die öffentlichen Bindungen, so gut es geht, verwirklichen. Wenn ich aber nichts durchsetzen kann, muß ich diese Beteiligung aufgeben. Sie hatten dann noch zu Recht auf meine problematische Formulierung Benennbarkeit, Erkennbarkeit des öffentlichen Zwecks, Rechtswidrigkeit gar wegen Nichtbenennung verwiesen. Ich meine mit Benennung, daß es einen vernünftigen öffentlichen Zweck geben muß und daß dieser normativ verankert sein muß. Herr *Hermes*, über die Frage Klugheitsregel oder Verfassungsgebot läßt sich natürlich trefflich streiten. Herr *Gersdorf* ist in seiner Habilitationsschrift aus noch ganz anderer Sicht zu einem verwandten Ergebnis wie ich gekommen: was nicht vernünftig steuerbar ist, darf ich gar nicht tun. Das liegt auch so etwas auf der Linie von Herrn *Siekmann*.

Damit komme ich zu meiner letzten Bemerkung und zwar zu einem nicht geleisteten Diskussionsbeitrag, der aber hätte gehalten werden können und nur vielleicht nicht gehalten worden ist, weil er längst schriftlich vorliegt. Herr *Engel* hätte uns darlegen können, daß nach dem gesamten deutschen finanzwissenschaftlichen Sachverstand, von der Monopolkommission über den Kronberger Kreis, über die Sachverständigenräte bei Finanz- und Wirtschaftsminister, über die Gutachten, die der Bund der Steuerzahler eingeholt hat, die Option für die Eigenwirtschaft ökonomischer Unsinn ist, daß es ökonomisch nachteilig ist, so zu verfahren. Aber an der Stelle meine ich, bleibt der Unterschied von Verfassungsrecht und Volkswirtschaftslehre erhalten. Ob das alles stimmt, was die Burschen uns an Optionen auftischen, daß es also wirklich diesen Vorrang der privatwirtschaftlichen Erledigung, der regulierten privatwirtschaftlichen Erledigung, vor staatlicher, eigenwirtschaftlicher Erledigung gibt, ist ungewiß. Daß dieser Vorrang rechtlich begründet sein soll, dem habe ich mich widersetzt. Aber dafür meine ich, müßten wir vom Staat fordern können, daß er für das, was er dann in dieser problematischen Zone tut, erstens eine Zweckrechtfertigung gibt, daß zweitens ordentlich kontrolliert wird, ob diese Zweckrechtfertigung auch eingehalten wird und daß er sich drittens ständig aufgabenkritisch verhält und darüber nachdenkt, ob es noch vernünftig ist, sich in dieser Grenzzone so zu verhalten, wie er sich verhält. Vielen Dank.

Vorsitzender: Meine Damen und Herren, mir bleibt zum Schluß nur ein Wort des Dankes. Des Dankes an Sie, die Sie ausgehalten haben bis zu dieser vorgerückten Stunde. Ein Wort des Dankes insbesondere an

die drei Referenten, die auch während der letzten Runde eine solche Disziplin gezeigt, uns gleichwohl in hohem Maße bereichert haben. Schönen Dank also an alle. Ich darf den Vorsitz jetzt wieder an unseren verehrten Vorsitzenden, Herrn Kollegen *Frowein*, übergeben.

Vorsitzender (Frowein): Meine sehr verehrten Damen und Herren, es entspricht einer alten Tradition der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, daß am Freitag nachmittag die Besetzung des Auditoriums ein wenig kleiner ist als sonst und es soll sogar gelegentlich so gewesen sein, daß dadurch Diskussionen ein bißchen langweilig geworden sind. Wir sollten überall weitererzählen, wie gegenteilig die heutige Erfahrung war und wie deutlich nicht nur Diskussion, sondern ganz besonders auch Schlußworte der Referenten trotz einer etwas geringeren Beteiligung, die aber doch noch recht gut ist, äußerst anregend waren. Auch mir bleibt zu danken einer Referentin und acht Referenten während dieser drei Tage, auch Diskussionsrednern und ich möchte ganz ausdrücklich sagen, daß die gnädige Aufnahme einer deutlich schärferen Praxis des Vorstandes bei der Führung der Diskussion, wie mir scheint und wie ich hoffe, Ihnen allen scheint, ein wirklich guter Neuanfang für die Vereinigung ist. Dieser Vorstand ist entschlossen, das in Würzburg genauso zu tun und er hofft ganz außerordentlich, daß das zur Praxis der Vereinigung werden möge.

Dann geht aber der größte Dank an Herrn *Oldiges* und sein Team, für das was hier in Leipzig geleistet worden ist. Ich glaube, das größte Lob, das man in diesem Zusammenhang formulieren kann, ist, daß ja niemand eigentlich etwas gemerkt hat von Organisation. Das lief alles so geräuschlos und so entspannt, daß man nur sagen kann: es war eine von der Organisation her ganz großartig vorbereitete Tagung. Ich bitte Herrn *Oldiges*, diesen Dank an alle Mitarbeiter, die sichtbaren und die unsichtbaren, sehr herzlich weiterzugeben.

Ein letztes Mal kann ich mir nicht verkneifen, aus der Tagung der Vereinigung vor 75 Jahren hier in Leipzig zu zitieren, wo, wie ich Ihnen vorgestern schon sagte, im zweiten Themenkreis über die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts diskutiert wurde und die Entwicklung der Kommunalisierung privater Betriebe nach dem Ersten Weltkrieg von *Fritz Stier-Somlo* und *Hans Helfritz* erörtert worden ist. Ich zitiere *Stier-Somlo* mit einer kurzen Passage: „Das letzte betrifft die Kommunalisierung, d.h. die aufgrund gesetzlicher Ermächtigung erfolgende Überführung privatwirtschaftlicher gewerblicher Unternehmen in die Gemeindewirtschaft. Hierzu und zu ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, d.h. zur Untersagung der Errichtung oder Fortführung privatwirtschaftlicher Unternehmungen zum Zwecke des ausschließ-

lichen Betriebes eines Wirtschaftszweiges durch die Stadt werden die Städte als befugt erachtet und es wird nur bestimmt, sie müssen den Betrieb so führen, daß das öffentliche Bedürfnis befriedigt wird. Ich halte die Kommunalisierung für rechtlich zulässig, soweit sie lokale Selbstverwaltungsangelegenheit bleibt. Dagegen die Vorschrift über ausschließliche Gewerbeberechtigungen für ungültig, weil sie sowohl §§ 1, 7 der Gewerbeordnung als auch Art. 151 ff. der RVerf. widerspricht."

Ich wollte ihn deutlich machen, daß hier in Leipzig über die heute erörterten Probleme, freilich in einem ganz anderen historischen Zusammenhang und natürlich aufgrund einer ganz anderen Sacherfahrung, unmittelbar nach dem Ersten Weltkrieg intensiv gesprochen worden ist. Ich danke Ihnen allen noch einmal sehr herzlich.

Doehring: Meine Damen und Herren, darf ich noch einen kleinen Moment als Alterspräsident in Erscheinung treten. Ich möchte dem Vorstand danken, wie er diese Tagung gestaltet hat. Herrn *Oldiges* wurde schon gebührend gedankt. Der Vorstand hat sich sehr bewährt. Die Wiederwahl war also gerechtfertigt, wie ich es schon vorausgesagt habe. Man kann ja erst hinterher wissen, was uns erwartet. Also haben wir noch viel Gutes vom Vorstand zu erwarten, und ich freue mich darauf. Der wissenschaftliche Ertrag der Tagung war ausgezeichnet, und ich würde sagen, es war wie ein gutes Menü, ein Leipziger Allerlei, das man gut genießen konnte. Sehr schön, daß die Frage des Nationalsozialismus so aufschlußreich über die Bühne gegangen ist. Es haben sich keine Neonazis hier gemeldet, und wenn solche da gewesen sein sollten, hätte ich gemeint, sie sollten das Gesicht zeigen, damit wir unsere Zivilcourage dann richtig bemerkbar machen können. Aber das war nicht nötig, und so ist alles in großer Zufriedenheit und mit Gemütlichkeit zu Ende gegangen. Ich denke, ich spreche in unser aller Namen, wenn ich nochmals dem Vorstand unseren Dank ausspreche.

Verzeichnis der Redner

Bachof S. 111
Badura S. 353, 599
Battis S. 117
Bayer S. 123
Böckenförde S. 124, 593
Bogs S. 642
Brenner S. 637
Breuer S. 379, 625
Bullinger S. 123
Denninger S. 362
Doehring S. 110, 357, 661
Dörr S. 397
H. Dreier S. 140
Ehlers S. 598
Enders S. 374
Engel S. 383, 635
Funk S. 137, 377
Gallwas S. 127, 612
Götz S. 631
Grabenwarter S. 405
Griller S. 392
Gröschner S. 113
Groß S. 389
Gurlit S. 634
Häberle S. 121, 403, 595
Haverkate S. 399
Hellermann S. 619
Herdegen S. 355
Hermes S. 639
Heun S. 135
Hilf S. 387
Hohmann S. 133, 644
Hollerbach S. 132
Holoubek S. 645
Huber S. 410
E. Klein S. 128, 360
Th. Koch S. 608
Küchenhoff S. 129
Langenfeld S. 376
Lege S. 136, 382, 637
Lepsius S. 134
Löwer S. 621, 657
Lübbe-Wolff S. 407
Masing S. 371, 596
Meyer S. 127, 403, 617
Murswiek S. 401
Mußgnug S. 115, 350
Nicolaysen S. 395
Pauly S. 139
Pernice S. 413
Pielow S. 609
Preuß S. 131, 384
Püttner S. 591
Puhl S. 651
Rauschning S. 396, 597
Rengeling S. 398
Ronellenfitsch S. 613
Sachs S. 128, 629
Schachtschneider S. 393, 615
Schiedermair S. 119
V. Schmid S. 627
Schmidt-Jortzig S. 601, 628
H. P. Schneider S. 109, 367
Schulze-Fielitz S. 618
Schuppert S. 114, 352, 606
Sieckmann S. 402
Siekmann S. 640
Sommermann S. 633
Starck S. 106
Steiger S. 373
Stolleis S. 108
Streinz S. 364

Tettinger S. 602
Thieme S. 126
Tomuschat S. 112
Vogel S. 115, 130
Volkmann S. 368
A. Weber S. 390
Wieland S. 605
Winter S. 358
Zacher S. 131
Zuleeg S. 363, 368, 632

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: 6. April 2001

Vorstand

1. *Frowein*, Dr. Dres. h.c. Jochen Abr., Professor
   Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
   Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg
   (0 62 21) 4 82-2 57, Fax (0 62 21) 4 82-6 77
   E-Mail: Frowein@MPIV-HD.MPG.DE

2. *Ipsen*, Dr. Jörn, o. Professor
   Luisenstraße 41, 49565 Bramsche, (0 54 61) 44 96,
   Fax (0 54 61) 6 34 62;
   Institut für Kommunalrecht, Universität Osnabrück,
   49069 Osnabrück, (0 54 1) 9 69-61 69 od. -61 58,
   Fax (0 54 1) 9 69-61 70

3. *Bauer*, Dr. Hartmut, Professor
   Am Hegereiter 13, 01462 Cossebaude (03 51) 4 52 16 03;
   TU Dresden, Juristische Fakultät, 01062 Dresden,
   (03 51) 4 63 73 13 od. 4 63 73 14, Fax (03 51) 4 63 72 07

Mitglieder:

1. *Abelein*, Dr. Manfred, o. Professor
   Schafhofstraße 21, 73479 Ellwangen/a.d.Jagst

2. *Adamovich*, DDr.Dr.h.c. Ludwig, Professor
   Roosevelt-Platz 4, A-1090 Wien, (00 43-1) 4 08 55 70;
   Präsident des österreichischen Verfassungsgerichtshofs
   Judenplatz 11, A-1010 Wien, (00 43-1) 5 31 22-4 15

3. *Alexy*, Dr. 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. *Antoniolli*, Dr. Dr.h.c. Walter, Universitätsprofessor,
Hasnerstr. 3/I, A-3100 St. Pölten, (0043 27 42) 7 59 17;
Universität Wien

5. *Arndt*, Dr. Hans-Wolfgang, o. Professor,
Waldstr. 34, 67434 Neustadt/Weinstr. (0 63 21) 3 33 85;
Universität Mannheim, 68131 Mannheim, (0621) 292-5195

6. *Arnim*, Dr. Hans Herbert v., o. Professor,
Im Oberkämmerer 26, 67346 Speyer, (0 62 32) 9 81 23;
Hochschule f. Verwaltungswissenschaften,
67324 Speyer, (0 62 32) 65 43 43

7. *Arnold*, Dr. Rainer, o. Professor,
Plattenweg 7, 93055 Regensburg, (0941) 7 44 65;
Universität Regensburg, 93053 Regensburg,
(0941) 943-2654/5

8. *Autexier*, Dr. Christian, Professor,
Egon-Reinert-Str. 19, 66111 Saarbrücken, (0681) 37 14 87;
Universität Saarbrücken, Postfach 15 11 50,
66041 Saarbrücken, (0681) 302-21 85

9. *Axer*, Dr. Peter, Privatdozent,
Josef-Pütz-Str. 16, 52388 Nörvenich, (0 24 26) 44 63;
Institut für Öffentliches Recht,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität,
Juridicum, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 73 50 68, Fax (0228) 73 91 00

10. *Baade*, Dr. Hans W., Professor,
6002 Mountain Climb Drive, Austin/Texas, USA, 78731,
(001-5 12) 452 50 71; dienstl., (001-5 12) 471 51 51

11. *Bachof*, Dr.Dres.h.c. Otto, o. Professor,
Auf dem Kreuz 3, 72076 Tübingen, (0 70 71) 6 11 44;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 29 72 549

12. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor,
Am Rothenberg Süd 4, 82431 Kochel am See, (0 88 51) 52 89;
Universität München, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 21 80-35 76

13. *Baer*, Dr. Susanne, Privatdozentin,
Pestalozzistr. 7, 10625 Berlin, (030) 31503913;
Humboldt Universität zu Berlin,
Juristische Fakultät, Unter den Linden 6,
(030) 20933324; Fax (030) 20933345
E-Mail: susanne=baer@rewi.hu-berlin.de

14. *Baldus*, Dr. Manfred, Privatdozent
Heidberg 27, 22301 Hamburg
(040) 2701288;
Universität der Bundeswehr Hamburg, Holstenhofweg 85,
22043 Hamburg, (040) 6541-3296
E-Mail: Manfred.Baldus@unibw-hamburg.de

15. *Barfuß*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter, a.o. Universitätsprofessor,
Tuchlauben 13, A-1014 Wien, (0043-1) 53437-122,
Fax (0043-1) 533-2521

16. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor,
Schleifweg 55, 91080 Uttenreuth, (09131) 59916,
Fax (09131) 533304;
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(09131) 8522818, Fax (09131) 8526382

17. *Battis*, Dr. Ulrich, Professor
Beiersdorfer Weg 42, 12589 Berlin-Rahnsdorf,
(030) 6481947;
Humboldt-Universität Berlin,
Institut für öffentliches Recht und Völkerrecht,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3533, Fax (030) 2093-3689

18. *Bauer*, Dr. Hartmut, Professor,
Am Hegereiter 13, 01462 Cossebaude, (0351) 4521603;
TU Dresden, Juristische Fakultät, 01062 Dresden,
(0351) 4637313 od. 4637314, Fax (0351) 4637207

19. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Professor,
Henkenbergstr. 45a, 44797 Bochum, (0234) 791744;
Universität Bochum, 44780 Bochum, (0234) 7005724

20. *Becker*, Dr. Joachim, Privatodozent,
Kreuznacher Str. 6, 14197 Berlin, (030) 8224012;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin, (030) 20933383

21. *Becker*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Kellerstr. 7, 81667 München;
dienstl. (089) 480030

22. *Becker*, Dr. Ulrich, LLM. (EHI), Professor,
Pfarrsiedlungsstr. 9, 93161 Sinzing, (09404) 3478;
Juristische Fakultät, Universität Regensburg,
Universitätsstr. 31, 93053 Regensburg
(0941) 943-2607, Fax (0941) 943-3634

23. *Berchthold*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Bräunerstr. 4–6/22, A-1010 Wien, (0043-1) 531434

24. *Berg*, Dr. Wilfried, o. Professor,
Waldsteinring 25, 95448 Bayreuth, (0921) 93125;
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth, (0921) 552876

25. *Berka*, Dr. Walter, o. Universitätsprofessor,
Birkenweg 2, A-5400 Hallein, (0043-6245) 76758;
Inst. f. Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Universität
Salzburg, Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(0043-662) 80443621, Fax (0043-662) 8044303

26. *Bernhardt*, Dr. Dr. h.c. Rudolf, o. Professor,
Gustav-Kirchhoff-Str. 2a, 69120 Heidelberg,
(06221) 413699;
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,
69120 Heidelberg, (06221) 482253

27. *Bethge*, Dr. Herbert, o. Professor,
Am Seidenhof 8, 94034 Passau, (0851) 41697;
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- und
Verwaltungsrecht sowie Wirtschaftsverwaltungsrecht
und Medienrecht,
94030 Passau, (0851) 509-2220, Fax (0851) 509-2222

28. *Bettermann*, Dr. Dr.h.c. Karl-August, o. Professor,
Alte Landstr. 173, 22339 Hamburg, (040) 5384064;
Universität Hamburg, (040) 4123-4557

29. *Beyerlin*, Dr. Ulrich, apl. Professor,
Luisenstr. 7, 69151 Neckargmünd;
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg, (06221) 482236

30. *Biaggini*, Dr. Giovanni, o. Professor,
Luisenstr. 41, CH-3005 Bern, (0041 31) 3526255;
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht,
Rechtswissenschaftliches Institut,
Freiestrasse 15, CH-8032 Zürich
(0041-1) 6343010, Fax (0041-1) 6344389,
E-Mail: biaggini@rws.unizh.ch

31. *Bieber*, Dr. Roland, o. Professor,
5, chemin du Chateau Sec, CH-1009 Pully/Lausanne;
Universität Lausanne, CH-1015 Lausanne-Dorigny,
(0041-21) 6922791, Fax (0041-21) 6922785

32. *Binder*, Dr. Bruno, Universitätsprofessor,
Wischerstr. 30, A-4040 Linz,
(0043) 732-717772-0, Fax (0043) 732-717772-4;
Universität Linz, Altenbergerstr. 69,
A-4040 Linz, (0043) 732-246880, Fax (0043) 732-24681 0

33. *Birk*, Dr. Dieter, o. Professor,
Borkumweg 43, 48159 Münster, (0251) 218478,
Fax (0251) 218478;
Universität Münster, 48143 Münster,
(0251) 8322795, Fax (0251) 8328386

34. *Blanke*, Dr. Hermann-Josef, Universitätsprofessor,
Mayener Str. 14, 50935 Köln;
Universität Erfurt, Staatswissenschaftliche Fakultät,
Lehrstuhl für Staatsrecht und Europäische Integration,
Nordhäuser Straße 63, 99089 Erfurt,
(0361) 737-4751, Fax (0361) 737-4750 (Sekr.)
Fax (0361) 737-4759,
E-Mail: Herm.-J.Blanke@uni-erfurt.de

35. *Blankenagel*, Dr. Alexander, Professor,
Güntzelstraße 63, 10717 Berlin, (030) 8549582;
Humboldt-Universität Berlin, (030) 2093-3381,
Fax (030) 2093-3345, E-Mail: blankenagel@rewi.hu-berlin.de

36. *Bleckmann*, Dr. Dr. Albert, Universitätsprofessor,
Thomas-Morus-Weg 10f, 48147 Münster,
(0251) 235867;
Universität Münster, 48143 Münster, (0251) 832021

37. *Blümel*, Dr. Willi, Universitätsprofessor,
Angelhofweg 65, 69259 Wilhelmsfeld, (06220) 1880;
Hochschule f. Verwaltungswissschaften, 67324 Speyer,
(06232) 654-362/360, Fax (06232) 910-208 od. 910-290

38. *Blumenwitz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Tannenstr. 2, 85598 Baldham, (08106) 33252;
Universität Würzburg, (0931) 3123 08,
Fax (0931) 3123 17

39. *Böckenförde*, Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c. Ernst-Wolfgang, o. Professor,
Türkheimstr. 1, 79280 Au bei Freiburg, (0761) 405623;
Universität Freiburg, 79098 Freiburg,
(0761) 2032263 od. 2262

40. *Böckstiegel*, Dr. Karl-Heinz, Professor,
Parkstr. 38, 51427 Bergisch-Gladbach,
(02204) 66268;
Universität Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 4702337

41. *Bogdandy*, Dr. Armin v. M.A., Professor,
Fürstenbergerstr. 200, 60325 Frankfurt am Main;
Institut für Öffentliches Recht,
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität,
Senckenberganlage 31–33, 60054 Frankfurt am Main
(069) 79828072; Fax (069) 79828073
E-Mail: Bogdandy@jur.uni-frankfurt.de

42. *Bogs*, Dr. Harald, o. Professor,
Dresdenerstr. 7, 37120 Bovenden, (0551) 81595,
Fax (0551) 83598;
Universität Göttingen, (0551) 397392, Fax (0551) 394872

43. *Böhm*, Dr. Monika, Professor,
Lessingstr. 24, 65719 Hofheim/Ts., (06192) 24829,
Fax (06192) 248 14;
Philipps-Universität Marburg,
Institut für Öffentliches Recht – FB 01,
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg/Lahn,
(06421) 282-3132, -3808, -3016, -3048,
Fax (06421) 282-8982,
E-Mail: boehm2@mailer.uni-marburg.de

44. *Bothe*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Theodor-Heuss-Str. 6, 64625 Bensheim,
(06251) 4345;
Universität Frankfurt am Main,
60054 Frankfurt am Main, (069) 79822264

45. *Brandt*, Dr. Edmund, Professor,
FB Umweltwissenschaften,Universität Lüneburg,
21332 Lüneburg, (04131) 782521,
Fax (04131) 782529

46. *Brenner*, Dr. Michael, Professor,
Bauerstr. 21, 80796 München, (089) 2718524;
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches
Verfassungs- und Verwaltungsrecht,
Universität Jena, Carl-Zeiss-Str. 3,
07743 Jena, (03641) 942240 od. -41, Fax (03641) 942242

47. *Breuer*, Dr. Rüdiger, Professor,
Buschstr. 56, 53113 Bonn, (0228) 217972,
Fax (0228) 224832;
Universität Bonn, Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(0228) 739151, Fax (0228) 735582

48. *Britz*, Dr. Gabriele, Privatdozentin,
Lenaustr. 77, 60318 Frankfurt am Main
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main,
Professur für Öffentliches Recht, Umweltrecht und
Verwaltungswissenschaft
Postfach 111932, 60054 Frankfurt am Main
(069) 558709, Fax (069) 798-23355
E-Mail: britz@jur.uni-frankfurt.de

49. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor,
Wydenmööslistr. 11, CH-8280 Kreuzlingen,
(00471) 68815 25;
Universität Konstanz, (07531) 882169 od. 2176

50. *Brugger*, Dr. Winfried, LL.M., Universitätsprofessor,
Blumenstr. 16, 69115 Heidelberg, (06221) 161319;
Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg, (06221) 547462,
Fax (06221) 547654

51. *Brünneck*, Dr. Alexander v., Professor,
Blumenhagenstr. 5, 30167 Hannover, (0511) 716911;
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder,
Postfach 1786, 15207 Frankfurt/Oder
(0335) 5534-264 od. 295, Fax (0335) 5534-418
E-Mail: raue@euv-frankfurt-o.de,
Internet: http://www.euv-frankfurt-o.de

52. *Brunner*, Dr. Georg, o. Professor,
Belvederestr. 94, 50933 Köln, (0221) 4973594;
Institut für Ostrecht der Universität zu Köln,
Klosterstr. 79d, 50931 Köln, (0221) 470-5583
od. -5575 od. -5581, Fax (0221) 470-5582
E-Mail: aoo01@uni-koeln.de

53. *Bryde*, Dr. Brun-Otto, o. Professor,
Richter am Bundesverfassungsgericht,
Stettiner Str. 10, 35435 Wettenberg,
(06406) 74191;
Universität Gießen; Hein-Heckroth-Str. 5,
35390 Gießen, (0641) 99-21060/61
Fax (0641) 99-21069, E-Mail: brun.o.bryde@recht.uni-giessen.de

54. *Bull*, Dr. Hans Peter, o. Professor,
Falckweg 16, 22605 Hamburg,
Tel./Fax (040) 8805652;
Universität Hamburg, Seminar für Verwaltungslehre,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
(040) 42838-3503, Fax (040) 42838-5062

55. *Bullinger*, Dr. Dr.h.c. (Université de Dijon), Martin, o. Professor,
Altschlößleweg 4, 79280 Au bei Freiburg,
(0761) 402389;
Universität Freiburg, 79085 Freiburg,
(0761) 2032248 od. 2247

56. *Burgi*, Dr. Martin, Professor,
Bernhard-Poether-Str. 59, 48165 Münster, (02501) 928893;
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
(Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht)
Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum,
(0234) 3225275, Fax (0234) 3214282
E-Mail: martin.burgi@jura.-ruhr-uni-bochum.de

57. *Burkert*, Dr. Herbert, Privatdozent,
Uferstr. 31, 50996 Köln-Rodenkirchen,
(0221) 397700, Fax (0221) 397711;
MCM-HSG, Universität St. Gallen,
Müller-Friedberg-Str. 8, CH-9000 St. Gallen,
(0041 71) 222 48 75, (0049 221) 397700
Fax (0041 71) 222 48 75, (0049 221) 397711
E-Mail: burkert@unisg.ch

58. *Butzer*, Dr. iur. Hermann, Privatdozent,
Hainallee 61, 44139 Dortmund,
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,
44780 Bochum, (0234) 32-22239, -41,
E-Mail. Hermann.Butzer@ruhr-uni-bochum.de

59. *Calliess*, Dr. Christian, Privatdozent, M.A.E.S. (Brügge), LL.M.Eur.,
Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Postfach 15 11 50,
66041 Saarbrücken, (0681) 302-4618, Fax (0681) 302-4879,
E-Mail: calliess@rz.uni-sb.de

60. *Campenhausen*, Dr. Axel *Frhr. v.*, Professor,
Oppenbornstr. 5, 30559 Hannover, (0511) 528174;
Kirchenrechtliches Institut der EKD,
Goßlerstr. 11, 37073 Göttingen
Tel. (0551) 577 11/Fax (0551) 531051

61. *Caspar*, Dr. Johannes, Privatdozent,
Tronjeweg 16, 22559 Hamburg, (040) 81961195,
Fax (040) 81961121;
Universität Hamburg, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Edmund-Siemens-Allee 1, Flügel West, 20146 Hamburg,
(040) 42838-5760, Fax (040) 42838-6280,
E-Mail: j-caspar@jura.uni-hamburg.de

62. *Classen*, Dr. Claus Dieter, Professor,
Knud-Rasmussen-Str. 21, 17493 Greifswald,
(03834) 844963;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,
(03834) 862121 od. 2124, Fax (03834) 862002

63. *Cremer*, Dr. Hans-Joachim, Universitätsprofessor,
Steinritzstr. 21, 60437 Frankfurt a.M.;
Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schloß, Westflügel, 68131 Mannheim,
(0621) 181-1428, -1429 (Sekr.), Fax (0621) 181-1430

64. *Czybulka*, Dr. Detlef, Universitätsprofessor
Bergstraße 24–25, 18107 Elmenhorst; (0381) 7953944,
Fax: (0381) 7953945
Universität Rostock, Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht,
Verwaltungslehre, Staats- und Finanzrecht
Richard-Wagner-Str. 31 (Haus 1), 18119 Rostock-Warnemünde
(0381) 498-3846, Fax (0381) 498-3854
E-Mail: detlef.czybulka@jurfak.uni-rostock.de
sekretariat-allgverwr@jurfak.uni-rostock.de

65. *Dagtoglou*, Dr. Prodromos, Professor,
Hippokratous 33, GR-Athen 144, (0030-1) 3221190;
dienstl.: (0030 1) 3629065

66. *Danwitz*, Dr. Thomas v., Professor,
Klinkenbergsweg 1, 53332 Bornheim, (02227) 909104;
Fax (02227) 909105
Lehrstuhl für Öffentliches Recht u. Europarecht,
Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum, (0234) 32-22818,
Fax (0234) 32-14281
E-Mail: thomas.vondanwitz@jura.ruhr-uni-bochum.de

67. *Davy*, Dr. Benjamin, Universitätsprofessor,
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund, (0231) 779994;
Fachgebiet Bodenpolitik, Bodenmanagement und kommunales
Vermessungswesen, Fakultät Raumplanung,
Universität Dortmund, 44221 Dortmund,
(0231) 7552228, Fax (0231) 7554886,
E-Mail: Bdavy@www.raumplanung.uni-dortmund.de

68. *Davy*, Dr. Ulrike, Professorin,
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund, (0231) 779994;
Universität Bielefeld, Postfach 100131, 33501 Bielefeld,
(0521) 1064400 od. 4300,
E-Mail: udavy@post.uni-bielefeld.de

69. *Degenhart*, Dr. Christoph, Universitätsprofessor,
Stormstr. 3, 90491 Nürnberg, (0911) 592462,
Fax (0911) 592462;
Juristenfakultät, Universität Leipzig,
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig, (0341) 97-35191,
Fax (0341) 97-35199

70. *Delbrück*, Dr. Jost, Professor,
Schoolredder 20, 24161 Altenholz;
Universität Kiel, 24098 Kiel, (0431) 8802149,
Fax (0431) 8801619

71. *Denninger*, Dr. Erhard, Professor,
Am Wiesenhof 1, 61462 Königstein, (06173) 78988;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht u. Rechtsphilosophie II,
Universität Frankfurt, Senckenberganlage 31,
60325 Frankfurt am Main, (069) 79822654

72. *Depenheuer*, Dr. Otto, Professor,
Sürther Hauptstr. 190; 50999 Köln, (02236) 381728,
Fax (02236) 381729;
Universität zu Köln, Seminar für Staatsphilosophie
und Rechtspolitik, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln
(0221) 4702230, Fax (0221) 4705010

73. *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

74. *Detterbeck*, Dr. Steffen, o. Professor,
Stettinerstr. 60, 35274 Kirchhain, (06422) 4531;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Marburg,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg, (06421) 283123,
Fax (06421) 273853

75. *Di Fabio*, Dr. Dr. Udo, Professor,
Theodor-Körner-Str. 8a, 82049 Pullach, (089) 79367021;
Institut für Politik und Öffentl. Recht, Universität München,
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München (089) 21803335

76. *Dietlein*, Dr. Johannes, Professor,
Sonnenscheinstr. 18, 53175 Bonn-Bad Godesberg, (0228) 3868039;
Heinrich-Heine-Universität, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Verwaltungslehre, Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf,
(0211) 81-11420, Fax (0211) 81-11455

77. *Dittmann*, Dr. Armin, o. Professor
Karl-Brennenstuhl-Str. 11, 72074 Tübingen,
(07071) 82456;
Universität Hohenheim – Schloß,
Postfach 700562, 70593 Stuttgart,
(0711) 459-2791, Fax (0711) 459-3482

78. *Doehring*, Dr. Dr. h.c. Karl, o. Professor,
Mühltalstr. 117/3, 69121 Heidelberg,
(0 62 21) 40 98 80;
Universität: (0 62 21) 54 74 46;
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 4 82-264

79. *Dolderer*, Dr. Michael, Privatdozent,
Erwinstr. 48, 79102 Freiburg,
(07 61) 7 81 06

80. *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

81. *Dörr*, Dr. Dieter, Professor,
Am Stadtwald 6, 66123 Saarbrücken;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, einschl. Völker- und Europarecht, Universität Mainz, 55099 Mainz,
(0 61 31) 39 22 68 1 od. 39 23 04 4, Fax (0 61 31) 39 25 69 7
E-Mail: doerr@jura1.uni-mainz.de
Direktor des Mainzer Medieninstituts (MMI):
Mainzer Medieninstitut e.V., Kaiserstr. 32, 55116 Mainz,
(0 61 31) 1 44 92 59
E-Mail: doerr@mainzer-medieninstitut.de

82. *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 23 21, Fax (09 31) 31 29 11

83. *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

84. *Eberle*, Dr. Carl-Eugen, Professor,
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

85. *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

86. *Eckhoff*, Dr. Rolf, Professor,
Im Hagen 14, 14532 Kleinmachnow,
(0 33 20 3) 77 12 60, Fax: (0 33 20 3) 77 12 70;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Finanz- und Steuerrecht, Universitätsstr. 31, 93040 Regensburg,
(0 94 1) 9 43-26 56/57, Fax (0 94 1) 9 43-19 74

87. *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, (0 25 1) 83-2 27 01,
Fax (0 25 1) 83-2 83 15,
E-Mail: wivwr@uni-muenster.de
Internet: http://www.uni-muenster.de/Jura.wivwr

88. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor,
Am Römerlager 4, 53117 Bonn

89. *Ehrenzeller*, Dr. Bernhard, o. Professor,
Tannenstraße 21, CH-9000 St. Gallen, (0 041 71) 244 26 08;
Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Bodanstraße 4,
CH-9000 St. Gallen,
(0 041 71) 224 24 40 od. -46, Fax (0 041 71) 224 24 41,
E-Mail: Bernhard.Ehrenzeller@RWA.UNISG.CH

90. *Eichenberger*, Dr. Dr. h.c. Kurt, o. Professor,
Bärenbrunnenweg 4, CH-4144 Arlesheim bei Basel,
(0 041 61) 701 33 86;

91. *Enders*, Dr. Christoph, Universitätsprofessor,
Trufanowstr. 1, 04105 Leipzig, (0 341) 5 64 33 71,
Fax (0 341) 5 64 33 72;
Universität Leipzig, Juristenfakultät,
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,
(0 341) 9 73 53 51, Fax (0 341) 9 73 53 59,
E-Mail: skenders@rz.uni-leipzig.de

92. *Engel*, Dr. Christoph, Professor,
Königsplatz 25, 53173 Bonn, (0228) 9563449,
Fax (0228) 9563944;
Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter,
Poppelsdorfer Allee 45, 53115 Bonn
(0228) 91416-10, Fax (0228) 91416-11
E-Mail: engel@mpp-rdg.mpg.de,
Internet: www.mpp-rdg.mpg.de

93. *Epiney*, Dr. Astrid, Professorin,
Avenue du Moléson 18, CH-1700 Fribourg,
(0041 26) 3234224;
Universität Fribourg, Institut für Europarecht,
Route d'Englisberg 7, CH-1763 Granges-Paccot,
(0041 26) 3008094, Fax (0041 26) 3009776

94. *Epping*, Dr. Volker, Professor,
Schöppingenweg 122, 48149 Münster,
(0251) 8715340, Fax (0251) 8715350
E-Mail: eppingv@uni-muenster.de;
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Westfälische Wilhelms-Universität, Universitätsstr. 14–16,
48143 Münster, (0251) 8322021, Fax (0251) 8321901,
E-Mail: eppingv@uni-muenster.de

95. *Erbel*, Dr. Günter, Professor,
Burbacher Str. 10, 53129 Bonn;
Universität Bonn, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 735583

96. *Erbguth*, Dr. Wilfried, Professor,
Friedrich-Franz-Str. 38, 18119 Rostock-Warnemünde,
(0381) 5486709, Fax (0381) 5486715;
Universität Rostock, Juristische Fakultät,
Richard-Wagner-Str. 31,
18119 Rostock-Warnemünde, (0381) 4983844
od. (0381) 4981005 (Rektorat/,
Prorektor), Fax (0381) 4983862,
E-Mail: wilfried.erbguth@jurfak.uni-rostock.de

97. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor,
Falkenhorst 17, 48155 Münster, (0251) 31312;
Kommunalwissenschaftliches Institut, Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster, (0251) 832741

98. *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

99. *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) 4 63-73 33, Fax (03 51) 4 63-72 13

100. *Fechner*, Dr. Frank, Professor,
Rosenauer Weg 16, 72076 Tübingen, (0 70 71) 4 04 11
TU Ilmenau, Institut für Rechtswissenschaft,
Postfach 10 05 65, 98684 Ilmenau, (0 36 77) 69-40 22,
E-Mail: Frank.Fechner@Wirtschaft.TU-Ilmenau.de

101. *Fehling*, Dr. Michael, Privatdozent, LL.M. (Berkeley),
Darriwald 10, 79108 Freiburg, (0 76 65) 95 289;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.,
Institut für Öffentliches Recht,
Postfach, 79085 Freiburg, (07 61) 2 03-22 42

102. *Felix*, Dr. Dagmar, Professorin,
Ahornweg 16, 94121 Salzweg, (08 51) 9 44 21 11;
Universität Hamburg, Öffentliches Recht und Sozialrecht,
Fachbereich Rechtswissenschaft, Edmund-Siemers-Allee 1,
20146 Hamburg, Tel. + Fax (040) 42838-2665
E-Mail: d-felix@jura.uni-hamburg.de

103. *Fiedler*, Dr. Wilfried, o. Professor,
Am Löbel 2, 66125 Saarbrücken-Dudweiler,
(0 68 97) 7 66 401;
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Fachbereich Rechtswissenschaften,
Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken, (06 81) 3 02-32 00,
Fax (06 81) 3 02-43 30, E-Mail: w.fiedler@rz.uni-sb.de,
Internet: http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Fiedler

104. *Fink*, Dr. Udo, Univ.-Professor,
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
55099 Mainz
(0 61 31) 3 92 23 84

105. *Fleiner-Gerster*, Dr. Dr.h.c. Thomas, o. Professor,
rte. Beaumont 9, CH-1700 Fribourg,
(0041 26) 424 66 94;
Institut f. Föderalismus, Universität Fribourg,
rte. Englisberg 7, CH-1763 Granges-Paccot,
(0041 26) 300 81 25 od. 28, Fax (0041 26) 300 97 24

106. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor,
Bispinger Weg 11, 30625 Hannover,
(05 11) 57 57 19 od. 562892;
Universität Hannover, Königsworther Platz 1,
30167 Hannover, (05 11) 7 62-82 48 od. 82 49

107. *Frank*, Dr. Dr. h. c. Götz, Professor,
Cäcilienplatz 4, 26122 Oldenburg, (0441) 7 56 89;
Carl von Ossietzky Universität Oldenburg,
Juristisches Seminar, Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Birkenweg 5, 26111 Oldenburg
(0441) 798-83 38 od. 82 71, Fax (0441) 798-82 87

108. *Frankenberg*, Dr. Dr. Günter, Professor,
Buchrainweg 17, 63069 Offenbach;
Institut für Öffentl. Recht, Universität Frankfurt am Main;
Senckenberganlage 31; 60054 Frankfurt am Main,
(069) 798 22 991,
Fax (069) 798 28 383

109. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,
Eichenhainallee 17, 51427 Bergisch-Gladbach,
(02204) 619 84;
Universität Köln, 50923 Köln

110. *Fromont*, Dr. Dr.h.c. Michel, Professor,
12, Boulevard de Port Royal, F-75005 Paris,
(0033 1) 45 35 73 71;
Universität Paris I Panthéon-Sorbonne, Etudes
Internationales et Européennes, 12, place du Panthéon,
F-75231 Paris Cédex 05, (0033 1) 46 34 97 32

111. *Frotscher*, Dr. Werner, Professor,
Habichtstalgassse 32, 35037 Marburg/Lahn,
(06421) 329 61;
Universität Marburg, Universitätsstr. 6, 35032 Marburg/Lahn,
(06421) 282-122/126 (Sekr.), Fax (06421) 282-3840

112. *Frowein*, Dr. Dr. h. c. Jochen Abr., o. Professor,
Blumenthalstr. 53, 69120 Heidelberg, (06221) 474682;
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(06221) 482-258, Fax (06221) 482-677
E-Mail: Frowein@MPIV-HD.MPG.DE

113. *Funk*, Dr. Bernd-Christian, o. Professor,
Franz Grassler Gasse 23, A-1230 Wien,
Tel. + Fax (0043) 18892935;
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,
(0043) 732/2468-9336, Fax (0043) 732/24689399,
E-Mail: unirecht.unimanagement@jk.uni-linz.ac.at,
Internet: www.uni-linz.ac.at/unirecht

114. *Gallent*, Dr. Dr. Kurt, Universitätsprofessor,
Obersenatsrat i.R.
Pestalozzistr. 1/III, A-8010 Graz, (0043-316) 847622

115. *Gallwas*, Dr. Hans-Ulrich, Professor,
Hans-Leipelt-Str. 16, 80805 München, (089) 328366;
Universität München, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-3262

116. *Gassner*, Dr. Ulrich M., Mag.rer.publ.,M.Jur. (Oxon), Professor,
Scharnitzer Weg 9, 86163 Augsburg, (0821) 63250;
Universität Augsburg, Eichleitnerstr. 30, 86135 Augsburg,
(0821) 598-4546, Fax (0821) 598-4547

117. *Geis*, Dr. Max-Emanuel, o. Professor,
Mögginger Steig 20, 78315 Radolfzell, (07732) 13575;
Universität Konstanz, Postfach 5560 D 115, 78434 Konstanz,
(07531) 88-2313 od. 3458, Fax (07531) 88-2563
E-Mail: max-emanuel.geis@uni-konstanz.de

118. *Gellermann*, Dr. Martin, Privatodozent,
Hermann-Lüpping-Str. 15, 49492 Westerkappeln, (05404) 2047;
Universität Osnabrück, Fachbereich Rechtswissenschaften,
49069 Osnabrück

119. *Gersdorf*, Dr. Hubertus, Professor,
Stationsweg 3, 53127 Bonn, (0228) 3919629,
Fax (0228) 3919651;
Universität Rostock, Lehrstuhl f. Kommunikationsrecht,
Gerd Bucerius-Stiftungsprofessur
Möllner Straße 10, 18109 Rostock
(0381) 498-3788, Fax (0381) 498-3770,
E-Mail: hubertus.gersdorf@jurfak.uni-rostock.de

120. *Goerlich*, Dr. Helmut, Professor,
Universität Leipzig, Juristenfakultät, Otto-Schill-Str. 2,
04109 Leipzig, (0341) 97-35171, Fax (0341) 97-35179

121. *Göldner*, Dr. Detlef, Privatdozent,
Wilhelmshavener Str. 20, 24105 Kiel, (0431) 81644

122. *Gornig*, Dr. Gilbert, Professor,
Pfarracker 4, 35043 Marburg-Bauerbach,
(06421) 163566, Fax (06421) 163766;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Marburg,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(06421) 28-3131 od. 28-3127, Fax (06421) 28-3853

123. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor,
Geismarlandstr. 17a, 37083 Göttingen, (0551) 431 19;
Universität Göttingen, (0551) 39-7391 od. -4761

124. *Grabenwarter*, Dr. Dr. Christoph, Universitätsprofessor,
Friedrich-Ebert-Str. 77, 53177 Bonn-Bad Godesberg,
(0228) 3698772
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Rechts- u. Staatswissenschaftl. Fakultät
der Universität Bonn,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn, (0228) 73-9125,
Fax: (0228) 73-4049
E-Mail: c.grabenwarter@uni-bonn.de

125. *Gramlich*, Dr. Ludwig, Professor,
Justus-Liebig-Str. 38A, 64839 Münster;
Fakultät für Wirtschaftswissenschaften,
TU Chemnitz-Zwickau, Postfach 964, 09009 Chemnitz
(0371) 5314164, -65, Fax (0371) 5313961
E-Mail: l.gramlich@wirtschaft.tu-chemnitz.de
Internet: http://www.tu-chemnitz.de/wirtschaft/jural/

126. *Gramm*, Dr. Christof Gerhard,Privatdozent,
Austraße 12c, 53604 Bad Honnef, (02224) 4834;
Bundesministerium der Justiz, Jerusalemer Str. 24–28
10117 Berlin, (030) 20259450

127. *Grawert*, Dr. Dr. h.c. Rolf, o. Professor,
Aloysiusstr. 28, 44795 Bochum, (0234) 473692;
Universität Bochum, 44721 Bochum, (0234) 7002809

128. *Grewlich*, Dr.jur.Dr.sc.econ. (HEC Lausanne) LL.M. (Berkeley),
Klaus W., Privatdozent,
Prinz Albertstr. 31, 53113 Bonn, (0228) 265129;
Universität Freiburg, 79085 Freiburg/i.Br.

129. *Griller*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,
Hungerbergstr. 11–13, A-1190 Wien, (0043-1) 322405;
Forschungsinstitut für Europafragen, Wirtschaftsuniversität
Wien, Althanstr. 39–45, A-1090 Wien,
(0043-1) 31336-4135 od. 4136, Fax (0043-1) 31336 -758

130. *Grimm*, Dr. Dieter, o. Professor,
Bayerische Straße 5, 10707 Berlin, (030) 88725799,
Fax (030) 88725899;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3566 (Büro), 3567 (Sekretariat), 3536 (Mitarbeiter),
Fax (030) 2093-3478
E-Mail: dieter=grimm@rewi-hu-berlin.de
Wissenschaftskolleg zu Berlin, Institute for Advanced Study,
Wallotstr. 19, 14193 Berlin, (030) 89001-0 (Zentrale),
(030) 89001-117 (Sekretariat),
(030) 89001-226 (Büro), Fax (030) 89001-300,
E-Mail: grimm@wiko-berlin.de

131. *Gröschner*, Dr. Rolf, o. Professor,
Stormstr. 39, 90491 Nürnberg, (0911) 591408;
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Jena,
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena, (03641) 942220 od. -21,
Fax (03641) 942222

132. *Groß*, Dr. Thomas, Professor
Diezstr. 8, 35390 Gießen, Tel./Fax (0641) 3012381;
Justus-Liebig-Universität, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Licher Straße 64, 35394 Gießen,
(0641) 99-21120/21121, Fax: (0641) 99-21129
E-Mail: Thomas.Gross@recht.uni-giessen.de

133. *Gröpl*, Dr. Christoph, Privatdozent,
Universität Regensburg, Juristische Fakultät, 93040 Regensburg,
(0941) 943-2663, Fax (0941) 943-4993,
E-Mail: christoph.groepl@jura-uni.regensburg.de

134. *Grupp*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Stephanienufer 5, 68163 Mannheim, (0621) 822197,
Fax (0621) 822197;
Universität des Saarlandes, Am Stadtwald, 66041 Saarbrücken,
(0681) 302-3508 od. -3548, Fax (0681) 302-4213

135. *Gurlit*, Dr. Elke, Privatodozentin,
Schmiljanstr. 2, 12161 Berlin, (030) 95995622, Fax (030) 8520017,
E-Mail: EGurlit@aol.com
Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin, (030) 8383010, Fax (030) 8383011

136. *Gusy*, Dr. Christoph, Professor,
Rockwinkeler Heerstr. 128, 28355 Bremen, (0421) 2574573;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld, (0521) 1064397
E-Mail: christoph.gusy@uni-bielefeld.de

137. *Häberle*, Dr. Dr. h.c. Peter, o. Professor,
Universität Bayreuth, Universitätsstraße 30,
95447 Bayreuth, (0921) 552947, Fax (0921) 552985

138. *Häde*, Dr. Ulrich, Univ.-Professor,
Bergstraße 146, 15230 Frankfurt/Oder, (0335) 6857438;
Europa-Universität Viadrina, LSt. f. Öffentl. Recht,
insbes. Verwaltungsrecht, Finanzrecht u. Währungsrecht,
Postfach 1786, 15207 Frankfurt/Oder, (0335) 5534-670
Fax (0335) 5534-525, E-Mail: haede@euv-frankfurt-o.de
Hausanschrift: Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt/Oder

139. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor,
Müseliweg 1, CH-8049 Zürich, (0041-1) 5684460

140. *Hafner*, Dr. Felix, Professor,
Hirzbrunnenschanze 67, CH-4058 Basel,
(0041-61) 6914064;
Titularprofessor f. öffentl. Recht, insbes. Kirchenrecht
der Universität Basel
Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt, CH-4001 Basel,
(0041-61) 2678119, Fax (0041-61) 2678137

141. *Hahn*, Dr. Dr. h.c. Hugo J., LL.M. (Harvard), o. Professor,
Frankenstr. 63, 97078 Würzburg, (0931) 284286;
Universität Würzburg, (0931) 312310, Fax (0931) 312317

142. *Hailbronner*, Dr. Kay, o. Professor,
Toggenbühl, CH-8559 Fruthwilen, (0041-71) 6641946;
Universität Konstanz, (07531) 882247

143. *Hain*, Dr. Karl-E., Privatdozent,
Burgstr. 4, 37073 Göttingen,
(0551) 58223;
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(0551) 392122

144. *Haller*, Dr. Herbert, Universitätsprofessor
Felix-Mottl-Str. 48, Haus 2, A-1190 Wien,
(0043-1) 3429382;
Wirtschafts-Universität Wien, (0043-1) 31336-4668
E-Mail: DEKAN.HALLER@wu-wien.ac.at

145. *Haller*, Dr. Walter, o. Professor,
Burgstr. 264, CH-8706 Meilen, (0041-1) 9231014;
Universität Zürich, Institut f. Völkerrecht u. ausländ.
Verfassungsrecht, Hirschengraben 40,
CH-8001 Zürich,
(0041-1) 634-2052, Fax (0041-1) 634-4993

146. *Hammer*, PD Dr. Felix
Im Kleinen Feldle 18, 72072 Tübingen
(07071) 792257, Fax (07071) 792258
Eberhard-Karls-Universität Tübingen,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Kirchenrecht
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen

147. *Hangartner*, Dr. Yvo, o. Professor,
Am Gozenberg 2, CH-9202 Gossau, (0041-71) 851511;
Hochschule St. Gallen

148. *Hänni*, Dr. Peter, o. Professor,
Stadtgraben 6, CH-3280 Murten, (0041-26) 6705815;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität
Fribourg, Les Portes de Fribourg, Route d'Englisberg 7,
CH-1763 Granges-Paccot, (0041-26) 3008129,
Fax (0041-26) 3009724

149. *Hase*, Dr. Friedhelm, Professor,
Sodalenruh 6, 96049 Bamberg, (0951) 62479;
Universität-Gesamthochschule Siegen,
Fachbereich 5 Wirtschaftswissenschaften,
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen, (0271) 740-3219 od. 740-3208,
Fax (0271) 740-2477

150. *Hatje*, Dr. Armin, Professor,
Sauerbruchstr. 36, 32049 Herford
Tel. + Fax (05221) 270310;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Postfach 100131, 33501 Bielefeld,
(0521) 1064412, Fax (0521) 106-6037
E-Mail: armin.hatje@uni-bielefeld.de

151. *Haverkate*, Dr. Görg, Universitätsprofessor,
Klingenweg 26, 69118 Heidelberg, (06221) 800581;
Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 3,
69117 Heidelberg (06221) 547723

152. *Heckel*, Dr. iur. Dr. theol. h.c. Martin, o. Universitätsprofessor,
Lieschingstr. 3, 72076 Tübingen, (07071) 61427;

153. *Heckmann*, Dr. Dirk, Universitätsprofessor,
Am Wimhof 33, 94034 Passau, (0851) 753883;
Universität Passau, Innstraße 40, 94032 Passau,
(0851) 509-2290, Fax (0851) 509-2292

154. *Heintschel von Heinegg*, Dr. Wolff, Professor
Hegelstr. 22, 45219 Essen-Kettwig, (02054) 4777,
Fax (02054) 16782;
Universität Augsburg, Eichleitnerstr. 30, 86159 Augsburg

155. *Heintzen*, Dr. Markus, Professor,
Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin, (030) 838-52479,
Fax (030) 838-52105

156. *Hellermann*, Dr. Johannes, Universitätsprofessor,
Am Pappelkrug 3, 33619 Bielefeld, (0521) 160038;
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster
(0251) 83-22715 od. 83-28411, Fax (0251) 83-22794
E-Mail: johannes.hellermann@uni-muenster.de

157. *Hendler*, Dr. Reinhard, Universitätsprofessor,
Laurentius-Zeller-Str. 12, 54294 Trier, (0651) 9372944;
Universität Trier, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Universitätsring 15, 54286 Trier,
(0651) 201-2556 od. 2558, Fax (0651) 201-3903

158. *Hengstschläger*, Dr. Johann, o. Universitätsprofessor,
Altenbergerstr. 5, A-4040 Linz, (0043-70) 281081;
Johannes-Kepler-Universität,
Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz
(0043-732) 2468-401, Fax (0043-732) 24643

159. *Herdegen*, Dr. Matthias, Professor,
Friedrich-Wilhelm-Str. 35, 53113 Bonn;
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,
Universität Bonn, Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(0228) 735570/735580, Fax (0228) 737901

160. *Hermes*, Dr. Georg, Professor,
Egenolffstr. 21, 60316 Frankfurt am Main
(069) 43057750, Fax (069) 49084058;
Universität Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Postfach 111931, 60054 Frankfurt am Main,
(069) 798-23863, Fax (069) 798-28750
E-Mail: G.Hermes@jur.uni-frankfurt.de

161. *Herrmann*, Dr. Günter, Professor,
Wankweg 13, 87642 Buching/Allgäu, (08368) 1696;
Universität München, Prof.-Huber-Weg 2,
80539 München

162. *Herzog*, Dr. Roman, Professor, Bundespräsident a.D.,
Postfach 860445, 81631 München

163. *Hesse*, Dr. Dres.h.c. Konrad, o. Professor,
Schloßweg 29, 79249 Merzhausen, (0761) 403811;
Universität Freiburg, 79085 Freiburg,
(0761) 2033514

164. *Heun*, Dr. Werner, Professor,
Bürgerstraße 5, 37073 Göttingen, (0551) 706248;
Universität Göttingen, Institut für Allgemeine Staatslehre
und Politische Wissenschaften, Goßlerstraße 11,
37073 Göttingen, (0551) 39-4693, Fax (0551) 39-2239

165. *Heyen*, Dr. iur. lic. phil. Erk Volkmar,
Universitätsprofessor,
Arndtstraße 22, 17489 Greifswald, (03834) 502716;
Ernst Moritz Arndt-Universität, Domstr. 20,
17489 Greifswald, (03834) 86-2108,
Fax (03834) 86-2002

166. *Hidien*, Dr. Jürgen W., Professor,
Königsstr. 37, 48143 Münster,
(0251) 47877

167. *Hilf*, Dr. Meinhard, Universitätsprofessor,
Schelpsheide 12, 33613 Bielefeld, (0521) 889282;
Fax (0521) 889210;
Universität Hamburg, Seminar für Öffentliches Recht
und Staatslehre,
Rothenbaumchaussee 41, 20148 Hamburg, (040) 42838-4564,
Fax (040) 42838-6858
E-Mail: Hilf@uni-hamburg.de

168. *Hill*, Dr. Hermann, Professor,
Habichtstr. 15, 67373 Dudenhofen;
Hochschule für Verwaltungswiss., Postfach 1409,
67324 Speyer, (06232) 654-328

169. *Hillgruber*, Dr. Christian, Professor,
Weide 8, 96047 Bamberg;
Universität Erlangen – Nürnberg, Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsphilosophie
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen, (09131) 8522260
E-Mail: christian.hillgruber@jura.uni-erlangen.de

170. *Hobe*, Dr. Stephan, LL.M., Universitätsprofessor,
Heideweg 40, 53229 Bonn, (0228) 9489300;
Universität zu Köln, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Gottfried-Keller-Str. 2, 50931 Köln, (0221) 4703834

171. *Hoffmann*, Dr. Dr. h.c. Gerhard, o. Professor,
Ernst-Lemmer-Str. 10, 35041 Marburg, 06421/81645;
Universität Marburg, 35037 Marburg

172. *Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, Professor,
Bundesverfassungsrichter,
Bundesverfassungsgericht, Postfach 1771, 76131 Karlsruhe

173. *Höfling*, Dr. Wolfram, Professor, M.A.,
Bruchweg 2, 52441 Linnich, (02462) 3616;
Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 470-3395, Fax (0221) 470-5075,
E-Mail: SEKRETARIAT@INSTITUT-STAATSRECHT.DE

174. *Hofmann*, Dr. Dr. Rainer, Universitätsprofessor,
Bergstr. 83, 69121 Heidelberg, (06221) 401004;
Direktor des Walther-Schücking-Instituts für Internat.
Recht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Olshausenstr. 40, 24098 Kiel,
(0431) 880-2189 od. -1733, Fax (0431) 880-1619

175. *Hofmann*, Dr. Hasso, o. Professor,
Christoph-Mayer-Weg 5, 97082 Würzburg, (0931) 87388,
od. Torstr. 176, 10115 Berlin, (030) 2813075;
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-2568, Fax (030) 2093-2936

176. *Hohmann*, Dr. Harald, Privatdozent,
Glauburgstr. 37, 60318 Frankfurt am Main,
(069) 7438-6310), Fax (069) 7438-6330;
Lindenstr. 37, 60325 Frankfurt am Main,
(069) 7438-6310, Fax (069) 7438-6330

177. *Hollerbach*, Dr. Alexander, o. Professor,
Hugstetten, Parkstr. 8, 79232 March, (07665) 2251;
Universität Freiburg, Europaplatz, 79085 Freiburg,
(0761) 2032207

178. *Holoubek*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Liechtensteinstr. 25/15, A-1090 Wien, (0043 1) 3177372;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Wirtschaftsuniversität Wien, Althanstraße 39–45,
A-1090 Wien, (0043 1) 31336/4660,
Fax (0043 1) 31336/713,
E-Mail: michael.holoubek@wu-wien.ac.at

179. *Holzinger*, Dr. Gerhart, Sektionschef, Universitätsdozent,
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs,
Judenplatz 11, A-1010 Wien,
(0043 1) 0222-531-22/412, Fax (0043 1) 0222-531-22-518

180. *Holznagel*, Dr. Bernd, LL.M., Professor,
Ahrensburger Weg 129B, 22359 Hamburg, (040) 6095735,
Fax (040) 60911647;
Inst. f. Informations-, Telekommunikations- u. Medienrecht (ITM),
Fachbereich Rechtswissenschaften, Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster, (0251) 83-28411
Fax (0251) 83-21830

181. *Hoppe*, Dr. Werner, o. Professor,
Erphostr. 36, 48145 Münster, (0251) 391899, Fax (0251) 392471;
c/o Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch & Partner (0711) 8997329,
Fax (0711) 855096

182. *Horn*, Dr. Hans-Detlef, Professor,
Oberölschnitz Nr. 2b, 95517 Emtmannsberg, (09209) 1438;
Philipps-Universität Marburg, FB Rechtswissenschaften,
Institut für Öffentliches Recht,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(06421) 2823810 od. 2823126, Fax: (06421) 2823839
E-Mail: hornh@mailer.uni-marburg.de

183. *Hösch*, Dr. Ulrich, Privatdozent,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht,
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth
(0921) 55-2877

184. *Hotz*, Dr. Reinhold, Professor,
Rötelistr. 12, CH-9000 St. Gallen, (004171) 246777;
dienstl., (004171) 220303

185. *Huber*, Dr. Peter M., o. Professor,
An der Osterwiese 12, 07749 Jena, (03641) 363380;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Öffentliches
Wirtschafts- und Umweltrecht, Universität Jena,
Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena, (03641) 942200 od. -01,
Fax (03641) 942202

186. *Hufen*, Dr. Friedhelm, o. Professor,
Backhaushohl 62, 55128 Mainz, (06131) 34444;
Fax (06131) 361449
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, Fachbereich Rechts- und
Wirtschaftswissenschaften,
55099 Mainz, (06131) 39-22354 od. -23045
Fax (06131) 39-24247
E-Mail: hufen@jural.jura.uni-mainz.de

187. *Ibler*, Dr. Martin, Professor,
Lindauer Straße 3, 78464 Konstanz

188. *Ipsen*, Dr. Jörn, o. Professor,
Luisenstr. 41, 49565 Bramsche, (05461) 4496,
Fax (05461) 63462;
Institut für Kommunalrecht, Universität Osnabrück,
49069 Osnabrück, (0541) 969-6169 od. -6158,
Fax (0541) 969-6170

189. *Ipsen*, Dr.Dr.h.c. mult. Knut, o. Professor,
Nevelstr. 59, 44795 Bochum, (0234) 4312 66;
Universität Bochum, 44780 Bochum, (0234) 7002820

190. *Isensee*, Dr. Josef, o. Professor,
Meckenheimer Allee 150, 53115 Bonn, (0228) 693469;
Universität Bonn, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 737983

191. *Jaag*, Dr. Tobias, o. Professor,
Bahnhofstr. 22, CH-8022 Zürich, (0041-1) 2112550;
Universität, (0041 1) 2573170, E-Mail: Jaag@umbricht.ch

192. *Jachmann*, Dr. Monika, Univ.-Professorin,
Meichelbeckstr. 5, 85356 Freising;
Juristische Fakultät, Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Carl-Zeiss-Str. 3, 07743 Jena, (03641) 942250 od. -51,
Fax (03641) 942252

193. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor,
Waldstr. 13, 69181 Leimen, (06224) 72571;
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt am Main

194. *Jakob*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Wilhelmstr. 25, 80801 München, (089) 390506;
Universität Augsburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Finanzrecht und Steuerrecht, Juristische Fakultät,
Haus 86159, Universitätsstr. 2, 86159 Augsburg,
(0821) 5984540 od. -4541, Fax: (0821) 5984542
E-Mail: wolfgang.jakob@jura.uni-augsburg.de

195. *Janssen*, Dr. Albert, apl. Professor, Landtagsdirektor
Langelinienwall 16, 31134 Hildesheim, (05121) 131112;
Niedersächsischer Landtag, Hinrich Wilhelm Kopf-Platz 1,
30159 Hannover, (0511) 3030-2061

196. *Jarass*, Dr. Hans D., LL.M. (Harvard), o. Professor,
Baumhofstr. 37d, 44799 Bochum, (0234) 772025;
Institut für Umwelt- und Planungsrecht, Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster, (0251) 8329793,
Fax (0251) 8329297, E-Mail: iup@uni-muenster.de

197. *Jestaedt*, Dr. Matthias, Privatdozent,
Alte Bonner Straße 1d, 53757 Sankt Augustin,
(02241) 334330;
Institut für Öffentliches Recht,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität,
Juridicum, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 737925, Fax (0228) 734868
E-Mail: matthias.jestaedt@web.de

198. *Kadelbach*, Dr. Stefan, LL.M., Professor,
Friedberger Landstraße 105, 60318 Frankfurt am Main;
Universität Münster, Lehrstuhl für Öffentliches Recht einschl.
Völker- und Europarecht, Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(0251) 83-22021, Fax (0251) 83-22043

199. *Kägi-Diener*, Dr. Regula, Titularprofessorin,
Berghaldenplatz 7, Postfach 73, CH-9010 St. Gallen,
(0041 71) 2444550, Fax (0041 71) 2444551
E-Mail: kaegi-diener@swissonline,ch

200. *Kahl*, Dr. iur. Wolfgang, Universitätsprofessor
Raiffeisenstr. 4b, 86836 Untermeitingen, Tel./Fax (08232) 78418;
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Professur für Öffentliches Recht II,
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen
(0641) 99-21090, Fax (0641) 99-21099,
E-Mail: Wolfgang.Kahl@recht.uni-giessen.de

201. *Kämmerer*, Dr. Jörn Axel, Professor
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft,
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg
(040) 30706-191
E-Mail: axel.kaemmerer@law-school.de

202. *Karpen*, Dr. Ulrich, Professor,
Ringstr. 181, 22145 Hamburg, (040) 6778398;
Universität Hamburg, Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg,
(040) 42838-3023 od. -4514 od. -4555

203. *Kästner*, Dr. Karl-Hermann, o. Professor,
Alt-Rathausstr. 5, 72511 Bingen, (07571) 3223,
Fax (07571) 3212;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstraße 7, 72074 Tübingen,
(07071) 2972971, Fax (07071) 295096

204. *Kempen*, Dr. iur. Bernhard, Universitätsprofessor,
Am Hohlweg 21, 97286 Winterhausen, (09333) 1479,
Fax (09333) 1479;
Bayerische Julius-Maximilians-Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, (0931) 312309,
Fax (0931) 312319

205. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsprofessor,
Cuviergasse 23, A-1130 Wien, (0043-1) 841573;
dienstl., (0043-1) 401 10-4400

206. *Kilian*, Dr. Michael, Professor,
Am Burgwall 15, 06198 Brachwitz;
Juristische Fakultät, Universität Halle-Wittenberg,
Universitätsplatz 3–5, Juridicum,
06099 Halle a. d. Saale,
(0345) 23170, Fax (0345) 27269

207. *Kirchhof*, Dr. Ferdinand, o. Professor,
Walther-Rathenau-Str. 28, 72766 Reutlingn, (07121) 490281,
Fax (07121) 479447;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,
72074 Tübingen, (07071) 297-2561 od. -8118,
Fax (07071) 2974358

208. *Kirchhof*, Dr. Paul, o. Professor, Bundesverfassungsrichter,
Am Pferchelhang 33/1, 69118 Heidelberg, (06221) 801447;
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg, (06221) 547457,
od. Bundesverfassungsgericht,
Postfach 1771, 76131 Karlsruhe,
(0721) 9101-325

209. *Kirn*, Dr. Michael, o. Professor,
Rummelsburgerstr. 3, 22147 Hamburg, (040) 6473843;
Universität der Bundeswehr, Institut für Öffentliches Recht,
Postfach 700822, 22043 Hamburg,
(040) 6541-2782 od. (040) 6541-2590

210. *Kisker*, Dr. Gunter, Universitätsprofessor,
Waldstr. 74, 35440 Linden, (06403) 61030;
Universität Gießen, 35394 Gießen, (0641) 7025025

211. *Klein*, Dr. Eckart, Universitätsprofessor,
Heideweg 45, 14482 Potsdam, (0331) 705847;
Lehrstuhl für Staatsrecht, Völkerrecht und Europarecht,
Universität Potsdam, Postfach 900327, 14439 Potsdam,
(0331) 977-3516, od. -3511, Fax (0331) 977-3224

212. *Klein*, Dr. Hans Hugo, o. Professor,
Heilbrunnstr. 4, 76327 Pfinztal-Söllingen, (07240) 7300;
Universität Göttingen (0551) 394635

213. *Kley*, Dr. Andreas, Professor,
Institut für Öffentliches Recht,
Hochschulstr. 4, CH-3012 Bern,
+41 (0)31 631 88 96, Fax +41 (0)31 631 38 83

214. *Kloepfer*, Dr. Michael, o. Professor,
Davoser Str. 13a, 14199 Berlin, (030) 8252490,
Fax (030) 8252690;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 9–11 (Palais),
10099 Berlin, (030) 2093-3340 od. -3331,
Fax (030) 2093-3438

215. *Kluth*, Dr. Winfried, Professor,
Blumenstr. 17, 06108 Halle (Saale) (0345) 2908510;
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht Universitätsplatz 10a,
06099 Halle (Saale) (0345) 5523222, Fax (0345) 5527265
E-Mail: kluth@jura.uni-halle.de

216. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,
Unterdürrbacher Str. 353, 97080 Würzburg, (0931) 96118;
Universität Würzburg, 97070 Würzburg, (0931) 312899,
Fax (0931) 312317

217. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Am Botanischen Garten 5, 66123 Saarbrücken, (0681) 399888;
Universität Saarbrücken, Postfach 1150, 66041 Saarbrücken,
(0681) 3023158, Fax (0681) 302-3198

218. *Knöpfle*, Dr. Franz, em. Professor,
Höhenweg 22, 86391 Stadtbergen;
Universität Augsburg, Eichleitnerstr. 30, 86159 Augsburg,
(0821) 598-4545

219. *Koch*, Dr. Hans-Joachim, Professor,
Wendlohstr. 80, 22459 Hamburg, Tel./Fax (040) 5518804;
Universität Hamburg, FB Rechtswissenschaft II,
Edmund-Siemers-Allee 1, 20146 Hamburg,
(040) 42838-3977 od. 5443, Fax (040) 42838-6280

220. *Koch*, Dr. Thorsten, Privatdozent,
Emanuel-Geibel-Str. 4, 49143 Bissendorf,
(05402) 7774, E-Mail: tkoch@uos.de

221. *Koenig*, Dr. Christian, LL.M. (London), Universitätsprofessor,
Zentrum für Europäische Integrationsforschung,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität,
Walter-Flex-Str. 3, 53113 Bonn
(0228) 7318-91 od. -92 od. -95, Fax (0228) 73-1893,
E-Mail: ch.koenig@uni-bonn.de, Internet: http://www.zei.de

222. *Kokott*, Dr. Dr. Juliane, LL.M. (Am. Un.),
S.J.D. (Harvard), Universitätsprofessorin,
Mönchhofstr. 42, 69120 Heidelberg, (06221) 4516-16;
Lehrstuhl für Völkerrecht, Internationales Wirtschaftsrecht
und Europarecht, Forschungsgemeinschaft für
Rechtswissenschaften, Tigerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen
(0041 71) 224-2161, (06221) 451617,
(0041 71) 224-2160 (Sekr.)
Fax: (0041 71) 224-2162, (06221) 461618
E-Mail: Juliane.Kokott@unisg.ch

223. *König*, Professor Dr. Doris, Privatdozentin,
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg
(040) 30706-201, Fax: (040) 30706-190
E-Mail: doris.koenig@law-school.de

224. *König*, Dr. Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Albrecht-Dürer-Str. 20, 67346 Speyer, (06232) 290216;
Hochschule f. Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 1409, 67324 Speyer, (06232) 654-369
od. -350 od. -355

225. *Kopetzki*, DDr. Christian, Universitätsdozent,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien

226. *Korinek*, Dr. Karl, o. Professor,
Vizepräsident des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs,
Auhofstr. 225–227, A-1130 Wien, (0043-1) 8764876;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien,
Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043-1) 4277-35442, Fax (0043-1) 4277-35449

227. *Korioth*, Dr. Stefan, Professor,
Institut für Politik und Öffentliches Recht
der Universität München
Professor-Huber-Platz 2/III, 80539 München,
(089) 2180-2737, Fax (089) 2180-3990,
E-Mail: korioth@jura.uni-muenchen.de

228. *Kotulla*, Dr. Michael, Professor, M.A.
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Postfach 100131, 33501 Bielefeld,
(0521) 106-4306 od. 4435
Fax (0521) 106-6037
E-Mail: michael.kotulla@uni-bielefeld.de

229. *Krause*, Dr. Peter, o. Professor,
Weinbergstr. 12, 54317 Korlingen, (06588) 7333;
Universität Trier, 54286 Trier, (0651) 201-2587,
Fax (0651) 201-3803

230. *Krawietz*, Dr. Werner, o. Professor,
Nienbergweg 29, 48161 Münster, (0251) 861451;
Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Universität Münster,
Bispinghof 24–25, 48143 Münster, (0251) 832591

231. *Krebs*, Dr. Walter, Professor,
Kaulbachstraße 33–35, 12247 Berlin,
Tel./Fax (030) 7710758;
Freie Universität Berlin, Boltzmannstr. 4, 14195 Berlin,
(030) 838-5921, Fax (030) 838-5922

232. *Kreßel*, Dr. Eckhard, Professor,
Körschtalstr. 21, 73760 Ostfildern, (0931) 31305;
Juristische Fakultät der Universität Würzburg
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg

233. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor,
Dorf 11, A-6900 Möggers, (0043) 5573-83772,
Fax (0043) 5573-83772;
Universität Köln, Albertus-Magnus-Platz 1, 50923 Köln,
(0221) 470-2230, Fax (0221) 470-5010

234. *Kröger*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Hölderlinweg 14, 35396 Gießen, (0641) 52240;
Universität Gießen, 35394 Gießen, (0641) 9923130,
Fax (0641) 9923059

235. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Professor,
Dachsleite 65, 48157 Münster, (0251) 247271;
Universität Münster, 44780 Münster, (0251) 83-2706 od. -2705

236. *Kugelmann*, Dr. Dieter, Privatdozent,
Eschenweg 13, 55128 Mainz, (06131) 369189;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, 55099 Mainz,
(06131) 392-3457, Fax (06131) 392-5439,
E-Mail: Kugelmann@mail.jura.uni-mainz.de

237. *Kühne*, Dr. Jörg-Detlef, Professor,
Münchhausenstr. 2, 30625 Hannover, (0511) 556563;
Universität Hannover, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 762-8225 od. -8226, Fax (0511) 762-8228

238. *Kunig*, Dr. Philip, Professor,
FU Berlin, Institut f. Staatslehre, Staats- u. Verwaltungsrecht sowie Institut für Völkerrecht, Europoarecht, und ausländisches öffentliches Recht,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin, (030) 838-53010,
Fax (030) 838-53011

239. *Lange*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Lilienweg 22, 35423 Lich, (06404) 5681;
Universität Gießen, (0641) 9921180 od. 211 81,
Fax (0641) 9921189

240. *Langenfeld*, Dr. Christine, Professor,
Irisweg 2, 61381 Friedrichsdorf, (06172) 737578,
Fax (06172) 737580,
E-Mail: dr.langenfeld@nikocity.de;
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(0551) 39-4723, Fax (0551) 39-7978, E-Mail: etettau@gwdg.de

241. *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

242. *Laurer*, DDr. Hans René, a.o. Universitätsprofessor,
Scheffergasse 27 a, A-2340 Mödling, (00 43-26 36) 2 04 02;
Wirtschafts-Universität, Augasse 2–6, A-1190 Wien,
(00 43-1) 31 3 36 od. 46 69 od. 41 58

243. *Lecheler*, Dr. Helmut, o. Professor,
FU Berlin, Institut für Völkerrecht, Europarecht
u. ausl. öffentl. Recht, Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin,
(0 30) 83 85 49 49, Fax (0 30) 83 85 20 71
E-Mail: lecheler@zedat.fu-berlin.de

244. *Lege*, Dr. Joachim, Professor,
George-Bähr-Str. 18, 01069 Dresden, (03 51) 4 70 04 73;
Juristische Fakultät der Technischen Universität,
Bergstr. 53, 01069 Dresden, (03 51) 4 63-73 68

245. *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

246. *Leisner*, Dr. Dr. Walter, o. Professor,
Pienzenauerstr. 99, 81925 München, (0 89) 98 94 65;
Universität Erlangen, 91054 Erlangen, (0 91 31) 85 22 60

247. *Lepsius*, Dr. Oliver, LL.M. (Chicago),
Schellingstr. 103, 80798 München

248. *Lerche*, Dr. Peter, o. Professor,
Junkersstr. 13, 82131 Gauting, (0 89) 8 50 20 88;
Universität München, Professor-Huber-Platz 2,
80539 München, (0 89) 21 80-33 35

249. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, o. 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) 85 22 42

250. *Lipphardt*, Dr. Hanns-Rudolf, apl. Professor,
Auf der Weide 7, 69126 Heidelberg, (06221) 382312;
Universität Heidelberg, 69120 Heidelberg, (06221) 411198,
Fax (06221) 400675

251. *Listl*, Dr. Joseph, o. Professor,
Universitätsstr. 10, 86159 Augsburg, (0821) 5982720 od. -30;
dienstl. (stets für die Post benutzen!):
Institut f. Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands,
Lennéstr. 15, 53113 Bonn

252. *Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Bohlstr. 21, 78465 Konstanz, (07533) 6822;
Universität Konstanz, Postfach 5560 D 100,
78434 Konstanz, (07531) 882530

253. *Lorz*, Dr. Ralph Alexander, LL.M. (Harvard),
Attorney-at-Law (New York), Universitätsprofessor
Vergißmeinnichtweg 23, 65201 Wiesbaden, (0611) 1841491;
Universität Düsseldorf, Lehrstuhl für deutsches und
ausländisches öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Juristische Fakultät, Universitätsstraße 1, 40225 Düsseldorf
(0211) 81-11435, Fax (0211) 81-11456
E-Mail: Lorz@uni-duesseldorf.de

254. *Losch*, Dr. Dr. Bernhard, Professor,
Dürerstr. 9, 42119 Wuppertal, (0202) 423525;
Bergische Universität – Gesamthochschule Wuppertal, FB 1,
Gesellschaftswissenschaften, Gaußstr. 20, 42097 Wuppertal,
(0202) 439-2285/2281, Fax (0202) 439-2927
E-Mail: losch@mailgate.uni-wuppertal.de

255. *Loschelder*, Dr. Wolfgang, Professor,
Sonnenlandstr. 5, 14471 Potsdam,
(0331) 973680; Fax (0331) 9511995;
Universität Potsdam, Postfach 90037,
August-Bebel-Str. 89, 14439 Potsdam, (0331) 977-3412

256. *Löwer*, Dr. Wolfgang, Professor,
Hobsweg 15, 53125 Bonn, (0228) 250692,
Fax (0228) 250414;
Universität Bonn, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(0228) 739278/739280, Fax (0228) 733957
E-Mail: w.loewer@uni-bonn.de

257. *Lübbe-Wolff*, Dr. Gertrude, Professorin,
Kollwitzstr. 55, 33613 Bielefeld, (0521) 882659;
Universität Bielefeld, Fakultät Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,
(0521) 106-4386, Fax (0521) 106-6037
E-Mail: gertrude.luebbe-wolff@uni-bielefeld.de

258. *Luchterhandt*, Dr. Otto, Professor,
Im Wendischen Dorfe 28, 21335 Lüneburg
Tel./Fax (04131) 232965;
Seminarabteilung für Ostrechtsforschung,
Universität Hamburg, Moorweidenstr. 7, 20148 Hamburg
(040) 42838-2630/3986

259. *Lücke*, Dr. Jörg, LL.M (Berkeley), Universitätsprofessor,
Körnerstr. 5a, 53173 Bonn, (0228) 356110;
Fax (0228) 3682949;
Universität Mainz, FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz,
(06131) 39-23375, Fax (06131) 39-23009
E-Mail: luecke@mail.uni-mainz.de

260. *Magiera*, Dr. Siegfried, o. Professor,
Feuerbachstr. 1, 67354 Römerberg, (06232) 84898;
Hochschule Speyer, Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6,
67324 Speyer, (06232) 654348 od. -331,
Fax (06232) 654208, E-Mail: s.magiera@dhv-speyer.de

261. *Majer*, Dr. Diemut, Professorin,
Welfenstr. 35, 76137 Karlsruhe, (0721) 816550 od -4112;
Fachhochschule f. Öff. Verwaltg., Bundeswehrverw.,
Seckenheimer Landstr. 8–10, 68163 Mannheim,
(0621) 418091

262. *Mangoldt*, Dr. Hans v., Professor,
Goetheweg 1, 72147 Nehren, (07473) 7908;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen,
(07071) 2973302

263. *Manssen*, Dr. Gerrit, Universitätsprofessor,
Konrad-Adenauer-Allee 15, 93051 Regensburg, (0941) 92845;
Juristische Fakultät, Universität Regensburg,
93040 Regensburg, (0941) 943-3255, Fax (0941) 943-3257

264. *Mantl*, Dr. Wolfgang, o. Universitätsprofessor,
Wiener Str. 256/XI/33, A-8051 Graz XIII,
(0043-316) 681306; Universität Graz,
(0043-316) 380-3370

265. *Marauhn*, Dr. Thilo, Privatdozent, M.Phil.,
Dreikreuzweg 73, 69151 Neckargemünd,
Tel./Fax (06223)-2848;
Max-Planck-Institut für ausländisches
öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(06221) 482-240,
E-Mail: tmarauhn@mpiv-hd.mpg.de

266. *Marti*, Dr. iur. Hans, Professor,
Schauplatzgasse 9, Postfach, CH-3001 Bern,
(0041) 31311683, Fax (0041) 31311243 1

267. *Marko*, Dr. Joseph, Universitätsdozent,
Kasernstr. 35, A-8010 Graz, (0043-316) 462238;

268. *März*, Dr. Wolfgang, Professor,
Bismarckstr. 54, 70197 Stuttgart, (0711) 6362532 od. 33;
Juristische Fakultät der Universität Rostock,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte,
Möllner Str. 10, 18109 Rostock,
(0381) 4983790, Fax (0381) 4983770
E-Mail: wolfgangmaerz@jurfak.uni-rostock.de

269. *Masing*, Dr. Johannes, Professor,
Puccinistraße 15c, 86199 Augsburg
(0821) 9984309, Fax (0821) 9984308;
Juristische Fakultät der Universität Augsburg
86135 Augsburg (0821) 598-4545,
Fax (0821) 598-4547

270. *Maurer*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Säntisblick 10, 78465 Konstanz, (07533) 1312;
Universität Konstanz, (07531) 883657,
Fax (07531) 883196

271. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Professor,
Am Seeberg 11, 86938 Schondorf, (08192) 8668;
Universität München, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-3020 od. -3021, Fax (089) 2180-3022

272. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Professor,
Am Horn 55, 99425 Weimar, (03643) 402860, Fax (03643) 402861;
Jean-Monnet-Lehrstuhl für öffentliches Recht,
Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht,
Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena (03641) 942260 od. -61,
Fax (03641) 942262

273. *Meissner*, Dr. Dr.h.c. Boris, o. Professor,
Kleine Budengasse 1, Haus „Im Römer", 50667 Köln,
(0221) 2580935, Fax (0221) 2570516

274. *Meng*, Dr. Werner, Universitätsprofessor,
Preussenstr. 42, 66111 Saarbrücken, (0681) 6852674;
Direktor des Europa-Instituts, Universität des Saarlandes,
Postfach 151150, 66041 Saarbrücken,
(0681) 3026660, Fax (0681) 3026662,
E-Mail: W.Meng@mx.uni-saarland.de

275. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,
Bohlweg 3, 48147 Münster, (0251) 4828436;
Universität Münster, (0251) 832741

276. *Merli*, Dr. Franz, Universitätsprofessor,
Helmholtzstr. 1, 01069 Dresden, (0351) 4776091;
Jean Monnet-Lehrstuhl für ds Recht der Europäischen Integration
und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät,
Technische Universität Dresden,
Mommsenstr. 13, 01062 Dresden, (0351) 463-7374,
Fax (0351) 463-7798
E-Mail: merli@jura.tu-dresden.de

277. *Merten*, Dr. Dr. Detlef, o. Professor,
Von-Dalberg-Str. 8, 67487 St. Martin, (06323) 1875;
Hochschule für Verwaltungswiss., Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6,
67346 Speyer, (06232) 654-349; od. -330

278. *Meßerschmidt*, Dr. Klaus, Privatdozent,
Hynspergstr. 29, 60322 Frankfurt am Main, (069) 554587

279. *Meyer*, Dr. Dr. h. c. Hans, Professor,
Am Kupfergraben 6A, 10117 Berlin, (030) 2041876,
Fax (030) 20166111;
Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin, (030) 20932100,
Fax (030) 20932729, E-Mail: praesident@hu-berlin.de

280. *Meyn*, Dr. Karl-Ulrich, Professor,
Leyer Str. 36, 49076 Osnabrück, (0541) 126482;
Universität Jena, Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena,
(03641) 942210 od. -11, Fax (03641) 942212
E-Mail: karl-ulrich.meyn@recht.uni-jena.de

281. *Morgenthaler*, Dr. Gerd, Privatdozent,
Ruprecht-Karls-Universität, Institut für Finanz- und Steuerrecht, Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg

282. *Morlok*, Dr. Martin, Professor,
Poßbergweg 51, 40629 Düsseldorf, (0211) 286868;
c/o FernUniversität Hagen, Postfach 940, 58084 Hagen,
(02331) 987-2877, Fax (02331) 987-324

283. *Morscher*, Dr. Siegbert, o. Universitätsprofessor,
Tschiggyfreystr. 11a, A-6020 Innsbruck,
(0043-512) 286210;
Leopold-Franzens-Universität,
Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft,
Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(0043-512) 507-8210 od. -8211, Fax (0043-512) 507-2828

284. *Mosler*, Dr. Dr.h.c. Hermann, Professor,
Mühltalstr. 117a, 69121 Heidelberg, (06221) 480082

285. *Mößle*, Dr. Dr. Wilhelm, o. Professor,
Heinr.-Heine-Str. 22, Postfach 100808, 95447 Bayreuth, od.
Postfach 100808, 95408 Bayreuth;
Lehrstuhl Öffentliches Recht II, Universität Bayreuth,
95440 Bayreuth, (0921) 552866

286. *Mössner*, Dr. Jörg Manfred, Professor,
Uhlandstr. 53, 49134 Wallenhorst, (05407) 4509,
Fax (05407) 822671;
Universität Osnabrück, FB 10, Rechtswissenschaften,
Martinistr. 10, 49069 Osnabrück,
(0541) 969-6161/6168, Fax (0541) 969-6167
E-Mail: moessner@rz.uni-osnabrueck.de

287. *Muckel*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,
Ringstraße 122, 42929 Wermelskirchen, (02193) 531074;
Universität zu Köln, Institut für Kirchenrecht, 50923 Köln
(0221) 470-3777 od. 470-2679

288. *Müller*, Dr. Georg, o. Professor,
Sugenreben 10, CH-5018 Erlinsbach, (0041-62) 8443873,
Fax (0041-62) 8444204;
Universität Zürich, Wilfriedstr. 6, CH-8032 Zürich,
(0041-1) 6344441, Fax (0041-1) 6344938

289. *Müller*, Dr. Jörg Paul, o. Professor,
Kappelenring 42a, CH-3032 Hinterkappelen,
(004131) 9010570;
Seminar für Öffentliches Recht, Hochschulstraße 4,
CH-3012 Bern, (0041-31) 6318894 od. 8899,
Fax (0041-31) 6313883

290. *Müller-Volbehr*, Dr. Jörg, Universitätsprofessor,
Waxensteinstr. 16, 82194 Gröbenzell b. München, (08142) 7973;
Universität Marburg, Universitätsstr. 6, 35037 Marburg,

291. *Münch*, Dr. Dr. h.c. Ingo v., Professor,
Hochrad 9, 22605 Hamburg, (040) 829624;
Universität Hamburg, (040) 41234601,
Fax (040) 41236262

292. *Murswiek*, Dr. Dietrich, Universitätsprofessor,
Lindenaustr. 17, 79199 Kirchzarten, (07661) 99237;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Freiburg,
79085 Freiburg, (0761) 203-2237 od. -2241,
Fax (0761) 203-2240

293. *Mußgnug*, Dr. Reinhard, o. Professor,
Keplerstr. 40, 69120 Heidelberg,
(06221) 436222, Fax (06221) 408309;
Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg,
(06221) 547466, Fax (06221) 547654,
E-Mail: Reinhard.Mussgnug@urz.uni-heidelberg.de

294. *Mutius*, Dr. Albert v., o. Professor,
Drachenbahn 20, 24159 Kiel-Schilksee, (0431) 371104;
Universität Kiel, 24098 Kiel, (0431) 880 -4540 od. -1505

295. *Nettesheim*, Dr. Martin, Professor,
Haußerstr. 48, 72074 Tübingen, (07071) 254604;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,
72074 Tübingen, (07071) 29-72560, Fax (07071) 29-5847,
E-Mail: Nettesheim@jura.uni-tuebingen.de

296. *Neumann*, Dr. Volker, Professor,
Juristische Fakultät, Universität Rostock,
Möllner Str. 10, 18109 Rostock, (0381) 4983795,
Fax (0381) 4983770

297. *Nicolaysen*, Dr. Gert, Professor,
Bockhorst 68a, 22589 Hamburg, (040) 8701747;
Universität Hamburg, (040) 42838-4568,
Fax (040) 42838-6252

298. *Niedobitek*, Dr. Matthias, Privatdozent,
Lauergasse 23, 67349 Speyer, (06232) 72851;
Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung,
Postfach 1409, 67324 Speyer,
(06232) 654-387 od. 386, Fax (06232) 654-290,
E-Mail: mniedobitek@dhv-speyer.de

299. *Nierhaus*, Dr. Michael, Professor,
Am Moosberg 1c, 50997 Köln, (02236) 63629;
Universität Potsdam, Juristische Fakultät,
Postfach 900327, 14439 Potsdam,
(0331) 977-3284, od. -3519, Fax (0331) 977-3535;
Geschäftsführender Direktor des Kommunalwissenschaftlichen
Instituts der Universität Potsdam, (0331) 977-3252 od. -3215,
Fax (0331) 977-4531

300. *Nolte*, Dr. Georg, Professor,
Lotzestr. 38, 37083 Göttingen, Tel./Fax (0551) 7706692;
Institut für Völkerrecht der Georg-August-Universität,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
Tel.: (0551) 394751, Fax: (0551) 394767,
E-Mail: g.nolte@jur.uni-goettingen.de

301. *Novak*, Dr. Richard, o. Professor,
Thadd.Stammel-Str. 8, A-8020 Graz,
(0043-316) 53516;
Universität, (0043-316) 380-3371

302. *Oebbecke*, Dr. Janbernd, Universitätsprofessor,
Kronacher Weg 36, 40627 Düsseldorf, (0211) 274834;
LSt. für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre,
Universität Münster, Universitätsstr. 14–16,
48143 Münster, (0251) 83-21806,
Fax (0251) 83-21833

303. *Oeter*, Dr. Stefan, Professor,
Langenwiesen 26, 22359 Hamburg (040) 60951957
Universität Hamburg,
Institut für Internationale Angelegenheiten,
Rothenbaumchaussee 19, 20148 Hamburg
(040) 42838 4565, Fax (040) 42838 6262
E-Mail: iia@jura.uni-hamburg.de

304. *Öhlinger*, Dr. Theo, o. Universitätsprofessor,
Tolstojgasse 5/6, A-1130 Wien, (0043-1) 877 1260;
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043-1) 401 03-3136

305. *Oldiges*, Dr. Martin, Universitätsprofessor,
Am Voßberge 6, 33615 Bielefeld, (0521) 12 18 32;
Universität Leipzig, Juristenfakultät, Otto-Schill-Str. 2,
Postfach 100920, 04009 Leipzig, (0341) 973 51 31,
Fax (0341) 973 51 39

306. *Olshausen*, Dr. Henning v., o. Professor,
Johann-Fesser-Str. 10, 67227 Frankenthal,
(06233) 20504;
Universität Mannheim, (0621) 292-5597 od. -5631

307. *Oppermann*, Dr. Dr. h.c. Thomas, o. Professor,
Burgholzweg 122, 72070 Tübingen,
(07071) 49533, Fax (07071) 44702,
E-Mail:oppermannprof@aol.com;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,
72074 Tübingen, (07071) 2972558 od. 2978101,
Fax (07071) 295847,
E-Mail: thomas.oppermann@uni-tuebingen.de

308. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, Professor,
Im Wingert 12, 53340 Meckenheim, (02225) 17482;
Universität Bonn, 53113 Bonn, (0228) 7355-72 od. -73

309. *Osterloh*, Dr. Lerke, Professorin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts
Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe, (0721) 9101-0,
Fax (0721) 9101-382
Institut für Öffentliches Recht, Universität Frankfurt,
Postfach 111932, 60054 Frankfurt am Main,
(069) 79822711 od. 28611, Fax (069) 79822562

310. *Papier*, Dr. Hans-Jürgen, o. Professor,
Mitterfeld 5a, 82327 Tutzing, (08158) 993240/41,
Fax (08158) 9694;
Institut für Politik und Öffentliches Recht,
Universität München, Prof.-Huber-Platz 2,
80539 München, (089) 2180-6294 od. -6295,
Fax (089) 21803199

311. *Pauger*, Dr. Dietmar, Universitätsprofessor,
Engelgasse 51, A-8010 Graz, (0043-316) 31797;
Universität Graz, Universitätsstr. 15/3, A-8010 Graz,
(0043-316) 380-3375 od. -3364,
Fax (0043-316) 38409450
E-Mail: dietmar.pauger@kfunigraz.ac.at

312. *Pauly*, Dr. Walter, o. Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechts- und Verfassungsgeschichte, Rechtsphilosophie,
Universität Jena, Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena,
(03641) 942230 od. -31, Fax (03641) 942232

313. *Pechstein*, Dr. Matthias, Universitätsprofessor,
Lindenallee 40, 14050 Berlin, (030) 3019417,
Fax (030) 3019417;
Jean-Monnet-Institut für Öffentliches Recht u. Europarecht,
Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder,
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt/Oder,
(0335) 5534760

314. *Peine*, Dr. Franz-Joseph, Professor,
Kurpromenade 71b, 14089 Berlin, (030) 3656193;
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder),
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt (Oder),
(0335) 5534528, Fax (0335) 5534569,
E-Mail: fjpeine@euv-frankfurt-o.de

315. *Pernice*, Dr. Ingolf, Universitätsprofessor,
Laehrstraße 17a, 14165 Berlin, (030) 84509160,
Fax (030) 84509162;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- u. Europarecht,
Humboldt-Universität Berlin, Unter den Linden 6,
10099 Berlin, (030) 2093-3440, Fax (030) 2093-3449
E-Mail: ingolf.pernice@rz.hu-berlin.de

316. *Pernthaler*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor,
Philippine-Welser-Str. 27, A-6020 Innsbruck,
(0043-5-12) 41 82 84;
Universität Innsbruck, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(0043-512) 507 26 70

317. *Pesendorfer*, Dr. Wolfgang, Universitätsprofessor,
Vizepräsident d. Verwaltungsgerichtshofs Wien,
Judenplatz 11, A-1014 Wien 1, (0043-1) 0222 531 11-254,
Fax (0043-1) 0222 532 89 21

318. *Pestalozza*, Dr. Christian *Graf v.*, o. Professor,
FU Berlin, Dienstanschrift: Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin,
Postanschrift: Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin
(030) 838 53 014, Fax (030) 838 53 012
E-Mail: pestaloz@zedat.fu.-berlin.de

319. *Petersmann*, Dr. Ernst-Ulrich, o. Professor,
35, Chemin des Voisons, CH-1246 Coppet,
(0041-22) 776 57 30;

320. *Pielow*, Dr. Johann-Christian, Privatdozent,
Stiepeler Str. 66, 44799 Bochum (0234) 746 33;
Institut für Berg- und Energierecht der
Ruhr-Universität Bochum,
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum
(0234) 700 73 33, Fax (0234) 709 42 12,
E-Mail: Johann.C.Pielow@ruhr-uni-bochum.de

321. *Pieroth*, Dr. Bodo, Professor,
Gluckweg 19, 48147 Münster, (0251) 23 32 91,
Fax (0251) 23 32 94;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Universität Münster,
Wilmergasse 28, 48143 Münster, (0251) 51 04 90,
Fax (0251) 5 10 49 19, E-Mail: pieroth@uni-muenster.de

322. *Pietzcker*, Dr. Jost, Professor,
Hausdorffstr. 95, 53129 Bonn, (0228) 233954;
Universität Bonn, 53113 Bonn, (0228) 739177

323. *Pirson*, Dr. Dr. Dietrich, o. Professor,
Brunnenanger 15, 82418 Seehausen, (08841) 478 68;
Universität München,
Prof.-Huber-Weg 2, 80539 München,
(089) 21 80-27 15

324. *Pitschas*, Dr. Rainer, o. Universitätsprofessor,
Hermann-Jürgens-Str. 8, 76829 Landau-Godramstein,
(06341) 969381, Fax (06341) 969382;
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 1409, 67324 Speyer, (06232) 654-338,
Fax (06232) 654-208

325. *Potacs*, Dr. Michael, Professor,
Leidesdorfgasse 11-13/1/14, A-1090 Wien,
(0043-1) 3246623;
Universität Klagenfurt, Universitätsstr. 65–67, A-9020 Klagenfurt
(0043-463) 2700-879; Fax (0043-463) 2700-868),
E-Mail: michael.potacs@uni-klu.ac.at

326. *Preuß*, Dr. Ulrich K., Professor,
Friedbergstraße 47, 14057 Berlin (030) 30819433;
Freie Universität Berlin, FB Politische Wissenschaft,
Ihnestraße 22, 14195 Berlin, (030) 838-4722 od. -4948,
Fax (030) 838-5096, E-Mail: ukpreuss@zedat.fu-berlin.de

327. *Puhl*, Dr. Thomas, o. Professor,
In der Aue 26a, 69118 Heidelberg, (06221) 803664;
Fax (06221) 803669
Universität Mannheim, Schloß W 226, 68131 Mannheim,
(0621) 181 13-54/-55/-57/-58, Fax (0621) 181 1361
E-Mail: puhl@rumms.uni-mannheim.de

328. *Puttler*, PD Dr. Adelheid, Universitätsprofessorin
Schrofenstr. 1, 86163 Augsburg
Tel./Fax (0821) 662737;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,
(0521) 106-4389 od. 6893, Fax (0521) 106-6037
E-Mail: adelheid.puttler@uni-bielefeld.de

329. *Püttner*, Dr. Günter. o. Professor,
Mörikestr. 21, 72076 Tübingen, (07071) 66394;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, 72074 Tübingen,
(07071) 29752-62 od. -63, Fax (07071) 2974905

330. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor,
Otterstadter Weg 139, 67346 Speyer, (06232) 63181;
Hochschule für Verwaltungwiss., Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6,
67346 Speyer, (06232) 654-334, Fax (06232) 654-305

331. *Rack*, Dr. Reinhard, a.o. Universitätsprofessor,
Obere Teichstr. 19, A-8010 Graz, (0043-316) 43 88 42;
Universität Graz, (0043-316) 380-3373
E-Mail: rrack@europarl.eu.int

332. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, o. Professor,
Wulffstr. 12, 12165 Berlin, (030) 792 60 85;
FU Berlin, Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin

333. *Raschauer*, Dr. Bernhard, o. Universitätsprofessor,
Pfeilgasse 7/2/6, A-1080 Wien, (0043-1) 408 33 53;
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043-1) 4277-35352, Fax (0043-1) 4277-35459

334. *Rasenack*, Dr. Christian A.L., LL.M., Professor,
Taunustr. 8, 12309 Berlin, (030) 745 25 43;
TU Berlin, Institut für Rechtswissenschaft, H 81,
Straße des 17. Juni 135, 10623 Berlin,
(030) 3142-5874 od. -5875, Fax (030) 745 25 43

335. *Rauschning*, Dr. Dr. h.c. Dietrich, o. Professor,
Rodetal 1, 37120 Bovenden, (05594) 93174,
Fax (05594) 93175;
Institut für Völkerrecht, Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen, (0551) 394751

336. *Reinhardt*, Dr. Michael, LL.M., Professor,
Auf dem Stumpelrott 9, 50999 Köln, (0221) 351730;
Universität Trier, FB V, 65286 Trier, (0651) 201-2578

337. *Rengeling*, Dr. Hans-Werner, Universitätsprofessor,
Langeworth 143, 48159 Münster, (0251) 212038,
Fax (0251) 212044;
Institut für Europarecht der Universität Osnabrück,
Martinistr. 8, 49069 Osnabrück, (0541) 969-4505
od. -4504, Fax (0541) 969-4509

338. *Ress*, Dr.iur.Dr.rer.pol.Dr. iur. h.c.mult., Georg,
Universitätsprofessor,
6, rue Mozart, F-67000 Strasbourg; (0033) 388610432
Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völkerrecht u. Europarecht,
Universität des Saarlandes, Europa-Institut, Postfach 151150,
66041 Saarbrücken, (0681) 302-2503, Fax (0681) 302-4636
Cour Européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe,
F-67075 Strasbourg Cedex, Tel. (0033390) 214491
E-Mail: georg.ress@echr.coe.int

339. *Rhinow*, Dr. René, o. Professor, Ständerat,
Jurastr. 48, CH-4411 Seltisberg, (0041-61) 9119935,
Fax (0041-61) 9118288;
stets für Post benutzen: Institut für Rechtswissenschaft,
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,
(0041-61) 267-2567, Fax (0041-61) 267-2568

340. *Riedel*, Dr. Eibe H., Universitätsprofessor,
Haagwiesenweg 19, 67434 Neustadt, (06321) 84819;
Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Europarecht, Universität Mannheim,
Schloß/Westflügel, 68131 Mannheim,
(0621) 181-1417 od. 1418 od. 1420-22,
Fax (0621) 181-1419,
E-Mail: Riedel@jura.uni-mannheim.de

341. *Rill*, Dr. Heinz Peter, Universitätsprofessor,
Peter-Jordan-Str. 145, A-1180 Wien,
(0043-1) 479-8674;
Wirtschaftsuniversität Wien, (0043 1) 3133646-65 od. -66

342. *Rinken*, Dr. Alfred, Professor,
Treseburger Str. 37, 28205 Bremen, (0421) 440762;
Universität Bremen, Bibliothekstr. 1, 28359 Bremen,
(0421) 218-2136

343. *Robbers*, Dr. Gerhard, Universitätsprofessor,
Dagobertstr. 17, 54292 Trier, (0651) 53710;
Universität Trier, Postfach 3825, 54286 Trier,
(0651) 2012542, Fax (0651) 2013905

344. *Rodi*, Dr. Michael, M.A., Universitätsprofessor,
Marienstr. 42, 17489 Greifswald;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Finanz- und Steuerrecht,
17487 Greifswald, (03834) 862100
E-Mail: mrodi@rz.uni-greifswald.de

345. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor,
Kreuzackerstr. 8, 76228 Karlsruhe, (0721) 491739;
Universität Mannheim, 68131 Mannheim,
(0621) 292 5186

346. *Ronellenfitsch*, Dr. Michael, o. Professor,
Augusta-Anlage 15, 68165 Mannheim, (0621) 412334;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen,
(07071) 2972109, Fax (07071) 2974905,
E-Mail: ronellenfitsch@jura.uni-tuebingen.de

347. *Rossen-Stadtfeld*, Dr. Helge, Professor,
Kirschenstr. 86, 82024 Taufkirchen, (089) 74427929;
Fakultät für Wirtschafts- und Organisationswissenschaften,
Universität der Bundeswehr München, 85577 Neubiberg,
(089) 6004-4604, Fax (089) 601-4693,
E-Mail: Helge.Rossen-Stadtfeld@UniBw-Muenchen.de

348. *Roth*, Dr. Wolfgang, Privatdozent, LL.M. (Michigan),
An der Elisabethkirche 48, 53113 Bonn, (0228) 9125273;
Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Mozartstraße 4–10,
53115 Bonn, (0228) 72625-542,
E-Mail: roth@bonn.redeker.de

349. *Rozek*, Dr. Jochen, Universitätsprofessor,
Friedrich-Hegel-Str. 16, 01187 Dresden;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht unter besonderer
Berücksichtigung von Verwaltungsrecht,
Juristische Fakultät, Technische Universität Dresden
01062 Dresden, (0351) 463-7339, Fax (0351) 463-7214
E-Mail: rozek@jura.tu-dresden.de

350. *Röger*, Dr. Ralf, Privatdozent,
Nidegger Straße 17, 50937 Köln, (0221) 9417260,
Fax (0221) 9417261, Mobil: 0179-5326726
Universität zu Köln, Lehrstuhl für Allgemeine Staatslehre,
Staats- und Verwaltungsrecht,
Albert-Magnus-Platz, 50923 Köln (Lindenthal),
(0221) 470-4453

351. *Ruch*, Dr. Alexander, o. Professor,
Gartenstr. 85, CH-4052 Basel, (0041-61) 2723622;
ETH Zentrum, D-REOK, Rämistr. 101, CH-8092 Zürich,
(0041-1) 6326001

352. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor,
Rubensallee 55a, 55127 Mainz, (06131) 71942;
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Universität Mainz,
55099 Mainz, (06131) 39-2412, Fax (06131) 39-5439

353. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, Professor,
Hagebuttenstr. 26, 53340 Meckenheim, (02225) 7107;
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands,
Lennéstr. 15, 53113 Bonn
(0228) 223233, Fax (0228) 220443

354. *Rühl*, Dr. Ulli F.H., Professor,
Hermann-Allmers-Str. 34, 28209 Bremen,
(0421) 3467484;
Universität Bremen, Fachbereich 6 Rechtswissenschaft,
Universitätsallee, GW 1, Postfach 330440, 28334 Bremen,
(0421) 218-4606, Sekretariat: (0421) 218-2127,
E-Mail: uruehl@uni-bremen.de

355. *Ruland*, Dr. Franz, Professor,
Im Langenfeld 17a, 61350 Bad Homburg, (06172) 31109;
Verband der Deutschen Rentenversicherungsträger,
Eyssenecksstr. 55, 60322 Frankfurt am Main,
(069) 1522200

356. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,
Am Marienpfad 29, 55128 Mainz, (06131) 34588

357. *Sachs*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Dattenfelder Str. 7, 51109 Köln, (0221) 844657,
Fax (0221) 840670;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität
Düsseldorf, Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf,
(0211) 8115351, Fax (0211) 8111460

358. *Sacksofsky*, Dr. Ute, Professorin
Bundenweg 16, 60320 Frankfurt am Main,
(069) 95622051, Fax (069) 95622052;
Goethe-Universität, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Senckenberganlage 31, 60054 Frankfurt am Main,
Postfach 111932, 60325 Frankfurt am Main,
(069) 79828654 od. 22654

359. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Siebengebirgsstr. 86, 53229 Bonn, (0228) 481710;
c/o Gaedertz, Vieregge, Quack, Kreile, Köln,
(0221) 7716-216, Fax (0221) 7716-110

360. *Sattler*, Dr. Andreas, Professor,
Ludwig-Beck-Str. 17, 37075 Göttingen, (0551) 22340

361. *Saxer*, Dr. Urs, Privatdozent,
Zollikerstr. 187, CH-8008 Zürich, (0041) 14224042;
Büro: Hüssy von Graffenried & Partner,
Bellerivestr. 10, Postfach 525,
CH-8034 Zürich, (0041) 13838734,
E-Mail: saxer@dplanet.ch

362. *Schachtschneider*, Dr. Karl Albrecht, o. Professor,
Hubertusstraße 6, 94091 Nürnberg, (0911) 599436;
Wirtschafts- u. Sozialwissenschaftliche Fakultät,
Universität Erlangen-Nürnberg, Lange Gasse 20, 90403 Nürnberg,
(0911) 5302-329 od. -311, Fax (0911) 5302-297,
E-Mail: wsro01@wsrz2.wiso.uni-erlangen.de

363. *Schäffer*, Dr. Heinz, o. Universitätsprofessor,
Große Neugasse 6/14, A-1040 Wien, (0043-1) 5811721;
Universität Salzburg, Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(0043662) 8044-3631, Fax (0043662) 8044-303

364. *Schambeck*, Dr.Dr.h.c. mult. Herbert, o. Universitätsprofessor,
Hofzeile 21, A-1190 Wien, (0043-1) 363494;
Universität Linz, (0043-732) 2468/424

365. *Schefold*, Dr. Dian, Universitätsprofessor,
Mathildenstraße 93, 28203 Bremen, (0421) 72576;
Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen,
Universitätsallee, GW 1, Postfach 330440, 28334 Bremen,
(0421) 218-2166, Fax (0421) 218-3494

366. *Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, o. Professor,
Beim Hochwald 30, 68305 Mannheim, (0621) 744200;
Universität Mannheim, 68131 Mannheim, (0621) 2925214

367. *Scherer*, Dr. Joachim, LL.M., apl. Professor,
Privatweg 9, 64342 Seeheim-Jugenheim, (06257) 2314;
Kanzlei Döser Amereller Noack/Baker & McKenzie,
Bethmannstr. 50–54, 60311 Frankfurt am Main,
(069) 29908189, Fax (069) 29908108

368. *Scherzberg*, Dr. Arno, Professor,
Rottkamp 6, 48341 Altenberge;
Universität Erfurt, Staatswissenschaftliche Fakultät,
Postfach 900221, 99105 Erfurt;
(0361) 737-4761, (0361) 737-4760 (Sekr.), Fax (0361) 737-4709,
E-Mail: arno.scherzberg@uni-erfurt.de

369. *Scheuing*, Dr. Dieter H., o. Professor,
Finkenstr. 17, 97204 Höchberg, (0931) 48331,
Fax (0931) 4081 98;
Universität Würzburg, 97070 Würzburg,
(0931) 312324, Fax (0931) 312792
E-Mail: scheuing@jura.uni-würzburg.de

370. *Schiedermair*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Wittelsbacher Str. 7, 53173 Bonn - Bad Godesberg;
Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht,
Universität Köln, Gottfried-Keller-Str. 2, 50931 Köln,
(0221) 4702364

371. *Schilling*, Dr. Theodor, Privatdozent,
13, rue de Moutfort, L-5355 Oetrange,
(00352) 358576;
Gerichtshof der EG, L-2925 Luxemburg,
(00352) 4303-3413

372. *Schindler*, Dr.Dr.h.c. Dietrich, Professor,
Lenzenwiesstr. 8, CH-8702 Zollikon;
Universität Zürich, (0041-1) 391-7118 od. 4140,
Fax (0041-1) 391-7118

373. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor,
Wolkenburgstr. 2, 53757 St. Augustin, (02241) 337509;
Universität Bonn, (0228) 739125

374. *Schlette*, Dr. Volker, Privatdozent,
Hirberg 4, 37170 Uslar, (05573) 999868;
Universität Göttingen, Juristisches Seminar,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(0551) 394413, Fax (0551) 397414

375. *Schlieffen* Dr. Katharina *Gräfin v.*, Universitätsprofessorin,
Fachbereich Rechtswissenschaft, FernUniversität Hagen,
Feithstraße 133/Bredelle, 58084 Hagen, (02331) 987-2878,
Fax (02331) 987-395

376. *Schlink*, Dr. Bernhard, Professor,
Endenicher Allee 16, 53115 Bonn, (0228) 652358;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6,
10099 Berlin, (030) 2093-3454 od. -3472,
Fax (030) 2093-3452

377. *Schmid*, Dr. Gerhard, Professor,
Hochwaldstr. 24, CH-4059 Basel, (0041-61) 3318425;
c/o Wenger Plattner, Aeschenvorstadt 55,
CH-4010 Basel, (0041-61) 279-7000,
Fax (0041-61) 279-7001, E-Mail: basel@wenger-plattner.ch

378. *Schmid*, Dr. Viola, Privatdozentin,
Kirchenweg 3, 91126 Schwabach, (09122) 77382,
Fax (09122) 62345, E-Mail: viola@topmail.de;
Freie Universität Berlin, Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin,
(030) 838-4949, Fax (030) 8382071

379. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor,
Bachwiesenstr. 5, 86459 Gessertshausen, (08238) 4111,
Fax (08238) 4937;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht
und Umweltrecht, Universität Augsburg, Universitätsstr. 2,
86135 Augsburg, (0821) 598-4550, Fax (0821) 598-4552

380. *Schmidt*, Dr. Walter, Universitätsprofessor,
Brüder-Knauß-Str. 86, 64285 Darmstadt, (06151) 64710;
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt am Main, (069) 79822189

381. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Dr. h.c. Eberhard, o. Professor,
Höhenstr. 30, 69118 Heidelberg, (06221) 800803;
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg, (06221) 547428

382. *Schmidt-De Caluwe*, Reimund, Universitätsprofessor,
Unterer Hardthof 17B, 35398 Gießen,
(0641) 34566, Fax (0641) 9609966;
Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Universitätsplatz 3–5, 06099 Halle (Saale),
(0345) 55-23138 od. -39

383. *Schmidt-Jortzig*, Dr. Edzard, o. Professor,
Graf-Spee-Straße 18a, 24105 Kiel, (0431) 8950195;
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität Kiel, 24118 Kiel, (0431) 880-3545

384. *Schmidt-Preuß*, Dr. Matthias, o. Professor,
Am Römerlager 23, 53117 Bonn, (0228) 678091;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Institut für Staats-
und Verwaltungsrecht, Universität Erlangen-Nürnberg,
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen, (09131) 854-781,
Fax (09131) 856439

385. *Schmitt Glaeser*, Dr. Dr. h. c. Walter, o. Professor,
Rübezahlweg 9A, 95447 Bayreuth, (0921) 32070;
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth, (0921) 552942,
Fax (0921) 552996

386. *Schmitt-Kammler*, Dr. Arnulf, Universitätsprofessor,
Renthof 33, 35037 Marburg/Lahn, (06421) 64902;
Universität Köln, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(0221) 470-4066 od. -4067

387. *Schnapp*, Dr. Friedrich E., o. Professor,
Efeuweg 22, 44869 Bochum, (02327) 74213;
Universität Bochum, 44780 Bochum, (0234) 7002239

388. *Schneider*, Dr. Dr. h.c. Hans-Peter, o. Professor,
Rominteweg 1, 30559 Hannover, (0511) 511050,
Fax (0511) 511050;
FB Rechtswissenschaften, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(0511) 762-8185 od. 8186

389. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor,
Ludolf-Krehl-Str. 44, 69120 Heidelberg, (06221) 480381;
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg, (06221) 547446

390. *Schneider*, Dr. Jens-Peter, Professor,
Uhlenfluchtweg 7, 49078 Osnabrück, (0541) 6688208
Fax (0541) 6688207;
Universität Osnabrück, Fachbereich Rechtswissenschaften,
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heger-Tor-Wall 14,
49069 Osnabrück,
(0541) 969-6175/6177, Fax (0541) 969-6187,
E-Mail: JP-Schneider@uni-osnabrueck.de

391. *Schneider*, Dr. Litt. D.h.c. Peter, o. Professor,
Fischtorplatz 20, 55116 Mainz, (06131) 223273

392. *Schöbener*, Dr. Burkhard, Privatdozent,
Am Glösberg 27, 97342 Obernbreit, (09332) 500004;
Lehrstuhl für Völkerrecht, allgemeine Staatslehre,
deutsches und bayerisches Staatsrecht sowie
politische Wissenschaften,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(0931) 312308

393. *Schoch*, Dr. Friedrich, o. Professor,
Kastelbergstr. 19, 79189 Bad Krozingen, (07633) 948104,
Fax (07633) 948105;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Freiburg,
Postfach, 79085 Freiburg, (0761) 203-2257 od. 2258

394. *Scholler*, Dr. Heinrich, Professor,
Zwengauerweg 5, 81479 München, (089) 796424;
Universität München, Institut für Politik und
Öffentliches Recht, Ludwigstr. 28/RG, 80539 München,
(089) 2180-2724

395. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor,
Koenigsallee 71a, 14193 Berlin;
Universität München, Institut für Politik und
Öffentliches Recht, Ludwigstr. 28/RG, 80539 München,
(089) 2180-2113

396. *Schröder*, Dr. Meinhard, o. Professor,
Zum Wingert 2, 54318 Mertesdorf, (0651) 57887;
Universität Trier, 54286 Trier, (0651) 2012586

397. *Schroeder*, Dr. Werner, Privatdozent, LL.M.,
Viktoriastr. 17, 80803 München, Tel./Fax (089) 30002088;
Universität Passau, 94030 Passau, (0851) 509-2333

398. *Schulte*, Dr. Martin, Professor,
Thomas-Mann-Straße 10, 01219 Dresden, (0351) 4722550;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht,
Juristische Fakultät, TU Dresden, von-Gerber-Bau,
Bergstr. 53, 01069 Dresden, (0351) 463-7362,
Fax (0351) 463-7220

399. *Schulze-Fielitz*, Dr. Helmuth, Professor,
Klara-Löwe-Str. 5, 97082 Würzburg,
(0931) 7841025, Fax (0931) 7841034;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umweltrecht und
Verwaltungswissenschaften, Universität Würzburg,
Domerschulstr. 16, D-97070 Würzburg, (0931) 312331/2,
Fax (0931) 312617,
E-Mail: L-Schulze-Fielitz@jura.uni-wuerzburg.de

400. *Schuppert*, Dr. Gunnar Folke, Professor,
Kaiserdamm 28, 14057 Berlin, (030) 30612168;
Humboldt-Universität, Ziegelstr. 13, 10099 Berlin,
(030) 2093-3502, Fax (030) 2093-3344

401. *Schwabe*, Dr. Jürgen, Professor,
Erlenweg 1, 21614 Buxtehude, (04161) 87141
Fax (04161) 722600;
Universität Hamburg, 20146 Hamburg, (040) 42838-4454

402. *Schwarze*, Dr. Jürgen, Professor,
Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht,
Europaplatz 1, 79098 Freiburg, (0761) 203-2238, od. -2251,
Fax (0761) 203-2234

403. *Schwarzer*, Mag., Dr. Stephan, Universitätsdozent,
Rodlergasse 7/10, A-1190 Wien, (0043-1) 3691746;
Bundeswirtschaftskammer, Wiedner Hauptstr. 63,
A-1045 Wien, (0043-1) 50105-4195

404. *Schweitzer*, Dr. Michael, Professor,
Göttweiger Str. 135, 94032 Passau, (0851) 34533;
Universität Passau, 94032 Passau, (0851) 509-313 od. -311

405. *Schweizer*, Dr. Rainer J., o. Professor,
Webergasse 8, CH-9000 St. Gallen, (0041-71) 2235624;
Hochschule St.Gallen, Forschungsgemeinschaft für
Rechtswissenschaften, Tigerbergstr. 21, CH-9000 St.Gallen,
(0041 71) 2242836, Fax (0941 71) 2242162
E-Mail: Rainer.Schweizer@UNISG.CH

406. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, Universitätsprofessor,
Hülsebrinkstr. 23, 30974 Wennigsen/Deister, (05103) 1311;
FB Rechtswissenschaften, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover, (0511) 762-8280

407. *Seewald*, Dr. Otfried, o. Professor,
Schärdingerstraße 21A, 94032 Passau, (0851) 35145,
Fax (0851) 35145;
Universität Passau, Innstr. 40, Postfach 2540, 94030 Passau,
(0851) 509-2340 od. -2341, Fax (0851) 509-2342

408. *Seidl-Hohenveldern*, Dr. Dr. h.c. Ignaz, o. Professor,
Schwertgasse 4, A-1010 Wien I, (0043-1) 5331560,
Fax (0043-1) 5331560

409. *Selmer*, Dr. Peter, Professor,
Akazienweg 9, 22587 Hamburg, (040) 864743;
Universität Hamburg, 20146 Hamburg, (040) 42838-4576,
Fax (040) 42838-3028

410. *Sieckmann*, Dr. Jan-Reinhard, Professor,
Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Otto-Friedrich-Universität Bamberg, Feldkirchenstr. 21,
96051 Bamberg

411. *Siedentopf*, Dr. Dr. h.c. Heinrich, o. Professor,
Hauptstr. 170, 76829 Landau, (06341) 60757;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6, 67324 Speyer,
(06232) 654-365 od. -358

412. *Siekmann*, Dr. Helmut, Professor,
Hustadtring 143, 44801 Bochum;
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,
44780 Bochum, (0234) 7005252

413. *Silagi*, Dr.Dr. Michael, Privatdozent,
Institut für Völkerrecht, Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
(0551) 39-4734

414. *Skouris*, Dr. Wassilios, Professor,
Nikolaou Manou 18, GR-54643 Thessaloniki,
(0030-31) 831444;
Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften,
Palais de la Cour de Justice, L-2925 Luxembourg,
(00352) 43032209, Fax (00352) 43032736

415. *Sodan*, Dr. Helge, Universitätsprofessor,
Fachbereich Rechtswissenschaft, LSt. für Staats- und
Verwaltungsrecht, Öffentl. Wirtschaftsrecht,
Sozialrecht, Freie Universität Berlin,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(030) 838-53972 od. -73973, Fax (030) 838-54444
Der Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin
Elßholzstr. 30–33, 10781 Berlin, (030) 9015-2650,
Fax (030) 9015-2666

416. *Söhn*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Eppanerstr. 9, 94036 Passau, (0851) 58520;
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- u.
Verwaltungsrecht insbesondere Finanz- und Steuerrecht,
94032 Passau, (0851) 509-2350,
Fax (0851) 509-2352

417. *Sommermann*, Dr. Karl-Peter, Universitätsprofessor,
Lehrstuhl für Öffentl. Recht, Staatslehre u. Rechtsvergleichung,
Deutsche Hochschule für Verwaltungswiss., Postfach 1409,
67346 Speyer, (06232) 654-344, Fax (06232) 654-305

418. *Spannowsky*, Dr. Willy, Universitätsprofessor,
Auf dem Kleehügel 17, 67706 Krickenbach,
(06307) 993963, Fax (06307) 993949;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Postfach 3049,
67653 Kaiserslautern, (0631) 205-3975
Fax (0631) 205-3977

419. *Staff*, Dr. Ilse, Universitätsprofessorin,
Am Forum 4, 65779 Kelkheim, (06195) 3308;
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt am Main

420. *Starck*, Dr. Christian, o. Professor,
Schlegelweg 10, 37075 Göttingen, (0551) 55454;
Universität Göttingen, Juristisches Seminar,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(0551) 39-7412 od. 13, Fax (0551) 39-7414

421. *Steiger*, Dr. Heinhard, Universitätsprofessor,
Oberhof 16, 35440 Linden, (0641) 23252;
Universität Gießen, 35394 Gießen, (0641) 99211-50 od. -51,
Fax (0641) 99211-59

422. *Stein*, Dr. Ekkehart, o. Professor,
Magdebergstr. 16b, 78224 Singen, (07731) 948571;
Universität Konstanz, Postfach 5560 D 104,
78434 Konstanz, (07531) 8823-29 od. -28

423. *Stein*, Dr. Torsten, Universitätsprofessor,
Ludolf-Krehl-Str. 1b, 69120 Heidelberg,
Tel./Fax (06221) 480438;
Universität des Saarlandes, Europa-Institut,
Am Stadtwald, 66041 Saarbrücken,
(0681) 302-4567 od. -3695, Fax (0681) 302-4879
E-Mail: t.stein@rz.uni-sb.de

424. *Steinberg*, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,
Wingertstr. 2a, 65719 Hofheim;
Präsident der Goethe-Universität Frankfurt, Senckenberganlage 31,
60054 Frankfurt am Main, (069) 79822438, Fax (069) 79828793,
E-Mail: steinberg@pvw.uni-frankfurt.de

425. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor,
MPI für Ausl. 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 od. -74 55, Fax (0 62 21) 54-77 44

426. *Steiner*, Dr. Udo, o. Professor,
Bundesverfassungsrichter,
Am Katzenbühl 5, 93055 Regensburg, (09 41) 70 09 13;
Universität Regensburg, 93040 Regensburg,
(09 41) 9 43-26 66 od. -26 67, Fax (09 41) 9 43-49 93,
od. Karlsruhe (07 21) 91 01-217, Fax (07 21) 91 01-382

427. *Stelzer*, Dr. Manfred, Universitätsprofessor,
Anton-Wildgansgasse 12/4, A-2380 Perchtoldsdorf,
(00 43-6 64) 2 12 56 18;
Universiät Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 42 77-3 54 31 od. 3 54 32,
E-Mail: manfred.stelzer@univie.ac.at

428. *Stern*, Dr. Dr. h.c. mult. Klaus, o. Professor,
Am Stockberger Busch 10, 51515 Kürten, (0 22 68) 61 67;
Universität Köln, 50923 Köln, (02 21) 4 70 22 89

429. *Stettner*, Dr. Rupert, Professor,
Alpenstr. 11 a, 85221 Dachau, (0 81 31) 2 78 99 6,
Tel. u. Fax (0 81 31) 2 78 99 8;
Institut für Staatswissenschaften, Universität der
Bundeswehr München, Werner-Heisenberg-Weg 39,
85579 Neubiberg, (089) 60 04-38 64 od. -37 02 od. -20 43,
Fax (089) 60 04-28 41

430. *Stober*, Dr. Rolf, Professor,
Am Blütenhain 33, 48163 Münster, (0 25 36) 17 34,
Fax (0 25 36) 68 38;
Institut für Recht der Wirtschaft, Universität Hamburg,
Max-Brauer-Allee 60, 22765 Hamburg, (040) 42 838-46 37,
Fax (040) 42 838-64 41

431. *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) 10 64 3 89,
Fax (05 21) 1 06 60 37

432. *Stolleis*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Waldstr. 15, 61476 Kronberg;
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt am Main
(069) 79823192

433. *Stolzlechner*, Dr. Harald, o. Universitätsprofessor,
Gneiser Straße 57, A-5020 Salzburg, (0043-662) 823935;
Universität Salzburg, (0043-662) 80443601

434. *Streinz*, Dr. Rudolf, o. Professor,
Waldsteinring 26, 95448 Bayreuth, (0921) 94730;
Rechts- und Wirtschaftswiss. Fakultät, Universität Bayreuth,
95440 Bayreuth, (0921) 553520, Fax (0921) 552897

435. *Tettinger*, Dr. Peter J., o. Professor,
Bergstr. 30, 50999 Köln, (02236) 66856;
Institut für öffentliches Recht und Verwaltungslehre der
Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50931 Köln,
(0221) 4702289, Fax (0221) 4705126)

436. *Thieme*, Dr. Werner, Professor,
Berggartenstraße 14, 29223 Celle, (05141) 37369,
Fax (05141) 93 13 73;
Universität Hamburg, 20146 Hamburg,
(040) 42838-4569

437. *Thienel*, Dr. Rudolf, a.o. Universitätsprofessor,
Pfeilgasse 31/10, A-1080 Wien;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043-1) 401 03-3260, Fax (0043-1) 5334099

438. *Thürer*, Dr. Daniel, o. Professor,
Abeggweg 20, CH-8032 Zürich, (0041-1) 3626547;
Universität Zürich, Institut f. Völkerrecht u.
Ausländ. Verfassungsrecht, Hirschgraben 40,
CH-8001 Zürich, (0041-1) 634-2031,
Fax (0041-1) 634-4992

439. *Tomuschat*, Dr. Christian, Professor,
Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für Völker-
und Europarecht, Unter den Linden 6,
10099 Berlin, (030) 2093-3335 od. -3305 od. -3322,
Fax (030) 20933365

440. *Trute*, Dr. Hans-Heinrich, Universitätsprofessor,
Wettinplatz 3, 01896 Pulsnitz, (03 59 55) 4 53 01;
TU Dresden, Juristische Fakultät, Mommsenstr. 13,
01062 Dresden, (03 51) 4 63-73 17 od. -73 18, Fax (03 51) 4 63 72 08

441. *Trzaskalik*, Dr. Christoph, Professor,
Stockheimer Str. 30, 55128 Mainz, (0 61 31) 36 94 14;
Universität Mainz, 55099 Mainz,
(0 61 31) 39 21 38

442. *Tsatsos*, Dr. Dimitris Th., o. Professor,
Kockenhof 12, 58093 Hagen, (0 23 34) 95 47 47;
Fernuniversität Hagen, 58097 Hagen, (0 23 31) 9 87-28 76,
Fax (0 23 31) 9 87-3 24

443. *Uber*, Dr. Giesbert, o. Professor,
Roseneck 5, 48165 Münster, (02 51) 31 59;
Universität Münster, (02 51) 83 27 01

444. *Uerpmann*, Dr. Robert, Professor,
Pfarrergasse 9, 93047 Regensburg, (09 41) 5 67 64 91;
Universität Regensburg, Juristische Fakultät, 93040 Regensburg,
(09 41) 9 43-26 60 od. 26 59, Fax (09 41) 9 43-19 73,
E-Mail: robert.uerpmann@jura.uni-regensburg.de

445. *Umbach*, Dr. Dieter C., Professor,
Lehrstuhl für Verwaltungsrecht mit Sozialrecht sowie europäisches Verfassungsrecht, Universität Potsdam, PF 90 03 27, 14439 Potsdam,
(03 31) 9 77-32 64

446. *Unruh*, Dr. Georg-Christoph v., o. Professor,
Steenkamp 2, 24226 Heikendorf, (04 31) 23 14 59;
Universität Kiel, L.v.Stein-Institut, 24106 Kiel,
(04 31) 8 80 35-22 od. -29

447. *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) 22 42 519

448. *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

449. *Vesting*, Dr. Thomas, Universitätsprofessor,
Habsburgerstr. 3, 80801 München, (089) 392144;
Juristische Fakultät, Universität Augsburg,
Eichleitnerstraße 30, 86159 Augsburg, (0821) 5984535 od. 36,
Fax (0821) 5984503,
E-Mail: Thomas.Vesting@Jura.Uni-Augsburg.DE

450. *Vitzthum*, Dr.Dr.h.c. Wolfgang *Graf*, o. Professor,
Im Rotbad 19, 72076 Tübingen, (07071) 63844,
Fax (07071) 63888;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,
72074 Tübingen, (07071) 2975266, Fax (07071) 2974905

451. *Vogel*, Dr. Dr. h.c. Klaus, o. Professor,
Ottostr. 36, 82319 Starnberg, (08151) 13221 u. 8881;
Institut für Politik und Öffentliches Recht,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 2180-2718, Fax (089) 341440

452. *Volkmann*, Dr. Uwe, Professor,
Schönbornstraße 4, 60431 Frankfurt am Main,
(069) 518673;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, 55099 Mainz,
(06131) 39-3453, Fax (06131) 39-3090

453. *Voßkuhle*, Dr. Andreas, Professor,
Sternwaldstr. 7, 79102 Freiburg, Tel./Fax (0761) 7075211;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für
Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Postfach,
79085 Freiburg i. Br., (0761) 203-2209 od. -2207;
Fax (0761) 203-2144 (Juristisches Seminar)

454. *Waechter*, Dr. Kay, Professor,
Ceciliengärten 12, 12159 Berlin;
FB Rechtswissenschaft, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover, (0511) 762-8227

455. *Wahl*, Dr. Rainer, o. Professor,
Hagenmattenstr. 6, 79117 Freiburg, (0761) 65960;
Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht VI,
Wilhelmstr. 26, 79085 Freiburg,
(0761) 203-2252 od. -2253, Fax (0761) 2032293,
E-Mail: oerecht6@uni-freiburg.de

456. *Wall de*, Dr. Heinrich, Professor,
Reichardtstr. 16, 06114 Halle, (0345) 5201226;
Juristische Fakultät, Universität Halle-Wittenberg,
Universitätsplatz 10a, 06099 Halle
(0345) 5523221

457. *Wallerath*, Dr. Maximilian, Universitätsprofessor,
Gudenauer Weg 86, 53127 Bonn, (0228) 283202;
Universität Greifswald, Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftl. Fakultät, 17487 Greifswald,
(03834) 862144

458. *Weber*, Dr. Albrecht, Professor,
Weidenweg 20, 49143 Bissendorf, (05402) 3907;
Universität Osnabrück, 49069 Osnabrück, (0541) 608-6188

459. *Weber*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor,
Noldinstr. 14, A-6020 Innsbruck, (0043-512) 574537;
Universität Innsbruck, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(0043-512) 507-2687

460. *Weber-Dürler*, Dr. Beatrice, o. Professorin,
Ackermannstr. 24, CH-8044 Zürich, (0041-1) 2620420;
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Seminar,
Wilfriedstraße 6, CH-8032 Zürich, (0041-1) 6344440

461. *Wendt*, Dr. Rudolf, o. Professor,
Schulstr. 45, 66386 St. Ingbert-Hassel, (06894) 53287;
Universität des Saarlandes, Institut für Finanz-
und Steuerrecht, Postfach 1150, 66041 Saarbrücken,
(0681) 302-3104 od. -2104

462. *Wiederin*, Dr. Ewald, Universitätsprofessor,
Universität Salzburg, Institut für Verfassungs-
und Verwaltungsrecht, Kapitalgasse 5–7,
A-5020 Salburg, (0043) 662-6389 3611,
Fax (0043) 552-8044-3611,
E-Mail: ewald.wiederin@sbg.ac.at

463. *Wieland*, Dr. Joachim LL.M., Universitätsprofessor,
Johann-Strauß-Str. 17, 33647 Bielefeld,
(0521) 4329293 od. 295, Fax (0521) 4329294;
Fakultät für Rechtswissenschaften, Universität Bielefeld,
Universitätsstraße, 33501 Bielefeld, (0521) 106-4422,
Fax (0521) 106-6048

464. *Wielinger*, Dr. Gerhart, Universitätsdozent,
Bergmanngasse 22, A-8010 Graz, (0043-316) 318714;
dienstl. (0043-316) 70312428

465. *Wieser*, DDr. Bernd, ao. Universitätsprofessor,
Wittenbauerstr. 76, A-8010 Graz;
Institut f. öffentl. Recht, Politikwissenschaft u. Verwaltungslehre,
Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsstr. 15/C3,
A-8010 Graz, (0043-316) 380-3381 od. -3383,
Fax (0043-316) 380-9450

466. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor,
Auf der Wacht 21, CH-4104 Oberwil, (0041 61) 401 25 21;
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Europarat,
F-67075 Strasbourg Cedex, (0033-388) 412391

467. *Wilke*, Dr. Dieter, Präsident des Oberverwaltungsgerichts Berlin a.D.,
Universitäts-Professor a.D.,
apl. Professor an der Freien Universität Berlin,
Schweinfurthstr. 10; 14195 Berlin

468. *Wilms*, Dr. Heinrich, o. Professor
Donaueschinger Straße 27, 78183 Hüfingen,
(0771) 8969700, Fax (0771) 8969701;
Juristische Fakultät, Universität Konstanz, Fach D 110,
78457 Konstanz, (07531) 88-2673 od. -4143
Fax (07531) 88-4008

469. *Wimmer*, Dr. Norbert, o. Universitätsprofessor,
Heiliggeiststr. 16, A-6020 Innsbruck, (0043512) 586144;
Universität Innsbruck, Institut für Öffentl. Recht und
Politikwissenschaften, Innrain 80/82, A-6020 Innsbruck,
(0043512) 8200, 8201, E-Mail: Veronika.Obojes@uibk.ac.at
Internet: http://www.uibk.ac.at/c/c3/c309

470. *Winkler*, Dr. DDr. h.c. Günther, o. Universitätsprofessor,
Reisnerstr. 22/5/11, A-1030 Wien, (0043-1) 7134415;
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(0043-1) 401 03-3131

471. *Winter*, Dr. Gerd, Professor,
Fachbereich 6: Rechtswissenschaft, Universität Bremen,
Postfach 330440, 28334 Bremen,
(0421) 218-2840, Fax (0421) 218-3494

472. *Wittmann*, Dr. Heinz, a.o. Universitätsprofessor,
Steinböckengasse 4/14, A-1140 Wien, (0043-1) 9143175;
Verlag Medien und Recht GmbH, Danhausergasse 6,
A-1040 Wien, (0043-1) 5052766, Fax (0043-1) 5052766-15

473. *Wolf*, Dr. Joachim, Professor,
Am Schrebergarten 8, 44625 Herne, (02323) 459625;
Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum,
Umweltrecht, Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre,
Gebäude GC, Universitätsstr. 150, 44789 Bochum,
(0234) 700-4950 od. -5252, Fax (0234) 7094

474. *Wolff*, Dr. Heinrich Amadeus, Professor,
Rudolf-Ditzen-Weg 12, 13156 Berlin;
LMU München, Institut für Politik und Öffentliches Recht der
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(089) 21803282 und (030) 48097948

475. *Wolfrum*, Dr. Dr. h.c. Rüdiger, o. Professor,
Mühltalstr. 129b, 69121 Heidelberg, (06221) 475236;
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(06221) 4822-55 od. -56, Fax (06221) 482288

476. *Wollenschläger*, Dr. Michael, Professor,
An den Forstäckern 15, 97204 Höchberg, (0931) 49196;
Universität Würzburg, Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(0931) 312305, Fax (0931) 312317

477. *Wolter*, Dr. Henner, Privatdozent,
RAe Burghard Seybold Tscherch Wolter, Potsdamer Str. 99,
10785 Berlin, (030) 254396-0, Fax (030) 254396-16;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Humboldt-
Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(030) 2093-3472, Fax (030) 2093-3452

478. *Würtenberger*, Dr. Thomas, o. Professor,
Beethovenstr. 9, 79100 Freiburg, (0761) 78623;
Universität Freiburg, Postfach, 79085 Freiburg
(0761) 203-2246 od. -2249

479. *Wyduckel*, Dr. Dieter, Professor,
Juristische Fakultät, TU Dresden, 01062 Dresden,
(0351) 463-7321, Fax (0351) 463-7209

480. *Zacher*, Dr.Dr.h.c.mult. Hans F., o. Professor,
Starnberger Weg 7, 82343 Pöcking, (08157) 1384;
Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Sozialrecht Amalienstr. 33, 80799 München,
Postfach 340121, 80098 München,
(089) 38602-502, Fax (089) 38602-590

481. *Zeh*, Dr. Wolfgang, Professor, Ministerialdirektor,
Brunhildstr. 9, 10829 Berlin, (030) 78707563;
Deutscher Bundestag, Platz der Republik, 11011 Berlin,
(030) 227-32101 u. 227-32201, Fax (030) 227-36038

482. *Zezschwitz*, Dr. Friedrich v., Universitätsprofessor,
Petersweiher 47, 35394 Gießen, (0641) 45152;
Universität Gießen, 35390 Gießen, (0641) 7025020

483. *Ziekow*, Dr. Jan, Universitätsprofessor,
Gartenstraße 3, 67361 Freisbach, (06344) 5902,
Fax (06344) 5902;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 1409, 67324 Speyer, (06232) 654-0

484. *Ziemske*, Dr. Burkhardt, o. Professor
Altstädter Kirchenplatz 3, 91054 Erlangen, (09131) 978856;
Universität Erlangen, Institut für Staats- und
Verwaltungsrecht, Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(09131) 8522820, Fax (09131) 8526381

485. *Zimmer*, Dr. Gerhard, Professor,
Waldschützpfad 9, 12589 Berlin, (030) 6489590;
Universität der Bundeswehr Hamburg, 22043 Hamburg,
(040) 65412771

486. *Zimmermann*, Dr. Andreas, Privatdozent,
Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht
und Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg, (06221) 482-1,
Fax (06221) 482-288

487. *Zippelius*, Dr. Reinhold, o. Professor,
Niendorfstr. 5, 91054 Erlangen, (09131) 55726;
Universität Erlangen-Nürnberg, 91054 Erlangen,
(09131) 852820

488. *Zitzelsberger*, Dr. Heribert, Privatdozent,
Willi-Stammer-Str. 9, 82031 Grünwald, (089) 6412785;
Bayer AG/K-KF Steuern, Bayerwerk Leverkusen,
Leverkusen, (0214) 3081028

489. *Zuleeg*, Dr. Manfred, Professor,
Kaiser-Sigmund-Str. 32, 60320 Frankfurt am Main,
(069) 564393;
FB Rechtswissenschaft, Institut für Öffentl. Recht,
Völker- und Europarecht, Universität Frankfurt,
Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt a.M.,
(069) 79822382, Fax (069) 79828750,
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 und 6. Oktober 1999)

§ 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

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

a) seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat[1] und
b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität[2] oder der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist oder gewesen ist.

---

[1] Mit der oben abgedruckten, am 1. 10. 1971 in Regensburg beschlossenen Fassung des § 2 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.«

[2] In Berlin hat die Mitgliederversammlung am 3. 10. 1979 die folgende zusätzliche Erläuterung angenommen:
»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.«

Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, daß die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgeschlagenen die Mitgliedschaft anzutragen. Erheben mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Absicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

§ 3

Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahr an einem vom Vorstand zu bestimmenden Orte stattfinden. In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. Die Tagesordnung wird durch den Vorstand bestimmt. Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muß mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

§ 4[3]

Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. Der Vorstand wird am Schluß jeder ordentlichen Mitgliederversammlung neu gewählt. Zur Vorbereitung der Mitgliederversammlung kann sich der Vorstand durch Zuwahl anderer Mitglieder verstärken. Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet.

---

[3] Gemäß dem am 6. 10. 1999 in Heidelberg gefaßten Beschluß der Mitgliederversammlung gilt § 4 ab dem 1. 10. 2001 in folgender Fassung:
»Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. Der Vorstand wird von der Mitgliederversammlung auf zwei Jahre gewählt. Zur Vorbereitung der Jahrestagung ergänzt sich der Vorstand um ein Mitglied, das kein Stimmrecht hat. Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet. Auf der nächsten Mitgliederversammlung findet eine Nachwahl für den Rest der Amtszeit des Ausgeschiedenen statt.«

§ 5

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

§ 6

Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den Vorstand oder einen Ausschuß im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. Ein solcher Beschluß bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

§ 7

Der Mitgliedsbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.