

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**

Band 62

Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts

Matthias Herdegen, Martin Morlok

**Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer
Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?**

Stefan Koriath, Armin von Bogdandy

**Europäische und nationale Identität:
Integration durch Verfassungsrecht?**

Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel

Markus Heintzen, Andreas Voßkuhle

**Beteiligung Privater an der Wahrnehmung
öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung**

Janbernd Oebbecke, Martin Burgi

**Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung
und Ökonomisierung**

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in St. Gallen vom 1. bis 5. Oktober 2002



RECHT

2003

De Gruyter Recht

Redaktion: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz (Würzburg)

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

ISBN 3-89949-044-4

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

© Copyright 2003 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,
D-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, Lemförde
Druck: WB Druck, Rieden am Forggensee
Buchbinder: Lüderitz & Bauer GmbH, Berlin
Einbandgestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Inhalt

Jahrestagung 2002	5

Erster Beratungsgegenstand

LEISTUNGSGRENZEN DES VERFASSUNGSRECHTS

Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?

1. Bericht von Professor Dr. <i>Matthias Herdegen</i>	7
Leitsätze des Berichterstatters	33
2. Bericht von Professor Dr. <i>Martin Morlok</i>	37
Leitsätze des Berichterstatters	81
3. Aussprache und Schlussworte	85

Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?

1. Bericht von Professor Dr. <i>Stefan Korioth</i>	117
Leitsätze des Berichterstatters	153
2. Bericht von Professor Dr. <i>Armin von Bogdandy</i>	156
Leitsätze des Berichterstatters	189
3. Aussprache und Schlussworte	194

Zweiter Beratungsgegenstand

ÖFFENTLICHE GEMEINWOHLVERANTWORTUNG IM WANDEL

Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung

1. Bericht von Professor Dr. <i>Markus Heintzen</i>	220
Leitsätze des Berichterstatters	261
2. Bericht von Professor Dr. <i>Andreas Voßkuhle</i>	266
Leitsätze des Berichterstatters	329
3. Aussprache und Schlussworte	336

*Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und
Ökonomisierung*

1. Bericht von Professor Dr. <i>Janbernd Oebbecke</i>	366
Leitsätze des Berichterstatters	401
2. Bericht von Professor Dr. <i>Martin Burgi</i>	405
Leitsätze des Berichterstatters	453
3. Aussprache und Schlussworte	457
 Verzeichnis der Redner	 477
 Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	 479
 Satzung der Vereinigung	 563

Jahrestagung 2002

Für ihre Jahrestagung 2002 war die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen zu Gast und es mag schon im ersten Satz dieses Kurzberichts hervorgehoben sein, dass die Organisation perfekt und die Gastfreundschaft überwältigend war. Dafür gebührt *Bernhard Ehrenzeller* und seinem Team unser aller herzlichster Dank. Die Jahrestagung 2002 begann ausnahmsweise nicht erst am Mittwoch mit den Beratungen der Arbeitskreise „Verwaltungslehre“ und „Europäisches Verfassungsrecht“, sondern bereits am Dienstag, dem 1. Oktober, da der Arbeitskreis „Europäisches Verfassungsrecht“ dazu eingeladen hatte, die Gründung einer „Europäischen Staatsrechtslehrervereinigung“ in Angriff zu nehmen. Da in diesem gut besuchten Kreise beschlossen wurde, eine solche Vereinigung zu gründen und zu diesem Zwecke im April 2003 weitere Schritte in dieser Hinsicht zu unternehmen, wird St. Gallen als Ort dieser Gründungsinitiative in die Geschichte unserer Vereinigung eingehen.

Der Mittwoch stand – wie üblich – im Zeichen der Mitgliederversammlung. Zu ihrem Beginn gedachte die Vereinigung ihrer verstorbenen Mitglieder *Jörg Lücke, Wilhelm Mößle, Henning von Olshausen, Peter Schneider* und *Burkardt Ziemke*. Der Vorsitzende konnte in der Mitgliederversammlung 36 neue Mitglieder begrüßen, die sich kurz vorstellten. Die Vereinigung zählt jetzt über 550 Mitglieder.

Eine weitere Besonderheit der Jahrestagung 2002 bestand darin, dass Ablauf und Struktur der wissenschaftlichen Beratungen eine Veränderung erfuhren, da im Gegensatz zur bisherigen Tradition an den beiden Beratungstagen nicht nur ein Thema – mit dann bis zu vier Referenten – behandelt wurde, sondern jeweils zwei Themen zur Erörterung standen, die wiederum durch ein Oberthema miteinander verbunden waren. Gegenstand des ersten Beratungstages sollte eine Vermessung der „Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts“ sein; daran beteiligten sich als Referenten *Matthias Herdegen* und *Martin Morlok* (Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?) sowie *Stefan Koriath* und *Armin von Bogdandy* (Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?). Der zweite Beratungstag war der Untersuchung des Wandels öffentlicher Gemeinwohlverantwortung gewidmet; dazu referierten *Markus Heintzen* und *Andreas Voßkuhle* (Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung) sowie *Janbernd Oebbecke*

und *Martin Burgi* (Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung). Der Vorstand kann mit Freude und mit Dank an die Diskussionsdisziplin aller Teilnehmer resümieren, dass diese veränderte Tagungsstruktur überwiegend positiv aufgenommen wurde.

Die wissenschaftliche Tagungsarbeit war eingebettet in vielfältige Erscheinungsformen Schweizer Gastfreundschaft, wie sie auch in der Begrüßung durch den Dekan der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Universität St. Gallen, *Philippe Mastronardi*, und den abendlichen Empfängen ihren Ausdruck fand: am Mittwoch gemeinsam durch den Rektor der Universität und den Stadtpräsidenten von St. Gallen im Bibliotheksgebäude der Universität, und am Donnerstag durch die Regierung des Kantons St. Gallen im Pfalz Keller. Der Freitag wurde mit einem gemeinsamen Theaterabend im Stadttheater St. Gallen (*Dantons Tod*) und ein sich anschließendes Nachtessen in der Tonhalle abgeschlossen; latein-amerikanische Rhythmen lockten ganz zum Schluss auch noch zum Tanz. Der traditionelle Ausflug am Samstag führte in den Doppelkanton Appenzell und damit an Urstätten der unmittelbaren Demokratie, wie sie in der Versammlung der Landsgemeinde nach wie vor praktiziert wird. Auch hier verstanden es unsere Schweizer Gastgeber, Anschauungsunterricht in Demokratie, kulinarische Verwöhnung und interessante Gespräche vor dem Hintergrund einer wunderschönen Landschaft miteinander zu verbinden.

G. F. S.

Erster Beratungsgegenstand: Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts

Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?

1. Bericht von Prof. Dr. *Matthias Herdegen*, Bonn

Inhalt

	Seite
I. Informalisierung und Entparlamentarisierung:	
Herausforderungen für das Staatsrecht	9
1. Dimensionen der Verfassungserosion	9
2. Kompensation	10
II. Entstaatlichung von Regelungsgegenständen und	
grenzüberschreitende Mobilität	11
1. Entterritorialisierung und supranationale	
Selbstregulierung	11
2. Rolle von Nichtregierungsorganisationen	12
III. Diskurshoheit im parlamentarischen Kompetenzfeld	13
IV. Vorprägung politischer Entscheidungen zu Lasten	
parlamentarischer Gestaltungsmacht	15
1. Inhaltliche Vergesellschaftung legislativer Entscheidungen	
durch Konsensmechanismen	16
2. Vermittlungsausschuss	20
3. Verknüpfung von Vertrauensfrage und	
Sachentscheidung	20
V. Selbstentmachtung des Parlaments	21
1. Haushaltsrecht	21
2. Schwache gesetzliche Determinierung politischer	
Entscheidungen	22
3. „Outsourcing“ legislativer Aufgaben	22
4. Sehnsucht nach einem konstitutionellen Korsett	23
VI. Kupierung parlamentarischer Gestaltungsspielräume	
durch normativ verfestigte Rationalität	23
1. Haushaltsdisziplin und Stabilitätspakt	24
2. Korsettierung politischer Entscheidungen durch	
WTO-Recht	24

VII.	Juridifizierung von politischen Entscheidungen	25
VIII.	Vergemeinschaftete Rechtsetzung	26
IX.	Intergouvernementale Mechanismen	27
X.	Zukunft des Staatsrechts unter den Bedingungen der Globalisierung	29
	1. Leistungskraft des parlamentarischen Gesetzgebers . . .	29
	2. „Nicht-majoritäre“ Entscheidungsformen	30
	3. Neue Legitimationsachsen	30
	4. „Nachführung“ des Verfassungsrechts	31

I. Informalisierung und Entparlamentarisierung: Herausforderungen für das Staatsrecht

„In a republican government the legislative authority, necessarily, predominates“. Dieses berühmte Diktum von *James Madison*¹ hat für die staatsrechtliche Wirklichkeit in Deutschland nie uneingeschränkte Geltung erlangt. Die Klage über die Aushöhlung parlamentarischer Staatsleitung durch Mechanismen innerhalb und außerhalb der konstitutionellen Formenwelt hat jedenfalls in Deutschland und Österreich eine ebenso lange Tradition wie die parlamentarische Demokratie selbst.² Dennoch hat das Thema zu Recht Konjunktur: Denn jenseits des altbekannten Einflusses von Verbänden und innerparteilichen Zirkeln³ belasten neue Erosionsprozesse die Stellung des Parlaments im verfassungsrechtlichen Gefüge.

1. Dimensionen der Verfassungserosion

Alimentiert wird diese Auszehrung durch eine Reihe endogener und exogener Faktoren. Verfassungsrecht und gewachsene Verfassungskultur befördern die Aushöhlung parlamentarischer Steuerung durch Exekutive und Justiz sowie durch die Einbindung verfassungsrechtlich ungebundener Akteure in die Staatsleitung. Die von *Ernst Forsthoff* beschworene „technische Realisation“⁴ nagt an der Gestaltungsmacht des Parlaments und beflügelt den Aufschwung nicht-majoritärer Regelungsinstanzen, die sich dem parlamentarischen Zugriff entziehen. Die internationale Vernetzung von Märkten sowie neue Formen zwischenstaatlicher Konfliktbewältigung nähren die Dominanz der Exekutive; hier verblassen selbst die Unterschiede zwischen parlamentarischer und präsidialer Demokratie. Die Mobilität von Wirtschaftsgütern transzendiert nationale Regelungsgewalt und beschneidet empfindlich die Wirksamkeit der parlamentarischen Gesetzgebung. Damit erschüttert sie auch hergebrachte, auf der

¹ The Federalist no. 51 in: *Hamilton/Madison/Jay The Federalist Papers*, hrsg. von Wills, 1982, 263.

² Siehe nur *C. Schmitt* Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. Aufl. 1926.

³ Hierzu *Böckenförde* Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie, *Der Staat* 15 (1976), 457ff. Zu Bedrohungen des parlamentarischen Systems durch „Neo-Korporatismus“ *Papier* Parlamentarische Demokratie und die innere Souveränität des Staates, in: *Kloepfer u.a.*, Das parlamentarische System der Bundesrepublik Deutschland auf dem Prüfstand, 1984, 33ff.

⁴ *Forsthoff* Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 30ff.

Symmetrie von Schutz und Gehorsam aufbauende Legitimationszusammenhänge im parlamentarischen System.

Der Standortwettbewerb um Investitionen produziert neue Regulierungsmodelle, die im ureigensten Kompetenzfeld des parlamentarischen Gesetzgebers über die konstitutionelle Normentypik hinausgreifen.⁵

Namentlich das stete Anwachsen der internationalen Kooperation führt zu einer Art „Disaggregation“ des Staates durch unmittelbare Vernetzung staatlicher Institutionen.⁶ Gewinner dieser Vernetzung sind die Organe der Exekutive unter Einschluss der Zentralbanken, während sich Parlamente und Gerichte weiterhin in einer Art Mediatisierung befinden.

2. *Kompensation*

Die Gewichtsverschiebungen zu Lasten des Parlaments werden dann zur Gefährdung der Verfassung, wenn keine Kompensation geleistet wird. Art und Maß der gebotenen Kompensation hängen an der jeweils beschädigten Funktion parlamentarischer Steuerung wie

- der Sicherung demokratischer Legitimation,
- der freiheitswahrenden Wirkung parlamentarischer Regelungen im Grundrechtsbereich,
- der Gewährleistung sachlicher Richtigkeit und
- der Transparenz der Entscheidungsfindung.

Leitmodell einer solchen Kompensation sind die Mitwirkungsrechte von Bundestag und Bundesrat nach Art. 23 GG.⁷ Mit der eher dürftigen Mitsprache des Bundestages und dem hypertroph ausgefallenen Einfluss des Bundesrates vertypet der Europaartikel des Grundgesetzes auch die asymmetrische Kompensation in mehrstufigen Rechtsetzungsprozessen, welche das Staatsrecht transzendieren.

⁵ Zum „Corporate Governance Kodex“ siehe V. 3.

⁶ *Slaughter* Governing the Global Economy through Government Networks, in: Byers (Hrsg.) *The Role of Law in International Politics*, 2000, 177 f. Vgl. auch *Zaring* *International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations*, *Texas Journal of International Law* 33 (1998), 281 ff.

⁷ Hierzu *König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, insbes. 523 ff. Die Asymmetrie zugunsten des Bundesrates befördert die Entparlamentarisierung auf Bundes- und Landesebene. Vielleicht steht hinter dieser Unausgewogenheit auch die Einsicht oder Ansicht, ein besser zugunsten des Parlaments austariertes System könnte zu nicht mehr beherrschbarer Komplexität der Entscheidungsfindung führen.

II. Entstaatlichung von Regelungsgegenständen und grenzüberschreitende Mobilität

1. Entterritorialisierung und supranationale Selbstregulierung

Die radikalste Form der Entparlamentarisierung liegt in der völligen Abwanderung von Regelungsgegenständen aus dem staatlichen Herrschaftsbereich. Die Vernetzung von Kommunikationswegen und die Mobilität von Kapital erlauben eine weitreichende regulative Selbstorganisation.⁸

Prägnante Beispiele liefert der „Cyberspace“.⁹ Bei der Vergabe von Internet-Adressen („domain names“) durch ICANN¹⁰ vermengen sich Selbstregulierung der Nutzergemeinschaft mit starker Ingerenz der amerikanischen Bundesregierung.¹¹ Kein Gesetzgeber hat an diesem Steuerungsmodell Anteil.

⁸ Engel The Role of Law in the Governance of Internet, Reprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 2002/13; Walter Constitutionalizing (Inter)national Governance. Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law, GYIL 44 (2001), 170, 186f.

⁹ Hierzu Boehme-Neßler Cyberlaw, 2001; Engel Das Internet und der Nationalstaat, in: Dicke u. a., Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen, Berichte DGVR 39 (1999), 353, 499ff.; Grewlich Governance in „Cyberspace“, 2001; Herdegen Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2002, 46f.; Röben International Internet Governance, GYIL 42 (1999), 400ff.; Shipchandler The Wild Wild Web: Non-Regulation as the Answer of the Regulatory Question, Cornell International Law Journal 33 (2000), 435ff.; Werle Innovationspotentiale im Internet – Selbstregelung auf Strukturebene, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.) Innovation und Telekommunikation, 2000, 141, 151ff.

¹⁰ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

¹¹ Röben (Fn. 9); Froomkin Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution, Duke Law Journal 50 (2000), 17ff.; Shipchandler (Fn. 9); Weinberg ICANN and the Problem of Legitimacy, Duke Law Journal 50 (2000), 187ff. Wegen der Verflechtung der amerikanischen Bundesregierung mit ICANN und dessen Unterwerfung unter das kalifornische Recht ist die Entstaatlichung des Internet-Regimes aus der Perspektive der einzelnen Staaten höchst relativ: ein anschauliches Lehrstück dafür, wie wissenschaftlich-technischer und normativer Standortwettbewerb die Wirkungsmöglichkeiten des Staates als Regelungsinstanz und damit auch parlamentarischer Steuerung bestimmt. Interessant ist der Versuch, binnendemokratisch-pluralistische Entscheidungsstrukturen innerhalb von ICANN unter Repräsentanz der Trägerorganisationen und der Nutzer zu schaffen. Organisation und Entscheidungsstrukturen von ICANN scheinen hinreichend transparent. Die Sachgerechtigkeit des Vergaberegimes bei konkurrierenden Ansprüchen auf Internetadressen wird durch eine enge Abstimmung mit der World Intellectual Property Organization hergestellt (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy), welche die Brücke zum zwischenstaatlichen Bereich schlägt.

2. Rolle von Nichtregierungsorganisationen

Nichtregierungsorganisationen (NGOs) stehen seit langem im Wettbewerb mit staatlichen Organen bei der Entscheidung politischer Fragen. National und international vernetzte NGOs nehmen in Konkurrenz zu parlamentarisch legitimierter Steuerung Einfluss auf das Verhalten staatlicher Organe und privater Akteure.¹² Dies gilt nicht nur für traditionelle Betätigungsfelder von NGOs wie die Menschenrechte¹³, den Umweltschutz¹⁴ oder das humanitäre Völkerrecht. Vielmehr nehmen NGOs zunehmend Einfluss auch auf Fragen der internationalen Wirtschaftsordnung, etwa im Rahmen der World Trade Organization.¹⁵ Viele sehen die NGOs bereits als bestimmende Kräfte einer herausziehenden „International Civil Society“.¹⁶ Auch die Enquete-Kommission des Bundestages zur Globalisierung setzt große Hoffnungen auf eine intensivere Zusammenarbeit des Parlaments mit NGOs.¹⁷

¹² Anderson *The Limits of Pragmatism in American Foreign Policy: Unsolicited Advice to the Bush Administration on Relations with International Nongovernmental Organizations*, Chicago Journal of International Law 2 (2001), 371 ff.; Delbrück/Hofmann (Hrsg.) *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, 1999; Hummer *Internationale nichtstaatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung*, in: Dicke u. a. (Fn. 9), Berichte DGVR 39 (1999), 45 ff.; Reinisch *Governance Without Accountability*, GYIL 44 (2001), 270, 291 ff.; Risse-Kappen (Hrsg.) *Non-State Actors, Domestic Structures and International Institutions*, 1995; Thomas *International NGOs, State Sovereignty, and Democratic Values*, Chicago Journal of International Law 2 (2001), 389 ff.

¹³ MacAlister-Smith *Non-Governmental Organizations, Humanitarian Action and Human Rights*, FS Bernhardt, 1995, 477 ff.

¹⁴ Beyerlin *The Role of NGOs in International Environmental Litigation*, ZaöRV 61 (2001), 357 ff.; Riedinger *Die Rolle nichtstaatlicher Organisationen bei der Entwicklung und Durchsetzung internationalen Umweltrechts*, 2001.

¹⁵ Hierzu Loy *Public Participation in the World Trade Organization*, in: Sampson (Hrsg.) *The Role of the World Trade Organization*, 2001, 113 ff.

¹⁶ Hierzu Gamble/Ku *International Law – New Actors and New Technologies: Center Stage for NGOs?*, Law & Policy in International Business 31 (2000), 221, 228 mwN. So hat der UN-Generalsekretär Kofi Annan vor dem Millennium-Forum vom 22. Mai 2000 das Wirken von NGOs als Ausdruck der „Macht der Völker der Vereinten Nationen“ (im Sinne der Präambel der UN-Charta) gedeutet, <http://www.gobalsolidarity.org/artmilfor.html>.

¹⁷ Schlussbericht der Enquete-Kommission, *Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten*, BT-Drucks. 14/9200, 448. Eine normative Aufwertung von NGOs durch Mitgestaltungsrechte bei staatlichen Entscheidungsprozessen oder im Rahmen internationaler Organisationen gebietet ein deutliches *caveat*. Zum einen sind NGOs oft zu komplexen Abwägungen strukturell außerstande. Zum anderen lässt die fehlende demokratische Legitimation eine Konkurrenz von NGOs mit parlamentarisch legitimierten Entscheidungsträgern als ein allzu großes konstitutionelles Wagnis erscheinen.

Die *cause célèbre* der Entsorgung der Bohrinsel *Brent Spar* mit der Konfrontation zwischen *Greenpeace* und dem mit Deckung durch die britische Regierung agierenden Ölkonzern *Shell* dokumentiert das hohe Wirkungspotential medial erfolgreicher NGOs selbst gegenüber den Kräften des parlamentarischen Systems.¹⁸ Übertragen auf das konstitutionelle Gefüge der Bundesrepublik Deutschland zeigt die *Brent Spar*-Affaire das dreifache Gefährdungspotential der Einflussnahme von NGOs auf: Erstens agieren hier private Organisationen ohne jede demokratische Legitimation in Konkurrenz zu parlamentarisch legitimierten Entscheidungsträgern. Zweitens vermag die von solchen Organisationen aufgebaute Drohkulisse grundrechtlich geschützte Freiheitsräume einzuschnüren. Drittens garantiert unter dem Gesichtspunkt der Sachgerechtigkeit die Einflussnahme von NGOs nicht einmal in deren ureigensten Interessensbereichen einen überzeugenden Lösungsansatz.

III. Diskurshoheit im parlamentarischen Kompetenzfeld

In scheinbar milder, jedoch wirksamer Form zehrt die Verlagerung des legislativen Diskurses auf außerparlamentarische Foren an der Autorität des Parlaments als Hort der repräsentativen Diskussion. Die Exekutive vermag Gremien wie die vom Bundesminister des Innern eingesetzte Zuwanderungskommission¹⁹ oder die mit Vorschlägen zur Reform des Arbeitsmarktes betraute „Hartz-Kommission“ mit der Aura eines überparteilichen „Nebenorgans“ der Regierung zur Erarbeitung legislatorischer Leitlinien zu umgeben. Sie überwälzt damit auf ein außerparlamentarisches Forum Aufgaben, die offenbar die Gestaltungskraft der die

¹⁸ Hier zwang der von der Umweltorganisation *Greenpeace* aufgebaute Druck einen multinationalen Erdölkonzern (*Shell UK*), eine mittlerweile politisierte Entscheidung umzustößen. Interessant ist, dass die von *Greenpeace* erfolgreich bekämpfte Entsorgungslösung mit der britischen Regierung und nationalen Umweltorganisationen abgestimmt war. Pikanterweise forderte der deutsche Bundeskanzler unter dem Eindruck des von *Greenpeace* entfachten Entrüstungssturmes die britische Regierung zur Abkehr von dem ursprünglichen Entsorgungsprojekt auf, während der Premierminister im britischen Unterhaus seine Unterstützung für *Shell* bekräftigte. Im Ergebnis hat *Greenpeace* seine Kampagne auf eine empirisch mangelhafte Risikoabschätzung gestützt und letztlich wohl eine gesteigerte Umweltbelastung bewirkt (*Prins/Sellwood Global Security Problems and the Challenge to Democratic Process*, in: Archibugi/Held/Köhler [Hrsg.] *Re-imagining Political Community*, 1998, 252, 257 ff.).

¹⁹ Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ – Zuwanderung gestalten, Integration fördern vom 4. 7. 2001 (www.bmi.bund.de/top/dokumente/Artikel/ix_46876.htm).

Regierung tragenden Parlamentsfraktionen und deren Vertrauen in die überzeugende Vermittlung der eigenen Politik übersteigen. Die Regierung kann sich solcher Gremien zur Distorsion des parlamentarischen Rollenspiels bedienen: Die Opposition sieht sich am Ende mit Modellen konfrontiert, welche die Weihe der parteiübergreifenden Verständigung haben.

Auf einer anderen Wirkungsebene sind Kommissionen angesiedelt, die umstrittene Entscheidungen dem politischen Meinungskampf entrücken sollen. Der Bundeskanzler hat seinen „Nationalen Ethikrat“²⁰ mit dem Beruf eingesetzt, eine stark von subjektiven Wertvorstellungen bestimmte Kontroverse in der modernen Biomedizin in die Nähe empirisch gestützter Rationalität, gewissermaßen der Wahrheitsfähigkeit zu rücken. Eine fraktionsübergreifende Koalition im Deutschen Bundestag hat diese Mission des Nationalen Ethikrats scheitern lassen. Die Diskussion des Fragenkomplexes in der Enquete-Kommission des Bundestages „Recht und Ethik der modernen Medizin“²¹ und der parlamentarische Diskurs haben den Positionen des Ethikrats die intendierte Wirkung genommen. Die Beratungen zum Import von Stammzellen gereichten – bei allen Mängeln des Gesetzes – dem deutschen Parlamentarismus zur Ehre.

Beide Beispiele zeigen, dass die Exekutive im Wettstreit mit dem Parlament um die Diskurshoheit nur insoweit erfolgreich ist, wie sich im Parlament wirksame Kräfte auf das ihr von der Regierung zugewiesene Rollenspiel einlassen (Beispiel: Zuwanderungskommission) oder das Parlament den Wettkampf nicht aufzunehmen bereit ist. In diesem Wettstreit liegt keine Gefährdung der Verfassung, sondern vielmehr eine fruchtbare Herausforderung an das Parlament.

Mit großer Skepsis sind Entwicklungen zu beobachten, in denen staatliche Einrichtungen (in welcher Organisationsform auch immer) gewollt oder ungewollt jenseits ihrer Zweckbestimmung als politische Instanz agieren. Ein Beispiel bildet die Deutsche Forschungsgemeinschaft mit ihren Grundsätzen zur Stammzellenforschung²², die zeitweise zum Substitut parlamentarischer Gesetzgebung zu gerinnen schienen.²³

²⁰ <http://www.ethikrat.org>.

²¹ Deutscher Bundestag, Referat Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.) Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin, 2002.

²² Hierzu Müller-Terpitz Die neuen Empfehlungen der DFG zur Forschung mit menschlichen Stammzellen, WissR 34 (2001), 271 ff.

²³ Die Einrichtungen von Bund und Ländern zur Forschungsförderung haben kein Mandat zu politischer Wertung, die sich falsifizierbaren Kriterien entzieht. Ihre demokratische und ethische Legitimation ist nicht größer als die eines einzelnen Wissenschaftlers, dessen Forschungsfreiheit mittelbar durch solche außerparlamentarischen Leitlinien be-

IV. Vorprägung politischer Entscheidungen zu Lasten parlamentarischer Gestaltungsmacht

Im Nerv getroffen wird die parlamentarische Staatsleitung durch Mechanismen, die gesetzliche Regelungen durch außerparlamentarischen Konsens verdrängen oder die Rolle des Parlaments auf die rechtsförmliche Zustimmung zu bereits festgelegten Inhalten reduzieren.²⁴ Das Auspaktieren von Gesetzesinhalten durch Exekutive und Interessengruppen führt die inhaltliche Konkretisierung von politischen Entscheidungen am Parlament vorbei. Diese Pakte drängen das Parlament ähnlich wie bei der Zustimmung zu völkerrechtlichen Verträgen in eine Ratifikationslage ab. Besonders unheilvoll wirken korporatistische Elemente in der Gesetzgebung durch ihre Kartellwirkung, die sozial- und arbeitsrechtliche Strukturen gegen Reformimpulse des internationalen Systemwettbewerbs abschirmen.²⁵ In dieser Vergesellschaftung politischer Entscheidungsprozesse mag man die Konsequenz einer Entwicklung sehen, die immer mehr gesellschaftliche Erwartungen auf den Staat projiziert, die

schnitten wird. Die zum Teil vorauseilende Inanspruchnahme der DFG als ethische Autorität durch Universitäten und andere Forschungseinrichtungen hat die grundgesetzlich (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) sowohl geschützt wie geforderte Eigenverantwortung des einzelnen Forschers missachtet.

²⁴ P. Kirchhof Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?, NJW 2001, 1332f.; Ruffert Entformalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, DVBl. 2002, 1145, 1048. Siehe auch Grimm Bedingungen demokratischer Rechtsetzung, FS Habermas, 2001, 489, 502ff.; Schulze-Fielitz Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 257ff.; Scholz Staatsleitung im parlamentarischen Regierungssystem, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 663, 691. Das Grundgesetz selbst induziert mit der Zustimmungspflichtigkeit von Gesetzen parteienübergreifende, Bund und Länder einspannende Verhandlungsprozesse, deren Ergebnisse faktisch im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren nicht mehr zur Disposition stehen; hierzu Dolzer Das parlamentarische Regierungssystem und der Bundesrat – Entwicklungsstand und Reformbedarf, VVDStRL 58 (1998), 8, 19ff.; Grimm Das Grundgesetz nach 50 Jahren – Versuch einer staatsrechtlichen Würdigung, in: Bundesministerium des Inneren (Hrsg.) Bewährung und Herausforderung – Die Verfassung vor der Zukunft, 1999, 38, 54f.

²⁵ Vgl. Scholz Sozialstaat und Globalisierung, FS Steinberger, 2002, 611, 620f.; zu dem sich auf europäischer Ebene ausbreitenden Neo-Korporatismus, in dem die Interessenvertreter von Industrie und Arbeitnehmerschaft im Zusammenwirken mit der Exekutive demokratische Entscheidungsprozesse unterlaufen, Weiler European Democracy and its Critics: Polity and System, in: The Constitution of Europe (CUP, 1999), 283. Siehe auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung: Der europäische soziale Dialog, Determinante für Modernisierung und Wandel / Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Einrichtung eines Tripartiten Sozialgipfels für Wachstum und Beschäftigung, KOM (2002) 341 endg.

dem Staat „in sein täglich wachsendes Pflichtenheft schlechtweg alles [oktroiiert], wovon man weiß oder ahnt, dass es die Gesellschaft nicht tun werde.“ Diese Wendung stammt nicht von modernen Verfechtern eines schlanken Staates, sondern aus den „Weltgeschichtlichen Betrachtungen“ von *Jacob Burckhardt*.²⁶

1. *Inhaltliche Vergesellschaftung legislativer Entscheidungen durch Konsensmechanismen*

Eine Herausforderung für den parlamentarischen Prozess liegt schon in „Normabwendungsabsprachen“, bei denen Unternehmen oder Verbände gegenüber der Regierung die Erfüllung bestimmter „Verpflichtungen“ zusagen (etwa im Bereich des Klimaschutzes und der gesetzlichen Krankenversicherung).²⁷ Mit solchen Vereinbarungen steuern Exekutive und wirtschaftliche Interessengruppen den Verzicht auf parlamentsgesetzliche Regelungen. Der parlamentarische Gesetzesbeschluss wird auf eine bloße Drohkulisse reduziert.

Zu einem qualitativen Sprung kommt es beim Auspaktieren von Gesetzesinhalten durch Regierung und private Interessengruppen. Beispiele für derartige Gesetzespakete liefern der in Vertragsform niedergelegte „Energiekonsens“²⁸ und Absprachen im sog. „Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit“²⁹.

²⁶ Weltgeschichtliche Betrachtungen, hrsg. von R. Marx, 1978, 135.

²⁷ *Schmidt-Preuß* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160, 217 ff.; ders. Gestaltungs-kräfte im parlamentarischen System der Bundesrepublik Deutschland, FS Leisner, 1999, 467, 479. Ein prägnantes Beispiel eines gesetzesabwendenden Pakts bildet die Verabredung des Verbandes forschender Arzneimittelhersteller und der Bundesregierung über die Konsolidierung der Finanzen der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Darin erklärt sich der Verband der forschenden Arzneimittelhersteller zur Zahlung eines einmaligen Beitrages in Höhe von 400 Millionen DM im Jahre 2002 an die GKV bereit. Im Gegenzug gab die Bundesregierung eine Verzichtserklärung in dem Sinne ab, dass in den Jahren 2002 und 2003 auf jegliche staatliche Preisregulierung im festbetragsfreien Markt verzichtet werde. Siehe hierzu die Presseerklärung Nr. 31/2001 vom 8. 11. 2001 des Verbandes forschender Arzneimittelhersteller: www.vfa.de/extern/d/presse/2656.html. Vgl. hierzu ferner *P. Kirchhof* Gesetzgebung braucht Form und Stil, F.A.Z. vom 4. 9. 2002, Nr. 205, 8.

²⁸ Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen vom 14. 6. 2000, [http://www.bundesregierung.de/Anlage67/Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen vom 14.6.2000.pdf](http://www.bundesregierung.de/Anlage67/Vereinbarung%20zwischen%20der%20Bundesregierung%20und%20den%20Energieversorgungsunternehmen%20vom%2014.6.2000.pdf), abgedruckt in: NVwZ 2000/Beilage IV (zu Heft 10); hierzu *Pasemann/Baufeld* Verfassungsrecht und Gesetzgebung auf Grundlage von Konsensvereinbarungen, ZRP 2002, 119 ff.; *Schmidt-Preuß* Möglichkeiten und Grenzen der Technikumsteuerung am Beispiel

Angesichts der gesicherten Erwartung verlässlicher Umsetzung solcher Pakte tritt die Frage nach der Rechtsnatur (etwa verfassungsrechtlicher Vertrag³⁰) und der Rechtswirkung in den Hintergrund. Dass hier sogar das Erkenntnisinteresse an der Grenzziehung zwischen rechtlich verbindlichen Regelungen und der faktischen Vorprägung des Normativen schwindet, belegt nur die Dramatik, die im Auspaktieren von Gesetzesinhalten als Entmaterialisierung der parlamentarischen Gesetzgebung liegt.

Bei gesetzprägenden Pakten mag man auf Seiten der privaten Parteien präterkonstitutionelle Akteure heraufziehen sehen, welche in einem eigenartigen *dédoublement fonctionnel* eine bereits grundrechtlich gesicherte Position noch einmal in quasi legislativen Prozessen zur Geltung bringen können.³¹ Jenseits schlicht verfassungspolitischer Bedenken ist dies so lange hinzunehmen, wie es sich um Mechanismen handelt, die dem bipolaren Austrag klar umrissener Individualinteressen einerseits und eines von der Regierungsmehrheit definierten Allgemeinbelangs andererseits dienen. Die Grenze zur Verfassungswidrigkeit ist dann überschritten, wenn auspaaktierte Regelungen verfassungsrechtlich geschützte Interessen Dritter berühren, die vom Verhandlungsprozess völlig ausgegrenzt werden – seien es Grundrechtsbelange oder Kompetenzen im föderalen Sys-

des Ausstiegs aus der Kernenergie, in: Kloepper (Hrsg.) Technikumsteuerung als Rechtsproblem, 2002, 119 ff.; *Schorkopf* Die „vereinbarte“ Novellierung des Atomgesetzes, NVwZ 2000, 1111 ff. In der Vereinbarung übernehmen die Energieversorgungsunternehmen bestimmte Verpflichtungen. Im Sinne eines vertraglichen Synallagmas (vgl. *Schmidt-Preuß* Gestaltungskräfte [Fn. 27], 479) übernimmt es die Bundesregierung, einen Entwurf zur Novelle des Atomgesetzes im Sinne der vereinbarten Grundlinien zu erarbeiten und von bestimmten verschärfenden Initiativen gegen die Nutzung der Kernenergie Abstand zu nehmen. Schließlich bekundet die Präambel der Vereinbarung Konsens über das Ausbleiben von Entschädigungsansprüchen. Die Vereinbarung reicht über eine politische Absichtserklärung hinaus (vgl. auch die abweichende Meinung der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff*, BVerfG, DVBl. 2002, 549, 554). Für die Qualifizierung als eine politische Absichtserklärung ohne jegliche rechtliche Bindungswirkung spricht sich *Schmidt-Preuß* in: Kloepper (Hrsg.) Technikumsteuerung als Rechtsproblem, 2002, 119, 123 aus. Die Zusagen der Bundesregierung zur Ausübung ihres Initiativrechts (Art. 76 Abs. 1 GG) begründen zwar keine Rechtspflicht, da sich diese Kompetenz einer vertraglichen Beschränkung jedenfalls gegenüber Privaten entzieht; aber sie äußern als Geschäftsgrundlage der Vereinbarung durchaus normative Wirkung. Nach der Logik der Vereinbarung gehört deren getreue parlamentarische Umsetzung durch Gesetzesbeschluss ebenfalls zur Geschäftsgrundlage (so ausdrücklich die Vereinbarung, *sub* V.).

²⁹ So dienten die Regierungsentwürfe eines Gesetzes und eines Zweiten Gesetzes zur Fortentwicklung der Altersteilzeit nach der Begründung ausdrücklich der Umsetzung einer im „Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit“ erzielten Einigung, BT-Drucks. 14/1831, 1; BT-Drucks. 14/3158, 1.

³⁰ *Schorkopf* (Fn. 28), 1112.

³¹ Vgl. *Grimm* (Fn. 24), 55; *Papier* (Fn. 3), 34.

tem.³² Mit der nur selektiven Beteiligung geschützter Interessenten am Aushandeln von Gesetzesinhalten verletzt die Bundesregierung angesichts ihrer lückenlosen Verfassungsbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) grundgesetzliche Schutz- und Rücksichtnahmepflichten.

Die Forderung nach einer Beteiligung des Parlaments an Gesetzespakten³³ hat wenig Substanz. Sie würde nur die präjudizierende Wirkung außerparlamentarischer Absprachen zu Lasten der Geltungsautorität des Gesetzesbeschlusses verstärken. Am ehesten lässt sich die parlamentarische Steuerung im Vorfeld des Gesetzespaktes durch eine Art „Maßstäbengesetz“ oder durch einen schlichten „Maßstäbebeschluss“ erreichen, welche Leitlinien für Verhandlungen zwischen Regierung und Interessengruppen festlegen.³⁴

Gesetzespakete nähren die staatsrechtliche Klage, hier werde das Verfahren der parlamentarischen Deliberation als Vehikel sachgerechter Abwägung preisgegeben.³⁵ Dennoch besteht wenig Anlass zur Larmoyanz. Die Idealisierung der parlamentarischen Deliberation als Garant von sachgerechter Abwägung verkennt die Rechtswirklichkeit. Sachgerechtigkeit und Transparenz mögen in gesetzestvorbereitenden Absprachen zwischen Interessenvertretern und Exekutive sogar besser aufgehoben sein als in konturenscharfen Koalitionsvereinbarungen. Die staatsrechtliche Entwicklung mit einer subtilen Grundrechtskasuistik induziert geradezu die Sehnsucht nach auspackierten Gesetzen, über denen nicht mehr das Damoklesschwert verfassungsrechtlicher Auseinandersetzungen schwebt. Schließlich bleibt es dem Parlament unbenommen, sich seiner (durch außerparlamentarische Absprachen normativ ungebundenen)

³² In diesem Sinne, wenn auch recht vorsichtig zu informellen Absprachen zwischen Bund und Kernkraftwerksbetreibern („*Kernkraftwerk Biblis A**“) BVerfG, DVBl. 2002, 549, 552. Danach „ist im Bereich informalen Handelns wegen des Kontakts zu Dritten ein gewisses Gefahrenpotential nicht zu verkennen, aus dem sich grundsätzlich Beeinträchtigungen der Wahrnehmungskompetenz des Landes ergeben können, ohne dass dies dem Land bekannt [ist] und dieses in die Lage versetzt wird, den Bund mit den für die Länder bei einer solchen Konstellation vorgesehenen verfassungsprozessualen Rechtsbehelfen in die Schranken weisen zu lassen.“ Noch strenger als die Mehrheitsmeinung fordern die Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff* in ihrem abweichenden Votum (ebd. 553 ff.), dass der Bund auch bei von seiner Sachkompetenz gedeckten informellen Absprachen mit Dritten auf die schlichte Wahrnehmungskompetenz der Länder durch Gelegenheit zur Stellungnahme Rücksicht nimmt.

³³ *Pasemann/Baufeld* (Fn. 28), 123.

³⁴ Vgl. *Dederer* Korporative Staatsgewalt (noch unveröffentlichte Habilitationsschrift), § 11 II 4.

³⁵ Zur „Güte des parlamentarischen Verfahrens“ *Cremer* Anwendungsorientierte Verfassungsauslegung, 2000, 181 ff.; *Kirchhof* (Fn. 24), 1333.

Gestaltungskraft zu versichern. Schon deshalb liegt in solchen Abmachungen keine Verletzung der „Organtreue“ im Verhältnis von Regierung und Parlament³⁶ oder gar eine materielle Aushöhlung des Stimmrechts aus Art. 38 GG.³⁷ Am Ende verfügt jedes Parlament über das Maß an Autorität und Autoritätsverlust, das es nach dem Handeln seiner jeweiligen Mehrheit und Opposition verdient.

Auf den Gipfel getrieben wird die materielle Entdemokratisierung legislativer Prozesse beim „sozialen Dialog“ der europäischen Sozialpartner (Art. 139 Abs. 2 EG³⁸). Hier agiert der Rat der Europäischen Union³⁹ nur noch als bloße „Ratifikationsmaschine“ mit der Folge, dass auch die Beteiligung der nationalen Parlamente⁴⁰ ihre gestalterische Substanz einbüßt. Das Europäische Parlament wird hier ohnehin völlig ausgeblendet. Diese Form der europäischen Gesetzgebung dürfte die demokratischen Mindeststandards im Sinne von Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG unterschreiten.⁴¹

³⁶ Vgl. Ruffert (Fn. 24), 1153.

³⁷ Vgl. zum materiellen Gehalt von Art. 38 GG BVerfGE 89, 155, 182 ff.

³⁸ Hierzu Barnard *The Social Partners and the Governance Agenda*, *European Law Journal* 8 (2000), 80 ff.; Britz/Schmidt *The Institutionalized Legislative Activities of the European Community: A Challenge to the Principle of Democracy under Community Law*, *European Law Journal* 6 (2000), 45 ff.; Dederer *Durchführung von Vereinbarungen der europäischen Sozialpartner*, RdA 2000, 216 ff.; Franssen/Jacobs *The Question of Representativity in the European Social Dialogue*, *Common Market Law Review* 35 (1998), 1295 ff.

³⁹ Nach der vom Rat akzeptierten und ständiger Praxis entsprechenden Auffassung der Kommission legen die Vereinbarungen der Sozialpartner nach Art. 139 Abs. 1 EG den Inhalt der entsprechenden Rechtssetzungsakte ohne Änderungsbefugnis des Rates abschließend fest (Mitteilung der Kommission über die Anwendung des Protokolls über die Sozialpolitik an den Rat und das Europäische Parlament, KOM [1993] 600 endg., Ziff. 38; Mitteilung der Kommission, *Der europäische soziale Dialog, Determinante für Modernisierung und Wandel*, KOM [2002] 341 endg., 20). Dieser Auffassung folgt die wohl herrschende Lehre (Rebhahn in: Schwarze [Hrsg.] *EU-Kommentar*, Art. 139 EGV Rn. 8 mwN). Kritisch hierzu aber Bödding *Die europarechtlichen Instrumentarien der Sozialpartner*, 1996, 111 ff., 124; Heinze *Die Rechtsgrundlagen des sozialen Dialogs auf Gemeinschaftsebene*, ZfA 1997, 505, 519; Kliemann *Die europäische Sozialintegration nach Maastricht*, 1997, 138; Langenbucher *Zur Zulässigkeit parlamentsersetzender Normgebungsverfahren im Europarecht*, ZEuP 2002, 65 ff., 272 f. Immerhin hat das Europäische Gericht erster Instanz die hinreichende Repräsentativität der beteiligten Interessenverbände geprüft (EuG, Rs. C-135/96, Slg. 1998, II, 2335 – *UEAPME*; hierzu Dederer [Fn. 38], 216 ff.).

⁴⁰ Siehe Art. 23 Abs. 3 GG, Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union; zur Beteiligung des Bundestages Hölscheidt *The German Bundestag: From Benevolent 'Weakness' Towards Supportive Scrutiny*, in: Maurer/Wessels (Hrsg.) *National Parliaments on their Ways to Europe: Losers or Latecomers?*, 2001, 117 ff.

⁴¹ Vgl. Herdegen *Europarecht*, 4. Aufl. 2002, 343.

2. Vermittlungsausschuss

Der Ausschuss inhaltlicher Mitgestaltung des Parlaments bei Abstimmungen über Einigungsvorschläge des Vermittlungsausschusses⁴² gewinnt in dem Maße Brisanz, in dem der Vorschlag über den Gegenstand des Anrufungsbegehrens und des vorausgehenden Gesetzgebungsverfahrens hinausgreift.⁴³ Die Funktionsfähigkeit des Vermittlungsverfahrens rechtfertigt Einigungsvorschläge, die in einem Sachzusammenhang mit dem vorausgegangenen Beschluss des Bundestages stehen und bereits in irgendeiner Form in das parlamentarische Verfahren eingeflossen sind.⁴⁴ Voraussetzung für ein gegenständliches Hinausreichen über den Gesetzesbeschluss des Bundestages muss aber bleiben, dass die vom Vermittlungsausschuss aufgegriffenen Anträge oder Aufforderungen von Fraktionen eine klare Regelungstendenz aufweisen. Der Vermittlungsausschuss verletzt dieses Gebot vor allem dann, wenn der Bundestag vor dem Vermittlungsvorschlag keinerlei Anlass hatte, über Eingriffe in grundrechtliche oder sonst verfassungsrechtlich geschützte Belange zu beraten, die nunmehr Gegenstand des Einigungsvorschlages sind.

3. Verknüpfung von Vertrauensfrage und Sachentscheidung

Eine besondere Spielart exekutivischer Dominanz liegt in der Verknüpfung von Vertrauensfrage (Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG) und Sachentscheidung, wie sie der Bundeskanzler im November 2001 praktiziert hat.⁴⁵ Für

⁴² § 10 Abs. 2 und Abs. 3 GOVermAussch; hierzu Dietlein in: Schneider/Zeh (Hrsg.) Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 57 Rn. 51.

⁴³ Das in Art. 77 Abs. 2 GG anerkannte Interesse an einer Verhinderung von Gesetzgebungsblokkaden streitet hier mit der Öffentlichkeit der Parlamentsverhandlungen (Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG) und der Beschränkung des Gesetzesinitiativrechts aus Art. 76 Abs. 1 GG sowie dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Auflösung dieses Widerstreits verlangt bei der gegenständlichen Ausweitung von Vermittlungsvorschlägen nach verfassungsrechtlichen Konturen (siehe BVerfGE 72, 175, 187 ff.; BFHE 196, 232, 238 ff.; Cornils Politikgestaltung durch den Vermittlungsausschuss, DVBl. 2002, 497 ff.; Schenke Die verfassungsrechtlichen Grenzen des Vermittlungsausschusses, 1984). Das Bundesverfassungsgericht bindet den Vermittlungsausschuss mit seinen Vorschlägen an den Rahmen, der durch die „bisherigen Auffassungsunterschiede im Parlament oder der bisherigen Gegenläufigkeit zwischen Bundestag und Bundesrat“ gezogen wird (BVerfGE 101, 297, 308).

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 72, 175, 190; Cornils (Fn. 43), 501 ff.

⁴⁵ Antrag der Bundesregierung zum Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte bei der Unterstützung der gemeinsamen Reaktion auf terroristische Angriffe gegen die USA, BT-Drucks. 14/7296 und Antrag des Bundeskanzlers gem. Art. 68 GG, BT-Drucks. 14/7740 vom 13. 11. 2001; hierzu Schönberger Parlamentarische Demokratie unter Kanzlervorbehalt?, JZ 2002, 211 ff.

die Verbindung von Gesetzesvorlage und Vertrauensfrage legt die Regelung des Gesetzgebungsnotstands (Art. 81 Abs. 1 S. 2 GG) die Zulässigkeit einer einheitlichen Abstimmung nahe.⁴⁶ In jedem Falle braucht sich der Bundestag eine Zustimmung zum Sachantrag unter Beschneidung der inhaltlichen Mitgestaltung nicht aufzwingen zu lassen. Die politischen Risiken der beliebigen Verknüpfung von Vertrauensfrage und Sachantrag machen angestrenzte exegetische Bemühungen zum Schutze des parlamentarischen Beratungsrechts⁴⁷ entbehrlich.

V. Selbstentmachtung des Parlaments

An der Erosion eigener Gestaltungskraft wirkt der Deutsche Bundestag durch kontinuierliche Selbstentmachtung energisch mit.

1. Haushaltsrecht

Zur parlamentarischen Selbstentmachtung gehören Szenarien, in denen erst der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht nicht nur die Bundesregierung, sondern auch die sie tragende Bundestagsmehrheit sich auf das Haushaltsrecht des Parlaments und dessen strenge Formensprache besinnen lässt (wie es im *Airbus*-Streit geschehen ist).⁴⁸ Mit einer ausdrücklichen Zweckbestimmung von Steuern begibt sich das Parlament in eine schwer wieder auflösbare Selbstbindung.⁴⁹ Das System der sog.

⁴⁶ Für die gleichzeitige und einheitliche Abstimmung die wohl hM: *Bryde* in: v. Münch/Kunig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 1996, Art. 81 Rn. 5; *Herzog* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 68 Rn. 26 Fn. 12; *Lücke* in: Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 81 Rn. 6; *Mager* in: v. Münch/Kunig (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 4./5. Aufl. 2001, Art. 68 Rn. 6; aA *Schönberger* (Fn. 45), 213 f. mwN. *A fortiori* stehen bei sonstigen Parlamentsbeschlüssen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwände der Verknüpfung der Vertrauensfrage entgegen; dazu *Herzog* ebd. Art. 68 Rn. 27; *H.H. Klein* F.A.Z. vom 15. 11. 2001, Nr. 266, 4.

⁴⁷ Vgl. *Schönberger* (Fn. 45), 216.

⁴⁸ Zum „Airbus-Streit“ die Gemeinsame Vereinbarung zwischen der Bundesregierung einerseits und der CDU/CSU- sowie der FDP-Fraktion andererseits, auf welche sich die Parteien am 29. Januar 2002 vor dem Bundesverfassungsgericht geeinigt haben (http://www.bundesregierung.de/emagazine_entw,-68335/A400M-Gemeinsame-Vereinbarung.htm). Zum „Airbus-Streit“ <http://www.faz.net> vom 25. 1. 2002; <http://www.sueddeutsche.de/deutschland/politik/35334/index/php>; *Hufeld* Der Budgetkonflikt um das Transportzeug A400 M, NVwZ 2002, 957 ff.

⁴⁹ Jüngstes Beispiel ist die sog. „Öko-Steuer“ mit der Widmung für die Rentenversicherung; hierzu *Herdegen/Schön* Ökologische Steuerreform, Verfassungsrecht und Verkehrsgewerbe, 2000, 41 mwN.

„Budgetierung“ (§ 6a HGrG) schwächt die Ausgabenkontrolle durch das Parlament zugunsten stärkerer Steuerung der Aufgabenerfüllung.⁵⁰

2. *Schwache gesetzliche Determinierung politischer Entscheidungen*

Politische Entscheidungsmacht gibt der parlamentarische Gesetzgeber auch durch den Verzicht auf konturenscharfe Steuerung politischer Entscheidungsprozesse preis. Äußerst weit gespannte Verordnungsermächtigungen etwa zur Umsetzung von EG-Richtlinien⁵¹ bilden ebenso eine Entäußerung legislativer Einflussmöglichkeiten wie nebulöse Rezeptionsbegriffe, welche Sachentscheidungen auch in den politischen Grundlinien an außerparlamentarische Gremien und sonstige Rechtsanwender delegieren, wie dies durch schwer justitiable Ethikklauseln (etwa im Bereich der Biomedizin) geschieht.⁵²

3. *„Outsourcing“ legislativer Aufgaben*

Noch weiter geht das „outsourcing“ der Normierung von Verhaltensstandards, die von ihrem Gegenstand her zu den klassischen Gesetzgebungsaufgaben gehören. Auf einer höchst dürftigen gesetzlichen Grundlage (§ 161 AktG) steuern im Aktienrecht die Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ mit faktischer Zwangswirkung Verpflichtungen von Gesellschaftsorganen. Diese Empfehlungen geraten in gefährliche Nähe zu einer freischwebenden Form delegierter Rechtsetzung (insbesondere wenn sie als Konkretisierung gesetzlicher Organpflichten wirken⁵³). Gesetz und gesetzsergänzender Kodex treten hier in eine diffuse Verflechtung. Selten hat sich der parlamentarische Gesetzgeber seiner Verantwortung für wesentliche Grundrechtseingriffe so unbefangen entledigt.⁵⁴ Einen ähnlichen parla-

⁵⁰ Hill Zur Sicherung des parlamentarischen Budgetrechts im Neuen Steuerungsmodell, in: Hill (Hrsg.) Parlamentarische Steuerungsordnung, 2001, 41, 42f.

⁵¹ Hierzu Bauer Das Bestimmtheitsgebot für Verordnungsermächtigungen im Europäisierungssog, FS Steinberger, 2002, 1061 ff.; Breuer Die Umsetzung europäischer Vorgaben in deutsches Recht – § 6a WHG, ZfW 1999, 220, 225 ff.

⁵² Siehe etwa § 6 Abs. 4 Nr. 2 iVm § 5, § 6 Abs. 3 Abs. 2 iVm § 8 Stammzellgesetz.

⁵³ Vgl. Lutter Die Kontrolle der gesellschaftsrechtlichen Organe: Corporate Governance – ein internationales Thema, JURA 2002, 83, 86; Peltzer Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance, NZG 2002, 593, 594.

⁵⁴ Vgl. M. Wolf Corporate Governance – Der Import angelsächsischer „Self-Regulation“ im Widerstreit zum deutschen Parlamentsvorbehalt, ZRP 2002, 59, 60; siehe zu den Grenzen der Selbstregulierung im Grundrechtsbereich schon BVerfGE 33, 125, 155 ff.

mentarischen *self-restraint* praktiziert der Gesetzgeber im dynamischen Verweis auf internationale Standards der Rechnungslegung im Handelsgesetzbuch (§ 292a Abs. 2 Nr. 2 lit. a).⁵⁵

Eine „Vergesellschaftung“ legislativer Aufgaben sieht das Behindertengleichstellungsgesetz in Zielvereinbarungen zwischen Unternehmen (Unternehmensverbänden) und Behindertenverbänden mit einer Verhandlungspflicht auf Unternehmensseite und staatlich gewährleisteter Publizität (§ 5 BGG) vor.⁵⁶ Diese Überwälzung grundrechtsrelevanter Regelungen (im Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG) bei gleichzeitigem Eingriff in die Privatautonomie muss sich am Parlamentsvorbehalt sowohl in seiner demokratischen als auch in seiner rechtsstaatlich-grundrechtlichen Komponente messen lassen.⁵⁷

4. *Sehnsucht nach einem konstitutionellen Korsett*

Schließlich wirkt gerade beim Parlament der Bundesrepublik Deutschland eine merkwürdige Sehnsucht nach Bindung durch ein immer enger geknüpftes Netzwerk verfassungsrechtlicher Abwägungspositionen. Nach dem Asylartikel (Art. 16a GG) ist das neue Staatsziel des Tierschutzes (Art. 20a GG) nur ein weiterer Beleg für diese Gier nach einem konstitutionellen Korsett, gewissermaßen für den „Laakoon-Komplex“ des deutschen Parlaments, mit dem (bei ganz anderer Motivation) nur die verfassungsgesetzliche Proliferation des österreichischen Bundesparlaments mithalten kann.

VI. **Kupierung parlamentarischer Gestaltungsspielräume durch normativ verfestigte Rationalität**

Die Konsolidierung empirisch gestützter Rationalität durch europa- und völkerrechtliche Standards fügt sich zu einem Korsett, das oft in seiner normativen Dichte selbst die verfassungsrechtliche Steuerung politischer Entscheidungen weit hinter sich lässt. Die deutsche Staatsrechts-

⁵⁵ Hierzu P. Kirchhof Gesetzgebung und private Regelsetzung als Geltungsgrund für Rechnungslegungspflichten?, ZGR 2000, 681 ff.

⁵⁶ Den Anstoß für diese Regelung lieferte Art. 13 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG (ABl. 2000 Nr. L 303, 16). Danach sollen die Mitgliedstaaten – vorbehaltlich der „einzelstaatlichen Gepflogenheiten und Verfahren“ – Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Abschluss von Antidiskriminierungsvereinbarungen auffordern.

⁵⁷ Zu diesen Ausprägungen des Gesetzesvorbehalts Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: HStR III, 1988, 315, 332 ff.

lehre verfolgt diese Entwicklung – wenn überhaupt – meist mit erstaunlicher Serenität.

1. *Haushaltsdisziplin und Stabilitätspakt*

Die Hochstufung der Preisstabilität zum beherrschenden Ziel der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion⁵⁸ bündigt die Haushaltspolitik im Rahmen des „Stabilitäts- und Wachstumspakts“ normativ in beispielloser Weise.⁵⁹ Zum Primat empirisch gestützter Standards gehört nicht nur die Abschirmung des Europäischen Systems der Zentralbanken vor parlamentarischen Einflüssen.⁶⁰ Vielmehr zeigen sich auch massive Gewichtsverschiebungen unter den politischen Organen. Beredtes Zeugnis hierfür liefert die in Brüssel ohne parlamentarische Rückendeckung abgegebene Erklärung des Bundesfinanzministers vom Februar 2002, die Bundesrepublik Deutschland werde im Jahre 2004 einen ausgeglichenen Haushalt vorlegen.⁶¹

2. *Korsettierung politischer Entscheidungen durch WTO-Recht*

Daneben hat sich das Vertragswerk der Welthandelsorganisation (WTO) zu einem recht engen Korsett für handelsbeschränkende Maßnahmen aller Art entwickelt.⁶² Für die Begrenzung gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume und damit demokratischer Abwägungsprozesse liegt die Brisanz in dem strikten Rechtfertigungsregime, welches die Spruchpraxis des WTO-Streitbeilegungsgremiums auch für nicht diskriminierende Maßnahmen entfaltet hat.⁶³ Beim Umwelt- und Gesundheitsschutz be-

⁵⁸ Hierzu etwa *Herdegen* Price stability and budgetary restraints in the Economic and Monetary Union: The law as guardian of economic wisdom, *Common Market Law Review* 35 (1998), 9 ff.

⁵⁹ *Herdegen* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 88 Rn. 66 ff.

⁶⁰ Siehe Art. 108 EG; Art. 88 S. 2 GG. Hierzu auch BVerfGE 89, 155, 208; *Sodan* Die funktionelle Unabhängigkeit der Zentralbanken, *NJW* 1999, 1521 ff.

⁶¹ F.A.Z. vom 13. 2. 2002, Nr. 38, 1. Diese Erklärung zur Abwendung eines Mahnschreibens der Europäischen Kommission ist immerhin in den Kontext eines normativ geordneten Überwachungsregimes eingebettet und gewinnt daraus eine gewisse rechtliche Relevanz.

⁶² Hierzu mwN *Herdegen* (Fn. 9), 133 ff.

⁶³ Hierzu mwN v. *Bogdandy* Law and Politics in the WTO-Strategies to cope with a Deficient Relationship, *Max-Planck Yearbook of United Nations Law* 5 (2001), 609, 621 f., 633 ff.; *Herdegen* (Fn. 9), 133 ff. Dabei bindet die Spruchpraxis des WTO-Streitbeilegungsgremiums – unter Einbeziehung von Standards anderer Organisationen (etwa des *Codex Alimentarius*) – Regelungen zum Gesundheits- und Umweltschutz an empirisch

schneidet der Rationalitätsstandard der Welthandelsordnung empfindlich das parlamentarische Regelungsermessen im Hinblick auf das zulässige Risikomanagement.⁶⁴ Der Zwang zur wissenschaftlichen Absicherung reduziert hier politische Optionen. Angesichts bestehender Verpflichtungen nach Welthandelsrecht erweisen sich manche Debatten im Europäischen Parlament und im Deutschen Bundestag als Phantomdiskussionen über im Grundsatz bereits Entschiedenes.⁶⁵

Die Rationalitätsmaßstäbe des WTO-Rechts liefern einen wesentlichen Beitrag zur Sicherung der individuellen Freiheitssphäre namentlich gegen Eingriffe im Dienste verwaschener „sozio-ökonomischer“ Belange.⁶⁶ In diesem Sinne lässt sich die klassische Formel von *Thomas Hobbes* zum Geltungsgrund des Gesetzesbefehls erweitern: *auctoritas ac ratio faciunt legem*.

VII. Juridifizierung von politischen Entscheidungen

Auch die Juridifizierung politischer Entscheidungen kappt nachhaltig parlamentarische Gestaltungsspielräume. In einer weltweit einzigartigen Weise hat das Bundesverfassungsgericht Anteil an der Staatsleitung. Diese Entwicklung beruht auf einer maximierten Abwägungskontrolle gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume⁶⁷ mit scharfen Vorgaben an den Gesetzgeber im Abtreibungs-, Familien- und Steuerrecht⁶⁸ sowie auf dem

unterfütterte Risikoabschätzungen, die der Gesetzgebung wenig Raum für diffuses Unbehagen im Umgang mit modernen Technologien lassen (v. *Bogdandy* ebd., 641 ff.; *Herdegen* ebd., 135; *ders.* Risiken für Umwelt und Gesundheit im Spannungsfeld nationaler und internationaler Regulierungsphilosophien, in: *Breuer* [Hrsg.] *Regelungsmaß und Steuerungskraft des Umweltrechts*. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Professor Dr. Jürgen Salzwedel, 2000, 61, 70).

⁶⁴ Vgl. *Bohanes* Risk Regulation in WTO: A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle, *Columbia Journal of International Law* 40 (2002), 276, 353 f.

⁶⁵ Vgl. zu sog. „Bio-Patenten“ *Herdegen* Patents on Parts of the Human Body, *World Intellectual Property Law Review* 5 (2002), 145, 149 ff.

⁶⁶ Vgl. *Herdegen/Spranger* Biosafety Protocol in: *Herdegen* (Hrsg.) *Internationale Praxis Gentechnikrecht IP-GenTR*, Rn. 57; *Herdegen/Spranger* Verordnung (EG) Nr. 258/97 in: *Herdegen* (Hrsg.) *Internationale Praxis Gentechnikrecht IP-GenTR*, Rn. 67c.

⁶⁷ Vgl. hierzu: *Alexy* Verfassungsgericht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 61 (2001), 7, 15 ff.; *Meßerschmidt* Gesetzgebungsermessen, 2000, 713 ff., 777 ff.; *Ossenbühl* Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: *Badura/Scholz* (Hrsg.) *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung – Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Peter Lerche*, 1998, 75, 94; *Starck* Die Verfassungsauslegung, in: *HSr VII*, 1992, § 164.

⁶⁸ BVerfGE 88, 203; BVerfGE 99, 216.

Mut des Bundesverfassungsgerichts, aus der Grundrechtsexegese haushaltswirksame Konsequenzen in einer volkswirtschaftlichen Größenordnung abzuleiten.⁶⁹ Nachschau und Nachbesserung durch das Bundesverfassungsgericht sind in der deutschen Rechtswirklichkeit längst integraler Bestandteil des Gesetzgebungsprozesses.⁷⁰

VIII. Vergemeinschaftete Rechtsetzung

In den Europäischen Gemeinschaften üben aggregierte Exekutiven im Rat der Europäischen Union mit den verschiedenen Spielarten der sog. „Komitologie“⁷¹ weiterhin bestimmenden Einfluss aus.⁷² Das Beispiel der Europäischen Union zeigt auch, wie die Parlamentarisierung auf überstaatlicher Ebene staatsrechtlich vermittelte und staatsrechtlich gebundene Einflüsse nachhaltig schwächt. Denn die Beteiligungsrechte des Bundestages nach Art. 23 GG greifen nicht bei der Mitwirkung des Europäischen Parlaments, dessen Abgeordnete völlig frei von staatsrechtlichen Bindungen agieren. Damit führt gerade die europäische Parlamentarisierung staatsrechtlich zu einer Entparlamentarisierung und Entkonstitutionalisierung der Rechtsetzung.⁷³ Im Rahmen der Bundesratsbeteiligung nach Art. 23 Abs. 5 GG sollte unter konsequenter Entwicklung des Kompensationsgedankens das Dogma aufgegeben werden, dass das Parlament eines Landes das Stimmverhalten der Vertreter im Bundesrat nicht durch verbindliche Weisungen steuern kann.⁷⁴ Denn die

⁶⁹ BVerfGE 82, 60.

⁷⁰ Herdegen *Global Economy, Lean Budgets, and Public Needs*, *Southern Methodist Law Review* 53 (2000), 543 ff.; ähnlich Engel *Aussprache: Verfassungsrecht und einfaches Recht*, *VVDStRL* 61 (2001), 191.

⁷¹ H. Dreier *Europa der Administrationen*, *F.A.Z.* vom 4. 6. 2002, Nr. 126, 7; Herdegen *Europarecht*, 4. Aufl. 2002, 157; Joerges „Good Governance“ im Europäischen Binnenmarkt: Über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen Integrationskonzepten und deren Aufhebung, *EuR* 2002, 17 ff. Vgl. auch zum Einfluss von Expertengremien und Ministerialbürokratie in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten Walter (Fn. 8), 185 f.; Weiler *Europe: The Case against the Case for Statehood*, *European Law Journal* 4 (1998), 43, 54.

⁷² Hier drängen sich gewisse Parallelen zu kameralistisch agierenden Bürokratien im Stile eines aufgeklärten Absolutismus auf; hierzu Gerstenberg/Sabel *Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal of Europe?*, in: Joerges/Dehousse (Hrsg.) *Good Governance in Europe's Integrated Market*, 2002, 289, 295.

⁷³ Siehe Herdegen „Föderative Grundsätze“ in der Europäischen Union, *FS Steinberger*, 2002, 1193, 1198.

⁷⁴ BVerfGE 8, 104, 120 f. Zur Problematik der Bindungsfreiheit der Bundesratsmitglieder gegenüber den Landesparlamenten im Mitwirkungsverfahren nach Art. 23 Abs. 2

Konkretisierung der „gesamtstaatlichen Verantwortung des Bundes“ (nach Art. 23 Abs. 5 S. 2 Hs. 2 GG) – als Pendant zu den vom Bundesrat vertretenen Länderinteressen – liegt bei der Bundesregierung.⁷⁵

IX. Intergouvernementale Mechanismen

Die verstärkte zwischenstaatliche Kooperation verschiebt beständig die innerstaatlichen Kräfteverhältnisse zugunsten der Exekutive unter Einschluss der Zentralbanken. Im Bereich der Wirtschafts- und Währungspolitik lassen die Beschlüsse der G 7 / G 8 und der G 10 / G 11 oder des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht⁷⁶ faktisch keinen Raum für abweichende parlamentarische Entscheidungen.⁷⁷ Der UN-Sicherheitsrat hat in ausgreifender Konkretisierung seiner Befugnisse nach dem VII. Kapitel der UN-Charta⁷⁸ immer wieder völkervertragliche Regelungen substituiert (etwa zur Ahndung individuellen Unrechts⁷⁹, zur Durchsetzung der Staatenverantwortlichkeit⁸⁰ oder beim Vorgehen gegen den internationalen Terrorismus⁸¹). So laufen auch parlamentarische Zustimmungsvorbehalte (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG) leer. Das „Neue Strategische Konzept“ der NATO konnte dank gewisser Ansätze in den vertraglichen Grundlagen

und Abs. 4–6 GG König (Fn. 7), 357 ff. mwN. Nachdenkenswert ist auch eine Aufwertung des Bundestagsausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union im Sinne einer notwendigen Stellungnahme zumindest zu Verordnungs- und Richtlinienentwürfen (zur bisherigen Praxis Sekretariat des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union [Hrsg.] Der Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages, 2. Aufl. 1998, 27 ff.).

⁷⁵ Ähnlich Pernice in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 23 Rn. 115.

⁷⁶ Zu diesen Foren internationaler Zusammenarbeit Herdegen (Fn. 9), 73 f., 190 f.

⁷⁷ Zur Umsetzung der G 7/G 8-Beschlüsse von Genua Kokotis/University of Toronto G 8 Research Group Keeping Genua's Commitments: The 2002 G 8 Group Compliance Report, Juni 2002. Zur neuen Basler Eigenkapitalvereinbarung (Basel II) und deren Umsetzung in Gemeinschaftsrecht sowie nationales Recht Deutsche Bundesbank Monatsbericht April 2001, 15, 34. Das Europäische Parlament hat beklagt, dass ihm durch die Vereinbarung von Basel II der politische Gestaltungsspielraum für Eigenkapitalregeln genommen werde.

⁷⁸ Hierzu etwa Herdegen Die Befugnisse des UN-Sicherheitsrates, 1999, 2 ff., 11 ff.

⁷⁹ Einrichtung des *Strafgerichtshofs für das frühere Jugoslawien*, S/Res. 827 (1992), Vereinte Nationen 1993, 156; Einrichtung des *Strafgerichtshofs für Ruanda*, S/Res. 955 (1994), Vereinte Nationen 1995, 39.

⁸⁰ Einrichtung der *United Nations Claim Commission* zur Regelung von Ansprüchen gegen Irak, S/Res. 687 (1991), Vereinte Nationen 1991, 74.

⁸¹ SR/Res. 1373/2001, Vereinte Nationen 2001, 198 f.

und wegen des fehlenden Willens zur rechtlichen Bindung von der Bundesregierung an der parlamentarischen Zustimmung vorbeigeführt werden.⁸² Der aus der Hand des Bundesverfassungsgerichts fließende Parlamentsvorbehalt für Auslandseinsätze der Bundeswehr⁸³ erweist sich dabei als eine Art Kompensation für die Macht der Exekutive, die Bundesrepublik Deutschland unter das Dach eines neuen Sicherheitsgefüges zu bringen.

Die von der Regierung getragene transnationale Regelungskoooperation beim Aufbau neuer Sicherheits- oder Finanzarchitekturen unter Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge und mit informellen Absprachen bildet für das parlamentarische System eine außerordentliche Herausforderung. Beim Wandel von Systemen kollektiver Sicherheit wie den Vereinten Nationen oder der NATO bildet aus staatsrechtlicher Sicht das Zustimmungsgesetz zu den Gründungsverträgen mit deren geringer normativer Dichte nur noch eine brüchige Grundlage. Die nicht antizipierte Dynamik der auswärtigen Gewalt legt eine stärkere Konstitutionalisierung dieses Segments der Staatsleitung nahe, gewissermaßen einen neuen Art. 23a GG. Diesen Weg ist die neue Schweizerische Verfassung mit einer nachdrücklichen Stärkung plebiszitärer und parlamentarischer Rückbindung der Außenpolitik gegangen.⁸⁴ Verbindliche intergouvernementale Beschlüsse sollten einer parlamentarischen Zustimmung jedenfalls dann unterliegen, wenn ihre Umsetzung ein Gesetz oder einen Parlamentsbeschluss notwendig macht (wie etwa die Feststellung des Bündnisfalles nach Art. V WEU-Vertrag⁸⁵). Ein solcher Parlamentsvorbehalt empfiehlt sich auch bei Rahmenbeschlüssen des Rats der Europäischen Union (nach Art. 34 Abs. 2 S. 2 EU) *de constitutione ferenda*. Im übrigen bildet eine möglichst frühzeitige Unterrichtung des Bundestages über vertragliche und informelle Verhandlungsprozesse ein legitimes Desiderat⁸⁶.

⁸² BVerfG EuGRZ 2001, 631 ff.

⁸³ BVerfGE 90, 286, 381 ff.

⁸⁴ Hierzu Ehrenzeller Außenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung. Eine Betrachtung aus der Sicht der neuen Schweizerischen Verfassung, FS Steinberger, 2002, 703 ff.

⁸⁵ Siehe zum Einsatz der Bundeswehr im Bündnisfall BVerfGE 89, 286, 387 f.

⁸⁶ Siehe auch Schlussbericht der Enquete-Kommission zur Globalisierung (Fn. 17), 446.

X. Die Zukunft des Staatsrechts unter den Bedingungen der Globalisierung

Letztlich drängt die Problematik der Entparlamentarisierung und Informalisierung zur Frage nach der Zukunft des Staatsrechts unter den Bedingungen der sogenannten „Globalisierung“.

1. *Leistungskraft des parlamentarischen Gesetzgebers*

Evolutionsgeschichtlich ist das parlamentarische System an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit gelangt.⁸⁷ Vermutlich lässt sich die ganz auf die Volksvertretung fokussierte Rechtserzeugung im idealtypischen Sinn nur innerhalb gewisser Komplexitätsgrößen verwirklichen. Dabei geht es auch um die Grenzen kognitiver Verarbeitungsfähigkeit, über die sich zuweilen die List der geschichtlichen Vernunft zu entfalten vermag. In der Zustimmung zum Vertrag von Maastricht und den WTO-Verträgen⁸⁸ mag man diese List am Werke sehen.

Die gestufte Beteiligung nationaler Organe an der Rechtsetzung innerhalb der Europäischen Union, intergouvernemental induzierte Rechtserzeugung und die wachsende Tendenz zur extraterritorialen Durchsetzung von Interessen nähren die Frage nach neuen Legitimationsstrukturen. Dennoch fordern sowohl das Grundgesetz als auch das Recht der Europäischen Union sowie die völkerrechtlichen Regeln der Staatenverantwortlichkeit klar abgeschichtete Verantwortlichkeitssphären. Dabei bildet weiterhin der personal strukturierte Staatsverband den entscheidenden Bezugspunkt. Insoweit lässt sich das Festhalten am völkerrechtlichen Souveränitätsbegriff⁸⁹ für eine auf das nationale Parlament projizierte Legitimationsarchitektur fruchtbar machen. Dies bedeutet trotz des Aufkeimens einer universellen Wertordnung im modernen Völkerrecht⁹⁰ eine Absage an die Jünger einer „kosmopolitischen Demokratie“⁹¹.

⁸⁷ Vgl. *Pernthaler* Die Globalisierung als Herausforderung an eine moderne Staatslehre, FS Koja, 1998, 69 ff.

⁸⁸ Vgl. zur Reform der Welthandelsordnung *Jackson* The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence, 1998, 33: „... the implications of the Uruguay Round are undoubtedly not fully understood yet by any Government that has accepted them.“; siehe auch die Entschließung des Deutschen Bundestages zur Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, hierzu BT-Drucks. 12/3906.

⁸⁹ Vgl. *Oeter* Souveränität – ein überholtes Konzept?, FS Steinberger, 2002, 259 ff.

⁹⁰ Vgl. *Herdegen* Völkerrecht, 2. Aufl. 2002, § 5 Rn. 8 ff.

⁹¹ Hierzu *Archibugi* From the United Nations to Cosmopolitan Democracy, in: ders./Held (Hrsg.) Cosmopolitan Democracy, 1995, 121 ff.

Im Übrigen steht das parlamentarische Verfahren als Hort komplexer Abwägungen bei allen Mängeln immer noch konkurrenzlos da. Dies belegt auch die zunehmende Sensibilität parlamentarischer Gesetzgebung für empirische Zusammenhänge. Das retardierende Element bei der Änderung existierender Besitzstände prägt nicht nur das parlamentarische System, sondern jede majoritäre Entscheidungsfindung.

Das konstitutionelle Gefüge der Bundesrepublik Deutschland trägt die normative Annahme, dass ein auf das Parlamentsgesetz fokussiertes System der Rechtserzeugung ökonomische, technische und soziale Wandlungen hinreichend zu steuern vermag. Die systemtheoretisch inspirierte Skepsis gegenüber dieser Ordnung und die postulierte Überlegenheit eigengesteuerter Subsysteme suchen Antworten auf Fragen, die sich nach unserer Verfassung nicht stellen.⁹²

2. „Nicht-majoritäre“ Entscheidungsformen

Die für die europäische Ebene propagierte Minimierung politischer Transaktionskosten durch den Ausbau der Regelungsregime „nicht-majoritärer“ Institutionen⁹³ zielt auf eine nachhaltige Schwächung repräsentativer Entscheidungsformen. Die Daseinsberechtigung solcher Institutionen wie der Europäischen Zentralbank erschöpft sich in der Betreuung begrenzter politischer Monokulturen wie der ganz auf die Preisstabilität ausgerichteten Währungspolitik in der Europäischen Union. Ähnliches gilt auch für den zuweilen beschworenen „deliberativen Supranationalismus“⁹⁴.

3. Neue Legitimationsachsen

Auf europäischer Ebene zeichnet sich die Konstruktion neuer Legitimationsachsen ab, die das parlamentarische System im Kern treffen. Die von der Europäischen Kommission in ihrem Weißbuch zu „Gover-

⁹² *Lepsius* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999. Vgl. zu systemtheoretischen Ansätzen *Luhmann* Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, 1968; *Di Fabio* Offener Diskurs und geschlossene Systeme, 1991; *Ladeur* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995.

⁹³ *Majone* Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach, ITE 57 (2001), 57 ff.

⁹⁴ *Joerges* Deliberative Supranationalism – Two Defences, European Law Journal 8 (2002), 133 ff. Siehe auch *Ladeur* „Deliberative Demokratie“ und „Dritter Weg“ – eine neue Sackgasse?, Der Staat 41 (2002), 3 ff.

nance“⁹⁵ als neuer Legitimationsquell beschworene Vision der „Zivilgesellschaft“ führt zu selektiven Verschränkungen zwischen einzelnen organisierten Interessengruppen unter Einschluss von NGOs und gemeinschaftlich gebundener Hoheitsgewalt. Dieses Konzept zielt letztlich auf außerparlamentarische Legitimationsstränge für ein neo-kameralistisches System.⁹⁶ Auch die Vision des Nebeneinanders eines nationalen „ethno-kulturellen Demos“ und eines „supranational staatsbürgerlichen, wertbestimmten Demos“⁹⁷ überspannt das gegenwärtige Verfassungsgefüge in Europa.

4. „Nachführung“ des Verfassungsrechts

Eine „Nachführung“ der Verfassung an die neue Formenwelt internationalisierter Entscheidungsfindung erscheint bedenkenswert. Dies gilt vor allem für einen Parlamentsvorbehalt bei bestimmten zwischenstaatlichen Bindungen.⁹⁸

Auf der anderen Seite bilden intergouvernementale Beschlüsse mit Rückwirkungen auf nationale Rechtsordnungen eine eigene zwischenstaatliche Form der Gewaltenteilung und Gewaltenvernetzung. Diese Form der Gewaltenvernetzung trägt im Verbund parlamentarischer oder präsidentialer Demokratien eine gewisse Kompensation für die Entparlamentarisierung im Hinblick auf Sachgerechtigkeit, Freiheitswahrung und Transparenz schon selbst in sich.

Die immer wieder diagnostizierte Blässe des parlamentarischen Prozesses durch konsensdemokratische oder gewissen Formen der *political correctness* verpflichtete Selbstbeschränkungsreflexe nährt die Forderung nach direkt-demokratischen Sachentscheidungen. Auftrieb gegeben hat dieser Forderung etwa die eindrucksvolle Debatte, die Frankreichs politische Klasse im Vorfeld des Referendums über den Vertrag von Maas-

⁹⁵ Kommission der Europäischen Gemeinschaften Europäisches Regieren – Ein Weißbuch, KOM (2001) 428 endg., insbes. 19ff. Siehe dort auch die Definition der „Zivilgesellschaft“: „Die Zivilgesellschaft umfasst folgende Elemente: Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände (Sozialpartner), Nichtregierungsorganisationen, Berufsverbände, gemeinnützige Einrichtungen, gesellschaftliche Basisgruppen, Organisationen, über die sich die Bürger am lokalen und kommunalen Leben beteiligen, insbesondere Kirchen- und Religionsgemeinschaften“, ebd., 19 Fn. 9. Zum Weißbuch der Kommission *De Schutter Europe in Search of its Civil Society*, *European Law Journal* 8 (2002), 198ff.

⁹⁶ *Armstrong Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance*, *European Law Journal* 8 (2002), 102ff.

⁹⁷ *Weiler Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, *European Law Journal* 1 (1995), 219, 239ff., 256.

⁹⁸ Hierzu oben, IX.

tricht ihren Bürgern geboten hat. Gerade bei der Anämie des parlamentarischen Diskurses muss das Heil aber nicht in staatsrechtlicher Reform, sondern an der Quelle gesucht werden: nämlich in der politischen Kultur.

Das in unserem Thema angelegte Nebeneinander der ideellen *splendeur* verfassungsrechtlicher Institutionen und der *misère* ihrer phänotypischen Ausprägungen hat einst *Ernst Kantorowicz* in bestechender Manier aufbereitet, als er des Königs beide Leiber, „the King’s two Bodies“ einander gegenübergestellt hat⁹⁹: den natürlichen Körper des Souveräns mit all seiner Anfälligkeit auf der einen Seite und dessen unantastbaren, unsterblichen politischen Körper auf der anderen.¹⁰⁰ So mag es auch die Staatsrechtslehre in unseren Ländern mit den Gebrechen des Parlamentarismus halten und mit der Majestät des Parlaments.

⁹⁹ *Ernst Kantorowicz* *The King’s Two Bodies*, 1957 (Neuausgabe 1997).

¹⁰⁰ Ausgangspunkt bildet ein Richterspruch aus elisabethanischer Zeit (*Calvin’s Case*, 1608).

Leitsätze des 1. Berichtstatters über:

Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?

I. Informalisierung und Entparlamentarisierung: Herausforderungen für das Staatsrecht

1. Jenseits des seit jeher beklagten Einflusses von Verbänden und innerparteilichen Zirkeln zehren neue Erosionsprozesse an der Gestaltungsmacht des Parlaments und dessen Stellung im verfassungsrechtlichen Gefüge. An der Aushöhlung parlamentarischer Steuerung haben nicht nur Exekutive und Justiz Anteil, sondern auch die Einbindung verfassungsrechtlich ungebundener Akteure in die Staatsleitung.

2. Das stete Anwachsen der internationalen Kooperation im Rahmen vertraglicher oder informeller Mechanismen fördert eine „Disaggregation“ des Staates durch unmittelbare Vernetzung staatlicher Institutionen. Gewinner sind vor allem die Organe der Exekutive unter Einschluss der Zentralbanken, während Parlamente weiterhin „mediatisiert“ bleiben.

3. Gewichtsverschiebungen zu Lasten des Parlaments werden dann zur Gefährdung der Verfassung, wenn keine angemessene Kompensation geleistet wird. Art und Maß der gebotenen Kompensation hängen an der jeweils beschädigten Funktion parlamentarischer Steuerung (Sicherung parlamentarischer Legitimation, freiheitssichernde Wirkung parlamentarischer Regelungen, Gewährleistung sachlicher Richtigkeit und Transparenz der Entscheidungsfindung).

II. Entstaatlichung von Regelungsgegenständen

4. Die radikalste Form der Entparlamentarisierung bildet die völlige Abwanderung von Regelungsgegenständen aus dem staatlichen Herrschaftsreich. Prägnante Beispiele für eine beachtliche regulative Selbstorganisation liefert der „Cyberspace“.

5. National und international vernetzte Nichtregierungsorganisationen (NGOs) treten in Konkurrenz zu parlamentarischer oder parlamentarisch legitimierter Steuerung bei der Einflussnahme auf das Verhalten staatlicher Organe und privater Akteure.

III. Diskurshoheit im parlamentarischen Kompetenzfeld

6. Die Verlagerung des legislativen Diskurses auf außerparlamentarische Foren greift die Autorität des Parlaments als Hort der repräsentativen Diskussion an. Dabei ist die Exekutive im Wettstreit um die Diskurshoheit nur insoweit erfolgreich, wie sich im Parlament wirksame Kräfte auf das ihnen von der Regierung angesonnene Rollenspiel einlassen oder das Parlament in seinem eigenen Kompetenzfeld aus dem diskursiven Wettbewerb zurücktritt.

IV. Vorprägung politischer Entscheidungen zu Lasten parlamentarischer Gestaltungsmacht

7. Das Auspaktieren von Gesetzesinhalten durch Regierung und Vertreter von Privatinteressen führt zunehmend zu einer Entmaterialisierung der parlamentarischen Gesetzgebung. Hier agieren auf Seiten der privaten Interessen präterkonstitutionelle Akteure, die bereits grundrechtlich gesicherte Positionen noch einmal durch quasi legislative Prozesse zur Geltung bringen. Wenn verfassungsrechtlich geschützte Interessen Dritter berührt werden, die nicht am Verhandlungsprozess beteiligt sind, verletzt die Regierung mit einer derart selektiven Beteiligung grundrechtliche Schutz- und Rücksichtnahmepflichten. Im übrigen bleibt es dem Parlament unbenommen, sich seiner (durch außerparlamentarische Absprachen normativ ungebundenen) Gestaltungskraft zu versichern und „Ratifikationslagen“ aufzubrechen.

8. Beim „sozialen Dialog“ der europäischen Sozialpartner agiert der Rat der EU nur noch als bloße „Ratifikationsinstanz“. Dabei verliert auch die Einflussnahme der nationalen Parlamente ihre gestalterische Substanz. Diese Form der EG-Gesetzgebung bleibt hinter demokratischen Mindeststandards im Sinne von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG zurück.

9. Vorschläge des Vermittlungsausschusses müssen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem vorausgehenden Beschluss des Bundestages stehen und an Positionen anknüpfen, deren Inhalt bereits in das parlamentarische Verfahren mit einer klaren Regelungstendenz eingeflossen ist. Im übrigen würden allzu enge Beschränkungen von Vermittlungsvorschlägen die politischen Transaktionskosten im föderalen Gefüge unangemessen erhöhen.

V. Selbstentmachtung des Parlaments

10. Der Bundestag befördert die Erosion eigener Gestaltungskraft durch kontinuierliche Selbstentmachtung. Normative Gestaltungsmöglichkeiten gibt der parlamentarische Gesetzgeber durch den Verzicht auf konturenscharfe

Steuerung politischer Entscheidungsprozesse preis. Dies gilt etwa für weitgespannte Verordnungsermächtigungen oder die Entäußerung legislativer Einflussmöglichkeiten durch nebulöse Rezeptionsbegriffe, deren Konkretisierung an außerparlamentarische Gremien delegiert wird. In der gesetzlichen Überwälzung („outsourcing“) grundrechtsrelevanter Regelungen auf private Verbände unter massiver Einschränkung der Privatautonomie oder auf Regierungskommissionen ohne nähere inhaltliche Steuerung liegt ein Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt.

VI. Kupierung parlamentarischer Gestaltungsspielräume durch normativ verfestigte Rationalität

11. Ein immer enger geflochtenes Netz normativer Standards im Dienste ökonomischer und naturwissenschaftlicher Rationalität beschneidet zunehmend politische Optionen des Gesetzgebers. Eine normative Konsolidierung empirisch gestützter Rationalität liefern hier namentlich die Zwänge zur Haushaltsdisziplin der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion sowie die strikten Rechtfertigungsstandards des WTO-Rechts.

VII. Juridifizierung von legislativen Entscheidungen

12. Eine wesentliche Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen liegt in einer weltweit einzigartigen Abwägungskontrolle gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume durch das Bundesverfassungsgericht und in der Antizipation durch den Gesetzgeber. Verfassungsgerichtliche Nachschau und Nachbesserung sind in der deutschen Rechtswirklichkeit längst integraler Bestandteil des Gesetzgebungsprozesses.

VIII. Vergemeinschaftete Rechtsetzung

13. Bei der vergemeinschafteten Rechtsetzung schwächt die Aufwertung des Europäischen Parlaments staatsrechtlich vermittelte und staatsrechtlich gebundene Einflüsse des Bundestages. Insoweit führt sie aus rein staatsrechtlicher Sicht zu einer Entparlamentarisierung und Entkonstitutionalisierung.

IX. Intergouvernementale Mechanismen

14. Im Rahmen verstärkter zwischenstaatlicher Kooperation verschieben intergouvernementale Mechanismen beständig die innerstaatlichen Kräfteverhältnisse zugunsten der Exekutive. Von der Exekutive getragene transnationale Regelungskoperationen beim Aufbau neuer Sicherheits- oder Finanzarchitekturen unter Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge und mit informellen Absprachen stellen eine außerordentliche Herausforderung für das parlamentarische System dar. Die nicht antizipierte Dynamik der auswärtigen Gewalt legt eine stärkere Konstitutionalisierung dieses Segments der Staatsleitung nahe. Einer parlamentarischen Zustimmung sollten intergouvernementale Beschlüsse jedenfalls dann unterliegen, wenn ihre Umsetzung ein Gesetz oder einen Parlamentsbeschluss notwendig macht.

15. Weitreichende Regelungskompetenzen „nicht-majoritärer“ (demokratisch nicht verantwortlicher) Institutionen schwächen repräsentative Entscheidungsformen in nachhaltiger Weise. Die Rechtfertigung hierfür beschränkt sich auf die Betreuung eng begrenzter politischer „Monokulturen“ wie etwa der auf die Preisstabilität ausgerichteten Währungspolitik.

16. Intergouvernementale Mechanismen mit Rückwirkungen auf das nationale Recht bilden eine eigene zwischenstaatliche Form der Gewaltenteilung und Gewaltenvernetzung. Diese trägt jedenfalls in der zwischenstaatlichen Kooperation demokratischer Staatsordnungen eine gewisse Kompensation für die Entparlamentarisierung schon in sich.

17. Bei der Anämie des parlamentarischen Diskurses muss das Heil nicht in staatsrechtlichen Reformen, sondern an der Quelle gesucht werden: in der politischen Kultur.

Erster Beratungsgegenstand: Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts

Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?

2. Bericht von Prof. Dr. *Martin Morlok*, Düsseldorf

Inhalt

	Seite
I. Einführung	39
1. Das Phänomen im ersten Zugriff	39
2. Verfassungsrechtlicher Anfangsverdacht	39
II. Erscheinungsformen und Gründe informaler Entscheidungsfindung	40
1. Typische Anwendungsfelder der Informalisierung	40
a) Bund/Länder-Verhältnis	40
b) „Parteienstaat“	41
c) Kooperativer Verfassungsstaat nach innen	42
d) Kooperativer Verfassungsstaat nach außen	44
2. Typische Felder der Entparlamentarisierung	44
3. Funktionen von Informalisierung und Entparlamentarisierung	45
a) Anpassung	46
b) Senkung der Transaktionskosten	48
c) Unsicherheitsabsorption	49
d) Regelanwendungsregeln	49
III. Begriffliche Präzisierung	50
1. Das zugrunde gelegte Konzept von „Informalisierung“	50
2. Charakteristika der Informalität	52
IV. Zur Aufgabe der verfassungsrechtlichen Betrachtung	54
1. Bedeutung und Wirkweisen des Verfassungsrechts	54
2. Zur Notwendigkeit von Dogmatikentwicklung	55
3. „Informalisierung“ als Begriff der Beobachtung zweiter Ordnung	56
V. Ansätze einer Dogmatik zur Beurteilung informaler politischer Entscheidungen	58
1. Durch Informalisierung und Entparlamentarisierung berührte Verfassungsnormen	58

a) Parlamentsschutznormen	58
b) Funktionenverteilung und Organspezifität	60
2. Parlamentarische Entscheidungen als Gemeinwohl- entscheidungen	61
3. Das Parlamentsbild des Grundgesetzes	64
a) Warnung vor einem anti-parlamentarischen Affekt . . .	64
b) Elemente eines realistischen Parlamentsverständnisses .	64
c) Das realistische Parlamentsverständnis des Grund- gesetzes	65
4. Allgemeine Rechtfertigungsgründe	67
a) Zur sozialen Logik von Mehrheitsentscheidungen . . .	67
b) Maßgeblichkeit der und Verantwortungszuschreibung zur Parlamentsentscheidung	70
5. Fallgruppen zur dogmatischen Einordnung	72
a) Teilnahme von Nichtmitgliedern an Sitzungen formaler Gremien	73
b) Sachverständigengremien	74
c) Vorabsprachen mit weitgehender faktischer Bindungswirkung.	75
6. Wandlungsoffenheit der Verfassung und des Parlamentarismus	79

I. Einführung

1. Das Phänomen im ersten Zugriff

Küchenkabinette, „Elefantenrunden“, Hartz-Kommission, Atomkonsensgespräche – immer geht es um die Entscheidungsvorbereitung durch Gremien und in Verfahren, die dafür rechtlich nicht vorgesehen sind. Diese vertrauten Praktiken ersetzen nicht die formale Entscheidung. Doch die Einigung in solchen Gremien erscheint bereits als die maßgebende Entscheidung. Der formale Nachvollzug durch die zuständigen Organe, zumal durch das Parlament, gilt als unproblematisch und wird gern durch das sprechende Wort „Abnicken“ gekennzeichnet. Eigens sich konstituierende Gruppen in frei gewählter personeller Besetzung scheinen weitgehend den politischen Entscheidungsgang zu bestimmen.

2. Verfassungsrechtlicher Anfangsverdacht

Solche offenbar alltäglichen wildwüchsigen Entscheidungsabläufe¹ wecken Bedenken. Zunächst verträgt sich die informale Beliebigkeit nicht

¹ Informale Entscheidungsprozesse in der Politik scheinen ubiquitär zu sein, s. themensetzend H. Schulze-Fielitz *Der informale Verfassungsstaat*, 1984, mit einem breiten Panorama verschiedener Formen informaler Verständigung; ders. *Das Verhältnis von formaler und informaler Verfassung*, in: A. Görlitz/H.-P. Burth (Hrsg.) *Informale Verfassung*, 1998, 25 ff. S. weiter R. Mayntz *Informalisierung politischer Entscheidungsprozesse*, ebd. 55 ff.; W. Rudzio *Entscheidungszentrum Koalitionsausschuss*, PVS 12 (1971), 87 ff.; einschlägig auch die Beiträge in H.-H. Hartwich/G. Wewer (Hrsg.) *Regieren in der Bundesrepublik II*, 1991, insbes. W. Rudzio *Informelle Entscheidungsmuster in Bonner Koalitionsregierungen*, ebd. 125 ff.; G. Wewer *Spielregeln, Netzwerke, Entscheidungen – auf der Suche nach der anderen Seite des Regierens*, ebd. 9 ff.; ders. *Die funktionale Notwendigkeit informeller Gremien für das Regieren in der Bundesrepublik – diskutiert am Beispiel der Personalrekrutierung für das Bundesverfassungsgericht*, ebd. 193 ff.; K. von Beyme *Informelle Komponenten des Regierens*, ebd. 31 ff.; L. Kastning *Informelles Regieren*, ebd. 69 ff.; Ch. Hanke *Informale Regeln als Substrat des parlamentarischen Verhandlungssystems*, ZParl 25 (1994), 410 ff.; W. Schreckenberger *Veränderungen im parlamentarischen Regierungssystem*, FS R. Morsey, 1992, 133 ff.; ders. *Informelle Verfahren der Entscheidungsvorbereitung zwischen der Bundesregierung und den Mehrheitsfraktionen*, ZParl 25 (1994), 329 ff. S. jetzt auch die breite Untersuchung informaler Strukturen und Prozesse im deutschen Bundestag von M. Schwarzmeier *Parlamentarische Mitsteuerung*, 2001, mit einer wissenschaftlichen Bestandsaufnahme zum informalen Handeln nebst Nachweisen 35 ff. und zahlreichen Beispielen. – Für andere Länder etwa M. Sattar *Formale und informale Politik*, 2001; L. Dittmer/H. Fukui/P. N. S. Lee (Eds.) *Informal Politics in East Asia*, 1999, mit Studien über einzelne Staaten wie über einzelne Aspekte der informellen Politik, die kulturelle Verankerung des jeweiligen Politikstils wird dabei deutlich. T.-J. Cheng/B. Womack *General Reflections on informal Politics in East Asia*, Asia

mit der Erwartung der durch Regelerorientierung gewonnenen Rationalität, die nach *Max Weber* das Signum unserer Art von Gesellschaft und der dort praktizierten legalen Herrschaft sei.²

Auch verfassungsrechtlich scheint die informale Entscheidungspraxis problematisch: Sie entwertet die rechtlichen Vorgaben für die Entscheidungen. Substantiell geht es um die *Legitimation* politischer Entscheidungen, die aus der repräsentativen Zusammensetzung des Entscheidungsgremiums und des dort beachteten Verfahrens fließen.

Informale Praktiken des Entscheidens scheinen an deutlichen Defiziten zu leiden, insbesondere beeinträchtigen sie die Allgemeinheit und Gleichheit der Teilhabe. Informale Zirkel sind regelmäßig gekennzeichnet durch Exklusivität und Nichtöffentlichkeit.³ Diese Überlegungen begründen deshalb einen *verfassungsrechtlichen Anfangsverdacht*.

II. Erscheinungsformen und Gründe informaler Entscheidungsfindung

1. Typische Anwendungsfelder der Informalisierung

Informale Vorabstimmungen politischer Entscheidungen lassen sich vier Handlungsfeldern zuordnen:

a) Bund/Länder-Verhältnis

Die föderalen Abstimmungsnotwendigkeiten stoßen die Ausbildung informaler Praktiken an.⁴ Im Verhältnis zwischen den Ländern haben

Survey 36 (1996), 320ff. Grundsätzlicher setzt an *E. Gotsbachner* Informelles Recht, 1995. Er betont – gegen ein juristisches Weltbild – die Pluralität der Normsysteme. Ob sein am ethnologischen Material entwickelter Zugriff auch für Gesellschaften mit einem entwickelten System positiven Rechts adäquat ist, ist indes fraglich. S. dort die Geschichte einer Ideengeschichte des informellen Rechts, 12ff.

² *M. Weber* Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. (Nachdruck) 2002; dazu etwa *F. H. Tenbruck* Das Werk Max Webers, KZfSS 27 (1975), 703ff.; *R. Bendix* Max Weber – Das Werk, deutsch 1964, etwa 294ff.; *W. Schluchter* Rationalismus der Weltbeherrschung, 1980; *S. Breuer* Bürokratie und Charisma, 1994, bes. 33ff.; s. zuletzt aber die Infragestellung der Ausschließlichkeit dieser Perspektive auf *Weber* durch *W. Hennis* Max Webers Fragestellung, 1987.

³ Darin wurzelt gerade ihre besondere Leistungsfähigkeit. Zur sog. Ausschlussfunktion der Informalität *Sattar* Politik (Fn. 1), 50f.

⁴ Bereits am Anfang der Geschichte des Bundesrats steht eine informale Verständigung über die Besetzung des Präsidium des Bundesrats: nämlich durch die Ministerpräsidenten der Länder in jährlichem Wechsel, beginnend mit dem größten Land: sog. Königsteiner Abkommen, dazu *H. Bauer* in: *H. Dreier* (Hrsg.) GG II, 1998, Art. 52 Rn. 13. Zu den verschiedenen Erscheinungsformen der informalen Kooperation im bundesdeutschen Föderalismus *Schulze-Fielitz* Verfassungsstaat (Fn. 1), 57ff.

sich gehärtete informale Gremien und Prozeduren etabliert, so z.B. die Fachministerkonferenzen.⁵ Der „unitarische Bundesstaat“⁶ und der „kooperative Föderalismus“⁷ leben zum guten Teil in der Informalität.⁸ Die Ergebnisse dieser informalen Verständigungen können von den formalen Gremien, insbesondere den Länderparlamenten,⁹ weitgehend nur nachvollzogen werden.

b) „Parteienstaat“

Eine zweite wesentliche Ursache ist die Parteienstaatlichkeit.¹⁰ Der politische Prozess wird wesentlich von den Parteien getragen und demge-

⁵ Dazu *Schulze-Fielitz* Verfassungsstaat (Fn. 1), 59f. mwN.

⁶ *K. Hesse* Der unitarische Bundesstaat, 1962.

⁷ Zu den Erscheinungsformen des kooperativen Föderalismus s. *K. Hesse* Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, FS G. Müller, 1970, 141ff.; *G. Kisker* Kooperation im Bundesstaat, 1971; *J. Pietzcker* Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: Ch. Starck (Hrsg.) Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988, 17ff.; *W. Rudolf* Kooperation im Bundesstaat, in: HStR IV, 1990, § 105; die (politikwissenschaftliche) Debatte um die „Politikverflechtung“ hat die Vorzüge wie auch die Mängel dieser politischen Koordinationspraxis in der Bundesrepublik intensiv erörtert, hierzu etwa *F. W. Scharpf* Die Politikverflechtungsfälle, PVS 26 (1985), 325ff.; ders. Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa, 1984; *A. Benz* Politikverflechtung ohne Politikverflechtungsfälle, PVS 39 (1998), 558ff. mwN.

⁸ Genannt werden könnten weiterhin etwa die Küstenländerkooperation oder die Partnerschaften anlässlich der Wiedervereinigung.

⁹ Zum – aus mehreren Ursachen resultierenden – Bedeutungsverlust der Landesparlamente *H. Eicher* Der Machtverlust der Landesparlamente, 1988; *R. Hahn* Macht und Ohnmacht des Landtags von Baden-Württemberg, 1987; *H. Klatt* Bundestag und Landtage: Legitimationsdefizite im kooperativen Föderalismus, in: J.W. Falter/Ch. Fenner/M.Th. Greven (Hrsg.) Politische Willensbildung und Interessenvermittlung, 1984, 300ff.

¹⁰ *Schulze-Fielitz* Verfassungsstaat (Fn. 1), 25ff., 46ff., 142ff. et passim, zum Beispiel der Integration der Grünen in die informale Verfassungspraxis, 153ff.; s. weiter *P. Manow* Informalisierung und Parteipolitisation, ZParl 27 (1996), 96ff.; *E. Schütt-Wetschky* Auswanderung der Politik aus den Institutionen: Schwächung der Demokratie?, ZPol 11 (2001), 3ff.; *H. Schulze-Fielitz* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 257ff. für die Gesetzgebung; *K. von Beyme* Der Gesetzgeber, 1997, 92ff.; *R. Scholz* Staatsleitung im parlamentarischen Regierungssystem, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 2, 2001, 680ff.; *Sattar* Politik (Fn. 1), spricht von der „Konfigurationsfunktion“ und meint damit die informale Anverwandlung der Parteien ans System der parlamentarischen Demokratie. Vom „stillen Regieren“ spricht *K.-R. Korte* Politisches Entscheiden im parlamentarischen System der Bundesrepublik Deutschland, in: K. Dicke (Hrsg.) Politisches Entscheiden, 2001, 53, 60ff. mit einigen Illustrationen. Zur Analyse der Parteienstaatlichkeit allgemein *M. Stolleis*, *H. Schäffer* und *R. A. Rhinow* Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?, VVDStRL 44 (1986), 7ff., 46ff. bzw. 83ff. Für einen quantitativen Zugriff s. *U. Wagschal* Der Parteienstaat der Bundesrepublik Deutschland, ZParl 32 (2001), 861ff.

mäss nach Parteilinien strukturiert.¹¹ Daher muss der formalen Entscheidung die innerparteiliche Willensbildung vorangehen. Entsprechender Abstimmungsbedarf erwächst aus der Notwendigkeit, Koalitionen zur Unterstützung einer Regierung zu erhalten.¹²

c) *Kooperativer Verfassungsstaat nach innen*

Das Schlagwort vom „kooperativen Staat“¹³, der natürlich ein Verfassungsstaat¹⁴ zu sein hat,¹⁵ steht dafür, dass bestimmte politische Ziele nicht durch Erlass rechtlicher Vorschriften verfolgt werden, sondern durch Absprachen mit den Betroffenen. Diese Absprachen ersetzen Gesetze oder legen den Inhalt von zu erlassenden formalen Regelungen im Verhandlungswege weitgehend fest,¹⁶ so etwa im sog.

¹¹ Die Strukturierung der Politik nach Parteizugehörigkeit erfasst auch das Bund/Länder-Verhältnis, sichtbar etwa an der Formel von den A- und B-Ländern im Bundesrat. Dazu G. Lehmbruch „A-Länder“ und „B-Länder“: Eine Anmerkung zum Sprachgebrauch, ZParl 29 (1998), 348 ff.; T. König/T. Bäuminger A-, B- und C-Länder: Zur Verwendung des Arguments „Sprachgebrauch und benötigte Kategorie“, ebd. 350 ff.

¹² M. Schmidt-Preuß Gestaltungskräfte im parlamentarischen Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, FS W. Leisner, 1999, 467, 476 ff.; Scholz (Fn. 10), 681 ff. Zum Ganzen I. von Münch Rechtliche und politische Probleme von Koalitionsregierungen, 1992. Neben diesen offiziösen Seiten der Parteienstaatlichkeit gibt es auch weniger ansehnliche, so etwa die Einflussnahme der Parteien auf die Besetzung öffentlicher Ämter: Ämterpatronage, aber auch konfliktvermeidende Proporzlösungen zwischen den Parteien, dazu Schulze-Fielitz Verfassungsstaat (Fn. 1), bes. 142 ff.; ders. Verhältnis (Fn. 1), 25, 41, 45 f.

¹³ Begriffsprägend E.-H. Ritter Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), 389 ff.; weiter dazu u. a. F. W. Scharpf/Versuch über Demokratie im verhandelnden Staat, FS G. Lehmbruch, 1993, 25 ff.

¹⁴ Ausdruck von P. Häberle Der kooperative Verfassungsstaat, FS H. Schelsky, 1978, 141 ff. und in: ders. Verfassung als öffentlicher Prozess, 2. Aufl. 1996, 407 ff. – für die Kooperation nach außen hin formuliert.

¹⁵ So L. Michael Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, i. E.; in der politikwissenschaftlichen Debatte wird häufig der Begriff des Korporatismus oder des Neokorporatismus verwandt und dementsprechend von korporatistischem Führungsstil gesprochen, so Korte Politisches Entscheiden (Fn. 10), 62 f.

¹⁶ Zu den unterschiedlichen Formen dieser Absprachen wie zur Begrifflichkeit und dann auch zur rechtlichen Einordnung umfassend jetzt Michael kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 15). Diese Art von staatlicher Einwirkung auf die Gesellschaft entwickelte sich, da die gesellschaftliche Ausdifferenzierung intransparente Teilsysteme hervorgebracht hat, die jeweils über eine eigene Funktionslogik verfügen und den Regelungsmechanismen des Rechts nur begrenzt zugänglich sind. Es scheint in manchen Fällen effektiver zu sein, die Systeme mittels systemimmanenter Instrumente zu beeinflussen, um staatliche Zielvorgaben zu erreichen. Aus dieser Steuerungsdiskussion G. Teubner Reflexives Recht, ARSP 68 (1982), 13 ff.; ders. Das regulatorische Trilemma, Quaderni Fiorentini della Storia del Pensiero Giuridico Moderno 13 (1984), 109 ff.; H. Wilke Ironie des Staates, 1992; ders. Super-

Atomkonsens.¹⁷ Ganz ähnliche Praktiken sind in großer Zahl im Verwaltungsrecht bekannt.¹⁸

vision des Staates, 1997; D. Grimm (Hrsg.) Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990; T. Nahamowitz Staatsinterventionismus und Recht, 1998, bes. 9 ff., 493 ff.; B. Rosewitz/U. Schimank Verselbständigung und politische Steuerbarkeit gesellschaftlicher Teilsysteme, in: R. Mayntz et. al. (Hrsg.) Differenzierung und Verselbständigung, 1988, 295 ff.; R. Mayntz Regulative Politik in der Krise?, in: J. Matthes (Hrsg.) Sozialer Wandel in Westeuropa. Verhandlungen des 19. Deutschen Soziologentages, Berlin 1979, 55 ff. Gegen die Steuerungsskepsis etwa F. W. Scharp/Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des Zwanzigsten Jahrhundert, PVS 32 (1991), 621 ff.; von Beyme Gesetzgeber (Fn. 10), 19 ff.; O. Lepsius Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999. Die Steuerungstechnik mittels Absprachen zwischen Staat und gesellschaftlichen Gruppen ist Gegenstand einer eigenen Diskussion, daraus U. von Alemann/R. E. Heintze (Hrsg.) Verbände und Staat. Vom Pluralismus und Korporatismus, 1979; U. von Alemann (Hrsg.) Neokorporatismus, 1981; N. Glagow (Hrsg.) Gesellschaftsteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität, 1984; E. Schütt-Wetschky Interessenverbände und Staat, 1997; W. Streeck Verbände als soziales Kapital: Von Nutzen und Nutzung des Korporatismus in einer Gesellschaft im Wandel, in: W. Bühner/E. Grande (Hrsg.) Unternehmerverbände und Staat in Deutschland, 2000, 53 ff.; zuletzt die kritische Stellungnahme von W. Reutter Verbände, Staat und Demokratie. Zur Kritik der Korporatismustheorie, ZParl 33 (2002), 202, 501 ff. mwN. Als Fallstudie instruktiv V. Schneider Informelle Austauschbeziehungen in der Politikformulierung. Das Beispiel des Chemikaliengesetzes, in: A. Benz/W. Seibel (Hrsg.) Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, 111 ff.

¹⁷ Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen vom 14. Juni 2000, veröffentlicht unter www.bmu.de/fset800.htm, auch als Beilage Nr. IV zu Heft 10 NVwZ 2000. Kritisch dazu F. Schorkopf Die „vereinbarte“ Novellierung des Atomgesetzes, NVwZ 2000, 1111 ff.; B. Pasemann/St. Baufeld Verfassungsrechtliche Probleme der Gesetzgebung auf der Grundlage von Konsensvereinbarungen, ZRP 2002, 119 ff.

¹⁸ Begriffsprägend E. Böhne Der informale Rechtsstaat, 1981; ders. VerwArch 75 (1974), 343 ff. Zur sozialwissenschaftlichen Analyse solcher Verhandlungsprozesse und ihrer Gründe A. Benz Normanpassung und Normverletzung im Verwaltungshandeln, in: Benz/Seibel (Fn. 16), 31, 32 ff. Zur historischen, theoretischen und dogmatischen Einordnung N. Dose/R. Voigt (Hrsg.) Kooperatives Recht, 1995. Für das Umweltrecht wurde die Kooperation sogar zum Prinzip dieses Rechtsgebiets erhoben, s. etwa G. Lübke-Wolff Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, in: Benz/Seibel, ebd. 209 ff.; M. Kloepper Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 4 Rn. 46. Das Kooperationsprinzip – erstmals erwähnt im Umweltbericht 1976 der Bundesregierung – wurde rechtlich zum ersten Mal festgeschrieben in Art. 34 Abs. 1 Einigungsvertrag (BGBl. 1990 II, 885). Heute findet es sich in einer Vielzahl einfachrechtlicher Normen, z.B. § 10 Abs. 3–9 BImSchG, § 29 BNatSchG, § 17 ChemG. Prozessual aufgeladen wird es bundesnaturschutzrechtlich durch die Möglichkeit einer Verbandsklage. Obwohl seine Rechtsqualität nicht unumstritten ist, billigte das BVerfGE 98, 106, 121, dem Kooperationsprinzip entscheidende Wirkung bei der Abgrenzung von Bundes- und Landesgesetzgebung zu; vgl. auch BVerfGE 98, 89 ff. Zur kritischen Diskussion des Kooperationsprinzips als Legitimationsgrundlage normativer Absprachen Michael kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 15), 279 ff.

d) *Kooperativer Verfassungsstaat nach außen*

Die Möglichkeit der Staaten, je für sich bestimmte Aufgaben erfolgversprechend zu bearbeiten, sind geschrumpft. In den verschiedensten Bereichen hat sich eine Koordinierung der Anstrengungen der Staaten herausgebildet, von der Errichtung supranationaler Einrichtungen bis zur auf Einzelgebiete beschränkten vertraglichen oder außervertraglichen Kooperation.

Zwangsläufig gibt es vor der Etablierung formaler Strukturen nur informelle Verständigungsprozesse, auch Einflußstrukturen für Parlamente müssen erst aufgebaut werden.¹⁹

2. *Typische Felder der Entparlamentarisierung*

Entparlamentarisierung als Schwächung des Parlaments durch Abwanderung der Entscheidung zu anderen Gremien ist ein Aspekt der Informalisierung und tritt im wesentlichen in den gleichen Politikfeldern auf wie die Informalisierung: also bei der externen wie internen Kooperation ebenso wie im kooperativen Föderalismus. Immer gilt: Verhandlungen sind Sache der Exekutive.

Die Komplizierung der Lebensverhältnisse verlangt auch in der Politik zunehmend Expertise. Auch bei der Politikformulierung spielen Sachverständige eine wachsende Rolle. Das ist verfassungsrechtlich insofern erheblich, als Sachverständigengremien nicht demokratisch legitimiert sind. In dem Maße, in dem die Sachverständigenarbeit von der Politik nicht selbst verantwortet werden kann, führt die Rolle von Sachverständigen zu einer problematischen Entparlamentarisierung.²⁰

Auch im Parlament ist aufgefächerte Arbeitsteilung unverzichtbar. In den meisten Politikfeldern muss sich der einzelne Abgeordnete auf die zuständigen Spezialisten seiner Fraktion verlassen. Auch wenn die rechtliche Letztentscheidung des Gesamtparlaments nicht angetastet wird, so ist die inhaltliche Politikformulierung doch in die Hände kleiner Gruppen gelegt, denen das Gesamtparlament in aller Regel folgt.²¹ Parallel zu den

¹⁹ K. von Beyme Niedergang der Parlamente, Internationale Politik 1998, 21 ff.; zum Stand der Diskussion um die Möglichkeiten des Parlaments zur Kontrolle der auswärtigen Gewalt R. Wolfrum, L. Wildhaber und T. Öhlinger Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), 38 ff., 67 ff. und 81 ff.

²⁰ Zum Grundproblem F. Ossenbühl Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter, 2000.

²¹ Wegen dieser funktionalen Zusammenhänge trifft das Wort vom „Fraktionszwang“ keinesfalls die Gegebenheiten, die zu einer einheitlichen Abstimmung der Abgeordneten gleicher Fraktion führen, dazu W. J. Patzelt Wider das Gerede vom „Fraktionszwang“!

beschriebenen Prozessen der Entparlamentarisierung durch Verlagerung inhaltlicher Entscheidungsvorbereitung in außerparlamentarische Runden könnte man hier von einem Prozess der *internen Entparlamentarisierung* in Gestalt der Entparlamentarisierung sprechen.

3. Funktionen von Informalisierung und Entparlamentarisierung

Dieser Überblick über typische Bereiche, in denen es zu einer Informalisierung und Entparlamentarisierung kommt, ist zu ergänzen um eine Untersuchung der Funktionen dieser Praktiken.²² Nur wenn der nor-

ZParl 29 (1998), 323 ff. Siehe weiter zur Darstellung des parlamentarischen Arbeitsganges etwa W. Ismayr Der Deutsche Bundestag, 1992, zur Fraktionsarbeit 83 ff., zur dortigen internen Gruppenstruktur 87 ff., zur Arbeitsteilung allgemein 529 ff.; von Beyme, Gesetzgeber (Fn. 10), 197 ff., 254 ff.; s. auch F. Schäfer Der Bundestag, 4. Aufl. 1982, 108 und 134 ff., hier bes. 144; s. weiter etwa H. Apel Die Willensbildung in den Bundestagsfraktionen – die Rolle der Arbeitsgruppen und der Arbeitskreise, ZParl 1 (1970), 223 ff.; umfassend zur Rolle der Fraktionen S. S. Schüttemeyer Fraktionen im Deutschen Bundestag 1949 bis 1997, 1998, zusammenfassend zu den empirischen Befunden 309, 329 ff.; unter dem Gesichtspunkt eines Einflussverlusts des Parlaments S. Kropp Exekutive Steuerung und informale Parlamentsbeteiligung in der Wohnungspolitik, ZParl 33 (2002), 436 ff.

²² Der Knappheit der Vortragszeit muss eine Differenzierung bei den Gründen nach (objektiven) Ursachen und (subjektiven) Motiven zum Opfer fallen; auch kann nur darauf hingewiesen werden, dass Motive und Absichten weder alle Wirkursachen erfassen noch andererseits alle Folgen bestimmten Handelns in den Blick bekommen. Zu den Problemen einer solchen Analyse R. K. Merton Manifest and Latent Functions, in: ders. Social Theory and Social Structure, erw. Ausg. 1968, 73, 114 ff. – Je nach theoretischem Ansatz stellen sich die Funktionen einer Informalisierung anders dar. Eine andere Funktionsbeschreibung bei Sattar Politik (Fn. 1), 45 ff.

Sozialwissenschaftlich werden Informalisierungserscheinungen von ganz unterschiedlichen Theorien thematisiert. Zunächst hat die Organisationssoziologie diese Entdeckung der Informalität gemacht am Gegenstand der informalen Organisation, und zwar bei den so genannten Hawthorne-Studies. Ursprünglich tayloristischen Annahmen verpflichteten Studien zur Steigerung der Arbeitseffektivität brachten das zunächst überraschende Ergebnis, dass die vermuteten objektiven Faktoren der Arbeitssituation (bessere Beleuchtung etc.) sich nicht wie vermutet auswirkten, stattdessen wurden als wesentliche Variablen Elemente des Gruppenlebens entdeckt, F. J. Roethlisberger/W. J. Dickson Management and Worker, 1939. In der Organisationssoziologie zählt die „informale Organisation“ seit langen Jahren zum festen Besitz, wichtig etwa P. Selznick TVA and the Grass Roots, 1953, für die Zusammenfassung der Ergebnisse 250 ff.; P. M. Blau The Dynamics of Bureaucracy, Neudruck 1973 (zuerst 1955), 123 ff., 144 ff., 183 ff. und öfter; ders./W. R. Scott Formal Organizations, Neudruck 1970 (zuerst 1963), 6f., 89 ff., 234 ff. u. ö.; N. Luhmann Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964, passim, bes. 268 ff. Weiter wurden bei der Transitionsforschung informale Muster als wesentliche Faktoren gelingender Demokratie identifiziert, s. etwa W. Merkel/A. Croissant Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien, PVS 40 (2000), 3 ff.; J. Betz/P. Köll-

mativen Betrachtung ein realistisches Bild des politischen Prozesses zugrunde liegt, können verfassungsrechtliche Direktiven Wirkchancen haben.²³

Die Entwicklung informaler Praktiken kann unter vier funktionalen Gesichtspunkten verstanden werden:

a) *Anpassung*

Die Ausbildung informaler Muster spiegelt die Notwendigkeit von *Anpassungsvorgängen* wieder. Weil die formale Entscheidungsstruktur in den politischen Institutionen verfassungsrechtlich fixiert ist, ist eine schnelle und unkomplizierte Anpassung an neue Verhältnisse nicht möglich. Deshalb greifen die Handelnden zu mikro-politischen Anpassungsprozessen²⁴ und versuchen, der Situation informal gerecht zu werden. Diese Anpassung kann in einer Re-Interpretation des formalen Regelwerks oder in einem elastischen Umgang mit diesem bestehen,²⁵ die informale Normbildung kann aber auch den Anfang einer Neunormierung darstellen.²⁶

ner/H. Matthes Informelle Politik im internationalen Vergleich, Nord-Süd aktuell 13 (1999), 217 ff. Die sogenannte Netzwerktheorie nimmt sich, wie der Name anzeigt, tatsächliche kommunikative Netze, die einen anderen Zuschnitt haben als die formalen Kommunikationskanäle, zum Gegenstand, dazu etwa B. Marin/R. Mayntz (Eds.) Policy Networks, 1991; zum methodischen Ansatz F.-U. Pappi Methoden der Netzwerkanalyse, 1987; zur Anwendung des Instruments ders. et al. Entscheidungsprozesse in der Arbeits- und Sozialpolitik, 1995; für politische Entscheidungsprozesse von Beyme Gesetzgeber (Fn. 10), 41 ff. Andere Konzepte heben ab auf die Nützlichkeit, ja Unvermeidbarkeit von Kontakten und Verbindungen, so etwa das Konzept der Functional Friendship oder des Social Capital, dazu etwa J. Coleman Social Capital in the Creation of Human Capital, American Journal of Sociology 94 (1988), Suppl. 95 ff.; P. Bourdieu Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital, in: R. Kreckeln (Hrsg.) Soziale Ungleichheiten, 1983, 183 ff.; jetzt breit, allerdings eher in gesellschaftsanalytischer Ausrichtung O. W. Gabriel et al., Sozialkapital und Demokratie, 2002. Aus rechtssoziologischer Sicht siehe zum (benachbarten) Phänomen des „soft law“ instruktiv zu Funktionen und Befolgungsmotiven M. Buchs, Die Verbindlichkeit des Unverbindlichen, Soziologische Diplomarbeit, Humboldt Universität Berlin, 2001.

²³ Zur Notwendigkeit einer Wirklichkeitsbetrachtung aufgrund der Normativität der Verfassung vgl. K. Hesse Die normative Kraft der Verfassung, 1959, 3, 9f. et passim.

²⁴ Zu Gegenstand und Konzepten der Mikropolitik E. Heinrich/J. Schulz zur Wiesch (Hrsg.) Wörterbuch der Mikropolitik, 1998.

²⁵ Dies betonen Schulze-Fielitz Verfassungsstaat (Fn. 1), 108 ff.; Sattar Politik (Fn. 1), 228; Benz Normanpassung (Fn. 18), 32, 44 ff., pass. Als empirische Studie N. Dose Normanpassung durch Verhandlungen mit der Ordnungsverwaltung, in: Benz/Seibel (Fn. 16), 87 ff.

²⁶ Auch anders ansetzende Problemlösungsversuche können dann in den Blick kommen, so „Alternativen zum Recht“, dazu Alternative Rechtsformen und Alternativen zum

Diese Anpassungsnotwendigkeiten werden oft unter dem Titel „Praktikabilität“ zusammengefasst, die in der Amtsstube auch zu einer „brauchbaren Illegalität“²⁷ werden kann oder – im Kabinett – zur „Staatsraison“.²⁸ Die Offenheit der Verfassung²⁹ kann über neue, informale Muster die Verfassungsentwicklung³⁰ befördern. Informalität ist ein wesentliches Medium zur Verarbeitung sozialen Wandels. Rechtsnormen sollen bestimmte Ziele erreichen.³¹ Zielgerichtetes Handeln zeitigt aber regelmäßig unvorhergesehene und unerwünschte Konsequenzen.³² Ist dem so, dann liegt es nahe, den ursprünglichen Steuerungsimpuls abzuändern oder um kompensatorische Elemente zu ergänzen.

Unter dem Gesichtspunkt der Anpassung lässt sich auch der informale Einbau der Parteien in die Institutionen der Politik erklären, so werden etwa, um das Bild der Zerstrittenheit zu vermeiden, interne Kontroversen in geschlossene Gremien verlagert. Unter den Bedingungen der Konkurrenz und der medialen Dauerbeobachtung³³ kommt es auch in der Politik zu einem Auseinanderziehen von Herstellung und Darstellung der Entscheidung.³⁴

Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 6 (1980); bemerkenswerter Weise wurde diese Diskussion im Angelsächsischen unter dem Schlagwort „Informal Justice“ geführt, s. etwa *R. Abel* (Ed.) *Politics of Informal Justice*, 1982.

²⁷ *N. Luhmann* Funktionen (Fn. 22), 304ff. Umgekehrt kann „Dienst nach Vorschrift“ – ohne informale Anpassungsleistung – als Maßnahme des Arbeitskampfes wirken, zur juristischen Seite *J. Isensee* Dienst nach Vorschrift als vorschriftswidriger Dienst, JZ 1971, 73 ff.

²⁸ Zur Ausbildung des Topos „Staatsraison“ als Anpassungsleistung an gesellschaftlichen Wandel *H. Münkler* Im Namen des Staates, 1987, insbes. 127 ff.

²⁹ Dazu *K. Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 19 ff., 36 ff.; *B.-O. Bryde* Verfassungsentwicklung, 1982, 80 ff.; *C. Gusy* Die Offenheit des Grundgesetzes, JöR (1984), 105 ff.; *M. Morlok* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, 105 ff.

³⁰ Grundlegend *Bryde* (Fn. 29).

³¹ S. etwa *W. Krawietz* Das positive Recht und seine Funktion, 1967, zu diesem instrumentellen Verständnis des Rechts 26, 63 f. u. ö.

³² Zu diesen „Unanticipated Consequences of Purposive Social Action“ *R. K. Merton* *American Sociological Review*, 1936, 894 ff.; *ders.* Funktionen (Fn. 22), 104 ff.

³³ Die Parteien bemühen sich, ein Bild der Geschlossenheit zu bieten, weil sie annehmen, der Wähler honoriere dies – offenbar zu Recht, s. *E. Noelle-Neumann/R. Köcher* (Hrsg.) *Allensbacher Jahrbuch für Demoskopie* 1993–97, 1997, 846 ff.

³⁴ Zur Differenz von Herstellung und Darstellung bei der richterlichen Entscheidungsfindung *R. Lautmann* Justiz – die stille Gewalt, 1972, 175 ff.; *W. Hassemer* Einige Ergebnisse zum Unterschied zwischen der Herstellung und der Darstellung richterlicher Sanktionsentscheidungen, MSchrKri 1983, 26 ff. Für die Gesetzgebung *N. Luhmann* Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl. 1975, 179 ff. Zum Darstellungszwang in breiterer Perspektive *M. Morlok/R. Köbel/A. Launhardt* Recht als soziale Praxis, Rechtstheorie 31 (2000), 15, 26 f.; zuletzt *M. Pfadenhauer* Inszenierung von Professionalität, Soziolog. Diss. Dortmund 2001.

Schließlich kann Informalisierung auch ein Instrument sein, um anderen als juristischen Gesichtspunkten zur Geltung zu verhelfen. Wo wichtige Aspekte – etwa ökonomische oder soziale Kosten – vom Formalprogramm vernachlässigt werden, kann diesen durch informale Ergänzung Beachtung verschafft werden. Jene nichtrechtlichen Kriterien werden durch informale Praktiken in rechtlich strukturierte Lebensbereiche importiert.³⁵ Informal werden so unterschiedliche Handlungslogiken miteinander kompatibel.³⁶

Jede rechtliche Normierung wirkt auch als Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten.³⁷ Recht ist lästig, weswegen in allen Lebensbereichen Anpassungs- und Ausweichbewegungen auftauchen. Man flieht etwa in die Schwarzarbeit oder die Privatisierung. Ersteres wählt die Illegalität, letzteres bietet sich dort an, wo die Akteure das Recht ändern können. Auch das Aushandeln in strafrechtlichen Großverfahren lässt sich so verstehen.³⁸ Der Versuch, den Einschränkungen des Rechts zu entkommen, ist also nicht auf unser Gegenstandsfeld beschränkt.

b) Senkung der Transaktionskosten

Informale Verständigungen dienen zweitens dazu, die Transaktionskosten (Zeit, Arbeitskraft, Kommunikationsaufwand) im politischen Betrieb

³⁵ In anderen gesellschaftlichen Teilbereichen, die nicht vom Recht dominiert werden, besteht ein komplementäres Problem. Wo die Funktionslogik eine andere als die des Rechts ist, stellt das Recht lediglich eine restriktive Randbedingung dar, die nicht entscheidungstragend ist. Dort ist es schwierig, dem Recht zur Beachtung verhelfen. In primär rechtlich verfassten Zusammenhängen, wie im staatlichen Entscheidungsapparat, stellt sich das Problem aber in der Weise, wie gegenüber der juristischen Rationalität eine andere zur Beachtlichkeit gebracht werden kann.

³⁶ Zum Problem des Aufeinandertreffens unterschiedlicher Handlungslogiken im Gesetzgebungsprozess *E. Brandt/U. Smeddinck/R. Thiels* (Hrsg.) *Gesetzesproduktion im administrativen Binnenbereich*, 2001, 32ff.

³⁷ Deswegen ist der allgemeine Rechtsgehorsam – mindestens der Glaube an überwiegenden Rechtsgehorsam – Wirkungsvoraussetzung des Rechts. Daher empfiehlt es sich, dass ein „lockerer“ Umgang mit Rechtsnormen konsensuell getragen und begrenzt wird.

³⁸ *K.-D. Bussmann* Die Entdeckung der Informalität, 1981; zu diesem Problemkreis weiter *V. Erb* Legalität und Opportunität, 1999, bes. 94ff.; *T. Weigend* Der BGH vor der Herausforderung der Absprachenpraxis, FG BGH, Bd. I, 2000, 1000, zu neuralgischen Punkten der Absprachenpraxis 1038ff.; aus soziologischer Sicht *C. Lüdemann* Der „Deal“ im Strafprozess und das Modell rationalen Handelns, ZfRSz 13 (1992), 88ff.; *R. Kölbel* Bindungswirkung von Strafmäßabsprachen, NSz 2002, 74ff.; aus der Rechtsprechung BGHSt 43, 195, 196ff. mwN aus Lit. und Rspr. Zur soziologischen Analyse *U. Neller-Rublack* Der modernisierte Strafprozess: Zur Soziologie konsensorientierter Wirtschaftsstrafverfahren, 1999; *L. Ludwig-Mayerhofer* Informalisierung des Rechts als administrative Rationalisierung, in: *K.-D. Bussmann/R. Kreissel* (Hrsg.) *Kritische Kriminologie in der Diskussion*, 1996, 239ff.

zu senken. Sie erlauben schnelleres, um Argumentations- und Darstellungslasten reduziertes Handeln.³⁹

c) *Unsicherheitsabsorption*

Weiter mildern informale Handlungsmuster die Last der Ungewissheit. Sie geben Orientierung und erlauben in relativ offenen Situationen rationales Handeln. Die objektive Ungewissheit wird dabei nicht beseitigt, durch Herstellung von Konsens aber wird diese Ungewissheit sozial absorbiert. Stat pro ratione consensus. In unserem Handlungsfeld ist das aus mehreren Gründen gefragt, so wegen der gesteigerten Unbestimmtheit der Verfassung oder zur Regulierung oder Reduzierung parteipolitischer Konflikte.⁴⁰

d) *Regelanwendungsregeln*

Rechtstheoretisch lässt sich die Funktion informaler Praktiken bestimmen als diejenige von Anwendungshilfen für die formalen Regeln. Solche *Regelanwendungsregeln* sind grundsätzlich unvermeidbar.⁴¹ Formale Regeln vernachlässigen die Besonderheiten unterschiedlicher Anwendungsfelder. Ihre relative Informationsarmut gegenüber der Anwendungssituation stimuliert die Entwicklung von informalen Regeln zur spezifischen Feinanpassung. Angesichts der Offenheit der Verfassung kommt dieser Spezifizierung besondere Bedeutung zu. Diese Anwendungsregeln bestimmen so die praktisch wirksamen Formen der Verfassung: Informale Regeln machen den Unterschied aus zwischen dem *law in books* und dem *law in action*.⁴²

³⁹ Als Beleg etwa die von *Schwarzmeier* Mitsteuerung (Fn. 1), 270f. berichteten Äußerungen von Abgeordneten.

⁴⁰ Absprachen, Parteiproporze u. ä. erlauben es, die Felder und die Zahl der zwischen den Parteien ausgetragenen Konflikte zu reduzieren.

⁴¹ Diese Erkenntnis wurde in verschiedenen Theoriezusammenhängen formuliert, so etwa F. Sack *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, in: F. Sack/R. König (Hrsg.) *Kriminalsoziologie*, 1968, 431, 458ff.; s. aus der Wissenschaftsforschung etwa M. Lynch *et al.*, *Zeitliche Ordnung in der Arbeit des Labors*, in: W. Bonß/H. Hartmann (Hrsg.) *Entzauberte Wissenschaft: Zur Relativität und Geltung soziologischer Forschung*, Soziale Welt, Sonderband 3 (1985), 179ff.; für die Rechtstheorie s. *Morlok/Köbel/Launhardt* (Fn. 34), 24ff. mwN; dies ist etwa mit dem Instrumentarium der Ethnomethodologie oder auch durch die Hermeneutik zu belegen.

⁴² Im Sinne von R. Pound *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review* 44 (1910), 12ff. Wichtig für die deutsche Rezeption J. Esser *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990, 18ff. unter Rückgriff auf die realistische Jurisprudenz. Die dort geführte Diskussion, beginnend etwa mit E. Ehrlich

Die Freiheitsräume, welche die Rechtsregeln lassen, können in verschiedener Weise konkretisiert werden, wobei auch die Interessen der Beteiligten mit eingehen. Der „Kampf ums Recht“ (*Ihering*) – der sich zunächst als ein „semantischer Kampf“ darstellt⁴³ – erfolgt nicht zuletzt über diese Aufbereitungspraktiken. Was sich in analytischer Perspektive als Regelanwendungsregeln darstellt, kann zusammenfallen mit Zweckmäßigkeitserwägungen oder auch politischer Instrumentalisierung.

III. Begriffliche Präzisierung

Was ist unter Informalisierung genau zu verstehen? Auch wenn das lebensweltliche Phänomen der Informalisierung einigermaßen anschaulich geworden ist, für eine rechtsdogmatische Annäherung ist eine weitere Präzisierung erforderlich.

1. Das zugrunde gelegte Konzept von „Informalisierung“

Begriffskonstitutiv ist der Bezug auf das Formalrecht. Informalität entwickelt sich vor dem Hintergrund der durch das Recht gesetzten Handlungsrestriktionen. Formale Normen schaffen ein Problem, informal wird es zu lösen versucht.⁴⁴

Der Begriff des informalen Handelns soll nur *normreguliertes* Handeln umfassen, also das Handeln einer Mehrzahl von Akteuren, die sich an konsentierten informalen Normen orientieren,⁴⁵ nicht aber gesetzesumgehende Handlungen des isolierten Akteurs.

Damit verbunden ist der *Regelcharakter* der Informalität. Das umfasst ein faktisches wie ein normatives Element. Faktisch geht es um empirische Regelmäßigkeiten, um relativ stabile Muster des Vorgehens, um Erwartungserwartungen als Teil der Parlamentskultur.⁴⁶ Das normative

Grundlegung einer Soziologie des Rechts, 1913, kann, etwa mit dem Schlagwort vom „lebenden Recht“ (*Ehrlich*), als Paralleldiskussion zu unserer gelesen werden.

⁴³ F. Müller Juristische Methodik, 7. Aufl. 1997, 142 Rn. 180.

⁴⁴ So auch das Resümee von L. Dittmer in: Dittmer/Fukui/Lee (Fn. 1), 290, 306 zu den ostasiatischen Studien.

⁴⁵ Die Interessen und Motive der einzelnen Akteure gehen natürlich in das informale Handeln ein, etwa individuelles Fortkommen, Gewinnung öffentlicher Aufmerksamkeit u.ä., dies sind aber Zusatzerscheinungen, die hier nicht weiter zu verfolgen sind.

⁴⁶ Besonders gut sichtbar werden informale Erscheinungen wie diejenige der Parlamentskultur anlässlich der Sozialisation von Neulingen, dazu B. Badura/J. Reese Jungparlamentarier in Bonn – ihre Sozialisation im Deutschen Bundestag, 1976, zum Konzept der parlamentarischen Subkultur 22ff., ausdrücklich zur Ersetzbarkeit von „Subkultur“

Element bedeutet, dass ein bestimmtes Vorgehen als üblich und unbedenklich hingenommen wird. Die Normativität ist schwächer als bei einer Rechtsregel, gegebenenfalls wird eingestanden, man handle in einer „Grauzone“.⁴⁷ Informale Regeln nähern sich damit dem Gewohnheitsrecht an: *usus continuus* und *opinio necessitatis*.⁴⁸

Die informal Handelnden sind deutlich interessengeleitet. Es kommt ihnen auf die erfolgreiche Bewältigung der Situation bei der Verfolgung eigener (materieller, ideeller und v.a. auch parteipolitischer) Interessen an.⁴⁹

Wenn „Politik als Beruf“ (*M. Weber*) betrieben wird, dann liegt es nahe, professionssoziologische Erkenntnisse heranzuziehen.⁵⁰ Professionelles Handeln ist ganz allgemein gekennzeichnet durch die Notwendigkeit der situativ-pragmatischen, immer auch kreativen Aufbereitung des fach-

durch informale Muster 36f.; *U. Sarcinelli* Parlamentarische Sozialisation in der Bundesrepublik Deutschland: Zwischen politischer „Sonderkultur“ und Basislegitimation, ZParl 20 (1989), 388ff.; zur Parlamentskultur s. weiter *R. Mayntz/F. Neidhardt* Parlamentskultur: Handlungsorientierung von Bundestagsabgeordneten, ZParl 20 (1989), 370ff. mwN. Zur subjektiven Seite der Parlamentskultur, dem Mandatsverständnis und dem Parlamentsbild und zur tatsächlichen Mandatsausübung *W. J. Patzelt* Deutschlands Abgeordnete: Profil eines Berufsstands, der weit besser ist als sein Ruf, ZParl 27 (1996), 462, 467ff., 473ff.

⁴⁷ Der Reichtum und die Ubiquität informal Handelns mögen indirekt durch das entwickelte Vokabular belegt werden, welches sich für solche Phänomene gebildet hat. Jeweils Teilaspekte werden bezeichnet durch Begriffe wie „Grauzone“, „Netzwerk“, „Mauschelei“ oder „Kungelrunden“.

⁴⁸ Nicht zufällig sind empirische Regelmäßigkeit und normative Aufladung auch die klassischen Definitionsmomente von „Gewohnheitsrecht“, wo eine andauernde allgemeine Übung vorausgesetzt wird, die von der Überzeugung getragen wird, es sei so rechtens und deswegen nötig (*opinio necessitatis*), s. *K. F. Röhl* Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, 525f.; zu unserem Thema ähnlich *Schulze-Fielitz* Verfassungsstaat (Fn. 1), 124ff. Weitere begriffliche Abgrenzungsbemühungen erscheinen wegen variierender Begriffsverwendungen und überlappender Bedeutungsfelder wenig ertragreich und unterbleiben deswegen hier, s. aber zu einigen Normgattungen und deren Bezeichnungen *K.-U. Meyn* Die Verfassungskonventionalregeln im Verfassungssystem Großbritanniens, 1975; *C. Tomuschat* Verfassungsgewohnheitsrecht?, 1972; *H. A. Wolff* Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, 2000; *H. Schulze-Fielitz* Parlamentsbrauch, Gewohnheitsrecht, Observanz, in: *H.-P. Schneider/W. Zeh* (Hrsg.) Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 11.

⁴⁹ In der Terminologie von *J. Habermas* könnte man auch von strategischem Handeln sprechen, *J. Habermas* Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 1988, 127, 131 u. ö.

⁵⁰ Zu neueren Ansätzen *U. Oevermann* Theoretische Skizze einer revidierten Theorie professionalisierten Handelns, in: *A. Combe/W. Helsper* (Hrsg.) Pädagogische Professionalität, 1966, 70ff. Zum Versuch einer Anwendung auf die richterliche Praxis *M. Morlok/R. Kölbel* Rechtspraxis und Habitus, Rechtstheorie 32 (2001), 289ff. Weiter noch klassisch *T. Luckmann/W. M. Sprondel* Einleitung, in: dies. (Hrsg.) Berufssoziologie, 1972, 11ff.; *E. C. Hoges* Amt und Person, ebd., 345ff.

lichen Wissens für die Probleme der Praxis. „Basteleien“⁵¹ sind unausweichlich.⁵² Vor diesem Hintergrund der Eigenarten professionellen Handelns verliert die informale Politik ihren Status des Besonderen, sie stellt lediglich eine sich auch in anderen beruflichen Feldern findende Art von „Praxis“ dar.

Zusammengenommen soll unter informalem Handeln hier also ein von einer Mehrzahl von Personen praktizierter regelorientierter, pragmatisch-situativer, interessengeleiteter und professioneller Umgang mit den einschlägigen Normen des Rechts verstanden werden.

2. Charakteristika der Informalität

Informales Handeln ist wesentlich gekennzeichnet durch Einvernehmlichkeit.⁵³ Diese erwächst aus der Reziprozität der Interessen der Betei-

⁵¹ ISv Bricolage der französischen Tradition, dazu C. Lévi-Strauss *Das wilde Denken*, dt. Taschenbuchausgabe 1973 (franz. 1962: *la pensée sauvage*), 29ff.; zur Charakterisierung dieser Art von Praxis auch P. Bourdieu *Sozialer Sinn*, dt. Taschenbuchausgabe 1993 (franz. 1980: *le sens pratique*[!]), 147ff.; s. etwa G. Ortman *Mikropolitik und systemische Kontrolle*, in: J. Bergstermann/R. Brandherm-Böhmker (Hrsg.) *Betriebliche Rationalisierungsprozesse – betriebliche Verhandlungsprozesse*, 1991, 99ff., wo „mikropolitische Bastelei“ unter dem Gesichtspunkt des Handelns unter Kriterien eingeschränkter Rationalität analysiert wird.

⁵² Sowohl an den zu lösenden Problemen wird gebastelt, als auch an der Kompetenzdarstellung als auch an den Problemlösungsregeln. Die „konstruktive Arbeit“ besteht darin, sich die Probleme, Problemlösungen und die Problemlösungsregeln so zurecht zu legen, dass man dabei kompetent wirkt und von etwaigen Beobachtern auch nicht als zu leger im Umgang mit den Regeln eingeschätzt wird. Diesen Eindruck nicht zu erwecken, ist jedenfalls eine professionelle Kunst, die man beherrschen muss, um ggü. den Problemen und den oft gar nicht sonderlich anschlussfähigen Lösungsregeln nicht handlungsunfähig zu werden. Professionalität ist eine soziale Etikettierung, die auf Grund spezieller Kompetenzansprüche und Kompetenzunterstellungen vorgenommen wird. Professionelle sind demnach als „darstellungskompetente Kompetenzdarsteller“ zu charakterisieren, jedenfalls inszenierungs- und rollentheoretisch betrachtet, jüngst hergeleitet und ausgeführt von Pfadenhauer *Professionalität* (Fn. 34), 105ff. Dass eine exakte Regelanwendung auf in den Regeln nicht exakt vorhergesehene (bzw. vorhersehbare, kontingente) Umstände schlechterdings unmöglich ist, ist bekannt, vgl. aus der Wissenschaftsforschung M. Lynch *et al.*, *Zeitliche Ordnung in der Arbeit des Labors*, 1985, 183; allgemein H. Drenup *Wissenschaftliche Erkenntnis und gesellschaftliche Praxis*, 1987, 15ff., 30ff. Zwar wird die normative Gültigkeit der Regeln nicht völlig in Frage gestellt, doch bedingen „Unkenntnis, Unvermögen und eine Vielzahl praktischer Zwänge und gegenläufiger Zwecke“, dass Regel und Handeln, Theorie und Praxis nur unvollkommen übereinstimmen, R. Mayntz *Über den begrenzten Nutzen methodologischer Regeln*, 1985, 65.

⁵³ Ritter (Fn. 13), 409, beschreibt diese Einvernehmlichkeit gleichsam auf der „Rechtsfolge-seite“ wie folgt: „Plantreue wird dann nicht in erster Linie als Rechtsgehorsam ge-

ligten.⁵⁴ Kooperation gemäß den Regeln bringt allen Beteiligten Vorteile. Der Regelgehorsam wird gesichert durch den andernfalls drohenden Verlust der Kooperationsgewinne.⁵⁵ Informalität lebt von der Zustimmung aller, weil sich ein Dissident immer auf das formale Recht berufen kann. Informale Regeln müssen deswegen für alle zustimmungsfähig sein.

Anders als beim sonstigen Normmodell,⁵⁶ das einen autoritären Regelschöpfer über den Normunterworfenen voraussetzt, sind Rechtssetzer, -unterworfenen und -anwender identisch. Die der Regel Unterworfenen haben als deren Autoren oder Anwender erheblichen Einfluss auf deren Gestaltung. Informale Regeln sind damit ebenso sensibel für die Interessen der Beteiligten wie flexibel in der Anwendung. Sie haben damit deutliche Ähnlichkeiten zum Vertrag als einer auf die eigenen Interessen ausgerichteten selbstgemachten Rechtsordnung. Wie beim Vertrag ist auch die Bindung begrenzt: Im Konsens ist das Verabredete – auch stillschweigend – änderbar.

Mit diesen Eigenarten gewinnen informale Regeln frappierende Nähe zur Geschäftsordnung des Bundestages: Schaffung, Anwendung, Nichtanwendung⁵⁷ und Auslegung⁵⁸ geschehen in Autonomie, es sind Regeln

schuldet, sondern in Erfüllung sozialer Normen und diffuser Loyalitätsbindungen.“ Dazu für den Bereich des Verwaltungsrechts auch *H. Bauer* Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, *VerwArch* 78 (1987) 241, 253, der die faktische, nicht aber die rechtliche Verbindlichkeit der Absprachen betont. Dies begründet einen bedeutenden Vorteil, nämlich „Sicherheit im Normalfall, aber die Chance zur Flexibilität bei Krisen und Pathologien“. Zum Phänomen der „Gegenseitigkeit“ und des „Vertrauens“ als Faktoren der Normgenese vgl. *S. Wesche*, Gegenseitigkeit und Recht, 2000, 219. Beispiellhaft dazu auch: *M. Schuldei*, Die Pairing-Vereinbarung, 1996.

⁵⁴ Dazu ausführlich und mit sozialwissenschaftlicher Grundlegung *Schulze-Fielitz* Verfassungsstaat (Fn. 1), 118 ff.

⁵⁵ In der Sprache der Ökonomie kann man von sich selbst durchsetzenden Verträgen sprechen, dazu *R. Richter/E. Furubotn* Neue Institutionenökonomik, 1996, 255 ff.

⁵⁶ Repräsentiert durch die Namen *John Austin* oder *Hans Kelsen*.

⁵⁷ Nach § 126 GOBT kann mit Zwei-Drittel-Mehrheit ein Abweichen von Bestimmungen der Geschäftsordnung beschlossen werden. Allerdings wird von dieser Möglichkeit im Normalfall nicht einmal Gebrauch gemacht, da im Einvernehmen stillschweigend abgewichen wird, was als einmütiges Einverständnis gilt. Nur im Falle von Widerspruch wird ein ausdrücklicher Beschluss gefasst, vgl. *J. Pietzcker* Schichten des Parlamentsrechts, in: *Schneider/Zeh* (Fn. 48), § 10 Rn. 34; anders aber *H.-A. Roll* Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags, 2001, § 126 Rn. 3, der die Nachfrage nach Widerspruch als gängige Praxis angibt.

⁵⁸ Die Auslegung der GO steht grundsätzlich dem Plenum des Bundestages zu, allerdings hat der Bundestag diese Befugnis aus Praktikabilitätsgründen mit Plenarvorbehalt delegiert: In der Plenarsitzung steht die Auslegung dem Präsidenten, ansonsten dem Geschäftsordnungsausschuss zu, *G. Kretschmer* Geschäftsordnungen deutscher Volksvertretungen, in: *Schneider/Zeh* (Fn. 48), § 9 Rn. 121 f.; *N. Achterberg* Parlamentsrecht,

in „Selbstverwaltung“. Informale Regeln und Geschäftsordnungsrecht sind also funktional weitgehend gleichwertig.⁵⁹

IV. Zur Aufgabe der verfassungsrechtlichen Betrachtung

1. Bedeutung und Wirkweisen des Verfassungsrechts

Damit Recht wirkt, muss es mobilisiert werden.⁶⁰ Das heißt mindestens, dass seine Vorgaben thematisiert werden und Kontrollinstanzen angerufen werden können. Deren Aktivität wird antizipiert und führt zur Einführung rechtlicher Faktoren in die Handlungsplanung. Recht hat also Bedeutung, wenn es einen für die Akteure wahrnehmbaren Schatten auf das Handeln wirft. Im Rechtsstaat steht eine informale Praxis immer

1984, 332. Siehe hierzu auch *H.-A. Roll* Auslegung und Fortbildung der Geschäftsordnung, FG W. Blischke, 1982, 55, 98 ff., aber auch *J. Hatschek* Das Parlamentsrecht des deutschen Reiches I, 1915, 44, wonach die Geschäftsordnung keine Kodifikationsnatur habe und deshalb der Auslegung eben nicht wie ein Gesetz zugänglich sei. Auslegungen der GO besitzen Normcharakter, wenn sie vom Plenum des Bundestags beschlossen wurden. Die Auslegung durch Geschäftsordnungsausschuss und andere zuständige Bundestagsgremien verfestigt sich zur normierten Auslegung, wenn sie öfter zur Anwendung kommt, *Kretschmer* ebd., Rn. 60. Selbst durch Fraktionsvereinbarungen werden GO-Vorschriften ergänzt und ausgefüllt, *Kretschmer* ebd., Rn. 95. Interessanterweise verfestigt sich der schriftliche Bestand der GO, obgleich er jederzeit verändert werden kann, kontinuierlich, *Kretschmer* ebd., Rn. 3 f., wie dies bei den informalen Regeln ja ebenso zu beobachten ist. Z.T. wird gar die Verrechtlichung im Rahmen der GO kritisiert, da sie flexible und schnelle Reaktionen des Parlaments gefährde, *Kretschmer* ebd., Rn. 33. Andererseits wird die Geschäftsordnung in der Praxis ohnehin von den Fraktionsabsprachen, die von den Fraktionsgeschäftsführern bzw. im Ältestenrat vereinbart werden, überlagert, *Pietzcker* (Fn. 57), Rn. 37 mwN; s. auch *Achterberg* ebd., 65 f. Zur Art dieser Vereinbarungen siehe insb. *Schulze-Fielitz* (Fn. 48), Rn. 46 ff. Letztlich besteht mit dem Ältestenrat ein formales Gremium, dessen Hauptaufgabe der Abschluss solcher Vereinbarungen, also informales Handeln, ist. Dabei ist zu beachten, dass dieser seine Karriere als informales Gremium Seniorenkonvent begann, seine Existenz aber von der Geschäftsordnung seit 1922 mitaufgenommen wurde, vgl. *Schulze-Fielitz* ebd., Rn. 25 mwN, der dies darüber hinaus als einen Beleg dafür nimmt, dass die GO vielfach die Verrechtlichung vorrechtlicher Regeln beinhaltet. Zur Bedeutung der parlamentarischen Geschäftsführer für das parlamentarische Verfahren in der politischen Praxis allgemein und dem gleichzeitigen Bedeutungsrückgang des Ältestenrates s. *S. Petersen* Manager des Parlaments, 2000.

⁵⁹ Zum Kontinuum zwischen formalen und informalen Regeln s. auch *W. Blischke* Ungeschriebene Regeln im Deutschen Bundestag, FS H. Schellknecht, 1984, 55 ff.

⁶⁰ Zum Konzept der Mobilisierung von Recht *D. Black* The Mobilization of Law, *Journal of Legal Studies* 1973, 124 ff.; *E. Blankenburg* Mobilisierung von Recht, 1995, 39 ff.

auch „im Schatten des Rechts“⁶¹ in dem Sinne, dass das Recht thematisierbar und mobilisierbar ist.

Eine wesentliche Leistung des formalen Rechts liegt in der Ermöglichung und damit Antizipierbarkeit von Kontrolle und Sanktionen. Institutionalisierte Kontrolle wird erst möglich, wenn sie aus der unübersehbaren Menge des Geschehens etwas als kontrollierheblich auswählen kann. Insofern ist für eine Kontrolle die Unterscheidung zwischen kontrollierheblichen Verhaltenserwartungen und anderen Standards unverzichtbar. Kontrolle ist insofern auf Formalisierung angewiesen.

Damit das Recht Schatten wirft, bedarf es nicht nur der Normen, diese müssen auch dogmatisch aufbereitet sein. Wenn „der Jurist als solcher“ (*Puchta*) den Code „rechtmäßig/rechtswidrig“ anwenden will, dann braucht er entwickelte Instrumente, um die Wirklichkeit erfassen und beurteilen zu können.⁶²

2. Zur Notwendigkeit von Dogmatikentwicklung

Die Rechtsdogmatik vermisst die Welt nach ihren Maßstäben, juristische Landkarten werden entworfen, es geht also um „juristisches *mapping*“. Gegenüber dieser Aufgabe ist „informales Handeln“ ein juristisch nicht instruktiver Pauschalbegriff. Die Verwendung der Kategorie „Informalität“ ist Ausdruck dogmatischer Verlegenheit. Sie differenziert nicht, sie konditioniert nicht. Diese Charakterisierung der sich dem Recht stellenden Aufgabe wird bestätigt durch die Diskussion um das informale Verwaltungshandeln. Auch dieser Begriff hat per se keinen rechtlichen

⁶¹ Die Situation ähnelt der von der Ethnologie beschriebenen Entwicklung indigener Regelentwicklung und Konfliktlösungspraktiken durch Schlichtung und Kompromiss in Kolonialstaaten, die immer vor der Möglichkeit stehen, dass die Kolonialmacht mit ihren rechtlichen Instrumenten eingreift. S. dazu *G. Spittler* Streitregelung im Schatten des Leviathan, *ZfRSoz* 1 (1980), 4 ff.

⁶² Diese Beschreibung der juristischen Tätigkeit als Beurteilung nach dem Schema „rechtmäßig/rechtswidrig“ erschöpft nicht die rechtswissenschaftliche Arbeit. Die Rechtswissenschaft kennt mehrere Ziele und Teildisziplinen: Dazu gehört auch die Realanalyse, rechtspolitische Überlegungen sind ebenso legitim wie steuerungspolitische Absichten und theoretische Interessen. Gleichwohl ankert die Rechtswissenschaft in der Hilfestellung für rechtlich orientiertes, im idealtypischen Fall also richterliches Entscheiden. Die anderen juristischen Teilbereiche sind damit nicht weniger legitim als die „dogmatische Rechtswissenschaft“, der Entscheidungsbezug ist aber für die Disziplin insgesamt konstitutiv. Zu unterschiedlichen Arbeitsbereichen der Rechtswissenschaft s. etwa *Morlok* Verfassungstheorie (Fn. 29); zum Entscheidungsbezug als konstitutives Merkmal der Rechtswissenschaft *W. Krawietz* Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, 1978, 85, 155 ff. et pass.

Anleitungsgehalt, sondern bezeichnet pauschal ein Feld, für welches juristische Unterscheidungen noch aufgestellt werden müssen.⁶³

Um der Wirksamkeit der Verfassung willen muss Dogmatik für das informale Handeln im Bereich politischer Entscheidungen entwickelt werden. Verglichen mit der Grundrechtsdogmatik gab es im Staatsorganisationsrecht weniger Neuentwicklungen, was angesichts der Dynamik, welcher die Staatlichkeit unterliegt, erstaunt. Um auch für die genannten Phänomene Unterscheidungen zu treffen, die einen Unterschied machen,⁶⁴ bedarf es der *Dogmatikentwicklung*⁶⁵ im Sinne der Schaffung von Kategorien und von daran knüpfenden rechtlichen Bewertungen.

3. „Informalisierung“ als Begriff der Beobachtung zweiter Ordnung

Auch wenn „Informalisierung“ noch keinen dogmatischen Gehalt hat, so macht diese Kategorie auf das Phänomen aufmerksam und stößt die Diskussion und die rechtliche Erfassung der hier in Rede stehenden Phänomene an. Wenn wir die Position eines Beobachters höherer Ordnung⁶⁶ einnehmen, so ist zu fragen, unter welchen Umständen die Begriffe der „Informalisierung“ und „Entparlamentarisierung“ Karriere machen und

⁶³ So werden etwa staatliche Warnungen als eigene Gruppe herausgehoben und hier differenzierende Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen aufgestellt. Zu unterschiedlichen Formen der Warnung mit eigenen rechtlichen Konsequenzen etwa R. Gröschner Öffentlichkeitsauftrag als Behördenaufgabe, DVBl. 1990, 619, 620 ff.; ders. Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, 283 ff.; C. Gusy Verwaltung durch Information, NJW 2000, 977, 982 ff. und 986. Aus den weiteren Beiträgen zum informalen Verwaltungshandeln s. U. Di Fabio Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, 689 ff.; W. Brohm Erscheinungsformen und rechtsstaatliche Grenzen des informellen Verwaltungshandelns, DVBl. 1994, 133 ff.; G. Robbers Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, 272 ff.; Bauer (Fn. 53); H. Dreier Informales Verwaltungshandeln, StWissStPrax 4 (1993), 647, zur Aufgabe der Rechtswissenschaft 667 ff.; M. Schulte Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995; P. Körner Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000; empirisch zum Thema informales Verwaltungshandeln vgl. S. Kippes Bargaining, 1994. Die Problematik von Vor-Abreden besonders auch im Recht der Anlagengenehmigung als typisches Feld informellen Verwaltungshandelns beleuchtet auch W. Hoffmann-Riem Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), 187 ff.

⁶⁴ G. Bateson Steps to an Ecology of Mind, Taschenbuchausgabe 1975, 453: „A difference which makes a difference“, zum Konzept der „difference“ ebd., 451 ff.

⁶⁵ Zur Dogmatikentwicklung und zur Aufgabe der Verfassungstheorie, diese zu verantworten, Morlok Verfassungstheorie (Fn. 29), 128 ff., 161 ff.

⁶⁶ Hierzu insbes. N. Luhmann Ökologische Kommunikation, 2. Aufl. 1988, 51 ff.; ders. Soziologie des Risikos, 1991, 235 ff. u. ö.; ders. Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 766 ff. u. 1117 ff.; speziell zum Recht ders. Das Recht der Gesellschaft, 1993, 340 ff., 403 ff., 530 ff.

was mit der Verwendung dieser Begriffe bewirkt wird. „Informalisierung“ ist eine bestimmte Form der Weltbeschreibung.⁶⁷ Solche Konzeptualisierungen haben Handlungsrelevanz. Jenachdem, wie man die Welt sieht, werden andere Handlungsmöglichkeiten wahrgenommen, wird Anderes vorzugswürdig.⁶⁸

⁶⁷ Die Einsicht, dass „Informalität“ nicht fraglos gegeben ist, dass vielmehr diese Diagnose abhängig ist von konzeptionellen Voraussetzungen auf der Seite des Beobachters, stimmt zusammen mit den Grundannahmen der interpretativen Soziologie. Diese sind nicht nur auf informale Phänomene anzuwenden, sondern auch auf die Regeln des formalen Rechts. Unausgesprochen liegt der Rede von „Informalität“ nämlich ein positivistischer Normbegriff in dem Sinne zu Grunde, dass man unterstellt, die Norm habe eine fertig existierende Identität, die man beachtet oder nicht, also die Annahme, die Norm existiere vor ihrer Anwendung. Die jetzige Sichtweise lässt dies zweifelhaft erscheinen. Nach den interpretativen Annahmen ist eine Norm immer erst das Produkt ihrer konkreten Anwendung, das formale Recht wirkt in und durch Anwendungsakte. Die informellen Prozesse und Regeln, welche die Normen des formalen Rechts begleiten, sind so betrachtet Elemente des Aneignungs- und Anwendungsprozesses einer Norm des formalen Rechts, s. oben zum Stichwort „Anwendungsregeln“. Dies bedeutet eine Entdramatisierung der Erscheinung der Informalität. Informale Normen stellen eine Art dar, in der Rechtsnormen in der Weise sichtbar werden, in der sie auch praktiziert werden. Vgl. dazu *Morlok/Kölbel/Launhardt* (Fn. 34), 15 ff.; *M. Morlok/R. Kölbel* Zur Herstellung von Recht: Forschungsstand und rechtstheoretische Implikationen ethnomethodologischer (Straf-)Rechtssoziologie, *ZfRSoz* 21 (2000), 387, bes. 407 ff., jeweils mwN.

⁶⁸ Aber damit sind schon Forschungsfragen genannt, denen hier nicht weiter nachgegangen werden kann. Speziell für unser Thema ist etwa zu verfolgen, welche Faktoren die Wahrnehmung von Informalisierung und die Bezeichnung als solche gefördert haben und welche Folgen eine solche Beschreibung der politischen Entscheidungsprozesse hat. Durch die Heranziehung des Konzepts wird es möglich, bestimmte Probleme überhaupt erst wahrzunehmen, zu benennen und nach den Folgen dieser Erscheinungen zu fragen; es können Gewinn- und Verlustrechnungen aufgemacht werden. Zu fragen ist weiter, wie vor der „Entdeckung der Informalität“ (*Bussmann*), also vor der Entdeckung und Popularisierung dieses Konzepts, die der Sache nach sicher schon vorhandenen Phänomene beschrieben wurden. Welche Einstellungen zu ihnen wird durch eine Art der Beschreibung induziert? Die Geschichte der Einführung des Konzepts der informellen Organisation in der Organisationssoziologie zeigt, dass ein solches Konzept durchaus folgenreich sein kann: Mit der Benennung informeller Kommunikationswege und informeller Strukturen wurde plötzlich der Scheinwerfer der Aufmerksamkeit auf diese Erscheinungen gerichtet, die vorher zwar existierten, aber eben keine Aufmerksamkeit fanden. In der Folge entstanden die verschiedensten Anstrengungen zur bewussten Pflege des sozialen Klimas in Unternehmen bis zu regelmäßigen Kaffeetreffen zum Aufbau informeller Netzwerke. Auch die einzelnen Handelnden haben in ihrer Situationsdeutung diese Informalität aufgenommen, bis hin zur Rechtfertigung des gemeinsamen Kaffeetrinkens zur Pflege informeller Organisationsnetzwerke. – Eine andere Fragerichtung geht darauf, wann das formale Recht mobilisiert wird und wann dies nicht der Fall ist und man sich also mit den (mehr oder weniger rechtstreuen) informellen Praktiken abfindet. In welcher Weise von wem und auf welche Anlässe hin wird das Recht thematisiert? Damit wird

V. Ansätze einer Dogmatik zur Beurteilung informaler politischer Entscheidungen

1. *Durch Informalisierung und Entparlamentarisierung berührte Verfassungsnormen*

Für die *rechtliche* Beurteilung sind zunächst diejenigen Verfassungsnormen zusammenzustellen, die durch Informalisierungserscheinungen möglicherweise beeinträchtigt sind. Dabei geht es um Kompetenznormen, um Funktionszuweisungen und um prozedurale Vorkehrungen. Materiale Positionen spielen eine deutlich geringere Rolle, weil politische Entscheidungen einen erheblichen inhaltlichen Spielraum genießen sollen, damit demokratische Politik überhaupt möglich ist. Politisches Entscheiden, im Idealtypus Gesetzgebung, ist als *programmierendes Handeln* funktionsnotwendigerweise weniger strikt normiert als *programmiertes Handeln*.^{69,70}

a) *Parlamentsschutznormen*

Das verfassungsrechtliche Problem liegt in der Gefährdung der die Volkssouveränität spezifizierenden Eigenarten einer parlamentarischen Entscheidung.⁷¹ Damit ist zum einen gemeint, dass die Volksvertretung – und kein anderes Gremium – bestimmte Entscheidungen trifft, zum an-

auch die nur scheinbare Selbstverständlichkeit erschüttert, dass das Recht die Handlungen anleite und also Informalität erklärungsbedürftig sei. Es spricht durchaus viel dafür, umgekehrt zu fragen, weshalb die Orientierung an nichtrechtlichen Normen durch eine Thematisierung von Recht unterbrochen wird.

⁶⁹ Dies gilt nicht nur für rechtsetzendes, sondern auch für sonstiges Handeln in Leistungspositionen, das eben per definitionem Spielräume haben muss, sollen die Funktionen dieser Positionen wahrgenommen werden können; s. auch *M. Morlok* Ehrenschatz auf Staatskosten?, DVBl. 1979, 837, 842.

⁷⁰ Einer vertieften Erörterung wert wäre die Frage, ob auch das parlamentarische Verfahren unter grundrechtlichen Vorzeichen zu lesen ist. Der Gedanke des „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“ wurde bislang vorwiegend auf Verwaltungsverfahren bezogen. Grundlegend *P. Häberle* Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43 ff.; *H. Goerlich* Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; BVerfGE 49, 220, 228 f.; 53, 30, Sondervotum *Simon/Heußner* 69 ff., 71 ff. Zur Aktivierung der Grundrechte für das gesetzgeberische Verfahren, und zwar für die vorbereitenden Verfahren bei der Gesetzgebung s. *P. Lerche* Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren, in: *P. Lerche/W. Schmitt Glaeser/E. Schmidt-Abmann* (Hrsg.) Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 101 ff. Zur Maßgeblichkeit eines korrekten „inneren Gesetzgebungsverfahrens“ *G. Schwerdtfeger* FS H.P. Ipsen, 1977, 173 ff.

⁷¹ Dazu *M. Morlok* Demokratie und Wahlen, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 559, hier bes. 579 ff.

deren soll ein bestimmtes Entscheidungsverfahren eingehalten werden. Die Normen zur Gewährleistung des parlamentarischen Charakters politischer Entscheidungen idS sollen heißen: „*Parlamentsschutznormen*“.

Hierzu zählen besonders greifbar *Kompetenzbegründungsnormen* – etwa Art. 110, 59 Abs. 2 und 80 Abs. 1 GG –, welche bestimmte Aufgaben in die Hand des Bundestages legen. Ergänzt werden diese durch das dogmatische Postulat eines Parlamentsvorbehalts.⁷²

Zum zweiten prägt der *Abgeordnetenstatus* als einer der Freiheit, der Gleichheit und der Öffentlichkeit⁷³ maßgeblich die Entscheidungsweise des Parlaments.⁷⁴ Zu nennen sind auch die Immunität und die Indemnität.⁷⁵ Man sehe weiter die verschiedenen Ansprüche der Abgeordneten aus Art. 48 GG, woraus sich ableiten lässt, dass das Grundgesetz sich gegenüber der sozialen Wirklichkeit nicht ignorant verhält, sondern die tatsächlichen Hindernisse in den Blick nimmt, die der rechtlich statuierten Freiheit erwachsen können.

Den Schutz des parlamentarischen Charakters der Entscheidungen im Sinne einer bestimmten *Art der Entscheidungsfindung* bewirken weiter die Berufung des Gesamtparlaments zur Entscheidung,⁷⁶ was auch durch die Immunität der Abgeordneten gewährleistet wird,⁷⁷ die Mehrheitsregel (Art. 42 Abs. 2 GG) und die grundsätzliche Öffentlichkeit der Beratungen (Art. 42 Abs. 1 GG).⁷⁸

⁷² Der Begriff stammt von P. Häberle Berufs-„ständische“ Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, DVBl. 1972, 909, 912, Fn. 49, auch in: ders. Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, 138 (148). Zur Entwicklung des Parlamentsvorbehalts in Entgegensetzung zum Gesetzesvorbehalt M. Kloepfer Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, 685, 693 ff. Dazu Schulze-Fielitz Gesetzgebung (Fn. 10), 169 ff. mwN.

⁷³ P. Häberle Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit des Abgeordnetenstatus, NJW 1976, 537, 538 f.; ders. Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, 503, 505; M. Morlok in: Dreier (Fn. 4), Art. 38 Rn. 126 ff.

⁷⁴ Zur Bedeutung des Abgeordnetenstatus für das parlamentarische Entscheidungsverfahren BVerfGE 102, 224, 237 ff.

⁷⁵ Die Reichweite der Indemnität mag als indikativ angesehen werden für die Idee der Parlamentarisierung politischer Entscheidungen: Sie sollen dort getroffen werden, wo die Indemnität Schutz bietet. Gremien, die nicht unter dem Begriff des „Bundestages“ im Sinne von Art. 46 Abs. 1 GG einzuordnen sind, sind von daher wiederum einem Anfangsverdacht ausgesetzt.

⁷⁶ BVerfGE 44, 308, 316; 56, 396, 405; 70, 324, 367 – Sondervotum Mahrenholz, 80, 188, 218; 84, 304, 321; 96, 264, 278; 102, 224, 237, sog. „Gesamtrepräsentation“; dazu weiter H. Meyer Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes, VVDStRL 33 (1975), 69, 93; s. bereits Hatschek Parlamentsrecht (Fn. 58), 568 ff.

⁷⁷ BVerfGE 104, 310, 329 f.

⁷⁸ L. Kißler Die Öffentlichkeitsfunktion des deutschen Bundestages, 1976; ders. Parlamentsöffentlichkeit, in: Schneider/Zeh (Fn. 48), § 36; zu einzelnen Funktionen Schulze-Fie-

Der Schutz des parlamentarischen Charakters politischer Entscheidungen wird schließlich unterstützt vom *Wahlrecht* in materialer Interpretation als Gewährleistung des Bürgereinflusses auf wesentliche politische Entscheidungen, was ein Verbot begründet, solche Entscheidungen dem Parlament zu entziehen.⁷⁹

b) Funktionenverteilung und Organspezifität

Eine quer zu den Staatsorganen verlaufende informale Entscheidungsvorbereitung ist funktionell-rechtlich insofern bedenklich, als die Zuweisung bestimmter Aufgaben an ein bestimmtes Organ mit dessen spezifischer Zusammensetzung und in der für dieses Organ typischen Verfahrensweise verfassungsrechtlich geschützt ist, um so der Qualität der Entscheidungen zu dienen.⁸⁰ Grundsätzlich verboten ist daher die Einschaltung anderer Verfassungsorgane. Deswegen ist darauf zu achten, dass bei der Entscheidungsfindung die verschiedenen Organe auch tatsächlich in ihrer Spezifität mitwirken. Es besteht insofern ein Verfassungsgebot der *Organspezifität*⁸¹ bei der Einbringung der Entscheidungsbeiträge.⁸² Auch Inkompatibilitäten dienen diesem

litz Gesetzgebung (Fn. 10), 208f.; zu Einzelheiten der rechtlichen Ausgestaltung *J. Linck* Die Parlamentsöffentlichkeit, ZParl 23 (1992), 673 ff. Die parlamentarische Befassung hat den präzisen Sinn, eine Sache vor die Öffentlichkeit bringen zu können, vgl. *J. St. Mill* Betrachtungen über die repräsentative Demokratie, 1971, 101. Mit der Parlamentarisierung einer Entscheidung ist für betroffene Gruppen die Möglichkeit zur Einflussnahme eröffnet, mindestens sich über die Medien zu artikulieren und ihr politisches Gewicht in Form von potentiellen Wählerstimmen zur Geltung bringen. Dies ist besonders für Interessen wichtig, die über keine Veto-Positionen, sei es rechtlicher, sei es wirtschaftlicher Natur, verfügen.

⁷⁹ BVerfGE 89, 155, 182 ff. Zum subjektiven Recht auf Demokratie *M. Soppa* Parlamentarische Selbstentmachtung als faktische Wahlrechtsbeeinträchtigung, 2002; zur Maasricht-Entscheidung mwN zum Diskussions- und Publikationsstand *A. v. Bogdandy* Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung, KritV 83 (2000), 284 ff.

⁸⁰ In herkömmlicher Terminologie geht es um die Effekte der Gewaltenteilung. Informale Entscheidungsmodi begründen die Gefahr, die Aufteilung der Gewalten – vor allem parteipolitisch – zu unterlaufen; s. hierzu *D. Grimm* Verfassungsreform in falscher Hand?, in: *ders.* Die Verfassung und die Politik, 2001, 58, 66 f.; *ders.* Nach der Spendenaffäre: Die Aussichten, den Parteienstaat rechtlich einzugrenzen, ebd. 158, 164 ff.; *Schulze-Fielitz* Verfassungsstaat (Fn. 1), 141 f.; *Sattar* Politik (Fn. 1), 17 et passim.

⁸¹ Im Verhältnis zwischen den Organen könnte man auch von „Interorganrespekt“ sprechen, dazu *R. A. Lorz* Interorganrespekt im Verfassungsrecht, 2001, bes. 526 ff.; s. auch bereits *W.-R. Schenke* Die Verfassungsorgantreue, 1977, 44 ff.

⁸² Vorausgesetzt wird dabei, dass Entscheidungen Prozesse der Informationsverarbeitung sind, deren Ergebnis im Einzelfall und deren Qualität generell von der Strukturierung der Informationsaufnahme und -verarbeitung durch die Organisation der Entscheidungssubjekte und das dort praktizierte Verfahren wesentlich bestimmt wird. Es geht um

Zweck.⁸³ Neben diesem Ziel von Verfahrensvorschriften wahrt ein bestimmtes Arrangement der Entscheidungsfindung auch die Glaubwürdigkeit der Entscheidungsinstanzen und steigert die Akzeptanz bei den Adressaten, wirkt also auch in einem faktischen Sinne legitimierend.⁸⁴ Schließlich kann man überall dort, wo keine hinreichenden Maßstäbe für die inhaltliche Beurteilung von Entscheidungen bestehen, diese nur über die Einhaltung ihres Herstellungsverfahrens kontrollieren. Politische Entscheidungen zählen – jedenfalls in einer überzeugungs- wie interessenpluralistischen Gesellschaft – hierzu, weswegen sie nach der Mehrheitsregel getroffen werden.⁸⁵

2. *Parlamentarische Entscheidungen als Gemeinwohlsentscheidungen*

Wahlrechtsgrundsätze und Parlamentsschutznormen qualifizieren das parlamentarische Entscheidungsverfahren zum *Gemeinwohlverfahren*.⁸⁶ Eine Veränderung dieses Modus der Entscheidungsfindung beeinträch-

das Beisteuern von entscheidungserheblichen Tatsachen, um die Einbringung von Wertungen in die normativen Abwägungsprozesse und um die Anmeldung von Interessen und deren Durchsetzungskraft gegenüber andern Interessen bzw. um die Möglichkeit, durch Kompromiss und Tausch Bündel zu schnüren, die eine Mehrheit unter den zur Entscheidung Berufenen finden können. Wesentlich ist dabei auch die Begrenztheit von Zeit, Kommunikationsmöglichkeiten, Aufnahmefähigkeit und die Fähigkeit zur simultanen Vergegenwärtigung von Situationen. – Grundlegend dazu die Arbeiten von *Ch. Barnard* *The Functions of the Executive*, 1938, zahlreiche Neuauflagen; *H. A. Simon* *The Administrative Behaviour*, 1945, zahlreiche weitere Auflagen; zu den Grenzen der Rationalität insbesondere *ders.* *Models of Man*, 1957; *Ch. E. Lindblom* *The Policy-Making Process*, 1968. Für die deutsche Rezeption s. etwa *N. Luhmann* *Theorie der Verwaltungswissenschaft*, 1966; *ders.* *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, AöR 94 (1969), 1 ff.; s. auch *M. Morlok* *Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen*, 1988, 18 mwN.

⁸³ Zur parlamentarischen Inkompatibilität *D. Th. Tsatsos* *Die parlamentarische Betätigung von öffentlichen Bediensteten*, 1970; *ders.* *Unvereinbarkeiten zwischen Bundestagsmandaten und anderen Funktionen*, in: *Schneider/Zeh* (Fn. 48), § 23; *G. Sturm* *Die Inkompatibilität*, 1967; *K. Schlaich* *Wählbarkeitsbeschränkungen nach Art. 137 Abs. 1 GG und die Verantwortung des Gesetzgebers für die Zusammensetzung der Parlamente*, AöR 105 (1980), 188 ff.; *W. Weber* *Parlamentarische Unvereinbarkeiten (Inkompatibilitäten)*, AöR 19 N.F. (1930), 161 ff.

⁸⁴ Zu solchen heteroteologischen Zielen von Verfahrensvorschriften *Morlok* *Folgen* (Fn. 82), 133 ff.

⁸⁵ Mehrheitsentscheidungen lassen sich annäherungsweise als Entscheidungen reiner Verfahrensgerechtigkeit iSv *Rawls* verstehen, s. *J. Rawls* *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, dt. Taschenbuchausgabe 1979 (zuerst 1971), 398 f.

⁸⁶ Zur Kennzeichnung des Gesetzgebungsverfahrens als eines „Gemeinwohlverfahrens“ *P. Häberle* *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, 251; *Schulze-Fielitz* *Gesetzgebung* (Fn. 10), 179 f., passim.

tigte damit die Qualität der getroffenen Entscheidungen und rückte deren Legitimität in Zweifel.

Die Kernelemente dieses Verfahrens liegen in der Zugänglichkeit des Entscheidungsganges für alle Interessen und Überzeugungen, also in seiner *Inklusivität*. Diese wird durch die Allgemeinheit der Wahl und durch die Zuständigkeit des Parlaments begründet und abgesichert durch die *Chancengleichheit* der Teilnehmer.⁸⁷ Die *Öffentlichkeit* des Geschehens öffnet den parlamentarischen Entscheidungsgang für Einflussnahme und stellt damit ein zweites – für einzelne Entscheidungsmaterien spezifischeres – Medium der Inklusion dar. Die wirksamste Beeinflussung der Politik erfolgt über die intervenierende Kraft der Öffentlichkeit als Rückkoppelung in das parlamentarische Geschehen und wird als Wahlangst der Politiker dort antizipiert.⁸⁸ Wegen der Gleichheit der Wahl können in dieser Rückkoppelung⁸⁹ auch gesellschaftliche Machtstellungen tendenziell neutralisiert werden.

Die *Freiheit* des Mandats macht Argumentation und Kompromissuche erst sinnvoll. Sie ist intern Funktionsvoraussetzung einer parlamentarischen Mehrheitsentscheidung⁹⁰ und extern Voraussetzung für die demokratische Chance der Bürger, auch zwischen den Wahlen, den Entscheidungsgang zu beeinflussen.⁹¹

⁸⁷ Zur funktionalen Zusammenschau der Gleichheit der Wahl und der Gleichheit der Abgeordneten BVerfGE 102, 224, 237 f.

⁸⁸ Dazu näher Morlok (Fn. 71), 559 ff.; zu diesem Rückkopplungsmodell als zentralem demokratischen Wirkmechanismus G. Sartori *Demokratietheorie*, 1992, 160 ff.; zu den Wechselbeziehungen zwischen parlamentarischer Entscheidung und Öffentlichkeit s. weiter S. Maschall *Das Parlament in der Mediengesellschaft*, PVS 42 (2001), 388 ff.; ders. *Parlamentarische Repräsentation in der Informationsgesellschaft*, ZfP 45 (1998), 282 ff.; F. Marcinkowski *Die Medien-Öffentlichkeit des Parlaments in der Verhandlungsdemokratie*, in: O. Jarren/K. Imhof/R. Blum (Hrsg.) *Zerfall der Öffentlichkeit*, 2000, 49 ff.; U. Sarcinelli/E. Tenscher *Vom repräsentativen zum präsentativen Parlamentarismus?*, ebd., 74 ff.; I. Villinger *Von der Kooperations- zur Kampfföffentlichkeit?*, ebd., 160 ff.

⁸⁹ Vgl. BVerfGE 102, 224, 238 f., wo ausdrücklich auf die Wahlrechtsgleichheit und das freie Mandat als Instrument zur Einwirkung auf das Parlament abgehoben wird i. S. einer Rückkoppelung zwischen Parlamentariern und Wahlvolk – unter Heranziehung eines Zitats von H. Hofmann/H. Dreier *Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz*, in: Schneider/Zeh (Fn. 48), 165, 185: „das freie Mandat schließt die Rückkoppelung zwischen Parlamentariern und Wahlvolk nicht aus, sondern ganz bewusst ein. Nur eine rechtlich freie Entscheidung setzt ‚unter Rechtfertigungszwang‘ und schafft damit Verantwortlichkeit“. Zu diesem Einflussmechanismus auch Schütt-Weschky (Fn. 10) 18, der von einer Orientierung der Akteure an der Öffentlichkeit spricht, von der Formulierung der Positionen im Hinblick auf mutmaßliche Wählerreaktionen.

⁹⁰ Grundlegend dazu C. Müller *Das imperative und freie Mandat*, 1966; s. weiter etwa Hofmann/Dreier (Fn. 89), 184 f.; Morlok (Fn. 73), Rn. 139.

⁹¹ Die Abgeordnetenfreiheit schützt insofern die Responsivität gegenüber dem Volke, Morlok (Fn. 73), Rn. 36.

Diese Charakterisierung des parlamentarischen Entscheidungsverfahrens als Gemeinwohlverfahren wird plausibilisiert durch verschiedene *Theorien prozeduraler Gerechtigkeit*⁹² unter Einschluss der empirischen *procedural justice*-Forschung, die untersucht, unter welchen Bedingungen Entscheidungen von den Adressaten als gerecht empfunden werden.⁹³

Diese Anstrengungen bestätigen die Deutung der Gesamtstruktur der politischen Entscheidungsfindung als Gemeinwohlverfahren⁹⁴ mit der Folgerung, dass informale Vor- und Nebenverfahren insofern bedenklich werden, als mit ihnen eine andere Struktur für die tatsächliche Entscheidungsfindung wirksam wird.

⁹² Dazu mit sorgfältigen analytischen Unterscheidungen und umfassenden Nachweisen A. Tschentscher *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 2000; s. weiter A. Kaufmann *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1989; s. auch R. Dreier *Recht und Gerechtigkeit*, in: ders. *Recht – Staat – Vernunft*, 1991, 8 ff., 107 ff.

⁹³ Maßgebend einerseits J. Thibaut/L. Walker *Procedural Justice*, 1975, die auf eine Verfahrensgestaltung abheben, welche den Betroffenen Einfluss sichert, andererseits E. A. Lind/T. R. Tyler *The Social Psychology of Procedural Justice*, 1988, die über die Eigeninteressen der Betroffenen hinaus gehen und einen weiteren Analyse Rahmen wählen für als fair angesehene Entscheidungsverfahren. S. weiter K.F. Röhl *Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice)*, ZfRSoz 14 (1993), 1 ff.; ders. *Procedural Justice*, in: K.F. Röhl/S. Machura (Hrsg.) *Procedural Justice*, 1997, 1 ff.; ders. *Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung*, 1992; S. Machura *Fairness und Legitimität*, 2001; H.-W. Bierhoff *Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit*, in: A. Reifferscheid (Hrsg.) *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, 1996, Nr. 3/230, 1 ff.; R. Paternoster et al. *Do fair Procedures Matter?*, *Law & Society Review* 31 (1997), 163 ff.; J. M. Landis/L. Goodstein *When is Justice Fair?* *American Bar Foundation Research Journal* 1986, 675 ff.; zur relativen Kulturneutralität solcher Befunde E. A. Lind *Procedural Justice and Culture: Evidence for Ubiquity*, ZfRSoz 15 (1994), 24 ff.; zur Bedeutung der Wahrnehmung prozeduraler Fairness für die politische Entscheidung des Bürgers K. A. Rasinski/T. R. Tyler *Fairness and Voter Choice in the 1984 Presidential Election*, *American Political Quarterly* 16 (1988), 5 ff. Nicht vergessen werden darf über diesen Arbeiten Luhmann *Legitimation* (Fn. 34), mit seiner soziologischen (nicht-normativen) [!] Analyse der Akzeptanzbedingungen für Entscheidungen.

⁹⁴ Diese Deutung des parlamentarischen Verfahrens setzt keineswegs ein (wirklichkeitsfremdes) Verständnis des parlamentarischen Prozesses als Diskurs voraus, sondern kann auch als Ordnung des strategischen Handelns verstanden werden oder eben auch als Verflechtung diskursiver und strategischer Prozesse. Zur Kennzeichnung unterschiedlicher Handlungsarten: instrumentellem, strategischem und kommunikativem Handeln, s. J. Habermas *Aspekte der Handlungsrationalität*, in: ders. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, 441, 459 ff.; zur Verflechtung im politischen Prozess ders. *Faktizität und Geltung*, 1992, etwa 163 f., 187 ff., 211 ff. u. ö.; zum Ganzen auch Schulze-Fielitz *Gesetzgebung* (Fn. 10), 346 ff.

3. *Das Parlamentsbild des Grundgesetzes*

a) *Warnung vor einem anti-parlamentarischen Affekt*

Die Vorwürfe gegen informale Entscheidungsmuster lassen sich zusammenfassen in dem der Entmachtung des Parlaments. So wird notiert, es gebe „vertrauliche interfraktionelle Besprechungen, Besprechungen mit den Auftraggebern der Parteien, den Interessenverbänden usw.“, in denen wesentliche Entscheidungen getroffen würden. Es werde nur noch „das Ergebnis der Beschlussfassung in einer öffentlichen Sitzung in der Form von Abstimmungen verkündet“. So zeitgenössisch dies anmutet – das Zitat ist 74 Jahre alt und stammt von *Carl Schmitt*.⁹⁵ Dies gibt Anstoß zu fragen, ob die Kritik an der Informalisierung sich nicht – aus ganz anderen Motiven – in eine unselige Tradition der Parlamentarismuskritik einreihet. Es gilt, nicht die Wirklichkeit an einem schlecht konstruierten Ideal zu messen und zu denunzieren und darüber zu versäumen, die tatsächlichen Handlungsbedingungen des Parlamentarismus zur Kenntnis zu nehmen.

b) *Elemente eines realistischen Parlamentsverständnisses*

Ein solches realistisches Parlamentsverständnis verarbeitet mehrere Einsichten:

- die Notwendigkeit starker Selektivität, damit ein Großgremium handlungsfähig wird,
- die besondere Fähigkeit kleiner Gremien, bei niedrigen Entscheidungskosten Kompromisse zu erarbeiten,⁹⁶
- die Notwendigkeit der weit getriebenen Arbeitsteilung,
- die parteipolitische Überformung,
- die wettbewerbsorientierte Differenz von Herstellung und Darstellung.

⁹⁵ C. Schmitt *Verfassungslehre*, 5. Aufl. 1970, 319, zum Gesamtzusammenhang 307 ff.; ders. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 8. Aufl. 1996, bes. 41 ff.; zur Kritik H. Hofmann *Legitimität gegen Legalität*, 1964, hier bes. 97 f., unter Hinweis auf R. Thoma *Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur*, ASwSp 53 (1925), 212, 214, abgedruckt in: K. Kluxen (Hrsg.) *Parlamentarismus*, 4. Auflage 1971, 54 ff. Zur Kontinuität der Parlamentarismuskritik H. Wasser *Parlamentarismuskritik vom Kaiserreich zur Bundesrepublik*, 1974. S. auch bereits ähnliche Vorwürfe an den Parlamentarismus bei G. Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906, 45 ff.; zum Ganzen auch C. Schönberger *Das Parlament im Anstaltsstaat*, 1997, 282 ff. Zur – auch zeitgenössischen – Parlamentarismuskritik s. weiter A. Wirthensohn *Dem „ewigen Gespräch“ ein Ende setzen*, ZParl 30 (1999), 500 ff.

⁹⁶ Eindringlich zu diesem Punkt G. Sartori *Demokratietheorie* (Fn. 88), 227 ff.; s. Luhmann *Legitimation* (Fn. 34), 189 f. Zur Notwendigkeit nicht-öffentlicher Verhandlungen zur Kompromissfindung Schütt-Wetschky (Fn. 10), 21.

Will man die verfassungsrechtlich statuierte Input-Offenheit und Chancengleichheit aller gesellschaftlichen Interessen und Überzeugungen unter den bestehenden Umständen sichern, so muss radikal Abschied genommen werden von der Vorstellung, die Plenardebatte bilde das Muster guter Parlamentsarbeit.⁹⁷ Die Substanz des parlamentarischen Charakters, also Inklusivität, Gleichheit, Freiheit und Öffentlichkeit, muss als *systemische* Qualität verstanden werden, parlamentarischer „Diskurs“ als soziale Ordnung eines Kommunikationsprozesses.

Damit verschiebt sich die Aufmerksamkeit hin zu einer Betrachtung der Strukturen und mikropolitischen Prozesse im Parlament. Es kommt darauf an, ob das informale Geschehen den Postulaten der gleichen Zugänglichkeit und allseitigen Beeinflussbarkeit entspricht.

c) *Das realistische Parlamentsverständnis des Grundgesetzes*

Gegenüber einer idealisierenden Parlamentskritik ist der Realismus des Grundgesetzes zu betonen.⁹⁸ Zu nennen ist an erster Stelle die *Parlamentsautonomie*. Damit ist vordergründig das Recht des Parlaments begründet, seine Arbeitsweise selbst zu bestimmen, tieferreichend, das Recht, selbst das Ideal seines guten Funktionieren zu definieren,⁹⁹ was den Kontrollzugriff des Verfassungsgerichts beschränkt.¹⁰⁰ Das Grundgesetz anerkennt weiter den *Partei- und Fraktionsbetrieb* als Strukturen des politischen Prozesses.¹⁰¹ Einige Grundgesetzbestimmungen setzen schließlich informale Praktiken als notwendig voraus, die damit als legitimiert gelten müssen. Hieraus könnte man eine Art Lehre von den informalen *implied powers* entwickeln.

Diese Normen lassen sich zu zwei Gruppen fassen. Zum einen gibt es Normen, die eine *kommunikative Einwirkung* eines Verfassungsorgans auf ein anderes für zulässig erklären, so etwa Art. 43 Abs. 2 GG. Die Or-

⁹⁷ Vgl. *Schütt-Wetschky* (Fn. 10), 24 ff. und 19: „Nur an einem Ort gibt es *keine deliberativen* Diskurse: im Plenum“ (Hervorh. i. Orig.).

⁹⁸ Zur Notwendigkeit eines wirklichkeitsbezogenen Verfassungsverständnisses vgl. *Hesse* *Kraft der Verfassung* (Fn. 23), 3, 9 f.

⁹⁹ Ein Einzelaspekt betrifft die Rolle des einzelnen Abgeordneten. Die Geschäftsordnungsautonomie ermöglicht es dem Bundestag, seinem Charakter als – relativ großem – *Kollegialorgan* gerecht zu werden und daraus Begrenzungen für die Rechte der einzelnen Abgeordneten herzuleiten und so auch die Rolle des einzelnen Abgeordneten im Gesamtparlament zu definieren.

¹⁰⁰ S. etwa für den Fall der Immunität BVerfGE 104, 310, 332 f.; zur Parlamentsautonomie in sonstigen Fällen BVerfGE 80, 188, 219 f.; 84, 304, 322; 102, 224, 235 ff.

¹⁰¹ S. ausdrücklich BVerfGE 102, 224, 239 f.; s. etwa: „Das politische Eingebundensein des Abgeordneten in Partei und Fraktionen ... ist jedoch verfassungsrechtlich zulässig“, so 239.

ganspezifität der Willensbildung ist insofern eingeschränkt. Zum anderen geht es um Abhängigkeitsbeziehungen im parlamentarischen System. Die *parlamentarische Abhängigkeit* der Regierung setzt Absprachen und Koalitionen im Parlament und auch zwischen Parlament und Regierung voraus.

Zugleich aber ist auch die *parlamentarische Mehrheit* von der von ihr getragenen Regierung abhängig: Sie ist unter den Bedingungen der politischen Konkurrenz darauf angewiesen, eine installierte Regierung auch zum Erfolg kommen zu lassen – bei Strafe des Verlustes ihrer Mehrheitsstellung. Daraus erwächst der Regierung ein Erpressungspotential gegenüber dem Parlament, das in Gestalt der Vertrauensfrage vom Grundgesetz (Art. 68 GG) anerkannt ist. Angesichts dessen können Manöver der Regierung, um die sie tragende Abgeordnetengruppierung zu disziplinieren, jedenfalls im Ansatz nicht für verfassungsrechtlich illegitim erklärt werden. Es liegt in der Logik der Vertrauensfrage, solche Wirkungen auszulösen, und zwar auch, ohne dass sie ausdrücklich gestellt werden muss.¹⁰²

Entgegen der landläufigen Vorstellung, wonach Abhängigkeitsverhältnisse einseitig seien, haben wir es also mit einer *wechselseitigen Abhängigkeit* zwischen Regierung und parlamentarischer Mehrheit zu tun.¹⁰³

¹⁰² Auch die starke Stellung des Kanzlers und des Kanzleramts in den informalen Netzwerken hat eine verfassungsrechtliche Basis in der Richtlinienkompetenz – mehr noch – der Koordinationsfunktion des Kabinetts für die einzelnen Politikbereiche. Die Aufgabenlast kann nicht allein vom formalen Verfahren zwischen den Ministerien und im Kabinett getragen werden. Zur Informalität in diesem Bereich: K. König Formalität und Informalität im Regierungszentrum, in: Hartwich/Wewer (Fn. 1), 203 ff. So gesehen setzt also auch eine Norm wie Art. 65 S. 3 GG informale Verständigungsprozesse voraus. Anschaulich wird die Rolle des Kanzleramtschefs der persönlichen Netzwerke in der Schilderung der bisherigen Amtsinhaber bei F. Walther/K. Müller Die Chefs des Kanzleramtes. Stille Elite in der Schaltzentrale des parlamentarischen Systems, ZParl 33 (2002), 474 ff. Zur Rolle des Bundeskanzlers W. Jäger Von der Kanzlerdemokratie zur Koordinationsdemokratie, in: ders. Wer regiert die Deutschen?, 1994, 12 ff.; K. H. Nicolauß Kanzlerdemokratie – Bonner Regierungspraxis von Konrad Adenauer bis Helmut Kohl, 1988, 133 ff.

¹⁰³ Das komplizierte Geflecht der Beziehungen zwischen Regierung und Parlament und Bedingungen der parlamentarischen Abhängigkeit der Regierung wurde in verschiedener Hinsicht thematisiert, etwa unter dem des Zusammenwirkens der Staatsgewalten gemäß der Vorstellung der „Staatsleitung zur gesamten Hand“, so E. Friesenhahn Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1958), 9, 38; aus der weiteren Literatur W. Kewenig Staatsrechtliche Probleme parlamentarischer Mitregierung am Beispiel der Arbeit der Bundestagsausschüsse, 1970; W. Graf Vitzthum Parlament und Planung, 1978; S. Magiera Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1979; W. Mößle Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986; Schmidt-

4. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Aus diesen Verfassungselementen lassen sich allgemeine Rechtfertigungsgründe für informale politische Prozesse gewinnen.

a) Zur sozialen Logik von Mehrheitsentscheidungen

Die Politik entscheidet nach der Mehrheitsregel.¹⁰⁴ Mehrheiten fallen indes nicht vom Himmel, sondern müssen kunstvoll aufgebaut und erhalten werden. Politik hat damit zum wesentlichen Inhalt, einen mehrheitsfähigen Konsens zu stiften, also die konsentierenden Gruppen zu vergrößern. Die Herstellung einer konkreten Mehrheit oder der Erhalt einer generellen Mehrheit setzt mithin ständige informale Kompromisse voraus. Wer Mehrheitsentscheidung sagt, meint notwendigerweise auch informale Herstellung. Ein Beispiel stellt die Kanzlerwahl dar, bei der „ohne Aussprache“ gewählt wird. Dies zeigt, dass das Grundgesetz politische Mehrheiten voraussetzt, und zwar ohne dass die Bildung dieser Mehrheiten im formalen Verfahren möglich ist.¹⁰⁵

Die dem ersten Anschein nach exklusive Entscheidungsvorbereitung in kleinen Zirkeln ist vor dem Hintergrund der Verweigerungsmacht der nicht beteiligten Abgeordneten zu sehen. Das Mehrheitsprinzip katalysiert die innerparlamentarische Inklusion: Die elitären Vorentscheider müssen ihre Fraktionskollegen für den gefundenen Vorschlag gewinnen. Deswegen wird das in kleiner Runde Verabredete in immer weiteren Kreisen mit all den Abgeordneten besprochen, die ein Interesse am jeweiligen Gegenstand zeigen. Die tägliche Mikropolitik wird zu recht gekennzeichnet mit dem Wort „Einbinden“: Die Idee der Gemeinwohlerarbeitung in Prozessen des Gebens und Nehmens wird hier von der Realanalyse der politischen Prozesse bestätigt.¹⁰⁶ Dies bedeutet praktisch,

Preuß (Fn. 12), 464 ff., *Scholz* (Fn. 10), 663 ff. mwN. Politikwissenschaftlich jetzt *Schwarzmeier* Mitsteuerung (Fn. 1), zur Empirie 140 ff., 309 ff., zu den Ergebnissen 304 ff., 377 ff., 382 ff.

¹⁰⁴ S. insbes. Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG. Zum Mehrheitsprinzip s. nur *W. Heun* Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1993; *H. Dreier* Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat, ZParl 17 (1986), 94 ff. mwN.

¹⁰⁵ Das Vorschlagsrecht des Bundespräsidenten hat lediglich deklaratorische Bedeutung, weil dieser ebenfalls auf eine parlamentarische Mehrheit angewiesen ist und eigene Personalvorstellungen nicht durchsetzen kann. Noch deutlicher wird dies bei einem Wahlgang gemäß Art. 63 Abs. 3 oder Abs. 4 GG, bei dem es keinen Vorschlag des Bundespräsidenten mehr gibt.

¹⁰⁶ So der Befund parlamentarischer Fallstudien, s. etwa *A. Wildavsky* The Politics of the Budgetary Process, 2. e. 1974, 63 ff. Wohl schon klassisch *J. C. Wahlke et al.* The Legislative System, 1962, 141 ff. u. ö.; eigens unter dem Gesichtspunkt der Informalisierung

dass nicht nur die politischen Eliten und Fraktionsspezialisten¹⁰⁷ eine tatsächliche Mitwirkungschance haben, sondern auch diejenigen, die sich aus Gründen jenseits der arbeitsteiligen Struktur interessieren.¹⁰⁸ Die Gleichheit und Freiheit der Abgeordneten¹⁰⁹ führt also zu einer *Inklusionsdynamik*, mindestens innerhalb der parlamentarischen Mehrheitsgruppierung.¹¹⁰

gen *Sattar* Politik (Fn. 1) zum empirischen Teil, 98 ff. Für Österreich etwa *H. Gottweis* Die Welt der Gesetzgebung, 1988; *R. F. Fenno jr.* Congressmen in Committees, 1973, bes. 81 ff. sehr anschaulich für die USA. Für den Bereich der Wohnungspolitik jetzt *Kropp* (Fn. 21), 436 ff.

¹⁰⁷ Der Anteil der parlamentarischen Funktionsträger an der Gesamtzahl der Abgeordneten ist durchaus erheblich; so sind rund 15 Prozent der Abgeordneten Ausschussvorsitzende, ein Drittel Vorsitzende von Arbeitsgruppen ihrer Fraktion, mehr als die Hälfte Sprecher ihrer Fraktion für einen bestimmten Politikbereich, ein knappes Drittel gehört den Fraktionsvorständen an, so die Ergebnisse der „Deutschen Abgeordnetenstudie“, zitiert nach *Patzelt* (Fn. 21), 327 Fn. 8, 337 Fn. 37.

¹⁰⁸ Es werden Themen bekannt gegeben und Arbeitstreffen angeboten, auf welchen diejenigen, die sich für ein Thema interessieren, ihre Einwände anmelden und ihre Beiträge einbringen können. Dies führt dazu, dass ein Entscheidungsvorschlag in vielfältiger Weise geläutert ist, so dass bei der Vorstellung in der Fraktion sich in den meisten Fällen kein Widerstand mehr artikuliert. *Schüttemeyer* Fraktionen (Fn. 21), 324 f., sieht aufgrund ihrer Untersuchungen die Fraktionen nicht nur als Ratifizierungsinstrumente. Entscheidungen seien das Produkt gegenseitiger Beeinflussung und vielseitiger Abhängigkeiten; auch *Schwarzmeier* Mitsteuerung (Fn. 1), 305, sieht durchaus „gewichtige Mitsteuerungspotentiale“ des einzelnen Abgeordneten; zu den Steuerungsmöglichkeiten der Fraktionsführung ebd., s. weiter 383 ff.; s. a. auf der Diskussionsveranstaltung der Deutschen Vereinigung für Parlamentsfragen *T. Wolfgramm* Informelle Verfahren der Entscheidungsvorbereitung zwischen der Bundesregierung und den Mehrheitsfraktionen, ZParl 25 (1994) 494, 502. Der empirische Befund scheint dahin zu gehen, dass das hier idealtypisch gezeichnete Modell des parlamentarischen Geschehens unter Vermachtungstendenzen leidet, s. etwa *H. Schatz* Der parlamentarische Entscheidungsprozeß, 1970, für den Verteidigungsausschuss.

¹⁰⁹ Zur Sicherung dieser faktischen Gleichheit und Zugriffsfreiheit der Abgeordneten ist die Forcierung des Status der Gleichheit durch das BVerfG gegenüber Tendenzen einer Hierarchisierung des Parlamentsbetriebes gerechtfertigt, BVerfGE 102, 224, 239 ff. Es geht um die Verteidigung von Freiheit und Gleichheit aller Abgeordneten gegen die „zuzwiderlaufenden Mechanismen“ (241) der parlamentarischen Praxis. Der Kritik dieser Entscheidung mag zwar zuzugestehen sein, dass die Arbeitsbelastung etwa von Fraktionsgeschäftsführern ungleich größer ist als diejenige von einfachen Abgeordneten; sie setzt sich aber mit diesem Punkt nicht hinreichend auseinander, s. *S. Hölscheidt* Funktionszulagen für Abgeordnete, DVBl. 2000, 1734, 1738: Wenn die Befürchtungen des Gerichts als „Spekulationen über die Gefahren von Abgeordnetenlaufbahnen“ abgetan werden, so wird der normativen Basis dieser Befürchtungen nicht genügt.

¹¹⁰ Die Opposition wird nicht in gleichem Maße einbezogen, falls es nicht besondere Gründe gibt, den Konsens auch mit ihr zu suchen; diese liegen in der Notwendigkeit, sich

Dieses Bemühen, möglichen Widerstand rechtzeitig beiseite zu räumen, reicht über das Parlament hinaus und erfasst auch die von einem Regelungsvorschlag betroffenen gesellschaftlichen Gruppen. Die Politik bemüht sich intensiv, diese von offener Opposition abzubringen.¹¹¹ Der anfänglich kleine Kreis der Entscheider wird deswegen meist schnell ausgeweitet auf die „offene Gesellschaft der Gesetzgeber“.¹¹² Dies beeinträchtigt nicht den parlamentarischen Charakter der politischen Entscheidung. Die intervenierende Kraft der Öffentlichkeit gehört zur Funktionslogik der parlamentarischen Demokratie!¹¹³

Dieses informale Geschehen muss aber im Kraftfeld des Verfassungsrechts bleiben. Es ist nämlich die Gleichheit und Freiheit der Abgeordneten, welche auf Ausweitung der internen Zirkel drängt und welche die Gelegenheit zur Einschaltung der Öffentlichkeit¹¹⁴ gibt. Funktional kommt es somit zu einer Kombination der Vorteile einer Entscheidung in kleinen Gremien (arbeitsteilige Spezialisierung, geringe Transaktionskosten, Kompromissfähigkeit) mit den Vorzügen der Plenarentscheidung (Inklusivität, Chancengleichheit, Öffentlichkeit).¹¹⁵

der Zustimmung des von der parlamentarischen Opposition beherrschten Bundesrates zu versichern oder gesellschaftliche Gruppen mit Vetomacht zu gewinnen, die sich politisch über die Opposition in der jeweiligen Sache artikulieren. Zu den Problemen der Opposition s. auch den Abdruck der Diskussionsveranstaltung der Deutschen Vereinigung für Parlamentsfragen: Informelle Verfahren der Entscheidungsvorbereitung zwischen der Bundesregierung und den Mehrheitsfraktionen, ZParl 25 (1994), 494 ff., bes. P. Struck, 495 f. Erwägenswert ist es, in Ansehung dieses Umstandes die Minderheitsrechte auszubauen. Insbesondere die formalen Strukturen des Parlaments, die Ausschüsse und das Plenum, die über parlamentarische Selbstbefassung befinden, unterliegen der Mehrheitsregel, vgl. D. Wiefelspütz Prioritäten parlamentarischer Kontrolle, ZParl 28 (1997), 713, 716.

¹¹¹ Dem Vernehmen nach war beispielsweise die Novellierung des Waffenrechts von langwierigen Bemühungen gekennzeichnet, auch die Verbände der Jäger und Sportschützen für eine Verschärfung des Waffenrechts zu gewinnen.

¹¹² Schulze-Fielitz Gesetzgebung (Fn. 10), 255.

¹¹³ Zur derzeitigen Diskussion um die Öffentlichkeit und „das Öffentliche heute“ s. G. Winter (Hrsg.) Das Öffentliche heute, 2002, mit einer Auswahlbibliographie 251 ff.; für einen weit gespannten Überblick A. Rinke Geschichte und heutige Valenz des Öffentlichen, ebd., Punkt 7.

¹¹⁴ Anschaulich spricht Kropp (Fn. 21), 451, von der Anwesenheit der Opposition in formalen Gremien als einem „Tor zur Öffentlichkeit“. S. weiter Schütt-Wetschky (Fn. 10), 20 ff.

¹¹⁵ Zu den Vorteilen eines Wechsels öffentlicher und nicht-öffentlicher Stationen des Verfahrens Luhmann Legitimation (Fn. 34), 189 f. Zu erneuern ist der Hinweis, dass eine Theorie des Zusammenspiels öffentlicher und nicht-öffentlicher Prozesse ein verfassungstheoretisches Desiderat bleibt, so Schulze-Fielitz Verfassungsstaat (Fn. 1), 136.

b) *Maßgeblichkeit der und Verantwortungszuschreibung zur Parlamentsentscheidung*

Konstitutiv für unseren Gegenstand ist die rein tatsächliche Ergänzung des formalen Verfahrens, ohne auf dessen Durchführung zu verzichten. Damit ist die Rechtsfrage aufgeworfen, ob Festlegungen in anderen als den rechtlich vorgesehenen prozeduralen Arrangements im Sinne eines faktischen Eingriffs in den verfassungsmäßigen Entscheidungsgang die formal korrekte Willensbildung rechtserheblich unterlaufen können. Wird das formale Verfahren korrekt durchgeführt, können nur besonders qualifizierte Vor-Festlegungen einen faktischen Eingriff mit Rechtsbedeutung darstellen. Hier greift nämlich eine *verfassungsrechtliche Vermutung der Autorschaft und Verantwortlichkeit der Abgeordneten* für eine parlamentarische Entscheidung.

Dies ist eine normative, verfassungsrechtlich fundierte Zuschreibung der Verantwortlichkeit zum formal zuständigen Organ. Sie ist eine demokratische Notwendigkeit, weil das unübersehbare Netz der Kausalitäten und der vielköpfigen Miturheber einer Entscheidung andernfalls jede demokratische Verantwortlichkeit auflöste. Die öffentliche Darstellung des Parlaments als Entscheidungsorgan stützt im Faktischen diese Vermutung. Sie gründet sich zuvörderst auf die Freistellung der Abgeordneten von Aufträgen und Weisungen. Genau diese Freiheit begründet die Vermutung, dass die tatsächliche Autorschaft einer Entscheidung auch bei den so besonders geschützten Abgeordneten liegt. Es gibt sozusagen ein „Regressverbot“¹¹⁶ in dem Sinne, dass die Verantwortung für einen parlamentarischen Beschluss nicht im Durchgriff durch die Abgeordneten-Entscheidung in informellen Vorfestlegungen gesucht werden darf.

Diese Verantwortungsattribution an das Parlament wird durch weitere verfassungsrechtliche Normen gestützt: So wird über die Nennung der Ausschüsse und über die Geschäftsordnungsautonomie die praktizierte Arbeitsteilung akzeptiert.¹¹⁷ Nicht alle Abgeordneten müssen über

¹¹⁶ Strafrechtlich formuliert von R. Franck Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 5. Aufl. 1903, vor § 1 (16). In neuerer Zeit kritisch G. Jakobs Regressverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), 1 ff.: „So verstellt der unmittelbar Handelnde dem Versucher gewissermaßen den Zugang zu einer Verantwortlichkeit für den Erfolg“. Die Verwerfung dieser Lehre für den strafrechtlichen Kontext kann hier vernachlässigt werden. Unsere Problematik wird dort unter den Kategorien der Tatherrschaft oder der mittelbaren Täterschaft abgehandelt.

¹¹⁷ Das Bundesverfassungsgericht (E 44, 308, 318) akzeptiert den üblichen parlamentarischen Arbeitsgang, rechnet eine Entscheidung dem Parlament zu, auch ohne dass eine größere Zahl von Abgeordneten an der formalen Entscheidung mitwirkt. Das parlamentarische Beratungssystem insgesamt – mit den Zugriffsmöglichkeiten für alle Abgeordnete

die gleichen Kenntnisse zu den verschiedenen Gegenständen verfügen. Trotz dieses Wissensdefizits wertet das Grundgesetz die Entscheidung jedes Abgeordneten als voll gültig, es setzt insofern Prozesse voraus, welche die Arbeitsteilung und die notwendige Reintegration zuwege bringen.¹¹⁸ Das Grundgesetz sorgt aber durch die formale Gleichberechtigung für die rechtliche Allzuständigkeit aller Abgeordneten.¹¹⁹ Verfassungsrechtlich genügt das Zugriffsrecht, strenger formuliert, eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit eines Abgeordneten auf Materien, um dann auch für diese Entscheidung für verantwortlich erklärt zu werden.¹²⁰

Wegen ihrer verfassungsrechtlichen Anerkennung heben auch das Parteiwesen und die Abhängigkeit von Regierung und Parlament nicht in verfassungsrechtlich erheblicher Weise die Maßgeblichkeit der Abgeordnetenentscheidung auf.

Weil Legitimation auch eine faktische Dimension¹²¹ hat, darf sich der Jurist nicht mit der Konstruierbarkeit der Zurechnung begnügen. Es kommt auch auf die sichtbare und nachvollziehbare Zurechenbarkeit an. Dies ist auch durch Standards der politischen Kultur abzusichern. Dem Recht kann dabei die Rolle von Kristallisationskernen für die Entwicklung entsprechender polit-kultureller Standards zukommen. Innerfraktionale und innerparteiliche Demokratie sind also auch um dieser tatsächlichen Verantwortbarkeit der Entscheidungen willen zu schützen.

Allerdings darf die Konstruktion der Verantwortlichkeit der Abgeordneten nicht realitätsimmun konstruiert werden. Sie ist widerleglich – freilich

ten – begründet die Zuschreibung von Verantwortlichkeit; ebenso *Schwerdtfeger* (Fn. 70), 183.

¹¹⁸ Zur Rolle der Fraktionen bei der parlamentarischen Arbeitsteilung BVerfGE 44, 308, 316 ff.; 102, 224, 239 ff.; 84, 304, 324, s. etwa *Schulze-Fielitz* Gesetzgebung (Fn. 10), 349 ff.; von *Beyme* Gesetzgeber (Fn. 10), 93 ff., 44 ff. u. ö.; *Schüttemeyer* Fraktionen (Fn. 21), 23 ff., 35 ff. et passim.

¹¹⁹ Konsequenterweise gewährleistet die GOBT auch das Zutrittsrecht eines jeden Abgeordneten zu jedem Ausschuss, s. § 69 Abs. 2 S. 1 GOBT, s. auch § 69 Abs. 4 GOBT für die Fraktionsvorsitzenden oder deren Vertreter. Auch die Ausschussprotokolle nach § 73 GOBT sind hierfür hilfreich.

¹²⁰ Die von *N. Achterberg* Die Grundsätze der parlamentarischen Verhandlung, DÖV 1980, 512, 518 f. postulierte „Unmittelbarkeit der parlamentarischen Verhandlungen“ hat jedenfalls insofern Berechtigung, als es darum geht, dieses Zugriffsrecht aller Abgeordneten zu sichern.

¹²¹ *D. Th. Tsatsos/M. Morlok* Parteienrecht, 1982, 191 ff.; wichtig deshalb der Ansatz von *W. Patzelt* Legitimität als im Alltag herzustellende Größe zu begreifen und mit den Mitteln der Ethnomethodologie die lebensweltliche Produktion von Legitimität zu verfolgen, s. *W. Patzelt* Parlamentarische Legitimierung als Alltagsaufgabe, in: *Falter* (Fn. 9), 267 ff.; zur Methode *ders.* Grundlagen der Ethnomethodologie, 1987, für die Politikanalyse 237 ff.

wird sie nur in wenigen Ausnahmefällen zu widerlegen sein. *Vis absoluta* ist (hoffentlich) nur der denkerische Grenzfall, handfeste Drohungen mit gravierenden Übeln sind indes schon historische Realität gewesen.¹²² Drohungen bezüglich der politischen Karriere hingegen reichen nicht aus. Dem Abgeordneten wird auch die Zivilcourage angesonnen, sich auf seine Rechte zu berufen; Sanktionen sind im Übrigen auch durch die Ausgestaltung der innerparteilichen Demokratie mindestens teilweise abwehrbar.¹²³ Auch eine Aufhebung der Verantwortlichkeit des Abgeordneten durch Täuschung ist schwer vorstellbar.¹²⁴ Insgesamt betrachtet ist es sehr unwahrscheinlich, dass von Rechts wegen die formale Entscheidung durch informales Vorfelddeschehen für entwertet erachtet werden muss.

5. Fallgruppen zur dogmatischen Einordnung

Die Phänomene lassen sich zur dogmatischen Verarbeitung zu drei Problemkreisen ordnen.¹²⁵

¹²² Die Abstimmung über das Ermächtigungsgesetz unter der Drohung von SA-Brigaden und der bereits erfolgten Inhaftierung der KP-Abgeordneten mag dafür stehen, einstweilen s. etwa A. Bullock Hitler, 2002, 251 f.

¹²³ So ist weder die Kandidatenaufstellung im Wahlkreis noch für die Landesliste in der Hand der Spitze der Bundesparteien. Die Freiheit des Abgeordneten hat ihren guten Sinn darin, diesen im Konfliktfall wehrfähig zu machen und damit die innerparteiliche Demokratie zu stärken, s. dazu Hesse Grundzüge (Fn. 29), Rn. 600 ff.; Morlok (Fn. 73), Rn. 138.

¹²⁴ Es muss sich schon um gezielte Täuschungen handeln. Das Vorenthalten von Informationen genügt angesichts der vom Abgeordneten selbst zu tragenden Informationslast nicht. Auch auf Irrtum als Zurechnungshindernis kann sich ein Abgeordneter nicht berufen, grundsätzlich nicht, weil die Abstimmung als Verfahrenshandlung ähnlich wie das gerichtliche Verfahren eine Anfechtung wegen Willensmängeln ausschließt, s. dazu etwa BVerwGE 57, 342, 346 mwN. Das BVerfG hat in E 16, 82, 86 ff. ausdrücklich festgestellt, dass aufgrund der Förmlichkeit des Gesetzgebungsverfahrens Willensmängel ähnlich denen des Privatrechts auf Seiten des Gesetzgebers die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nicht zu begründen vermögen, es also in unserem Sinne nicht an der Vermutung der Autorschaft und der Verantwortlichkeit des Parlaments fehlt. Dazu auch instruktiv: BVerfGE 29, 221, 234 f. Zustimmend H. Schneider Gesetzgebung, 2. Aufl. 1991, Rn. 91. Eine weite Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers im Hinblick auf die das Gesetzgebungsverfahren motivierenden Tatsachen betont auch BVerfGE 39, 210, 226 f. Zur Notwendigkeit des Gesetzgebers, die Lebenswirklichkeit zu kennen und bei Gesetzgebungsvorhaben ins Auge zu fassen, vgl. T. Fleiner Entwurf und Gestaltung von Gesetznormen, in: Winkler/Schilcher (Hrsg.) Gesetzgebung, 1981, 137, 139 f. So auch P. Noll Gesetzgebungslehre, 1973, 87. Im Gesetzgebungsverfahren kann angesichts von drei Lesungen ein einzelner Abgeordneter sich schwerlich von seiner Verantwortung distanzieren, so Schulze-Fielitz Gesetzgebung (Fn. 10), 353.

¹²⁵ Die Rechtswidrigkeit informal Handelns kann entweder unmittelbar der Handlung anhaften, weil sie Kompetenz-, Organisations- oder Verfahrensnormen verletzt. An-

a) *Teilnahme von Nichtmitgliedern an Sitzungen formaler Gremien*

Die erste Gruppe bilden die Fälle, in denen Verfassungsorgane – frei nach dem „Prinz-Orlofsky-Prinzip“: Ich lade gern mir Gäste ein¹²⁶ – den Teilnehmerkreis bei Sitzungen formaler Gremien um Nichtmitglieder erweitern. Zu denken ist an die Anwesenheit der Fraktionsvorsitzenden der Mehrheitsfraktionen im Bundeskabinett. Einem Verfassungsorgan steht es kraft seiner Geschäftsordnungsautonomie grundsätzlich frei, Gäste einzuladen. Es ist hierin freier als Verwaltungsgremien.¹²⁷ Während diese Verwaltungsorgane für die Verfolgung spezifischer Zwecke einem diesen entsprechenden gesetzlichen Programm (einschließlich Informationseingabe) unterworfen sind, ist demokratische Politik demgegenüber auf unbestimmte, potentiell allseitige Beeinflussbarkeit angelegt. Deswegen ist die Teilnahmemöglichkeit an Sitzungen politischer Gremien offener zu handhaben. Diese Teilhabemöglichkeit hat aber – wenn auch nicht quantitativ bestimmbar – Ausnahmecharakter. Der Grundsatz muss bleiben: Verfassungsorgane handeln in Organreinheit als Form der Organspezifität. Die Mitgliedschaft im Verfassungsorgan muss einen Unterschied zu Nichtmitgliedern machen.

Strenger zu beurteilen ist die Teilnahme von Mitgliedern anderer Verfassungsorgane an Gremiensitzungen. Mangels verfassungsrechtlicher Ermächtigung stehen Organreinheit und Organspezifität dem entgegen.

gesichts der Informalität ist es aber schwierig, Handeln als organschaftliches überhaupt an diesen Vorschriften zu messen. Politische Akteure haben häufig die Möglichkeit, sich auf nichtorganschaftliches Handeln zurückzuziehen, um die informalen Vorbereitungen nicht dem Regiment des Rechts zu unterwerfen. Wichtiger und zahlenmäßig bedeutsamer sind die Fälle des „faktischen Eingriffs“ in fremde Wahrnehmungszuständigkeiten.

¹²⁶ Aus: J. Strauß/R. Genée Die Fledermaus, Couplet des Prinzen Orlofsky, II. Akt.

¹²⁷ Die Einzelheiten sind im Verwaltungsrecht ungeklärt bis streitig. Ausgangspunkt ist die Ausschlussregelung in § 20 VwVfG, neben fachgesetzlichen Regelungen. Die Mitwirkung von Nicht-Mitgliedern eines Gremiums ist nicht ausdrücklich geregelt. Die Folge eines Verstoßes ergibt sich sodann aus §§ 44 ff. VwVfG. Die Interpretationen variieren zwischen der Erheblichkeit der Teilnahme an der Beratung (für den Erlass eines Verwaltungsaktes), so G. Engelhardt in: K. Obermayer (Hrsg.) VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 20 Rn. 140, über eine Betrachtung der Umstände des Einzelfalles, so P. Stelkens in: P. Stelkens/H.J. Bonk/M. Sachs (Hrsg.) VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 20 Rn. 69, bis hin zur Fehlerfolgenvoraussetzung der Ergebniskausalität, so etwa K. Waechter Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 358. Bei der Aufstellung von Bebauungsplänen beschränkt BVerwGE 79, 200, 203 ff. die Erheblichkeit eines Verstoßes gegen das Mitwirkungsverbot regelmäßig auf die Endabstimmung, s. aber auch 207 f. zur potentiellen Kausalität. Wird ein Ratsmitglied zu Unrecht ausgeschlossen und fehlt es an einer konkreten Regelung, so ist ausnahmsweise eine konkrete Kausalität für das Stimmenverhältnis zu fordern, M. Schröder in: N. Achterberg/G. Püttner (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht II, 1991, Kap. 5 Rn. 53.

Deswegen sind auch gemeinsam institutionalisierte Gremien zwischen den Verfassungsorganen mangels verfassungsrechtlicher Erlaubnis¹²⁸ unzulässig.¹²⁹

b) *Sachverständigengremien*

Politische Organe haben das Recht, sich von außen informieren und beraten zu lassen und dafür auch eigene Gremien einzurichten. Es gibt kein Monopol des Parlaments auf wissenschaftliche Beratung.^{130, 131}

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an solche Beratungsgremien sind niedrig – und zwar wegen ihres begrenzten Einflusses auf die Entscheidungsfindung.¹³² Wissenschaftlicher Diskurs folgt einer anderen Logik als das politische Geschäft.¹³³ Mangels Anschlussfähigkeit im poli-

¹²⁸ Wie sie der Gemeinsame Ausschuss in Art. 53a GG darstellt.

¹²⁹ Die gemeinsame Verfassungskommission von Bundesrat und Bundestag war von daher höchst fragwürdig.

¹³⁰ Dies gilt auch angesichts der Tatsache, dass einige Beratungsgremien parlamentarisch radiziert sind, so etwa der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung. S. dazu das Gesetz über die Bildung eines Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung vom 14. 8. 1963, BGBl. 1963 I, 685; dazu insbes. *B.-O. Bryde* Zentrale wirtschaftspolitische Beratungsgremien in der parlamentarischen Verfassungsordnung, 1972, 38 ff. Siehe weiter die frühzeitige Auseinandersetzung mit der Thematik durch *W. Brohm* Sachverständige und Politik, FS Forsthoff, 1972, 37 ff.; freilich werden hier die Publizitätserfordernisse sehr niedrig angesetzt. Ein Beispiel institutionalisierter Beratung stellt die „Zentrale Kommission für Biologische Sicherheit“ (ZKBS) gem. § 4 GenTG dar, die beim Bundesminister für Gesundheit angesiedelt ist. Deren Besetzung gem. § 4 Abs. 1 und 2 GenTG gibt durchaus Raum für politische Einflussnahme.

¹³¹ Ein parlamentarisches Gremium, etwa die Enquete-Kommission „Recht und Ethik in der modernen Medizin“, entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber einem gouvernemental initiierten Parallelunternehmen wie dem „Nationalen Ethikrat“, auch nicht in Ansehung der Öffentlichkeitswirkungen eines solchen Gremiums: Einwirkung auf die Öffentlichkeit und sog. Agenda-Setting gehören zu den klassischen und legitimen Funktionen einer Regierung, s. jetzt BVerfG, NJW 2002, 2621 und 2626.

¹³² Dazu etwa *B. Külp* Zur These der Alibifunktion politikwissenschaftlicher Beratung, FS Th. Dams, 1992, 53 ff.; *S. Cassel* Politikberatung und Politikerberatung, 2001, 25 ff.; *A. Gutowski* Zur Theorie und Praxis der unabhängigen wirtschaftswissenschaftlichen Politikberatung, Hamburger Jahrbuch für Wirtschaft- und Gesellschaftspolitik 28 (1983), 9, 19 f.; zur Problematik an einem konkreten Beispiel *K.-D. Henke* Rationale Politikberatung am Beispiel des Gesundheitswesens, in: Th. Appolte/R. Caspers/P.J.J. Welfens (Hrsg.) Standortwettbewerb, wirtschaftspolitische Rationalität und internationale Ordnungspolitik, 1999, 195 ff.; *G. Kirchgässner* Politik und Politikberatung aus der Sicht der Neuen Politischen Ökonomie, Liberal 30 (1988), 41 ff.

¹³³ Zum theoretischen Problem der Politikberatung *U. Beck/C. Lau* Die „Verwendungstauglichkeit“ sozialwissenschaftlicher Theorien, in: U. Beck (Hrsg.) Soziologie und

tischen Prozess ist die präjudizierende Wirkung solcher Beratungsgremien gering.¹³⁴

Wegen ihrer mittelbaren Wirkmöglichkeiten sind Sachverständigengremien aber Öffentlichkeitspostulaten unterworfen. So ist die Öffentlichkeit zu informieren über die Einsetzung wie über die Zusammensetzung solcher Gremien und über die Empfehlungen, welche sie geben. Diese Publizität soll Kritik möglich machen, auch an ihrer Zusammensetzung; Sachverstand und Interessenvertretung können bekanntlich unentwirrbar verflochten sein.¹³⁵ Die Veröffentlichung der Ergebnisse soll es auch ermöglichen, Gegenexpertise geltend zu machen¹³⁶ – auch in Form eines Minderheitenvotums.¹³⁷ Die wissenschaftliche Beratung ist in das (öffentliche) Gemeinwohlverfahren einzubeziehen und darf nicht zu Herrschaftswissen führen.¹³⁸

c) *Vorabsprachen mit weitgehender faktischer Bindungswirkung.*

Die größte Gruppe der fraglichen Erscheinungen bilden die informalen Vorabsprachen mit weitgehender faktischer Bindungswirkung gegenüber den Trägern der formalen Entscheidung. Hierzu zählen die verschiedenen politischen Vorabsprachen im innerparlamentarischen Bereich, im Bund/Länder-Verhältnis und mit Verbänden, ebenso auch die supranationale

Praxis, Soziale Welt, 1982, Sonderband 1, 369 ff.: Verständnishorizonte, Interessen, Zeitperspektiven u.a. unterscheiden sich.

¹³⁴ Eine Folgerung aus der Erkenntnis der recht geringen politischen Verwertbarkeit von Expertenarbeit lag gerade in der Einrichtung der Enquete-Kommission beim Bundestag, in der von vornherein Wissenschaftler und Politiker zusammenarbeiten, um ihre Fragestellungen und Verständnishorizonte einander annähern zu können, s. dazu mit weiteren Nachweisen *W. Hoffmann-Riem/U. Ramcke* Enquête-Kommission, in: *Schneider/Zeh* (Fn. 48), § 47 mwN. Zu den Rechtsfragen *G. Kretschmer* Zum Recht und Verfahren von Enquête-Kommissionen des Deutschen Bundestages, DVBl. 1986, 923 ff. Zum Tatsächlichen *ders.* Enquête-Kommissionen – ein Mittel politischer Problemlösung?, in: H.H. Hartwich (Hrsg.) Gesellschaftliche Probleme als Anstoß und Folge von Politik, 1983, 261 ff. Instrukтив die Innensicht von *W. Hoffmann-Riem* Schleichwege zur Nicht-Entscheidung, PVS 29 (1988), 58 ff. Aus jüngerer Zeit *M. Schenkel* Zur Kunst und Kultur der Kooperation in Enquête-Kommissionen, in: K.-P. Sommermann (Hrsg.) Gremienwesen und staatliche Gemeinwohlverantwortung, 2001, 111 ff.; *A. Köster-Loßack* Die Arbeit der Enquête-Kommission „So genannte Sekten und Psychogruppen“, ebd. 121 ff.

¹³⁵ *J. Habermas* Erkenntnis und Interesse, 1968.

¹³⁶ Dazu *W. Reese-Schäfer* Entscheiden in der Risikogesellschaft, in: K. Dicke (Hrsg.) Politisches Entscheiden, 2001, 27, 36 ff.

¹³⁷ *Külp* (Fn. 132), 63 ff.

¹³⁸ Richtigerweise wird zwischen Politikberatung, bezogen auf den Entscheidungsfindungsprozess als Gemeinwohlverfahren, und Politikerberatung unterschieden, *Cassel* Politikberatung (Fn. 132), 115 ff., 126 ff.

und internationale Kooperation. In all diesen Konstellationen gibt es eine Dissoziation der rechtserheblichen Entscheidung und der vorangehenden faktischen politischen Entscheidung.

Der Schwerpunkt des Problems liegt bei der Vorwegnahme einer parlamentarischen Entscheidung. Die von der Regierung geführten Verhandlungen des nach außen kooperierenden Verfassungsstaates stellen das Parlament in die Situation pauschaler Zustimmung oder Ablehnung, was allerdings ausweislich Art. 59 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Mit der Zunahme der internationalen Kooperation wird die schwache Rolle des Parlaments in diesem Bereich aber rechtspolitisch problematisch. Wünschenswert ist eine Stärkung der Rolle des Parlaments bereits im Verhandlungsprozess. Dies kann erreicht werden durch die Institutionalisierung von „Begleitstrukturen“, wie sie für die Formulierung der europäischen Politik in Art. 23¹³⁹ und Art. 45 GG eingerichtet worden sind.¹⁴⁰

Bei den Kooperationen im Bundesstaat entsprechen Problem, rechtliche Beurteilung und die Abhilfemöglichkeiten denen beim kooperativen Staat nach außen.

Was die „paktierte Gesetzgebung“ des intern kooperativen Staates anlangt, so gilt die Vermutung der Verantwortlichkeit und Maßgeblichkeit der Abgeordneten. Die Notwendigkeit parlamentarischer Letztentscheidung entwickelt hier informale parlamentarische Vorwirkungen.¹⁴¹

¹³⁹ Zu den dazu gegebenen Möglichkeiten *C. Rath* Entscheidungspotenziale des Deutschen Bundestages in EU-Angelegenheiten, 2001.

¹⁴⁰ Dies leugnet nicht die Steuerungsmöglichkeiten der Parlamentarier auf informalem Wege. Diese werden aber durch eine formale Einbeziehung des Parlaments in den Politikformulierungsprozess noch gestärkt.

¹⁴¹ Hierzu auch *K. Eichenberger* Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 7, 33f. Einen weiteren Vorverlagerungsmechanismus beschreibt *W. Zeh* Die parlamentarische Kontrolle der Regierung durch Mehrheit und Minderheit, in: F. Hufen (Hrsg.) Bundesstaat, Parlament, Opposition, 2001, 41, 47. Er sieht eine „Vorverlagerung der Control-Aktivitäten vor die jeweilige Schwelle der Formalisierung (...), weil die Aufmerksamkeit der Medien nachsetzt.“ Weitgehend ausgeklammert bleiben sollen hier die weiteren Probleme, die aus normersetzenden Absprachen entstehen können, vgl. dazu *J. Burmeister* Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 190, 230, der (dritt-)grundrechtliche und rechtsschutzspezifische Probleme ausmacht. Im Hinblick auf die Gemeinwohlrelevanz vorgegebener Verfahrensabläufe erweisen sich die normersetzenden Absprachen auch insofern als problematisch, als nicht nur der potentielle Normadressat, sondern auch die Exekutive Vorteile aus der „Bargaining-Situation“ zieht, denn: „Die Behörde kann die Befriedigung des Änderungswunsches gegen Befreiung von Rechtsmittlerisiken eintauschen.“, *Hoffmann-Riem* (Fn. 53), 193. Es besteht also die Gefahr, dass vom Gemeinwohl geforderte Regelungen unterbleiben, um Rechtsmittel auszuschließen. Denn selbst wenn es zum Normerlass käme, ist es der – zu Recht – aus-

Problematischer sind *normersetzende* Absprachen, weil es überhaupt nicht zu einer Mitwirkung des Parlaments mit seinen Gemeinwohlwirkungen kommt und auch keine Vorwirkungen auf die Verhandlungen entstehen. Dies gefährdet die mit der egalitären Ausgestaltung der formalen Einflusstruktur gegebene Neutralisierung der gesellschaftlichen Machtpositionen gegenüber der Sphäre demokratischer Politik.¹⁴² In Verhandlungen setzen sich gesellschaftliche Machtpositionen ohne Filterung durch das gleiche Wahlrecht durch. Die Interessen Nichtbeteiligter geraten in den Hintergrund. Hier bedarf es in der Tat der verfassungsrechtlichen Intervention.

Der Ausschaltung des Parlaments bei normersetzenden Absprachen ist mit einem *Parlamentsvorbehalt* zu begegnen. Gemeinwohlrelevante Entscheidungen – auch Absprachen – müssen parlamentarisch thematisiert werden: wegen der damit verbundenen egalitären Einwirkungschancen und der Öffentlichkeitswirkungen. Ein solcher Parlamentsvorbehalt kann auf grundrechtlicher Basis als Gesetzesvorbehalt bestehen. Wenn wegen der Freiwilligkeit¹⁴³ auf Seiten der Betroffenen dieser nicht greift – wenngleich auch hier eine nähere Betrachtung möglich und nötig ist¹⁴⁴ – so kommt unabhängig hiervon aber der demokratische Aspekt des Gesetzesvorbehalts zum Tragen. Für die Allgemeinheit wichtige – „wesentliche“ – Entscheidungen sind von der Volksvertretung zu treffen.

Will man sich des Instruments der gesetzsersetzenden Absprachen nicht begeben, so ist der schlichte Parlamentsvorbehalt¹⁴⁵ das Instrument

differenzierten Rechtsschutzabstufung vor allem des Umweltrechts (analog der Stufen Gefahrenabwehr – Vorsorge – Restrisiko) geschuldet, dass Drittrechtsschutz nur unter engen Voraussetzungen möglich ist – umso mehr gilt dies in Fällen normersetzender Absprachen.

¹⁴² Es gibt andere Verfassungsprobleme, insbes. die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern: Wer ist für informale Absprachen zuständig? Dazu *Michael* kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 15), 416ff.

¹⁴³ So auch, freilich kritisch: *Ritter* (Fn. 16), 410: „Kooperationsvorgänge zehren (...) an der Schutzsubstanz des grundrechtlichen status negativus, denn sie liefern das Argument ‚volenti non fit iniuria‘ gleich mit.“

¹⁴⁴ Die Absprache wird getroffen zwischen der staatlichen Stelle und Verbänden aus dem gesellschaftlichen Bereich, nicht mit individuellen Bürgern. Die Verbände als Vertragspartner müssen die Einhaltung der Absprache gegenüber ihren Mitgliedern erst noch durchsetzen; sie werden dazu auf die ihnen zu Gebote stehenden Mittel der Einflussnahme und des mehr oder weniger großen wirtschaftlichen oder sonstigen Zwanges zurückgreifen. Auch diese Einwirkungen sind letztlich staatlich induziert, so dass die Grundrechtsdebatte je nach Inhalt der Absprache und nach der Zusammensetzung der Vertragspartner durchaus eröffnet werden kann.

¹⁴⁵ Dazu bereits oben Fn. 72. Vgl. den Parlamentsvorbehalt für den militärischen Einsatz der Streitkräfte gemäß BVerfGE 90, 286, 383 ff.

der Wahl. Die Befassung des Parlaments mit gemeinwohlwirksamen Entscheidungen darf nicht von einer bestimmten Rechtsform des staatlichen Handelns abhängen. Die verfassungsrechtlich nicht vorgesehene Absprachepraxis ist um des Parlamentsschutzes willen mit einem dogmatisch zu entwickelnden Instrument zu unterfangen.

Eine solche parlamentarische Ermächtigung stellt ein *parlamentsschützendes Äquivalent* zu Art. 80 Abs. 1 GG dar. Sie ist dann notwendig, wenn für den Fall einer einseitigen staatlichen Regelung der Vorbehalt des Gesetzes griffe. Unabhängig von Grundrechtswirkungen kann dies auch in der „politischen Wesentlichkeit“ begründet sein.

Freilich, was ist diese „politische Wesentlichkeit“?¹⁴⁶ Ob dieses Kriterium als ein materiales zu handhaben ist, oder ob die politische Wesentlichkeit prozedural zu operationalisieren ist, bedarf weiterer Diskussion. Für letzteres spricht, dass über die „politische Wesentlichkeit“ eben unter den strukturellen Gewährleistungen einer Parlamentsentscheidung befunden wird. Angesichts der im Regelfall sich einstellenden Unterstützung der Regierung durch die parlamentarische Mehrheit ist daran zu denken, diese Entscheidung in die Hand der Minderheit zu legen.

Solche normersetzenden Absprachen müssen dem Parlament zur rechtzeitigen Kenntnis gebracht werden. Es muss entscheiden können, ob es die Sache an sich ziehen möchte. Zugleich wird durch die parlamentarische Befassung die Öffentlichkeit auf dieses Vorhaben aufmerksam gemacht und damit werden auch gesellschaftlich weniger mächtigen Gruppen mindestens öffentlichkeitswirksame Interventionsmöglichkeiten verschafft.

Sollte eine solche Ermächtigung praktiziert werden, dürfte ein selbstbewusstes Parlament auch Zusatzinstrumente entwickeln, etwa in Gestalt eines Kataloges von (positiven wie negativen) Punkten, welcher von der Absprache zu beachten ist.

Rechtspolitisch ist darüber hinaus an eine klarstellende Ergänzung des Grundgesetzes um eine Klausel zu denken, die ähnlich wie Art. 80 GG die Regierung zu Rechtsverordnungen auch zum Abschluss von solchen gesetzesvertretenden oder auch rechtsverordnungsvertretenden Absprachen ermächtigt.^{147, 148}

¹⁴⁶ Der Einwand der Unbestimmbarkeit wurde ja wiederholt gegen die Wesentlichkeitstheorie erhoben, vgl. Morlok Verfassungstheorie (Fn. 29), 102 mwN; F. Ossenbühl in: HStR III, 1988, § 62 Rn. 32 ff., 41 ff.

¹⁴⁷ Michael kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 15), 658 f.

¹⁴⁸ Fragen der Verbandszuständigkeit zwischen Bund und Ländern werden hier ebenso wenig weiterverfolgt wie die Möglichkeit, solche Absprachen wettbewerbsrechtlich zu disziplinieren, dazu Michael kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 15), 519 ff.

6. Wandlungsoffenheit der Verfassung und des Parlamentarismus

Abschließend ist zunächst festzuhalten, dass die Entwicklung einer informellen Praxis in Bezug auf das formale Recht durchaus alltäglichen Charakter hat. Die Informalisierung ist kein bereichsspezifisches, sondern ein *modales Phänomen*. Sie ist eine *Aneignungs- und Praktizierungsform* des Rechts, auch und gerade im Recht des politischen Prozesses. Die informellen Praktiken sind die Muskeln, die das Skelett der Verfassung bewegen. Dabei darf der Blick nicht auf die informellen Muster selbst begrenzt bleiben, sondern muss sich immer auch auf das im Hintergrund stehende Recht richten. Die Notwendigkeit, mit einer Entscheidung das Nadelöhr des Parlaments zu passieren, prägt stark die informale Entwicklung. Der Schatten des Formalrechts wird damit eine auch für die rechtliche Beurteilung informeller Praktiken wichtige Größe. Im Maße der Mobilisierbarkeit des formalen Rechts sinken die Bedenken gegen informale Routinen.

Der komplexe parlamentarische wie extraparlamentarische politische Entscheidungsprozess weicht nicht per se vom gebotenen Bild parlamentarischer Arbeit ab. Die postulierte Autorschaft des Parlaments für wichtige Entscheidungen heißt nicht, das Parlament sei in einem konkretistischen Sinne Autor der Gesetze und sonstiger Entscheidungen.¹⁴⁹ Maßgebliche Selektionen können durchaus auch andernorts getroffen werden,¹⁵⁰ solange das Parlament die Kontrolle – im Sinne von Steuern und Beeinflussen¹⁵¹ – darüber ausübt. In der Informalität liegt auch eine parlamentsschützende Kompensation für die Rolle von Parteien und Regierung!¹⁵²

Das „ordnungsgemäße“ Funktionieren des Parlaments darf nicht einem für allemal feststehenden normativen Ideal entnommen werden.

¹⁴⁹ Vgl. dazu *Eichenberger* (Fn. 141), 29f.: Es sei „fortgesetzter Parlamentsruhmord“, dem Parlament die gesamte Inhaltsgebung zuzuschreiben.

¹⁵⁰ Gesteht man dies zu, dann kann man das komplizierte Geflecht zwischen Regierung und Parlament, insbesondere parlamentarischer Mehrheit, in den Blick nehmen, ohne einem vermeintlicherweise verfassungsrechtlich geschuldeten Primat der Legislative Tribut zollen zu müssen; eine Neuakzentuierung bei der Gubernative, wie sie *A. von Bogdandy* Gubernative Rechtssetzung, 2000, vornimmt, ist damit ohne weiteres vereinbar; ähnlich auch *Schmidt-Preuß* (Fn. 12).

¹⁵¹ Zu diesem weiten Kontrollbegriff (in Anlehnung an das englische „control“) mwN *Schulze-Fielitz* Gesetzgebung (Fn. 10), 292ff. Ebenso auch *Sattar* Politik (Fn. 1), 53ff., hier besonders 56, wo parlamentarische Kontrolle verstanden wird „als jegliche Einflussnahme der Legislative auf exekutives Handeln“; ebd. 55ff.: Kontrolle als Kooperation.

¹⁵² Zur Rolle der Informalität zur Sicherung des Parlamenteinflusses *Sattar* Politik (Fn. 1), zusammenfassend 224 (für den US-Kongress); *A. E. Toeller* Europa-Politik im Bundestag, 1995, 59f.

Die Parlamentsautonomie wirkt hier als eine Garantie guten Funktionierens: Um seiner Wirksamkeit willen ist es – auch verfassungsrechtlich – Sache des Parlaments, über seinen eigenen Arbeitsmodus zu befinden. Dieser kann sich im Laufe der Zeit und der damit sich einstellenden anderen Umstände erheblich verändern. Neue Formen der parlamentarischen wie parlamentsbezogenen Arbeit bezeugen die Wandlungsfähigkeit der Institution des Parlaments. Es ist gerade diese Wandlungsfähigkeit und Anpassungsfähigkeit, welche zu den wichtigsten Vorzügen des Parlaments zählt, welche es so lange hat lebenskräftig bleiben lassen.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidung als Gefährdungen der Verfassung?

I. Einleitung

1. Politische Entscheidungen werden oft von verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Gremien in selbstgewählten Verfahren mit erheblicher faktischer Bindungswirkung für das formale Entscheidungsverfahren vorformuliert. Diese Praxis begründet einen verfassungsrechtlichen „Anfangsverdacht“: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben werden zwar nicht offen verletzt, aber in ihrer Bedeutung für die Steuerung der Entscheidungsfindung ausgehöhlt. Die vom Grundgesetz intendierte Öffentlichkeit, Allgemeinheit und Gleichheit der politischen Teilhabe scheinen nicht gewährleistet.

II. Erscheinungsformen und Gründe informaler Entscheidungsfindung

2. Informale politische Entscheidungsfindungen und Erscheinungen der Entparlamentarisierung begegnen insbesondere auf vier Feldern: in föderalen Abstimmungsprozessen, im dominant parteipolitisch geprägten Politikbetrieb sowie in innerstaatlichen und internationalen Kooperationsverhältnissen. In informellen Verhandlungsprozessen kommt dabei der Exekutive eine dominante Rolle zu.

3. Die Entparlamentarisierung wird daneben entscheidend durch Prozesse der Spezialisierung gefördert, sei es in Form von externer sachverständiger Politikberatung, sei es in Form interner Entparlamentarisierung als Entplenarisierung.

4. Informale Entscheidungspraktiken in der Politik sind wesentlich Anpassungsleistungen. Informale Praktiken sind das Medium zur Primärverarbeitung sozialen Wandels. Die verfassungsrechtlich fixierten formalen Entscheidungsverfahren sperren sich einer unmittelbaren situativen Anpassung. Deshalb bilden sich unter dieser Ebene, aber mit Blick auf diese, informale Strukturen aus, die auf die konkreten Bedingungen der Entscheidungssituation (Gegenstand und Beteiligte) Rücksicht nehmen. Informale Entscheidungspraktiken senken die Transaktionskosten im politischen Betrieb und absorbieren Unsicherheit durch Konsensbildung.

5. *Rechtstheoretisch lassen sich informale Entscheidungspraktiken bestimmen als Regelanwendungsregeln. Formale Verfassungsnormen sind aufgrund ihrer relativen Informationsarmut auf Spezifizierungen angewiesen, die sich wesentlich informal ausbilden.*

III. Begriffliche Präzisierung

6. *Unter informalem Handeln im Kontext politischer Entscheidungen soll ein von einer Mehrzahl von Personen praktizierter regelorientierter, pragmatisch-situativer, interessen geleiteter und professioneller Umgang mit den einschlägigen Normen des Rechts verstanden werden. Die Entparlamentarisierung bildet eine besondere Untergruppe informalen Handelns.*

IV. Zur Aufgabe der verfassungsrechtlichen Betrachtung

7. *Sozial wird das Verfassungsrecht erst wirksam, wenn es die Auswahl möglicher Handlungen beeinflusst. Recht muss mobilisiert werden (können), wofür Kontrolle und Sanktionen notwendig sind. Diese sind wiederum auf formales Recht angewiesen. Soziale Bedeutung gewinnt das Recht also erst dadurch, dass es seinen Schatten vorauswirft und soziales Handeln in diesem Schatten des Rechts erfolgt.*

8. *Die Verwendung der Kategorie „Informalität“ ist, wie auch die verwaltungsrechtliche Diskussion zeigt, Ausdruck dogmatischer Verlegenheit. Der Begriff ist für sich juristisch nicht instruktiv. Staatsorganisationsrechtlich fehlt es gegenwärtig an einer der Grundrechtsdogmatik vergleichbar ausgefeilten Dogmatik, die das Gegenstandsfeld differenziert und die Rechtmäßigkeit konditioniert. Es bedarf der Entwicklung hinreichend spezifischer Kategorien zur rechtlichen Bewertung informalen Handelns. Die Verwendung der Kategorie „Informalisierung“ ist – in der Sicht eines Beobachters zweiter Ordnung – selbst zu thematisieren. Sie lenkt jedenfalls die wissenschaftliche Aufmerksamkeit auf die damit benannten Phänomene.*

V. Ansätze einer Dogmatik zur Beurteilung informaler politischer Entscheidungen

9. *Informale politische Entscheidungen berühren verfassungsrechtlich die Volkssouveränität und das Demokratieprinzip mitsamt ihren wahl- und parlamentsrechtlichen Einzelausformungen, die Funktionenordnung des Grundgesetzes, sowie die vom Rechtsstaatsprinzip erfasste Verantwortungszuschrei-*

bung. Die beiden letzten Komponenten lassen sich zusammenführen zu einem verfassungsrechtlichen Gebot zur Achtung der Organspezifität.

10. Die maßgebliche Rolle des Parlaments und die Einhaltung eines besonderen Verfahrens bei politischen Entscheidungen werden von Parlamentsschutznormen garantiert. Diese Vorgaben zielen auf die Wahrung von Gemeinwohlbelangen und sichern so die Qualität und Legitimation der Entscheidung. Das parlamentarische Verfahren zielt auf Inklusion aller Interessen, Chancengleichheit aller Interessierten, Öffentlichkeit der Beratung und Entscheidung sowie Freiheit der Entscheider. Informale Entscheidungsstrukturen drohen diese prozeduralen Sicherungen der „Fairness“ parlamentarischer Entscheidungen zu unterlaufen.

11. Die Kritik an informalen Praktiken darf sich nicht an einem falsch konstruierten Ideal parlamentarischer Arbeit orientieren. Dem Grundgesetz liegt nämlich ein realistisches Parlamentsverständnis zugrunde, das die notwendigen Momente der Informalität bei politischen Entscheidungen antizipiert und rechtfertigt.

12. Die wechselseitige Abhängigkeit von Regierung und parlamentarischer Mehrheit setzt informale Kommunikationsstrukturen voraus.

13. Entscheiden gemäß der Mehrheitsregel löst notwendig vorgängige Kompromissprozesse zur Mehrheitsbeschaffung aus: Wer Mehrheit sagt, sagt Informalität. In Vorwirkung des Mehrheitserfordernisses werden die informellen Entscheidungszirkel erweitert auf alle an der Mitwirkung interessierten Abgeordneten, mindestens der parlamentarischen Mehrheit. Ein solcher Inklusionseffekt entwickelt sich auch gegenüber den von einer Entscheidung betroffenen maßgeblichen Vertretern der Gesellschaft. Die gesellschaftlich ungleiche Machtverteilung kann wegen der Verortung der politischen Entscheidung im dem Gleichheitsprinzip verpflichteten Parlament tendenziell neutralisiert werden.

14. Die formalen parlamentarischen Verfahrensrechte des Grundgesetzes begründen eine verfassungsrechtliche Vermutung der Autorschaft und Verantwortlichkeit der Abgeordneten für eine parlamentarische Entscheidung. Informale Prozesse im Vorfeld der Parlamentsentscheidung vermögen diese Vermutung nur ausnahmsweise und unter besonderen Bedingungen zu widerlegen.

15. Für eine verfassungsrechtliche Beurteilung informaler politischer Entscheidungen ist es zweckmäßig, zwischen der Teilnahme von Nichtmitgliedern an Sitzungen formaler Gremien, dem Einfluss von Sachverständigengremien sowie Vorabgesprächen mit weitgehender faktischer Bindungswirkung zu unterscheiden.

16. Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Organreinheit und Organspezifität verbietet die Teilnahme von Nichtmitgliedern an der Sitzung formaler Gremien, wenn die Verfassung die Teilnahmemöglichkeit nicht ausdrücklich vorsieht oder zumindest rechtfertigt.

17. Sachverständigengremien zur Politikberatung sind Öffentlichkeitspostulaten zu unterwerfen, die sich sowohl auf die Ergebnisse wie die personelle Zusammensetzung erstrecken.

18. Die Ratifikationssituation des Parlamentes bei internationalen Kooperationen, in denen Regierungen die Parlamentsvorlage ohne anschließende Abweichungsmöglichkeit aushandeln, ist vom Grundgesetz vorgegeben. Rechtspolitisch ist es aber wünschenswert, bei einer Institutionalisierung der Kooperation parlamentarische Begleitstrukturen zu reklamieren und durchzusetzen. Nämliches gilt für die Kooperation im Bundesstaat.

19. Für Fälle der innerstaatlichen „paktierten Gesetzgebung“, in der die Gesetzgebungsvorlage von der Regierung mit Privaten vorausgehandelt wurde, gilt die verfassungsrechtliche Vermutung der Verantwortung und Maßgeblichkeit der formal entscheidenden Abgeordneten.

20. Bei normersetzenden Absprachen ist das Institut des Parlamentsvorbehaltes auszubauen. In Fällen „politischer Wesentlichkeit“ bedürfen normersetzende Absprachen durch die Exekutive einer parlamentarischen Ermächtigung.

21. Das Staatsorganisationsrecht ist hinreichend offen und anpassungsfähig, um auf Prozesse der Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen angemessene Antworten zu finden. Es erlaubt der Institution Parlament, sich fortzuentwickeln und damit auch in Zukunft wirkmächtig zu bleiben.

3. Aussprache und Schlussworte

Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?

Vorsitzender (Schulze-Fielitz): Verehrte Kolleginnen und Kollegen! Wir treten in die Diskussion ein. Dabei brauche ich nicht zu betonen, dass der neuen Tagungsstruktur zufolge zwar die Zeit zur Diskussion der Referate pro Tag im Vergleich zu früher insgesamt nicht kürzer geworden ist, dass aber die thematischen Anreize zur Diskussion vermehrt sind und die Diskussionszeit für das jeweilige Teilthema eines Referentenpaars auf eineinhalb Stunden begrenzt ist. Deshalb müssen wir die Redezeitbegrenzung von vier Minuten strikt einhalten, und ich bitte Sie dabei mitzuhelfen: Der Vorstand ist der festen Überzeugung, dass das Prinzip der Kollegialität diese Vereinigung und ihre Mitglieder zentral prägt; sehen Sie deshalb bitte den Umstand, dass nach vier Minuten hier vorn die rote Lampe das Ende Ihrer Redezeit anzeigt, als eine Hilfe für praktizierte Kollegialität denen gegenüber an, die noch nach Ihnen sprechen wollen! Mir liegen jetzt etwa 20 bis 25 Wortmeldungen vor; einige Kollegen haben sich bereit erklärt, bei Zeitnot ggf. zurückzustehen. Bei Durchsicht der mir vorliegenden Anmeldungen zur Diskussion ergeben sich fünf deutliche Schwerpunkte der Diskussionsgegenstände. Als erstes geht es um Grundsatzfragen, auch zum Parlamentarismus. Als zweites zur Stellung des Parlaments und seiner Grenzen. Drittens geht es um die speziellen Fragen der Gesetzgebung. Ein vierter Schwerpunkt ist das Problem der Informalisierung, und ein fünfter Problemschwerpunkt ist die internationale Seite der Problematik. Ich habe versucht, die Wortmeldungen in dieser Weise systematisch zu ordnen, und bitte nach den Modalitäten, die hier schon mehrfach angesprochen waren, bei den Grundsatzfragen zu Beginn Herrn Kollegen *Grimm*!

Grimm: Meine Damen und Herren, als erster Redner fühle ich mich besonders zur Tugend verpflichtet angesichts des neuen Modells, dem ich gern zum Erfolg verhelfen möchte. Deswegen auch die Zuspitzung auf eine einzige Frage, nämlich die der Verhandlungen zwischen staatlichen und privaten Akteuren, die zu normersetzenden Absprachen führen. Was ich in beiden Referaten vermisst habe, war eine Analyse der Ursachen dieses neuartigen Phänomens. Die Ursachenanalyse scheint mir aber deswegen wichtig, weil man ohne sie keine zuverlässige verfassungs-

rechtliche Beurteilung vornehmen kann. Für eine gründliche Analyse fehlt hier die Zeit. Ich will aber den Punkt benennen, den ich für den ausschlaggebenden halte. Es ist die quantitative und qualitative Veränderung der Staatsaufgaben. Sie hat zu einer bislang nicht rückgängig gemachten Gesamtverantwortung des Staates für die gesellschaftliche Entwicklung geführt, die jedoch nicht von einer entsprechenden Ausweitung seiner Machtmittel begleitet wurde. Zum Teil fehlen ihm die Informationen, die er zur Formulierung effektiver Steuerungsprogramme benötigt. Zum Teil lassen sich die Steuerungsaufgaben nicht unter Einsatz der spezifisch staatlichen Mittel von Befehl und Zwang erfüllen. Zum Teil scheut er die Implementationskosten für imperatives Recht. Die so entstehende Lücke sucht er durch Verhandlungen mit den Steuerungsadressaten zu schließen. Trifft das zu, dann sind es weniger Verantwortungs- oder Konfliktscheu als strukturelle Gegebenheiten, die den Staat auf den Weg von Absprachen zwingen. Lässt er sich dabei auf einen Regelungsverzicht gegen private Wohlverhaltenszusagen ein, dann sind die Verhandlungssysteme nicht mehr unter Einflusskategorien, sondern nur noch unter Teilhabekategorien zu erfassen. Es gibt dann Private, die über ihren allgemeinen Staatsbürgerstatus als Wähler, Interessenvertreter und Diskursteilnehmer hinaus konkrete staatliche Entscheidungen mitbestimmen können, ohne doch in den Legitimations- und Verantwortungszusammenhang eingebunden zu sein, den die Verfassung dem Staat auferlegt. Wo strikte Gleichheit herrschen soll, breiten sich Privilegien aus. Das verfassungsrechtliche Problem liegt damit auf der Hand: Einerseits folgt der paktierende Staat einer gewissen Zwangsläufigkeit, andererseits untergräbt er wesentliche Verfassungseinrichtungen. Er erscheint deswegen konstitutionalisierungsbedürftig. Die Frage lautet aber, ob er überhaupt konstitutionalisierbar ist. Die Verhandlungssysteme leben ja von der Informalität, während sich die Verfassung gerade durch Formalität auszeichnet. Zugespißt lautet die Frage also, wie sich das Informelle formalisieren lässt. Dieses Grundproblem scheint mir auch nach den Referaten ungelöst, obwohl ich in beiden – bei Herrn *Morlok* etwas mehr als bei Herrn *Herdegen* – erwägenswerte Einzelschlüsse gefunden habe. Ich will diese Vorschläge zum Schluss noch um einen erweitern. Die Referate haben sich themengemäß auf die Entparlamentarisierung und also auf die Demokratieeinbußen konzentriert, die mit dem Verhandlungsmodell einhergehen. Es gehen aber auch Rechtsstaatseinbußen damit einher, denn wo informelle Absprachen an die Stelle des Gesetzes treten, hat die verwaltungsgerichtliche Kontrolle keinen Maßstab und die Normenkontrolle keinen Gegenstand mehr. Es ist deswegen der Überlegung wert, ob nicht gesetzvertretende Absprachen in Bezug auf die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle wie Gesetze behandelt werden sollten.

Leisner: Es ist unerfreulich, wenn man zwei Vorträge hören und dann bekennen muss, dass man mit beiden Referenten weitgehend einig ist. Ich möchte ihnen danken dafür, dass sie uns nicht die hier manchmal zu ertragende normative Männlein-Malerei geboten, sondern Vorträge gehalten, Blöcke hingestellt haben, nicht „Berichte“ – ein unpassendes Wort – abgegeben haben. Möge es auch in Zukunft so sein!

Nun zur Sache selbst. Herr *Herdegen* wie auch sein Korreferent haben Bedenken angemeldet gegen eine Entwicklung, die sie in voller Breite dargestellt haben: Erosion des Parlamentarismus, vielleicht sogar Niedergang, und es war richtig, sämtliche Phänomene, die sie dabei behandelt haben, herauszustellen und zusammen zu sehen. Ich würde noch eines hinzufügen: Es gibt nicht nur die Erosion von außen gegenüber Parlament und Gesetzgebung, es gibt auch die innere Erosion; so stark wäre die äußere nicht, wenn das Gesetz noch seine Majestät, seine Größe, seine Funktionsfähigkeit behalten hätte. Eine weitere Bemerkung zu Herrn *Herdegen*: Ich hatte den Eindruck, als ob Sie, wie auch Ihr Korreferent, davon ausgehen, dass es etwas wie eine parlamentarische Staatsleitung geben müsse. Hat es denn das je wirklich gegeben in einem Verfassungsstaat? Dieses *Gouvernement d'assemblée*, wo alles und jedes vom Parlament wenn nicht entschieden, so doch kontrolliert wird, war doch Realität, wenn überhaupt, nur in der dritten und vierten französischen Republik. Gerade damals aber hatte man nicht und brauchte auch gar nicht eine wirkliche Verfassung im heutigen Sinn. Frage also: Schließen sich nicht Verfassungsstaat und eine solche volle parlamentarische Staatsleitung aus? Schließlich kam doch der Verfassungsstaat mit dem Konstitutionalismus, der gerade die parlamentarische Staatsleitung nicht kannte. Und wenn es so wäre, dann wären Ihre Bedenken vielleicht nicht ganz so gravierend. Danke.

Engel: Das Referat von Herrn *Herdegen* hat sich für mich wie eine Philippika angehört. Das wäre berechtigt, wenn wir es wirklich vor allem mit Missbräuchen zu tun hätten. Ich frage mich aber, ob die Rechtswirklichkeit uns nicht eher auf Leistungsgrenzen des Parlaments hinweist. In drei Beispielsfällen scheint mir das jedenfalls so: bei der technischen Standardisierung, bei der differenzierten Beurteilung von finanziellen Risiken für die Zwecke der Finanzmarktaufsicht und bei der Bestimmung von Preis und Konditionen für den Zugang zu Netzen. In allen drei Fällen ist vom Parlamentarismus praktisch nichts übrig geblieben. Das gestehe ich als Befund gerne zu. Ich glaube aber, auch ein abgespecktes parlamentarisches Verfahren wäre gar nicht im Stande, solche Fragen zu bewältigen. Das Parlament könnte Generalklauseln verabschieden, aber damit wäre nichts gewonnen. Es könnte unbestimmte Rechtsverordnungsermächti-

gungen geben, aber die wären sogar offen verfassungswidrig. Der Gesetzgeber könnte zum Notar für Regelwerke herabsinken, die an anderer Stelle gemacht werden. Damit wäre bestenfalls die Form gewahrt.

Ich glaube deshalb, in Ihrem Referat steckt zugespitzt die Frage: Soll das, was parlamentarisch nicht geht, dann besser gar nicht geregelt werden? Das wäre ein gigantisches Deregulierungsprogramm. Das kann man wollen. Aber dann sollte man es auch offen sagen. Wenn man das nicht will, muss man dagegen darüber nachdenken, wie man Regelbildung, zu der das Parlament außer Stande ist, trotzdem verfassungsrechtlich umhegt. Mir scheint, hier täte zunächst einmal eines Not: eine Ausdifferenzierung der Legitimationstheorie. Das, worüber Sie gesprochen haben, nennen die Politikwissenschaftler Input-Legitimation. Damit meinen sie die Legitimation durch das gewählte Parlament. Daneben kommen jedoch zumindest noch zwei weitere Legitimationsformen in Betracht. Die zweite nennen die Politikwissenschaftler Output-Legitimation. Sie hat zwei Facetten. Die erste liegt in der geteilten Überzeugung von der sachlichen Richtigkeit der Entscheidung. Die zweite im Vertrauen auf die Sachkunde derer, die entschieden haben. Spitz formuliert geht es dabei also um Expertokratie. Die dritte Legitimationsform kann man egalitär nennen. Legitimation ergibt sich hier aus der Beteiligung der Betroffenen. Partizipation führt also zu Legitimation.

Graf Vitzthum: Herr *Herdegen* hat sich bei seinem eindrucksvollen Niedergangsbericht primär auf die Funktionen der Gesetzgebung und der Haushaltsplanfeststellung konzentriert. Er hat daher zu Recht andere Parlamentsfunktionen weitestgehend ausgeblendet, etwa die der Kreation, der Kontrolle und der Gewährleistung von Öffentlichkeit. Letzteren Aspekt bezog dankenswerterweise Herr *Morlok* in seinen reichen Vortrag ein, freilich mit der überraschenden Forderung – ich zitiere –, „die Bedeutung der Plenardebatte endlich als Irrtum zu verabschieden.“ Hier melde ich Widerspruch an. Verlässt man die eher normenferne Argumentation des Referenten und wendet sich stärker Text und Gefüge des Grundgesetzes zu, stößt man mit Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG auf die überraschenderweise gar nicht erwähnte Schlüsselbestimmung des Parlamentarismus: „Der Bundestag verhandelt öffentlich.“ Diese Öffentlichkeitsfunktion der Plenardebatte, einschließlich die der angeblichen „Fensterreden“, ist nach wie vor unersetzlich, nicht für die Abgeordneten selbst – *Carl Schmitt* hatte bei seinem Sezieren des Parlamentarismus „irrtümlicherweise“ unterstellt, dass sich die Redner, wie wir es hier in unseren Aussprachen in der Tat tun, gegenseitig zu überzeugen suchen –, sondern bekanntlich für die Wähler von morgen. Kein anderes Staatsorgan, keine Pressekonferenz, kein Nationaler Ethikrat, keine TV-„Kanz-

lerduelle“ können die öffentliche Rede und Gegenrede im Kollegialorgan Bundestag ersetzen. Für die Verbindung von Stimmbevölkerung und politischem Prozess, für die Nähe von Bürger und Parlament, für die Verschränkung von freier Zivilgesellschaft und organisierter Staatlichkeit also – und an dieser Stelle knistert es ja im Legitimationsgebälk – ist die Plenardebatte unentbehrlich. Sie stärkt die Identität dieses Staatsorgans als Volksvertretung, sie behindert eine irreversible Etablierung der politischen Mehrheitsmacht, sie hilft bei der Eroberung von Themenhoheit und bei der Zuschreibung von Verantwortung. So bleibt die öffentliche Verhandlung ein zentraler Bestandteil rechtsstaatlicher Demokratie. Also: Wehret der „Entplenarisierung“!

Zweite Bemerkung: Herr *Morlok* hat dem Phänomen der Entformalisierung, das zuvor schon Verwaltungsrechtler interessiert hatte, nun Hausrecht im Verfassungsrecht verschafft. Ich vermisse indes eine Darlegung des Mehrwertes und der ggf. erbrachten Kompensationsleistungen des informellen gegenüber dem formellen Verfahren. Letztere, die formalen Strukturen und Prozeduren, sind, anders als die informalen Rituale und Bräuche, im Parlamentsrecht aus guten Gründen detailliert geregelt. Ich erwähne aus dem großen Kreis der formalen Verfahren nur die Mehrfach-Lesungen gemäß Geschäftsordnung, die Interpellations-Regeln, die Organisation des Rederechts im Plenum, die Errichtung, Besetzung und Arbeitsweise der Ausschüsse, die Zuordnung des Initiativrechts, die Verfahrensrechte Fraktionsloser. Diese „Formalia“, Ausflüsse u.a. des parlamentarischen Öffentlichkeits- und Verhandlungsgrundsatzes, erfüllen ganz bestimmte Funktionen: Legitimation durch Entschleunigung, Transparenz- und Rationalitätssteigerung, Integration durch Konsensaggregation, strukturierte Beteiligung der Opposition und nachprüfbare Einbeziehung der Interessenträger, Partizipation durch Gewährleistung politischen Wettbewerbs, Minderheitenschutz und Chancengleichheit. Müsste nicht erst das angeblich Defizitäre dieser historisch-politisch gewachsenen, laufend angepassten formalen Verfahrensweisen dargelegt werden, bevor man das Informale – das „Fließende“, Disparate und potentiell Intransparente, das das Schema Mehrheits-/Minderheitsprinzip womöglich relativiert – auch im Verfassungs- und Parlamentsrecht so popularisiert?

Dritte Bemerkung, nun zum Stichwort Selbstentmachtung des Parlaments. Leider wurde das Elend der Hearings bisher von niemandem erwähnt. Die öffentlichen Anhörungen durch Parlamentsausschüsse sind nach meinem Eindruck seit den Neunziger Jahren immer parteilicher und „politischer“ geworden – geradezu das Paradigma des Scheiterns wissenschaftlicher Politikberatung. Dieses Themas – der Instrumentalisierung der Wissenschaft, der Beeinflussung von Sachverständigengre-

mien (es gibt also nicht nur die „Herrschaft der Verbände“) – wie des Parlamentsrechts und seines Systematisierungsbedarfs insgesamt müsste sich unsere Vereinigung einmal ausführlicher annehmen, nicht mittels eines Passepartout wie „Verfahren“ oder einer Worthölse wie „Identität“, sondern im Hinblick auf demokratische und leistungsgenerierte Legitimation.

Eine eher scherzhafte Schlussbemerkung: Ihr Begriff des „Parlaments-schutzes“, lieber Herr *Morlok*, wird sich terminologisch hoffentlich nicht durchsetzen. Andernfalls sähe ich die Gefahr, dass jedenfalls staatsrechtliche Anfänger ihn in Art. 20a GG suchen würden, neben dem Umwelt- und dem Tierschutz also, oder dass der „Parlamentsschutz“ in die Nähe des Verfassungs- oder des Staatsschutzes gerückt, also etwa bei der Extremistenbekämpfung, dem Schutz vor organisierter Kriminalität und der Beobachtung sektenähnlicher Strukturen angesiedelt würde, während Sie doch etwas ganz anderes – mich angesichts der opulenten Ausstattung des Parlaments und der Parlamentarier freilich nicht nur begrifflich nicht Überzeugendes – im Blick haben.

Isensee: Das heutige Thema ist alles andere als neu. In ihm schwingt die Sorge, die *Georg Jellinek* klassisch formuliert: dass Rechtssätze unvermögend sind, staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen, und dass die realen politischen Kräfte sich nach ihren eigenen Gesetzen bewegen, die von allen rechtlichen Formen unabhängig wirken. Die Institutionen des Rechts und Verfahrensnormen stehen immer in Gefahr, dass sich das staatliche Leben, das sie steuern wollen, an ihnen vorbeientwickelt, und dass von ihnen am Ende nichts bleibt als leere Hülsen. Doch damit ist nicht gesagt, dass jede Regung der Staatspraxis, die sich außerhalb der Formalität des Rechts im allgemeinen und des Verfassungsrechts im besonderen bewegt, Besorgnis für die Normativität der Verfassung erregen müsse. Eine präterkonstitutionelle Praxis kann Zeichen der Dekadenz sein, Symptom normativer Ermattung. Doch kann sie auch Ausdruck für die Vitalität der Institutionen sein, die darauf angewiesen sind, dass die Staatspraxis sie schöpferisch anreichert, die abstrakten Vorgaben konkretisiert und die Formen mit Leben füllt.

Hier zeigt sich, dass das Thema heterogene Sachverhalte und Probleme umfasst, die keine einheitliche Beurteilung vertragen. Vielmehr bedarf es der Differenzierung und der Bildung von Typologien, etwa danach, ob das Parlament sein förmliches Verfahren durch formlose Absprachen, Bräuche und Observanzen ergänzt, ohne außerparlamentarischen Akteuren Einlass zu geben, oder ob es Außenstehende, seien sie nun Amtsträger oder Private, in seine Entscheidungsverfahren einbezieht. Es macht einen Unterschied, ob das Parlament seine innere Willensbildung regelt

oder ob sich zwischen Parlament und Regierung eigene Gremien mit Lenkungs- und Scharnierfunktionen bilden. Diese mögen sich als hilfreich oder als schädlich für das parlamentarische Regierungssystem rechtfertigen lassen. Die Rechtfertigung eines Koalitionsausschusses oder einer „Elefantenrunde“ aus Regierungs- und Parlamentsmitgliedern – sollte eine solche Rechtfertigung gelingen – gälte nicht für die Auslagerung parlamentarischer Entscheidungsbefugnisse in Parteigremien oder auf Verbände. „Informale“ Sachverhalte lassen sich nicht über einen Kamm scheren (wenn man den Begriff des Informalen überhaupt hin- nimmt – Herr *Schulze-Fielitz* und ich haben einmal darüber gestritten). „Informales“ ist nicht per se illegitim. Die Frage der Legitimität oder Illegitimität muss in jedem Einzelfall gesondert gestellt und beantwortet werden. Jedenfalls ist der Vorrang der Verfassung strikt zu wahren. Doch korrespondiert diesem kein Vorbehalt der Verfassung. Es kommt darauf an, ob und inwiefern ein solcher besteht.

Derzeit erfüllen die Fachausschüsse des Bundestages in weitem Maße die Erwartungen, die das Recht an ihre gesetzgeberische Sach- und Eini- gungsarbeit stellt, und zwar durch Beratungen, die in der Regel hinter verschlossenen Türen stattfinden. Die Lage könnte sich von Grund auf ändern, wenn, einer gängigen Forderung gemäß, die Ausschüsse künftig grundsätzlich öffentlich tagen sollten. Freilich würden sie weiterhin ihre protokollierten Empfehlungen an das Plenum abgeben. Doch die poli- tisch prekären Verhandlungen würden in parlamentarische Gremien aus- wandern, in dunkle Hinterzimmer. Denn delicate Kompromissprozedu- ren vertragen nicht das Licht der Publizität. Also Warnung vor rechtlicher Formalisierung, wo sie der Sache nicht zuträglich ist!

Gefährlich für den Parlamentarismus ist die Tendenz der Bundesregie- rung, schwierige Entscheidungsprobleme auf außerparlamentarische Kommissionen zu übertragen, die sie nach ihrem Geschmack zusam- mensetzt, in der Hoffnung, dass am Ende ein ihr genehmes Ergebnis herauskommt, umkleidet mit der Aura des Fachlichen und des Partei- neutralen. Hier droht die Gefahr, dass das Parlament überrollt wird, dass ihm nichts übrig bleibt, als vorgegebene Resultate zu schlucken, und dass es am Ende den Geruch von Inkompetenz und Entscheidungsschwäche annimmt. Beispiele solcher Gremien, die eine Gegenöffent- lichkeit zum Parlament herstellen, sind etwa der Nationale Ethikrat, die Hartz-Kommission oder das Gremium, das die Richtlinien erarbeiten soll, wie die öffentlichen Ausgleichsmittel an die Opfer der Elbeflut zu verteilen sind – hier soll der Mangel an Organkompetenz und an demo- kratischer Legitimation wohl dadurch kompensiert werden, dass ein Alt- bundespräsident beigezogen wird, der seine Privatautorität dem Gre- mium ausleiht.

Schachtschneider: Schönen Dank den Referenten, insbesondere für den Problemüberblick, den Herr *Herdegen* gegeben hat! Erlauben Sie einige kritische Bemerkungen: Warum überhaupt Parlamentarismus, Herr *Morlok*? Der Parlamentarismus ist nicht nur für die Legitimation des politischen Systems, sondern für das Recht an und für sich, für die Rechtllichkeit der Gesetze, entscheidend. Die Parlamentarier sind Vertreter des Volkes, nur ihrem Gewissen unterworfen, aus guten Gründen; denn sie vertreten das Volk in der praktischen Vernunft. Das Gewissen ist der Gerichtshof der Sittlichkeit, sagt *Kant*. Die Abgeordneten sind Vertreter der Sittlichkeit, und müssen das sein. Das können sie nur in Moralität sein. Die Einrichtung der Parteien, der Parteienstaat, verhindert diese Moralität, nicht nur durch das Auswahlverfahren in den Parteien, das ja nicht gerade zur positiven Auslese der Parlamentarier führt, auch mangels innerparteilicher Demokratie, sondern eben auch und insbesondere durch den Fraktionszwang. Sie, Herr *Morlok*, sehen den Fraktionszwang vom Grundgesetz anerkannt. Es ist nicht zu bestreiten, dass die Fraktionen in der Regelung über den Gemeinsamen Ausschuss genannt sind, aber dass das die grundgesetzliche Verfassung ist, möchte ich bezweifeln. Die Republik, wie sie das Grundgesetz verfasst, nämlich als Staatsform der Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit, verträgt sich mit Fraktionszwang nicht. Niemand wird bestreiten, dass es informelle Verfahren der politischen Willensbildung gibt und immer geben wird, aber es geht darum, ob diese tragfähig sind. Das Wahlrecht insgesamt führt zum Parteienstaat und entparlamentarisiert die vielen anderen Institutionen, wie wir gerade von Herrn *Herdegen* gehört haben, in einer Weise, die es nicht mehr zu sagen erlaubt, dass die Gesetze noch Recht schaffen. Dafür fehlen die substantiellen Voraussetzungen. Das Bundesverfassungsgericht ist nicht mehr bereit, vielleicht auch nicht mehr in der Lage, die Rechtllichkeit der Gesetze zu gewährleisten, weil seine apologetische Funktion in den Vordergrund gerückt ist. Im Interesse der Stabilität von Rechtsstaat und Demokratie müssen wir deutlich machen, dass diese Entwicklung des Parteienstaates gerade im internationalen integrativen Gefüge zu weit gegangen ist und zurückgedrängt werden muss. Ich denke, man kann viele Instrumente entwickeln, die wieder zu einer substantiellen Vertretung des Volkes hinführen. Eine Schlussbemerkung: Einen Unterschied der Logik zwischen der wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts und der Art und Weise in der Politik, zum Recht zu finden, vermag ich nicht zu erkennen, Herr *Morlok*. Republikanisch ist die Erkenntnis des Rechts nur, wenn sie wissenschaftlich ist, sowohl in der Erkenntnis der Tatsachen, der Theorien, als auch in Erkenntnis der Rechtsregeln. Gerade daran leiden unsere informalen Systeme, die die formalen weitgehend überschatten. Danke.

Wieland: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Ich möchte Ihre Aufmerksamkeit gerne auf einen Aspekt richten, der nach meinem Verständnis für die Behandlung des Themas wichtig, aber in beiden Referaten nicht angesprochen worden ist, und das ist die Rolle der parlamentarischen Opposition. Ich hielte es für sinnvoll, wenn man über Fragen der Zukunft des Parlamentarismus spricht – egal ob man es mehr in der klassischen Weise wie Herr *Herdegen* angeht und fragt, was die Verfassung für Regeln vorgibt, oder mehr in die Zukunft gewendet, soziologisch-theoretisch orientiert wie Herr *Morlok* – dass man einen Unterschied macht zwischen der Stellung, die die parlamentarische Mehrheit inne hat, und der Stellung der Minderheit. Gerade im informalen Bereich bewirkt das meiner Auffassung nach den entscheidenden Unterschied. Wer der parlamentarischen Mehrheit angehört, dessen Stimme wird gebraucht, der wird als Abgeordneter die Möglichkeit haben, wenn er möchte – das ist ja Herrn *Herdegens* Appell gewesen: das Parlament solle sich einbringen – sich dort einzubringen. Die Macht liegt bei der Mehrheit, und sie kann mitwirken. Aber was ist mit der Opposition? Die Opposition wird dort, wo Entscheidungsprozesse ins Informale hinübergehen, ihrer Mitwirkungsmöglichkeiten zumindest zum Teil beraubt, und das führt dann in Deutschland zu der oft beklagten Situation, dass sie, wenn sie die Mehrheit im Bundesrat hat, diese nutzt. Denn wer dort politische Macht ausübt, kann erzwingen, dass er in informale Prozesse eingebunden wird. Ich halte es für hilfreich, wenn man bei der Diskussion abkame von dem allgemeinen Begriff Entparlamentarisierung und sowohl nach der eher klassischen Betrachtungsweise die Rechte der Opposition stärker in den Blick nimmt, als auch dann, wenn man eine Dogmatik des informalen Handels entwickeln will. Denn dort, wo politische Macht fehlt, ist die rechtliche Position besonders wichtig. Vielen Dank.

Dörr: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren! Ich kann mich angesichts der Bemerkung von Herrn *Engel* kurz fassen und möchte den Aspekt auf einen Punkt lenken, der auch mit einer Frage an Herrn *Herdegen* verbunden ist. Beim Bereich Entparlamentarisierung sind zwei Phänomene aus meiner Sicht zu beobachten, die eine weit verbreitete Antwort finden. Einmal sieht man bestimmte Lebensbereiche so an, dass sie fachliche Antworten verlangen, und überträgt die Entscheidungskompetenz auf bestimmte autonom ausgestaltete Entscheidungsträger. Das haben Sie, Herr *Herdegen*, am Beispiel der früheren Bundesbank, heute der Europäischen Zentralbank, angesprochen. Es gibt aber ein weiteres Phänomen, und da ist die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen sogar besonders weitreichend. Es ist das Phänomen, dass bestimmte Lebensbereiche, die grundrechtlich geschützt sind, staatsfern –

manchmal sagt man auch staatsfrei – zu organisieren sind, aber andererseits vom Staat ausgestaltet werden müssen. Ein ganz prägnantes Beispiel mit der Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf Expertengremien ist der gesamte Bereich des Rundfunkrechts, gestützt auf Art. 5 GG. Da gibt es einmal einen Bereich, der vielleicht nicht so viele Fragen aufwirft, dass die Aufsicht auf staatsfern organisierte, pluralistisch zusammengesetzte Gremien übertragen wird: die Aufsicht über privaten Rundfunk auf die Landesmedienanstalten und sonstige Entscheidungsträger. Es gibt aber einen weiteren Bereich, wo die Entscheidungskompetenzen des Parlamentes unmittelbar betroffen sind. Dies hat das Bundesverfassungsgericht damit begründet, dass Staatsferne gewährleistet werden muss. Das ist der Bereich des Rechts der Gebührenentscheidung. Hier ist durch das Verfassungsgericht ein Entscheidungsverfahren mit der Legitimationskette „Expertenwissen“ zustande gebracht worden, wo wesentliche Entscheidungsträger eine Expertenkommission bilden, die pluralistisch zusammengesetzt ist und wo man die Legitimation, wie Herr *Engel* ausgeführt hat, aus dem Expertenwissen ableitet. Mit dem ganz weitreichenden Phänomen, dass an diesem Vorschlag auch die Parlamente zumindest teilweise gebunden sind und nur noch unter besonderen Gründen abweichen dürfen. Ich würde gerne Sie fragen, Herr *Herdegen*, wie Sie dieses Phänomen bewerten, weil dies ein ganz besonders prägnantes Beispiel für die Bindung eines Parlaments an eine Expertenkommission darstellt.

Steiger: Meine Damen und Herren, ich möchte noch einmal auf das Problem Öffentlichkeit zu sprechen kommen. Das ist mir doch auch etwas zu kurz gekommen. Das Parlament – oder sagen wir konkreter, wie ich bei *Hans Julius Wolff* gelernt habe – der Deutsche Bundestag, aber das gilt wohl auch für die anderen Volksvertretungen, ist ja eingebunden in eine allgemeine Öffentlichkeit. Das ist in den Berichten etwas wenig zur Sprache gekommen. Es ist sehr stark auf den Bundestag als Organ des Staates abgestellt worden. Aber das Parlament, der Deutsche Bundestag ist ja gleichzeitig auch Organ, in einem etwas anderen Sinne sicherlich, der Gesellschaft, d.h. er ist eigentlich der Ort, in dem Gesellschaft und Staat zusammengeführt werden. Ich gebe Graf *Vitzthum* völlig recht, dass er noch einmal die Bedeutung der öffentlichen Plenardebatten betont hat. Diese Zusammenführung muss aber auch von den Politikern, d.h. den Parlamentariern wahrgenommen werden. Negativ tritt eine Entparlamentarisierung dadurch ein, dass Ankündigungen von politischen, vor allem gesetzgeberischen Vorhaben, Versprechungen, Angriffe auf den politischen Gegner usw. ja heute zunächst einmal in öffentlichen Veranstaltungen außerhalb des Parlaments und nicht im Plenum stattfinden, angefan-

gen von der Bundespressekonferenz über Interviews in Rundfunk, Fernsehen, Zeitungen, bis zu bestimmten Talkshows am Sonntagabend oder am Donnerstagabend. Dort werden dann Festlegungen getroffen oder doch verkündet, von denen man nicht wekommt und die im Bundestag dann allenfalls noch kommentiert werden. Ich denke jetzt nicht an den vergangenen Wahlkampf, in dem so grundlegende Entscheidungen wie etwa zur Irak-Frage in Wahlveranstaltungen und nicht im Bundestag verkündet worden sind – das ist eine Ausnahmesituation. Aber ich glaube, es wäre nicht anders gewesen, wenn wir das nicht gehabt hätten. Auf der anderen Seite bringt, positiv, die gesellschaftliche Öffentlichkeit über die Wahrnehmung auch der Grundrechte Art. 5 und Art. 8 GG, der Kommunikationsgrundrechte, ihre Vorstellung in den politischen Entscheidungsprozess mit ein, natürlich nicht als Entscheidung, aber doch als Hilfe zum Nachdenken. Das muss dann in den Bundestag einfließen. Wie das dann gut ins Parlament laufen kann und aufgenommen wird, hat die Stammzellendebatte gezeigt. Manches Mal gibt es dann etwas Derartiges, und die Frage ist, wie kann man das verstärken, wie kann das Parlament das selber aufnehmen? Es ist ja nicht von ungefähr, dass hier die gelobte Gegenposition zur Regierung dadurch zustande kam, dass es die Enquetekommission gab, die von sehr kenntnisreichen und engagierten Mitgliedern des Bundestages getragen worden ist. Nebenbei bemerkt: Die Zeitungen sprechen in solchen Fällen von „Sternstunden“ des Parlamentarismus. Sie scheinen also selbst zu merken, dass das dort geschehen soll und nicht nur in ihren Blättern.

Vogel: Erlauben Sie mir, jetzt von etwas ganz anderem zu sprechen: nicht von der Entparlamentarisierung, sondern umgekehrt von der Bindung des Parlaments an bestimmte eigene Gesetze, und zwar einer verfassungsrechtlichen Bindung mit der Wirkung, dass unter den mit einfacher Mehrheit beschlossenen Gesetzen ein Rangverhältnis entsteht. Dies ist eine Provokation, ich weiß es, aber gelegentlich muss man, denke ich, provozieren dürfen. Herr *Herdegen* hat mit Recht schon die Maßstäbe-gesetze erwähnt. Sie dienen der Rationalisierung und Transparenz des Gesetzgebungsprozesses. Ihre verfassungsrechtliche Grundlage haben sie in den Art. 110 und 115 GG sowie nach bestrittener, aber vom Bundesverfassungsgericht bekräftigter Auffassung in Art. 107 GG. Ich bin der Meinung, dass von diesem Instrument weit mehr als bisher Gebrauch gemacht werden sollte. Plädieren möchte ich aber auch für eine Bindung des Parlaments an seine Zustimmung zu völkerrechtlichen Verträgen. Das rührt an eines unserer besonders tief verankerten staatsrechtlichen Dogmen: das Parlament könne von völkerrechtlichen Verträgen, denen es seine Zustimmung gegeben hat, mit innerstaatlicher Wirksamkeit ab-

weichen. Die Vertreter dieses Dogmas stützen es auf Art. 25 GG, unter Verstoß gegen die Logik, und auf Art. 59 Abs. 2 GG, den man nicht genau gelesen hat. Tatsächlich gilt die entgegengesetzte Regelung, nämlich die Bindung des Parlaments an von ihm gebilligte Verträge, ebenso wie hier in unserem Gastland, der Schweiz, in Frankreich, Belgien, in den Niederlanden, Spanien, Luxemburg, Japan, Argentinien – vermutlich ist die Liste noch längst nicht erschöpft. Die abweichende verfassungsrechtliche Regelung in Großbritannien und USA können wir uns nicht zum Vorbild nehmen, weil dort die Parlamente dem Abschluss der Verträge nicht zuvor zustimmen müssen (in den USA nur der Senat, nicht das Repräsentantenhaus); das führt natürlich zu anderen Konsequenzen. Nach meiner Meinung ist die Bindung des Parlaments an sein einem anderen Staat gegebenes Wort eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsprinzip. „Hier stehe ich, ich kann nicht anders.“

Den Anlass, mich mit diesem Problem zu beschäftigen, hat mir die Kleinkriminalität der finanziellen Ministerialbürokratie gegeben, die das Parlament nicht durchschaut hat und auch gar nicht durchschauen konnte.

Schmidt-Preuß: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Zunächst besten Dank an den Vorstand für das ebenso aktuelle wie interessante Thema und Dank an die beiden Referenten für die außerordentlich anregenden Referate, die beide – und das ist wohl das Gemeinsame – versucht haben, den Kompetenzraum des Parlaments angesichts möglicher Gefährdungen zu wahren! Darin ist beiden beizupflichten. Ich will nur ganz kurz vorab einen weiteren Gesichtspunkt ansprechen, der meiner Meinung nach mit ins Bild gehört, um dann einige konkrete Fragen zu stellen. Das betrifft den Bereich der Regierung. Ich meine, wenn wir das Parlament und seine Kompetenzen verorten und beleuchten, dürfen wir nicht den Bereich der Regierung aus dem Auge verlieren. Die Regierung ist kompetent zur operativen Gestaltung der Lebensverhältnisse, das Parlament hat seine Kurationsfunktion, seine Legitimationsfunktion und sicher auch die Funktion, grundlegende Fragen zu regeln. Aber eben die Regierung hat ihren eigenen Kompetenzraum, einen verfassungsrechtlich gewährleisteten Kompetenzraum. Und dazu gehört, so meine ich, auch der Kontakt mit gesellschaftlichen Gruppen, mit Verbänden, mit Institutionen und die kooperative Mobilisierung von Sachverstand und von Know-how, von Initiative und Autonomie im außerstaatlichen Bereich. Dazu jetzt einige Fragen: Beide Referate, das fiel mir auf, haben davon gesprochen, dass man Pakte – sie stehen ja im Mittelpunkt der Thematik – einbetten sollte in schlichte Parlamentsbeschlüsse, um die notwendige Legitimation sicherzustellen. Da beginnt es schon: Der Bereich der Re-

gierung, die Eigenständigkeit der operativen Gestaltung – all dies geht natürlich, ich will nicht sagen verloren, aber all dies wird doch tangiert und eingeengt, wenn man bereits in diesem frühen Stadium – das wäre die erste Frage an beide Referenten – Restriktionen dieser Art verlangt! Dann ganz konkret: Herr *Herdegen*, Sie haben – da habe ich volle Sympathie – von der Rücksichtnahme gesprochen, die zu üben sei. Wenn ich es recht verstanden habe – vielleicht könnten Sie das noch mal erläutern – verstehen Sie die Rücksichtnahme prozedural, oder ist bei ihnen auch ein materielles Element eingeschlossen? Sie haben vor allem davon gesprochen, dass sozusagen alle relevanten Gruppen berücksichtigt werden müssten. Das wäre also eher eine verfahrensrechtliche Dimension. Daher meine Frage: Ist die Rücksichtnahme, die Sie, wie ich meine mit Recht, verlangen, darüber hinaus auch materiell zu verstehen? Ich will Weiteres aus Zeitgründen nicht vertiefen, aber die Frage an Herrn *Morlok* wollte ich gerne noch stellen. Sie bezieht sich auf die Vermutung der Verantwortung der Abgeordneten. Als ich die Thesen heute morgen las, da war die Widerlegbarkeit noch nicht eigens aufgeführt, die haben Sie dann im Vortrag erwähnt. Wie sieht das aus mit der Widerlegbarkeit der Vermutung? Es klang ja an, dass es sich nach Ihrer Vorstellung nur um einen ganz krassen Ausnahmefall handeln soll. Vielleicht könnten Sie hierzu noch ein paar konkretisierende materielle Kriterien nennen. Besten Dank.

Murswiek: Ein sehr großer Teil unserer heutigen Rechtsetzung bezieht sich auf hochkomplexe, technisch-naturwissenschaftlich geprägte Sachverhalte oder hochkomplexe ökonomische Sachverhalte. Und in diesen Bereichen hat es, wie es Herr *Herdegen* angedeutet hat, eine weitgehende Entparlamentarisierung gegeben, eine Verlagerung der Rechtssetzungsentscheidungen auf Gremien außerhalb des Parlaments. Man hat gesagt, im Bereich des Umwelt- und Technikrechts gilt in der Praxis weitgehend die umgekehrte Wesentlichkeitstheorie: Im Gesetz steht nur das Unwesentliche; alles Wesentliche steht bestenfalls in Rechtsverordnungen oder allgemeinen Verwaltungsvorschriften, sehr häufig aber in Regelwerken, die von nichtstaatlichen Rechtssetzungsorganisationen geschaffen worden sind und denen jede demokratische Legitimität fehlt. Der Sache nach haben wir es weitgehend mit dem zu tun, was Herr *Engel* in seinem Diskussionsbeitrag Expertokratie genannt hat. Diese Expertokratie aber würde eigenständige Legitimität nur dann besitzen, wenn ihre Entscheidungen sich wirklich rein rational, technisch-naturwissenschaftlich, begründen ließen. Dem ist aber nicht so. In Wirklichkeit beruhen Umwelt- und Technikstandards oder gesundheitsbezogene Standards, die das Niveau unseres Gesundheitsschutzes, unseres Umweltschutzes bestimmen, nicht nur auf technisch-naturwissenschaftlichem Sachverstand, sondern weitge-

hend auch auf Wertentscheidungen. Ohne politische Dezsionen können solche Standards nicht gesetzt werden, und wenn ihre Setzung auf Expertengremien verlagert wird, dann wird hinter dem Schleier naturwissenschaftlich-technischen Sachverstands eine antidemokratische Herrschaft von demokratisch nicht legitimierten Gruppen begründet. Ob dieser Befund, mit dem wir es heute zu tun haben, so unausweichlich ist, wie Herr *Engel* meinte, ob das Parlament strukturell unfähig ist, hier Entscheidungen zu treffen, das möchte ich bezweifeln. Die Parlamente sind sicherlich nicht in der Lage, die Feinarbeit der Herstellung solcher Regelwerke zu leisten, aber was möglich wäre, meiner Auffassung nach, wie man demokratische Verantwortung hier wieder herstellen könnte, wäre, dass Expertengremien zwar Regelwerke ausarbeiten, aber die dabei zu treffenden politischen Wertentscheidungen offen legen und dann an das Parlament zurückgeben und das Parlament etwa zwischen verschiedenen Alternativen entscheide. Mit einer solchen, vom Parlament ausgehenden, von Ministerien und Expertengremien fortgeführten und dann vom Parlament verbindlich entschiedenen „Kreislaufgesetzgebung“ ließe sich jedenfalls ein Stück demokratischer Verantwortlichkeit wieder zurückgewinnen.

Hufen: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Die Staatsrechtslehrer haben seit 350 Jahren das Thema „*Machtbegrenzung*“ im Hinterkopf, und dieses Thema schien mir auch die Behandlung des heutigen Gegenstandes „*Informalisierung*“ in den Referaten und in der bisherigen Diskussion zu bestimmen. Ich möchte einmal vom Gegenpol her ansetzen und fragen: Haben wir nicht heute eher das Problem der „*Machtermöglichkeit*“? Geht es nicht heute auch um die Steuerungsfähigkeit, das heißt darum, dass der Staat überhaupt in den Stand versetzt wird, notwendige Entscheidungen gegenüber starken gesellschaftlichen Kräften, nationalen und internationalen Gruppen durchzusetzen? Vergegenwärtigen wir uns doch einmal die dringenden „*Hausaufgaben*“ unseres politischen Systems! Sie kennen sie alle: Flexibilisierung des Arbeitsmarktes, Sicherung der sozialen Sicherungssysteme, die in wenigen Jahrzehnten bankrott sein werden, wenn jetzt nicht weitsichtige Entscheidungen getroffen werden, Priorität für Bildung und Kultur, Migrationsprobleme. Diese Probleme liegen offen, und hier sehe ich eigentlich eher die Gefahr, dass das politische System nicht mehr in der Lage ist, mehr als nur marginale Korrekturen durchzusetzen. Herr *Grimm* hat ja nach den Ursachen der Informalisierung gefragt, und ich meine: Einer der wesentlichen Gründe ist der Tatbestand der „*blockierten Republik*“. Herr *Morlok* hat sehr schön und bildhaft davon gesprochen, die Informalität gebe dem politischen System die Muskeln zurück, die es überhaupt braucht, um die Probleme zu lösen. Man kann das so sehen. Man kann die Informalität und die Ausbildung

neuer Entscheidungskanäle, Konsensrunden usw. aber auch als Krisensymptome und Antworten darauf sehen, dass die im Grundgesetz vorgesehenen Entscheidungsbahnen schlicht verstopft sind. Wir müssen also sehr wohl über die Strukturen nachdenken.

Wenig Ängste habe ich allerdings, was den viel beschworenen Machtverlust des Parlaments angeht. Wir alle haben ja noch den Wahlabend des 22. September in frischer Erinnerung, wie da je nach Stand der Hochrechnungen gejubelt oder gezittert wurde. Das Parlament ist nach wie vor die Instanz der Machtbegründung und Machtverteilung. Es kann eigentlich so schlecht um den Parlamentarismus nicht bestellt sein. Es ging hier um die Macht, und die Macht wurde verteilt und – Hartz-Kommission hin oder Nationaler Ethikrat her – wenn diese Gremien keine Mehrheit im Parlament finden, dann werden ihre Arbeitsergebnisse in den Schubladen verschwinden, wie das zu Recht mit nicht mehrheitsfähigen Vorschlägen immer so war. Es gibt aber Probleme, über die wir aber in der Tat nachdenken müssen. Die Blockadesituation beispielsweise, die von Verbänden mit Vetomacht ausgeht. Wenn es notwendig ist, diese Verbände schon vor der parlamentarischen Beratung einzubeziehen, dann heißt das doch, dass vielleicht zu machtvollen Positionen bestehen und notwendige Entscheidung nicht mehr durchsetzbar sind. Das kann ich jetzt nicht vertiefen.

Der dritte Punkt betrifft die im internationalen Kontext singuläre Rolle des Bundesrats mit seinen weit über die Mitwirkung der Länder hinausgehenden Kontroll- und damit eben auch Blockierungsfunktionen. Herr *Wieland* hat das Problem schon angesprochen. Ich glaube, der Bundesrat und unsere derzeitige Ausformung des unitarischen Bundesstaates mit seinen vielfältigen Politikverflechtungen ist eine der wesentlichen Ursachen der Kompromiss- und Konsensdemokratie, wie wir sie in der Bundesrepublik ausgeprägt haben. Solange der Bundesrat für die Opposition eine Möglichkeit bietet, völlig losgelöst von Länderinteressen parlamentarische Mehrheitsentscheidungen wieder auszuhebeln, solange werden wir über die Konsensdemokratie in dieser Form und die minimalistische Einigung auf dem kleinsten Hauptnenner nicht wegkommen, und solange werden wir die angesprochenen Probleme auch nicht lösen. Herr *Herdegen*, das ist – wie ich meine – nicht nur eine Anfrage an die politische Kultur. Das betrifft ganz zentral die Strukturen des verfassten politischen Systems und dringende Änderungen – und diese vielleicht zuvörderst in den genannten Bereichen. Vielen Dank.

Wallerath: „Informalisierung“ staatlichen Handelns bedeutet staatliches Agieren außerhalb von „Spielregeln“. Verfassungsrechtlich ist dies nicht zuletzt dann bedeutsam, wenn es sich um Spielregeln handelt, die

der Legitimationsbeschaffung dienen. Das Problem besteht nun darin, dass mit dem Informalen eine eigene „Metaebene“ eröffnet wird – in den Leitsätzen von Herrn *Morlok* 4 und 5 klingt dies an. Deshalb ist ein Lösungsversuch auf formaler Ebene auch so problematisch. Es ist wie die Parabel von Hase und Igel: Man versucht informales Handeln durch formale Regelungen zu kanalisieren und eröffnet zugleich weitere Tore für neues informales Handeln. Diese Paradoxie wird in alltäglichen Phänomenen der Staatsführung sichtbar: Es handelt sich einerseits um die Kryptisierung, andererseits um die Theatralisierung von Entscheidungsprozessen. Beides sind Phänomene, die politischer Herrschaft seit eh und je eigen waren, und es wäre sehr blauäugig anzunehmen, dass sie in einer Demokratie nicht vorkämen. Deshalb geht es auch nicht nur um eine aktuelle „Verfallserscheinung“. Neu sind freilich die Koordinaten: Mediendemokratie auf der einen, parlamentarisches Regierungssystem und Parteiendemokratie auf der anderen Seite.

Ich möchte hier den Aspekt der Verlagerung von Entscheidungsprozessen in den Arkanbereich, der mir besonders bedeutsam erscheint, kurz beleuchten. Er bezieht sich in der Regel auf politische Austauschprozesse. Es werden Leistungen mit Gegenleistungen gekoppelt – auch das ist nicht neu, es gehört zum politischen Geschäft. Tatsächlich bereitet das Phänomen auf der rein parlamentarischen Ebene keine wirklichen Probleme. Im Gegenteil: Die politische Ökonomie zeigt uns mit dem Beispiel des sog. *Stimmentauschs*, der etwa Koalitionsvereinbarungen zugrunde liegt, dass solche Phänomene seit eh und je zur Praxis der Staatsführung gehören. Stimmentausch ist systemtheoretisch bedeutsam, weil er den Wechsel von Werten in Interessen signalisiert – das hat Herr *Engel* in einem vor einiger Zeit erschienenen Beitrag sehr anschaulich entfaltet. Auch die ebenenverschränkte Informalisierung ist verfassungsrechtlich nur problematisch, soweit sie von der Verfassung nicht mitbedacht ist – Beispiele wurden in den Vorträgen deutlich. Fehlt es allerdings hieran, so besteht die Gefahr eines lautlosen Verschiebens der formalen Anforderungen und damit der Schaffung von Einfallstoren für eine Umgehung der Verfassung. Es wäre indes lebensfremd, das Problem mit einem – dem Verwaltungsrecht entnommenen – allgemeinen Rechtsgrundsatz, etwa dem in § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG enthaltenen Kopplungsverbot, einfangen zu wollen. Das weist vor allem auf ein Problem politischer Kultur – und politische Kultur ist regulativ äußerst schwer zu beeinflussen. Von daher gebe ich Herrn *Herdegen* Recht: Es geht darum, die „Quellen“ zu fassen, und das heißt denn wohl auch: die konkrete Form von Parteienstaatlichkeit zu überdenken.

Mantl: Hoher Vorsitzender, meine Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen! Ich halte die „*distinctio*“, die *Josef Isensee* getroffen

hat, bei unseren Beratungen für sehr wichtig, dass wir nämlich die Frage der Formalität und Informalität politischer Entscheidungen nach Sachbereichen, nach Akteuren und nach Verfahrensformen unterscheiden und dann jeweils aufgrund dieser Diversifikation die Frage der Legitimität und Illegitimität beurteilen. Ich möchte am Beginn ausdrücklich Herrn Kollegen *Morlok* zustimmen, vor allem seiner These 4, der hochinteressanten Grundsatztheorie der Informalität, und seiner These 11 mit dem realistischen Parlamentsverständnis, das sich gegen fatale Dekadenzinterpretationen von *Carl Schmitt* bis *Jürgen Habermas* wendet.

Meine Damen und Herren! Ich bin im Allgemeinen ein Verteidiger der österreichischen Parteien- und Verbändestaatlichkeit, unserer Form der Konsens- und Konkordanzdemokratie und werde damit wahrscheinlich eher bei Schweizer als bei deutschen Kollegen Zustimmung finden. Heute möchte ich aber doch in die Rolle des „advocatus diaboli“ schlüpfen und die Bedenken gegen diese Demokratieformen mit ihrem Trend zur Informalität vorbringen. Die Referate ließen es schon anklingen: Bei informellen Verfahrensnormen mit informellen Akteuren, die informell ausgewählt werden, treten sehr schnell Gleichheitsprobleme und damit zusammenhängend auch Fragen der Unverhältnismäßigkeit des Endprodukts der Entscheidung auf.

Die frühen Pluralismustheoretiker, selbst der nüchterne Jurist *Ernst Fraenkel*, waren sehr optimistisch, dass im pluralistischen Entscheidungsprozess durch das Zusammenwirken von Parteien, Gruppen und Verbänden eine Resultante gefunden werden könnte, die das Gemeinwohl verkörpert. Wir sind heute doch sehr viel skeptischer und sehen die Asymmetrien des Pluralismus, die in der ungleichen soziopolitischen Stärke der Vertreter von Interessen liegen, mit den Konsequenzen irrationaler und verzerrter Entscheidungen, wobei oft noch der Rechtsschutz fehlt. In diesen informellen pluralistischen Entscheidungsprozessen kommt es auch immer wieder zu einem Verantwortungsverlust, der gerade in der Nichtidentifizierbarkeit der Verantwortlichen besteht. Häufig ist auch Kartellbildung die Folge, wodurch die Definition des öffentlichen Interesses oder, klassisch gesprochen, des Gemeinwohls depriviert wird.

Es hat mich erstaunt, dass bisher bei den Beratungen eine negative Folge der Informalität nicht zur Sprache kam, nämlich die Informalität als Korruptionsgenerator. Entscheidungen, die informell getroffen werden, sind wirksam durch Geheimhaltung. Und Geheimhaltung ist der Nährboden für rechts- und moral- sowie standardwidriges Verhalten. Deshalb wird die Geheimhaltung von allen sozialwissenschaftlichen Korruptionstheorien als ein maßgeblicher „Wachstumsfaktor“ für Missbräuche genannt. Daher ist die Kontrolle eine so wichtige Parlamentsfunktion neben der Gesetzgebung.

Ich komme zum Schluss: Ich widerspreche Kollegen *Herdegen* deziert in seiner These 17 und halte den Rekurs auf die politische Kultur für eine Beschwichtigungs-, ja geradezu Kapitulationsformel. Wir müssen vielmehr – einer meiner Vorredner hat es gesagt – ganz deutlich auf die Normen, Institutionen und Strukturen abstellen. Seit dem Ende des Absolutismus und der zunehmenden Säkularisierung, *Martin Kriele* hat einmal darauf hingewiesen, verlassen wir uns nicht mehr auf die Tugenden der Herrschenden, sondern auf die Funktionsfähigkeit der Institutionen.

Was lässt sich hier machen? Öffentlichkeit ist ein Remedium – auch ich bin ein Vertreter der Plenaröffentlichkeit. Das Parlament redet zum Fenster hinaus. Und muss es tun, denn draußen steht das Volk. Die Mikrophone sind die Palmwedel der Demokratie, auch wenn der Heilige Vater sie inzwischen als Amtssymbole abgeschafft hat. Im Plenum wird der Wähler angesprochen, und zwar in möglichst einfacher Sprache. In den Ausschüssen herrscht mit Fug und Recht eine Funktionalsprache. Wenn wir die Ausschüsse öffentlich machen, gibt es am Tag davor Geheimberatungen; Ausschussöffentlichkeit ist also keine zielführende Lösung. Das zweite Remedium ist der Wettbewerb der politischen Gruppen und Parteien. Das erfordert ein sensibles Wahlrecht, nicht ein Wahlrecht, das nur der Partizipation und der proportionalen Gerechtigkeit dient, sondern auch der Möglichkeit, dass Regierungswechsel stattfinden und konkurrierende Gruppen „durchkommen“. Nach der österreichischen Nationalratswahl vom 24. November 2002 werden die politischen Eliten geradezu nach einem mehrheitsstärkenden Wahlrecht schreien. Sinnvoll als Gegenmittel gegen die Nachteile der Informalität sind freilich auch – dies ist weitgehend unbestrittenes Traditionsgut – Minderheitenrechte und formelle Kontrollverfahren wie Untersuchungsausschüsse. Die Balance von Formalität und Informalität ist ein schwieriges, aber bewältigbares Optimierungsproblem.

Volkmann: Herr Vorsitzender, wegen der Zeitknappheit fällt das Lob für die Referenten, das ich natürlich gerne ausbreiten würde, leider dem eigentlichen Problem zum Opfer, über das ich sprechen möchte. Ich möchte mich konzentrieren auf den wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Referaten, so wie ich ihn gesehen habe. Herr *Herdegen* hat gesagt: Wir haben in der Verfassung folgende Prämissen; die Wirklichkeit ist aber anders, sie verhält sich nicht nach diesen Prämissen. Also müssen wir versuchen, die Wirklichkeit wieder hinzuordnen auf die Prämissen; dazu müssen wir dann verschiedene Kautelen einführen und allerlei Korrekturen vornehmen, um dies zu erreichen. Das ist eine Art und Weise, die Dinge zu betrachten, die man ein bisschen polemisch – Herr *Pietzcker*

hat mich in der Pause wegen dieser Formulierung schon getadelt – so etwas wie die Bonner Sicht auf die Welt nennen könnte. Herr *Morlok* hat demgegenüber versucht, Verfassungswirklichkeit und Verfassungsanforderungen miteinander zu vermitteln. Darin möchte ich ihn ausdrücklich bestärken und vielleicht noch die ketzerische Frage anfügen, ob nicht der Befund, dass sich die Verfassungswirklichkeit anders verhält, als es die Prämissen suggerieren, auch Anlass sein könnte, nun ihrerseits die Prämissen zu überprüfen. Man kann es an zwei Beispielen deutlich machen. Das eine, schon genannte, ist die Wesentlichkeitstheorie: Alles Wesentliche soll im Parlament entschieden werden. Tatsächlich steht aber – Herr *Murswiek* hat es gesagt – in den Gesetzen oft nur noch das Unwesentliche oder die Parlamente vollziehen von vornherein nur noch nach, was andernorts schon an Wesentlichem vorentschieden worden ist. Bei Herrn *Morlok* habe ich insoweit interessante Ansätze einer Weiterentwicklung des Parlamentsvorbehalts gefunden, auch soweit es dessen konzeptionellen Hintergrund betrifft. Darüber müsste man weiter nachdenken.

Der zweite Punkt sind die differenzierten Legitimationsvorgaben, die wir aus dem Demokratieprinzip ableiten. Wir wissen ja mittlerweile, wie der hinterletzte Beamte in der hinterletzten Amtsstube des hinterletzten Dorfes der Republik ernannt sein muss, damit den Forderungen des Demokratieprinzips Rechnung getragen ist. Aber man kann doch die Frage stellen, ob das nicht an den eigentlichen Problemen des Demokratieprinzips vorbeigeht, die weniger in diesen Legitimationsketten liegen dürften als vielmehr im Vorgang der politischen Willensbildung, der ihnen vorausgeht. Man kann es wie folgt auf den Punkt bringen: Die Verfassung und die Verfassungsrechtslehre halten fest an einem hochinstitutionalisierten Demokratiebegriff. In der politischen Wirklichkeit beobachten wir aber allenthalben eine Auflösung der Institutionen, einen Trend zur Deinstitutionalisierung der politischen Willensbildung. Könnte der Ausweg dann nicht vielleicht auch in einem stärker deinstitutionalisierten, dezentrierten Demokratieverständnis liegen – und wie weit können wir diesen Weg gehen, ohne andererseits die Verfassung um ihre Normativität zu bringen und dann etwa bei einer reinen Expertokratie zu landen, vor der man nur warnen kann?

Ress: Bei unserer verfassungsrechtlichen Diskussion geht es doch um die alten, aber auch klaren Fragen nach der Verantwortung und der Zurechnung auf das Volk im modernen Verfassungsstaat mit seinen parteienstaatlichen Elementen. Wieweit ist trotz aller Diffusität des informalen Interesses im Rahmen des Verfassungsrechts diese *Verantwortung* und *Zurechnung* noch gewährleistet? Insofern kann ich trotz aller kritischen Bemerkungen in den Referaten dem Tenor beider Referate zustimmen.

Ich möchte nur etwas unterstreichen, was mir in den Referaten aus der internationalen Sicht etwas zu kurz kam.

Wir stehen heute vor einem fortschreitenden Prozess der Verlagerung der Aufgaben auf die europäischen Institutionen. Das führt zur Frage, nicht nur wohin diese Entwicklung führt, sondern wie wir in diesem Zusammenhang – das ist ja schon öfter diskutiert worden – die Zurechnung auf das jeweilige Staatsvolk und die Verantwortung zu konstruieren haben und in ihrer Realität bewältigen können. Auch in diesem Bereich gibt es eine Fülle von informellen Prozessen. Es ist erwähnt worden die *Komitologie*. Was sich in diesem Verhältnis zwischen Kommission und Rat, aber auch dem Parlament abspielt, ist eine Art Geheimwissenschaft, die den Einfluss sehr vieler Verbände, sehr vieler außerparlamentarischer Gruppen sichert. Das gibt es zwar ähnlich auf nationaler Ebene, wo ich auch kein übergroßes Gefährdungspotential sehe. Das wird aber anders, wenn sich mit den Kompetenzen die Zurechnungsprobleme und die Verantwortung auf die europäische Ebene verlagern. Da beginnen erhebliche Probleme, weil wir hier von dem uns vertrauten *Bild des Parteienstaates* Abschied nehmen müssen. Es ist ein eher diffuses Bild. Im europäischen Parlament gibt es keine völlig klare politische Zurechnung, weil es eigentlich keine europäischen Parteien gibt. Die Europäische Union ist in diesem Sinne kein „Parteienstaat“. Diese Unsicherheit des Volkes über die politischen Auswirkungen bei den Wahlen zum Europäischen Parlament muss man sich vor dem Ausmaß der Kompetenzen klar machen. Ich will nur ein Beispiel nehmen – die Übernahmerichtlinie, die jetzt wieder diskutiert wird. Hier ist das Abstimmungsverhalten im Parlament nicht oder nicht nur parteienorientiert, sondern wesentlich national geprägt. Das heisst, es gilt ein völlig anderes Entscheidungsmodell, als wir dies auf der nationalen Ebene kennen.

Diese Sachlage führt mich zu einigen Fragen an die Referenten. Erstens: Wie ist die Rolle der sog. Europaausschüsse in den nationalen Parlamenten und ihre Arbeitsfähigkeit zu bewerten angesichts der Überfülle von Richtlinienvorschlägen, Verordnungsvorschlägen, manchmal auch allgemeinen Entscheidungsvorschlägen, die über diese Ausschüsse hinweggehen? Kann ein solcher Europaausschuss überhaupt die notwendige, vom Bundesverfassungsgericht vorausgesetzte Mitwirkungsfunktion des nationalen Parlaments im europäischen Entscheidungsprozess noch leisten – ganz unabhängig von der föderalen Komponente? Zweitens: Wie könnte man sich die Kooperation des Europäischen Parlaments und des Rates mit den nationalen Parlamenten und auch den Länderparlamenten bei uns vorstellen und verbessern? Ist eine Verbesserung der Zurechnung der Verantwortung denkbar, und wie? Herr *Herdegen* hat dazu eine Bemerkung gemacht, der ich selbst kritisch gegenüber stehe,

weil ich glaube, dass die nationalen Parlamente insofern keine detaillierten Anweisungen geben sollten. Dies kann zur Lähmung des Entscheidungsprozesses im Rat führen. Und drittens: Gäbe es eine Form – und Sie haben auf das Schweizer Modell hingewiesen – der nachträglichen Validierung von Organbeschlüssen, falls diese über den – jedenfalls behauptetermaßen – ursprünglichen rechtlichen Rahmen der Zustimmung hinausreichen?

Tietje: Bitte erlauben Sie mir drei kurze Bemerkungen, von denen die erste rechtspositiver und die anderen beiden eher konzeptioneller Natur sind. Alle drei Anmerkungen beziehen sich auf den anregenden Bericht von Herrn *Herdegen*. Der erste Punkt, auf den ich hinweisen möchte, betrifft rein verfassungs- bzw. gemeinschaftsrechtliche Aspekte: Herr *Herdegen*, Sie hatten im Hinblick auf Gefahren der Entparlamentarisierung, die aus dem internationalen Wirtschafts- und Handelsrecht kommen, auf die Einschränkung von Handlungsspielräumen im Hinblick auf Gesundheits- und Umweltschutzprobleme hingewiesen. Unter verfassungsrechtlichen – nicht gemeinschaftsrechtlichen – Aspekten halte ich gerade dieses Beispiel für problematisch, denn in den entsprechenden Sachbereichen hat die Bundesrepublik Deutschland keine Kompetenz mehr. Die genannten Regelungsbereiche unterfallen der Gemeinsamen Handelspolitik der EG, die gemäß Art. 133 EG eine ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft darstellt. Das wird insbesondere durch Ihren Hinweis auf das SPS- und das TBT-Übereinkommen der WTO sowie Art. XX GATT deutlich. Die drei Übereinkommen lagen dem Deutschen Bundestag und Bundesrat noch nicht einmal zur Zustimmung zur Ratifikation vor; sie wurden beiden nur zur Information übermittelt, waren aber nicht Bestandteil des diesbezüglichen Gesetzgebungsverfahrens. Insofern müssen wir die von Ihnen genannten Probleme durch Art. 23 GG bzw. auf der exekutiven Ebene durch den so genannten 133er-Ausschuss lösen. Um originäre verfassungsrechtliche Fragen handelt es sich damit nicht mehr. Vielmehr bleibt es in diesen Bereichen bei der über Art. 23 GG vermittelten Legitimation, die auch von Ihnen als beispielhaft herausgestellt wurde.

Zum zweiten Punkt: Natürlich gibt es im Welthandelsrecht viele diskussionswürdige Rechtsprobleme. Insbesondere die Welthandelsorganisation ist zu einem zentralen Gegenstand der Kritik geworden, und zwar nicht nur von Seiten der Nichtregierungsorganisationen. Wir sollten allerdings bedenken, dass die diesbezügliche und auch in Ihrem Referat, Herr *Herdegen*, zum Ausdruck kommende Kritik, die unter dem Stichwort der Entparlamentarisierung steht, die Ratio der institutionalisierten internationalen Kooperation insgesamt in Frage stellt. Das gilt nament-

lich, wenn man Sinn und Zweck der institutionalisierten internationalen Kooperation in der Lösung des so genannten Gefangenen-Dilemmas sieht. Es ist gerade die Ratio der internationalen Kooperation, partikuläre staatliche Einflussmöglichkeiten zurückzudrängen. Die institutionalisierte internationale Kooperation ist insofern geradezu darauf angelegt, eine Entparlamentarisierung zu bewirken. Damit sind wir natürlich in einem weiteren Dilemma, aus dem wir herauskommen müssen.

Das führt zum dritten Punkt meiner Bemerkungen, die im Anschluss an die Ausführungen von Herrn *Engel* zu sehen sind. Mir scheint, dass Legitimationsaspekte weit reichender diskutiert werden müssen, als es gegenwärtig geschieht. Bislang ist nicht zur Sprache gekommen, dass es, erstens, bei der institutionalisierten internationalen Kooperation immer um die Verteilung und Bewahrung globaler öffentlicher Güter geht, und zweitens, dass auf das Weltwirtschaftsrecht bezogen alle als Beispiel genannten Entparlamentarisierungstendenzen zugleich immer einen individuellen Freiheitsgewinn bewirken. Dieser Aspekt der (globalen) subjektiven Freiheitsverwirklichung sollte als weiterer Legitimationsaspekt mit berücksichtigt werden. Vielen Dank.

Puhl: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Beide Referenten, Herr *Herdegen* noch deutlicher als Herr *Morlok*, haben sich für eine verstärkte Mitsprache des Parlaments bei Entscheidungen auswärtiger Angelegenheiten ausgesprochen – unter Einschluss von Entscheidungen der EU. Verfassungsrechtlich sind dabei zwei Bereiche zu unterscheiden. Einmal der Bereich eines Parlamentsvorbehaltes, in dem die Regierung nur tätig werden kann, soweit zuvor das Parlament zugestimmt hat. Und ein Bereich, in dem die Exekutive auch ohne parlamentarische Ermächtigung handeln darf.

Was den Vorbehaltsbereich des Parlaments angeht, so bedarf es zu seiner Begründung eines klaren verfassungsrechtlichen Ansatzpunktes – wie in Art. 59 Abs. 2 oder in Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG. Fehlt ein solcher Zustimmungsvorbehalt, so hat die Regierung, um die Handlungsfähigkeit des Staates nach außen zu wahren, ein Recht des ersten Zugriffs – auch sie ist schließlich demokratisch legitimiert. Noch nicht hinreichend geklärt erscheint jedoch die Frage, wie weit das Parlament auch in diesem Bereich Entscheidungen an sich ziehen kann. Das Bundesverfassungsgericht sagt dazu in ständiger Rechtsprechung: Entscheidungen auswärtiger Angelegenheiten sind „wesensmäßig exekutivischer Natur“ und das Parlament kann nur mitreden, soweit das Grundgesetz dies ausdrücklich bestimmt. Diese Auffassung entspricht seit dem Konstitutionalismus unseren Vorstellungen; ich frage mich aber, ob sie heute noch zutrifft. Man hat ja auch einmal gemeint, „Planung“ sei wesensmäßig exekutivischer Na-

tur, und so versucht, einen entsprechenden Eigenbereich der Regierung zu begründen.

Für die auswärtige Gewalt überzeugt ein Umkehrschluss aus Art. 59 Abs. 2 und 23 GG m.E. aber nicht. Wir folgern ja auch sonst aus den Gesetzesvorbehalten etwa der Grundrechte nicht, dass nur dann, wenn der Staat in Rechte des Bürgers eingreift, also z.B. ihn in seiner Wohnung abhört, ein Gesetz der Exekutive Vorgaben machen kann, sondern wir gehen selbstverständlich davon aus, dass der Gesetzgeber über die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts hinaus die Regierung zu einem – den Bürger begünstigenden – Verhalten verpflichten kann, indem er etwa ein Wohnungsbauprogramm auflegt. Auch leuchtet es mir nicht ein, wenn das Bundesverfassungsgericht sagt, Entscheidungen der auswärtigen Gewalt seien „wesensmäßig exekutivischer Natur“, der Gesetzgeber könne aber von seinen Haushaltskompetenzen Gebrauch machen. Denn dies bedeutet, dass das Parlament auch auf auswärtige Angelegenheiten ein Zugriffsrecht hat – soweit sie Geld kosten. Dann fragt man sich aber nach der inneren Rechtfertigung dafür, weshalb das Parlament zwar faktisch erzwingen kann, die diplomatischen Beziehungen zu einem Staat abzubauen, indem es für eine bestimmte Botschaft keine Mittel mehr bewilligt, nicht aber – der Haushaltsplan selbst hat ja nur ermächtigende Wirkung – umgekehrt der Regierung positiv vorgeben kann, einen Staat anzuerkennen oder eine Botschaft zu errichten. Jedenfalls zeigt schon das (eben auch im Bereich der auswärtigen Gewalt anerkannte) Budgetrecht, dass der oft bemühte Gedanke der Organadäquanz (bei dem zumindest mitschwingt, das Parlament sei strukturell gar nicht in der Lage, Außenpolitik zu betreiben) verfassungsrechtlich hier kaum Bedeutung hat. Auch praktisch ist durchaus zweifelhaft, warum die Exekutive die „richtigere“ Außenpolitik machen soll als das Parlament. Im übrigen muss man, wenn man dem Parlament (wie in anderen Politikbereichen auch) das Recht zu Weisungen in Gesetzesform an die Regierung zugesteht, kaum befürchten, es käme auf die Idee, jede einzelne Entscheidung der Außenpolitik oder gar der Streitkräfte an sich zu ziehen. Und selbst wenn etwa der Bundestag heute beschlösse, die Füchse sollten nicht mehr in Kuwait spüren, sondern nach Hause fahren, so läge auch in dieser Einzelfall- eine Grundsatzentscheidung, die zu fällen dem Parlament in einer Demokratie nicht verwehrt sein sollte. Ich denke deshalb – ausgehend vom schlichten Verfassungstext –, die Grundregel für das Verhältnis von Parlament und Regierung ist die, dass die Exekutive an Gesetz und Recht gebunden ist. Wenn in Ausnahme zu diesem Grundsatz irgendwo ein Arkan- oder parlamentsfester Eigenbereich der Regierung bestehen soll, dann muss das Grundgesetz dies klar regeln. Andernfalls kann der Bundestag jedenfalls durch Gesetz (und hier widerspreche ich vielleicht

Herrn *Ress*) der Regierung Weisungen erteilen – auch in auswärtigen Angelegenheiten.

Riedel: Vieles ist gesagt worden, was ich sagen wollte. Deswegen nur zwei kurze Punkte, außer Glückwunsch an den Vorstand und an die Referenten für die schönen und gedankenreichen Referate. Ich habe zwei Punkte: Herr *Herdegen*, Sie zeichnen meines Erachtens ein schiefes, nur negatives Bild der Rolle von Nichtregierungsorganisationen. Ich meine, das kann hier nicht so stehen bleiben. Vielleicht haben Sie es so auch nicht gemeint. Der Einfluss der Zivilgesellschaft ist wichtig. Anderen Orts ist viel dazu gesagt worden. Hier nur soviel: Das Berichtssystem von internationalen Organisationen wie etwa der Vereinten Nationen würde zusammenbrechen, würde seine Funktion zur Farce werden lassen, wenn es nicht verlässliche Informationen von, wohlgemerkt, akkreditierten internationalen Nichtregierungsorganisationen gäbe, von denen es ja ansonsten Tausende gibt. Man muss nur wissen, dass es sich hierbei um Partikularinteressen handelt, die als solche gewertet werden wollen, denen es auch nicht um die demokratische Legitimation gehen muss, wie dies im demokratisch-parlamentarischen Prozess der Fall ist. Eine andere Frage ist, wie das Parlament, um möglicherweise der Entparlamentarisierung zu entgehen, mit solchen Informationen umgeht, und wie es sich diese Informationen zu eigen macht oder wie es sich mit diesen Partikularinteressen auseinandersetzt. Und das schöne Beispiel von Brent Spar hat uns ja in der Tat gezeigt, dass diese NGOs ihre Rolle auch missbrauchen können. Aber das darf nicht zu einem pauschal abwertenden Urteil gegenüber den NGOs verleiten. Die Arbeit etwa im Folterausschuss der Vereinten Nationen würde gar nicht effektiv geleistet werden können, wenn es nicht die Berichte von amnesty international, Freedom House, Helsinki Watch und zahlreicher anderer NGOs gäbe. Also eine so pauschale Abwertung der Rolle und Funktion von NGOs, wie es in Ihrem Referat anklang, Herr *Herdegen*, möchte ich nicht stehen lassen.

Dann mein letzter Punkt. In Ihrer Schlussthese verweisen sie fast als Patentlösung auf die politische Kultur. Das ist ein sehr schöner politikwissenschaftlicher Begriff. Ich hätte von Ihnen gerne noch konkrete Vorschläge, wie der Einflussverlust des Parlaments tatsächlich rückgängig gemacht werden könnte. Da würde mich wirklich interessieren, ob nicht etwa die Rolle der Ausschüsse in ihren ex-ante und ex-post-Funktionen der parlamentarischen Aufgaben gestärkt werden könnte. Da sehe ich Ansätze. Im übrigen fand ich beide Referate sehr, sehr schön. Vielen Dank.

Hobe: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, erlauben Sie mir eine Frage zum Referat von Herrn *Herdegen*, die das Gefährdungspoten-

tial der Verfassung durch Entparlamentarisierung im außen- und europapolitischen Bereich betrifft. Herr *Herdegen*, Sie haben, meines Erachtens völlig zutreffend, einerseits, und das findet sich etwa in Ihrer These 14 wieder, ein Gefährdungspotential der Verfassung durch eine gewisse Verselbständigung der Exekutive bei der Ausgestaltung völkerrechtlicher Verträge konstatiert und hier eine konstitutionelle Weiterentwicklung im Sinne der Erweiterung des Parlamentsvorbehalts angemahnt. In Ihrer These 13 sprechen Sie dann aber andererseits davon, dass im Rahmen der Europäisierung die Aufwertung des Europaparlaments den Einfluss des Bundestages schwäche. Ich würde Ihnen durchaus zustimmen, wenn Sie im Blick auf die ja wohl nach wie vor noch weitgehend exekutivische Rechtsetzung in Europa hier ein Gefährdungspotential für die Verfassung gesehen und Änderungen angemahnt hätten. Wenn Sie nun aber gerade die in jüngerer Zeit ja beobachtbare und m.E. sehr begrüßenswerte Aufwertung der Beteiligung des Parlaments bei der Rechtsetzung in diesen Kontext stellen und aus ihr eine Schwächung des deutschen Parlaments ableiten, frage ich mich, ob Sie diese Entwicklung auch als Gefährdung betrachten. Entspricht nicht vielmehr die Aufwertung des Europaparlaments dem in Art. 23 Abs. 1 des Grundgesetzes verfassungsgewollten und -geforderten Kompensationsmodell, welches im Sinne des europäischen Verfassungsverbundes vielleicht nicht eigentlich eine Gefährdung des deutschen Parlamentarismus darstellen muss?

Vorsitzender: Vielen Dank! Die ungemein anregende, dichte Mitwirkung aller Diskussionsteilnehmer hat dazu geführt, dass wir jetzt noch ein kleines bisschen Zeit zur Aussprache haben zu Einzelfragen und für weitere Kollegen, die bereit waren, eventuell zurückzustehen. Ich darf deshalb noch „zwischenschalten“ Herrn *Meßerschmidt*.

Meßerschmidt: Meine Damen und Herren, ich habe gar nicht mehr damit gerechnet zu Wort zu kommen, zumal ich meine Frage auf dem falschen Formular gestellt hatte. Zu Ihrer Beruhigung: Ich schreibe lang, aber spreche kurz. Mir ist aufgefallen, dass die letzten Thesen der beiden Referenten, die Thesen 17 und 21, eigentlich sehr gut zusammenpassen. Ich finde, auch wenn Herr *Herdegen* seinem Temperament gemäß eine Philippika gehalten hat, sind seine Vorschläge keineswegs radikal, und ich halte dies auch für richtig, weil wir nicht über Entparlamentarisierung schlechthin sprechen, sondern über Entparlamentarisierung in einem parlamentarischen Regierungssystem. Wir können deshalb nicht ganz so strikt trennen, denn was das Parlament einerseits an die Regierung verliert, ist ihm andererseits wieder zuzurechnen. Mir ist ferner aufgefallen, dass im Hinblick auf die allgemein beklagte Informalisierung

von keinem der Referenten die Diskussion um ein Normenerlassrecht oder um Anforderungen an ein gutes Gesetzgebungsverfahren aufgegriffen wurde. Darüber bin ich auch froh, weil ich diese Rationalitätsanforderungen nicht teile. Ich bin der Auffassung, dass dies eine paradoxe Abhilfe ist, aber ich hätte gerne von den Referenten gewusst, ob sie dieses Abhilfemittel nur aus Zeitgründen nicht erwähnt und diskutiert haben, ob sie es bewusst ausgeklammert haben oder ob sie es konkludent ablehnen, ob sie also mit mir der Auffassung sind, dass ein parlamentsbindendes Normenerlassrecht als Mittel zur Beendigung der Informalisierung nicht geeignet ist und den paradoxen Gedanken des Parlamentsschutzes noch verstärken würde? Vielen Dank.

Vorsitzender: Meine Damen und Herren, es gibt keinen Staatsrechtslehrer in Deutschland, mit dessen Namen St. Gallen so eng verbunden ist wie mit Herrn *Häberle*, der hier zwanzig Jahre gelehrt hat. Es gibt zwar keine „letzten“ Worte in Diskussionen, denn die Erkenntnis, die wir alle aus kürzeren und längeren Staatsrechtslehrerdiskussionen haben, ist, dass sie nie zu einem Abschluss kommen können. Aber es gibt sicher in diesem Sinne vorletzte Diskussionsbeiträge, und ich finde, es kann an diesem Vormittag niemand anders ein solches vorletztes Wort sprechen als Herr *Häberle*.

Häberle: Verehrte Kolleginnen und Kollegen. Ich danke sehr für den freundlichen Einfall des Vorsitzenden, mich zum Vor-Schlusswort aufzurufen, sozusagen als „Lumpensammler“. Damit wird mir eine Art „Heimspiel“ möglich, nach fast 20jähriger Tätigkeit in St. Gallen. Ich begrüße ausdrücklich und dankbar das, was der Vorstand als Experiment heute erstmals praktiziert. *Hans Peter Ipsen*, unvergessen, würde es gewiss als „St. Galler Diskussionsmodell“ bezeichnen: glücklich umgesetzt in der wahrhaft europäischen Universitätsstadt St. Gallen, um an die Begrüßung gestern Abend anzuknüpfen. Zum einen verlebendigt sich die Diskussion, wenn sie sofort an die Referate anschließt; alle Beiträge werden sozusagen „Spontanbeiträge“; zum anderen sollten wir auch in Zukunft acht Referate als „Oktett“ planen, damit möglichst viele jüngere Kollegen noch die Chance haben, einmal ein Referat halten zu können. Ich nähme sogar neun Referate hin: Heuer wird global so viel abundanter Tagungstourismus praktiziert, mit zahllosen Referaten, aber unsere Vereinigung, uns allen eine „Heimat“, bleibt dennoch *das* herausragende, beste Forum.

Erlauben Sie in der Sache zu den beiden ideal kontrastreichen Referaten folgende zwei Fragen: *erstens* zum Prinzip Öffentlichkeit, die Parlamentsöffentlichkeit degeneriert immer mehr zur Medienöffentlichkeit;

zweitens zum Verfassungsverständnis bzw. den konkreten Verfassungsprinzipien, die die Informalisierung und Entparlamentarisierung wegen ihrer Gefahren für die Verfassung begrenzen sollten. Zum ersten Punkt: Ich schicke vorweg, dass mir das zweite Referat aus begreiflichen Gründen näher liegt – aber das darf ich ja eigentlich nicht sagen (Herr *Morlok* war unser Habilitand). Beim ersten von Herrn *Herdegen* hat mich wegen ihrer kulturwissenschaftlichen Implikationen die Metapher vom „Laokoon“ fasziniert, man denke an *Lessings* „Ästhetik“. Doch müsste Herr *Herdegen* uns noch sagen, welcher griechischer Gott oder Göttin welche Schlange geschickt hat. Eine Freude ist übrigens die Anwesenheit von Frau *Iliopoulos Strangas* und Frau *Antonίου* aus Athen! Im Verlauf der Diskussion hat sich in vielen Beiträgen als „cantus firmus“ die hohe Relevanz des „Prinzips Öffentlichkeit“ gezeigt: Graf *Vitzthum*, die Herren *Wieland* und andere haben von „Gegenöffentlichkeit“, z.B. der wichtigen NGOs, von „Teilöffentlichkeiten“, z.B. der Opposition, gesprochen. Die pluralistische Öffentlichkeit bzw. parlamentarische Demokratie verlangt Kritik an der Praxis mancher Bundeskanzler: Das Wichtige wird nicht vor dem Parlament als repräsentatives Forum der Nation gesagt, sondern auf unseligen Talkshows, flüchtigen Konferenzen etc. – Herrn *Steiger* stimme ich zu.

Zweitens zum Verfassungsverständnis bzw. den einzelnen konstitutionellen Prinzipien, die als Maßstab für die Kritik an manchen Erscheinungen der Entformalisierung, der Überwucherung durch das Informale wirken sollten. Herr *Morlok* hat ja eindrucksvoll eine verfassungstheoretische Hochzonung der „Praxis“ und der Wirklichkeit geleistet. Wir sollten uns der einschlägigen Lehren erinnern, auf der Metaebene der Verfassungstheorie bewegen: an Verfassung als rechtliche Grundordnung von Staat und Gesellschaft, als Beschränkung von Macht und Garantie eines freien politischen Lebensprozesses i.S. von *H. Ehmke*, dies aus seiner großen Zeit, Verfassung als „Anregung und Schranke“ (*Smend*), als „Norm und Aufgabe“ (*U. Scheuner*), auch als öffentlicher Prozess und Kultur. Überdies sind konkrete Prinzipien wie „Rechtsstaat“ und „Demokratie“ in ihren formalen Seiten zu benennen (vgl. Leitsatz 9 zum Referat *Morlok*), auch die Grundrechte. Der Bürger und der für ihn im Verfassungsstaat arbeitende Jurist brauchen um der anthropologisch unverzichtbaren Rechtssicherheit willen als relativen Wert das Formale, Berechenbare, die regelhaften Verfahren. Übrigens wäre unser Thema im Blick auf die halbdirekte Demokratie in der Schweiz speziell zu durchdenken. – Zum Schluss: Bei Herrn *Herdegen* kommt in These 17 unversehens das Wort von der „politischen Kultur“ vor, also eine kulturwissenschaftliche Miniatur, Ausdruck eben doch eines bestimmten – m.E. unverzichtbaren – Verfassungsverständnisses!

Vorsitzender: Vielen Dank! Die Referenten haben alter Tradition gemäß in umgekehrter Reihenfolge nun Gelegenheit, auf Sie zu reagieren. Bitte schimpfen Sie auf den Vorstand und nicht auf die Referenten, wenn sie in den siebeneinhalb Minuten hier nicht sämtliche Anfragen beantworten können. Wir alle meinten, wir sollten Rücksicht nehmen auch auf die Erholungsmöglichkeiten einer Mittagspause, aber die Referenten haben sich auf diesen Augenblick entsprechend vorbereitet und sind jetzt startklar. Zunächst Herr *Morlok*!

Morlok: Meine sehr verehrten Damen und Herren! Zunächst einmal die Fragen nach dem Begriffszuschnitt. Wenn man einen Juristen fragte, wie etwas sei, so antwortet er bekanntlich: „Es kommt darauf an“. Herr *Isensee*, natürlich kann man sagen, man müsse differenzieren; eine stärkere Differenzierung hat gewisse Vorteile, aber auf der anderen Seite brauchen wir auch Begriffe, um die Arbeit zu vereinfachen. Mein Versuch ging dahin, bestimmte Phänomene zusammenzufassen, weil sie der gleichen Logik unterliegen. Mehr Differenzierung ist nicht immer gut, und mir scheint es durchaus vernünftig zu sein, so meine These, Verhandlungsprozesse nach außen, solche mit gesellschaftlichen Partnern und solche im Bund-Länder-Verhältnis unter bestimmten Gesichtspunkten zusammenfassen. Insofern kann man also durchaus eine höher aggregierende Begrifflichkeit verwenden. Nach dem Mehrwert des Informalen wurde gefragt. Das sollte man nicht missverstehen. Ich predige nicht den Mehrwert des Informalen. Mir ist ganz entscheidend wichtig das *Zusammenspiel* von Formalität und Informalität. Jedes hat seine Vorteile und Nachteile, es geht darum, eine vernünftige Balance zu finden. In der Soziologie kennt man das Konzept von Struktur und Gegenstruktur – aber was müssen wir von den Soziologen lernen: Die alte Idee der gemischten Verfassung bringt das gut zum Ausdruck. Eine Mischung zwischen formalen und informalen Elementen scheint mir entscheidende Funktionsvorteile aufzuweisen. Herr *Isensee* hat in interessanter Weise darauf hingewiesen, insbesondere auf die Nichtöffentlichkeit der Ausschüsse. Mir kommt es nicht auf dieses Beispiel an, aber ein Zusammenspiel unterschiedlicher Phasen und Arbeitsformen ist vorteilhaft. Das Plenum und kleine Gruppen haben unterschiedliche Stärken und Schwächen, es kommt darauf an, sie in kluger Weise miteinander zu kombinieren.

Zur Frage der Öffentlichkeit: Ich lasse mir ungern vorwerfen, den Stellenwert der Öffentlichkeit zu gering zu veranschlagen. Lassen Sie mich deswegen noch einmal klarstellen: Ich bin nicht zuletzt deswegen für das Parlament, weil das Parlament Öffentlichkeit schafft. Demgemäss habe ich gesprochen von der intervenierenden Kraft der Öffentlichkeit und von den Rückkoppelungsmechanismen, die das Parlament auslöst. Nicht

die Debatte als solche ist entscheidend, aber wenn etwas durch das Parlament muss, dann haben auch gesellschaftlich weniger mächtige Gruppen die Möglichkeit, die Öffentlichkeit für ihr Anliegen zu interessieren. Das Beispiel von Brent Spar und den Nichtregierungsorganisationen, wie es inhaltlich auch immer gewesen sein mag, finde ich deswegen so spannend, weil da jemand gegen Shell und gegen die britische Regierung angetreten ist – und sich durchgesetzt hat. Das ist ja das Frappierende an diesem Vorgang. Das Gefährliche an Verhandlungssystemen mit gesellschaftlichen Gruppen – dies wurde ja auch betont – liegt darin, dass gesellschaftliche Machtpositionen privilegiert bedient werden, weil sie ökonomische Verweigerungsmacht haben oder weil sie grundrechtliche Vetopositionen ins Feld führen können. Die demokratisch gebotene Chancengleichheit in der Politik wird gerade durch die Öffentlichkeit viel eher gewährleistet. Und weil die Politiker vor den Wählern Angst haben, ist die Macht der wählermächtigen Gruppierungen eben auch über diesen Rückkoppelungseffekt im Parlament reproduzierbar. Das ist ein entscheidender sachlicher Gesichtspunkt, weshalb ich für die Parlamentarisierung politischer Entscheidungen eintrete. Die Egalisierung sehe ich also der Tendenz nach eher gewährleistet durch die im Parlament angesiedelte Öffentlichkeit. Ob die Öffentlichkeit nun im Parlament stattfindet oder in der Talkshow, das ist, so meine erste Antwort, zweitrangig. Die Hauptsache ist, sie findet statt. Man könnte das als eine Stilfrage bezeichnen. Aber im zweiten Gang möchte ich das etwas zurücknehmen. Es ist an und für sich gleichgültig, wo die Öffentlichkeit geschaffen wird, aber der Zugang zu Talkshows und der Zugang zu Presseorganen liegt in der Hand von nicht egalitär verfahrenen Gruppierungen, die Mechanismen des Zugangs sind nicht egalitär verfasst. Da mögen auch kommerzielle Interessen eine Rolle spielen, und deswegen scheint mir wichtig zu sein, auch politische Symbolik und politische Stilistik zu betreiben, damit das Parlament auch für die öffentliche Diskussion die erste Geige spielen kann, weil eben der Parlamentszugang egalitärer ausgestaltet ist als der Medienzugang. Insofern, sage ich im Ergebnis, spielt es schon eine Rolle, wo die Öffentlichkeit stattfindet.

Die Europäisierung wurde angesprochen, mit dem Hinweis, hier werde die Politik unübersichtlich. Ich glaube, eine Parteipolitisierung tut auch der europäischen Politik gut. Parteipolitische Linien erlauben ein klareres Bild für den Bürger. Wenn man nicht weiß, wer wofür steht, dann ist die demokratische Beeinflussbarkeit auch weniger gegeben.

Ein Hauptanliegen meines Vortrags war, von einem realistischen Parlamentsbild auszugehen; insofern bin ich überhaupt nicht glücklich mit der Formel vom Fraktionszwang. Der Fraktionszwang spielt in aller Regel keine Rolle. Es ist doch die Realität, dass es bitter notwendig ist, sich

auf andere verlassen zu müssen. Wer versteht denn noch etwas von allem? Hier wird oft eine irreale Diskussion geführt. Die Frage des Fraktionszwanges wird bei einigen wenigen moralischen Grundentscheidungen eine Rolle spielen, in solchen Fällen setzt man ihn aber regelmäßig auch aus. Aber der Alltag, die Sacharbeit ist davon nicht geprägt. Ich war vor einiger Zeit im Bundestag in einer Sitzung mit Abgeordneten, plötzlich schrillen die Glocken durch den Reichstag und die Abgeordneten laufen alle hinaus zur namentlichen Abstimmung. Nach fünf Minuten kehrten alle zurück und ich stellte die Frage: Worüber wurde denn abgestimmt? Kein einziger wusste, worüber abgestimmt wurde. Meine Damen und Herren, ich sage das nicht in denunziatorischer Absicht! Das Beispiel zeigt, wie brutal die Notwendigkeiten der Arbeitsteilung sind. Wir machen uns davon normalerweise kein Bild. Es ist höchst rational, dass die Abgeordneten so stark arbeitsteilig verfahren. Bitte schön, das ist kein Vorwurf, das ist die Realität, von der wir ausgehen müssen.

Der Beitrag von Herrn *Wieland* mit dem Hinweis auf die Opposition macht mir zu schaffen. In der Tat – ich habe argumentiert: Kleine Zirkel haben Vorteile, ebenso aber auch Nachteile. Es bleibt indes nicht bei kleinen Zirkeln. Die Gleichheit der Abgeordneten entwickelt eine Inklusionsdynamik, und diese Inklusionsdynamik räumt viele Einwände aus. Das gilt freilich nur für die Mehrheitsfraktionen. Bei der Opposition greift das nicht. Ich habe das jetzt nicht vorgetragen, aber das ist in der Tat ein ganz heikler Punkt, und man muss versuchen, dem zu begegnen, etwa durch Minderheitsrechte. Ich denke deswegen daran herum, ob man nicht den Parlamentsvorbehalt für wesentliche politische Fragen und Absprachen auch in die Hand der Minderheit gibt.

Schließlich noch eine letzte Bemerkung: zur Frage der Staatsleitung in der Hand des Parlaments oder der Rolle der Regierung. Mein Plädoyer für das Parlament ist diesen Ansätzen und diesen Überlegungen gegenüber durchaus offen; es kommt bei mir gar nicht so sehr darauf an, wer jetzt die erste oder zweite Geige spielt. Wir haben eine verfassungsrechtliche Arbeitsteilung, wir haben Kooperationsverhältnisse zwischen den Verfassungsorganen und die heilsamen Wirkungen einer parlamentarischen Entscheidung entwickeln sich auch dann, wenn die Regierung ein relatives Übergewicht im Einbringen von Gesetzentwürfen und in der inhaltlichen Gestaltungsarbeit hat. Danke schön.

Herdegen: Meine Damen und Herren, was sind die *causae* der Zunahme normersetzender, gesetzesvorbereitender Absprachen? Ich freue mich, dass Herr *Grimm* mir insoweit beitrifft, als auch er einen wesentlichen Grund in der dramatischen Ausweitung der Staatsaufgaben sieht. Dass es ein Informationsdefizit des Staates ist, glaube ich nicht. Denn der

Staat weiß, gemessen an seinen Aufgaben, mehr als er jemals wusste. Ich meine, es geht hier um die Komplexität des Austrags von Interessenkonflikten unter den Bedingungen schwer prognostizierbarer gerichtlicher Auseinandersetzungen im Lichte unserer modernen Grundrechtskasuistik. Jede normative Steuerung dieser Prozesse, jede verfassungsrechtliche Einhegung stärkt natürlich die präternormative Geltungskraft solcher Mechanismen. Wenn man die Opposition normativ gesichert in informelle Absprachen einbindet, nimmt man der Opposition dann auch die Waffe der parlamentarischen Auseinandersetzung, wenn es um den Ratifikationsakt im Parlament geht. Das will wohl bedacht sein. Wenn wir bestimmte normersetzende Absprachen wie Gesetze behandeln, dann löst das Fragen aus, die wir nach gegenwärtigem Verfassungsrecht schlichtweg nicht beherrschen können. Das fängt an beim Verwerfungsmonopol nach Art. 100 Abs. 1 des Grundgesetzes und führt dann doch zu einer Ausweitung unserer normativen Formenwelt, die das verfassungsrechtliche Gefüge aus meiner Sicht sprengen würde.

Herr *Leisner*: Man kann natürlich trefflich darüber streiten, welchen Begriff von Verfassungsstaat man zugrunde legt. Wenn man sagt, die parlamentarische Staatsleitung habe im Verfassungsstaat nichts zu suchen, dann gibt es im deutschen Raum seit der preußischen oktroyierten Verfassung von 1851 keinen Verfassungsstaat mehr. – Die Frage, die Herr *Engel* und Herr *Murswiek* thematisiert haben sowie andere Kollegen: Sind wir Zeugen von Mechanismen, die letztlich die normative Regelungsunfähigkeit, Steuerungsunfähigkeit des Parlaments belegen?, würde ich weniger radikal beantworten als Herr *Engel*. Die Fragen des vorhandenen Netzzugangs sind komplex – ich habe mich damit einmal etwas näher beschäftigt –, aber das Parlament hat gezeigt, dass es auch Komplexe von noch größerer Dichte durchaus angemessen zu regeln in der Lage ist, etwa in den Fragen der modernen Gentechnik oder Biotechnik. Das Outsourcing an Sachverständigengremien, der Rückzug des Parlaments zugunsten einer Betroffenenpartizipation, kann nicht gelten für den politischen Wertungsakt, sondern allenfalls für die Ausermittlung empirisch-ökonomischer Wirkungszusammenhänge, die für das Parlament hilfreiche Unterstützung leisten mögen, aber mehr nicht. Wer Partizipation fordert, muss doch die Rahmenbedingungen festlegen, je nach dem wie Asymmetrien der Verhandlungspositionen aussehen. Bei Verhandlungslösungen steuert der Gesetzgeber zumindest das Szenario für die privatautonome Gestaltung.

Zum WTO-Recht und zur Intervention von Herrn *Tietje* sei bemerkt: Mir scheint es der deutschen Staatsrechtslehre durchaus gut anzustehen, dass sie der Frage nach einer Einschränkung gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume von WTO-Mitgliedern auch in den Bereichen nachgeht,

in denen Kompetenzen auf die Europäische Gemeinschaft abgewandert sind. Im übrigen hat der Deutsche Bundestag selbstverständlich den WTO-Vertragskomplex zum Gegenstand seiner Zustimmung gemacht, wie sich aus Teil II des Bundesgesetzblattes von 1994 hinreichend klar ergibt. – Mit Herrn *Ress* teile ich die Einschätzung, dass die gestaltende Funktion des Europaausschusses des Deutschen Bundestages gegenwärtig höchst bescheiden ausfällt. Die Frage nach den Einflussmöglichkeiten des Bundestages auf die deutsche Mitwirkung im Rat der Europäischen Union beantwortet Art. 23 GG in Verbindung mit dem Ausführungsgesetz. Der Einfluss der Länderparlamente ist zunächst Gegenstand einer rein staatsrechtlichen Betrachtung. Die Rolle des Bundesrates als Sachwalter der Länderinteressen und die Dienstwaltung der Bundesregierung für die Wahrung der gesamtstaatlichen Belange scheint mir insoweit für die Direktionsmöglichkeiten von Länderparlamenten gegenüber ihrer Regierung zu sprechen. – Zur Frage von Herrn *Hobe*: Das Europäische Parlament entzieht sich anders als die deutsche Mitwirkung im Rat der EU jeder staatsrechtlichen Steuerung. Damit schwächt die Aufwertung des Europäischen Parlaments die ohnehin bescheidenen Einflussmöglichkeiten des Deutschen Bundestages nach Art. 23 GG. Das ist zunächst eine völlig wertfreie Feststellung. Diesen Befund mag man beklagen oder aber als Konsequenz fortschreitender „Parlamentarisierung“ auf europäischer Ebene begrüßen.

Herr *Volkmann*, Sie haben den Anspruch des Verfassungsrechts auf Gestaltung der Rechtswirklichkeit im Sinne eines unbedingten normativen Geltungsanspruches als spezifisch Bonner Sicht der Welt charakterisiert. Bei allem Charme der darin für die Bonner Staatsrechtslehrer liegenden Insinuation scheint mir dieser Geltungsanspruch geradezu Geschäftsgrundlage für jeden zu sein, der ernsthaft der Staatsrechtslehre verpflichtet ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Herdegen*! Meine Damen und Herren! Wir können, glaube ich, beiden Referenten sehr dankbar sein, dass sie uns auf so anregende Weise die Breite und Vielfalt des Problemspektrums vorgeführt haben! Ich wünsche Ihnen allen eine anregende Fortsetzung der Diskussion und gute Erholung beim Mittagessen. Wir machen hier weiter pünktlich um 14.30 Uhr!

Erster Beratungsgegenstand: Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts

**Europäische und nationale Identität:
Integration durch Verfassungsrecht?**

1. Bericht von Prof. Dr. *Stefan Koriath*, München

Inhalt

	Seite
I. Integration und Desintegrationstendenzen der modernen Gesellschaft	118
II. Integration als Aufgabe und Funktion der Verfassung und des Verfassungsrechts	121
1. Die Entwicklungsgeschichte	121
2. Integration im Kreis der Verfassungsfunktionen	126
3. Integration als regulatives Prinzip der öffentlichen und privaten Autonomie	129
a) Demokratische Selbstbestimmung und gesellschaftliche Integration	129
b) Das Zusammenwirken politischer und gesellschaftlicher Integration	133
III. Problemfelder und Prüfsteine	135
1. Die personalen Voraussetzungen politischer Partizipation	135
2. Veränderungen im Staatsangehörigkeitsrecht	140
3. Kulturelle Integration durch Verschiedenheit	143
IV. Integration und europäisches Verfassungsrecht	147
1. Europäische Einigung und nationale Integration durch Verfassung	147
2. Europäische Integration durch europäisches Verfassungsrecht?	150

I. Integration und Desintegrationstendenzen der modernen Gesellschaft

Für den Verfassungsjuristen sind Identität und Integration Grenzbegriffe. Wer sie verwendet, möchte nicht Verfassungsnormen deuten und anwenden, sondern Wechselwirkungen zwischen der Regelung, den Regelungsvoraussetzungen und dem Regelungsgegenstand beschreiben. Integration durch Verfassungsrecht zielt auf die Verknüpfungen des Verfassungsrechts mit Kultur, Politik, Lebenseinstellungen und Mentalitäten. Solche Grenzgänge zwischen Recht und Umgebung des Rechts müssen Juristen unternehmen, wollen sie nicht in normativer Versponnenheit versinken. Allerdings: Die spezielle Kompetenz des Juristen ist zwar nützlich, Rückhalt in den Methoden und Normativitätskriterien juristischer Dogmatik aber gibt es nicht. Unausweichlich sind plausible und weniger plausible Vermutungen.

Schon die Begriffe sind schillernd und heimatlos. Entstanden in der Mathematik, haben „Integration“ und „Identität“ über die Psychologie und Soziologie die politische Theorie und die Rechtswissenschaft erreicht. Über gesellschaftliche Integration diskutieren die beteiligten Disziplinen in fast völliger Abgeschlossenheit voneinander; in der Tagespolitik ist der Gebrauch der Worte inflationär. Es genügen zunächst formale Festlegungen. Integration bedeutet Herstellung oder Wiederherstellung eines Ganzen, Einigung oder Einigkeit einer Gesellschaft, im Zusammenhang des Rechts die Fähigkeit einer Verfassung, ein Gemeinwesen und eine Gesellschaft mit den Mitteln des Rechts zusammenzuhalten. Identität beschreibt das Einigsein einer Gesellschaft mit sich selbst und das daraus folgende Bewusstsein eigener Besonderheit in Abgrenzung zu anderen; es geht um die Übereinstimmung, die von einer Verfassung vorausgesetzt wird und ihre Wirksamkeit ermöglicht.¹ Jede Gesellschaft muss dies in jeder Epoche mit eigenem Inhalt füllen und sich wechselnden Herausforderungen stellen. Zur Zeit scheinen identitätsbedrohende Desintegrationsfaktoren zu überwiegen. Das politische Modell der Moderne, der freiheitlich-demokratische Verfassungsstaat mit nationaler Verwurzelung, ist erheblichen Gegenkräften ausgesetzt. Die „disziplinierende Ausstrahlung der Staatlichkeit“ schwindet. Alle Vorstellungen von „Einheit“ – rechtlich, tatsächlich, symbolisch – sind verdächtig.

¹ Vgl. Richard Münch *Elemente einer Theorie der Integration moderner Gesellschaften*, in: Wilhelm Heitmeyer (Hrsg.) *Was hält die Gesellschaft zusammen?*, 1997, 66ff.; Bernhard Peters *Die Integration moderner Gesellschaften*, 1993, 40ff.

Globalisierungseffekte² untergraben den wirksamen Zugriff des nationalen, territorial bezogenen Rechts³ bei der Rahmenziehung über Wirtschaft und Kultur.⁴ Hinter der „Konstellation politisch integrierter Gesellschaften der vielen Staaten“ erscheinen Umriss einer „Wirtschaftsgesellschaft der einen Welt“.⁵ Europäisierung entzieht das klassische Zentrum des Staates, Gemeinwohlvorsorge und Freiheitssicherung, teilweise der nationalen Zuständigkeit.⁶ Innere Desintegration droht dem Verfassungsstaat durch Individualisierung und zunehmende kulturelle Vielfalt. Gesellschaftlicher Zusammenhalt, Tradition, Gemeinschaft und

² Durch weltweite Vernetzung computergesteuerter Datenübertragung unterstützt, nehmen die Verflechtung und Schnelligkeit grenzüberschreitender wirtschaftlicher Transaktionen zu, insbesondere des internationalen Kapitalverkehrs. Staaten ihrerseits binden sich selbst immer stärker durch unkündbare internationale (Wirtschafts-)Abkommen. Zugleich entstehen durch die neuen Formen elektronischer Massenkommunikation „weltweite, territorial entwurzelte und voneinander segmentierte Öffentlichkeiten, globale Dorfgemeinschaften oder Kommunikationsinseln, mit denen das öffentliche Bewusstsein keineswegs kosmopolitisch erweitert, sondern hoffnungslos zersplittert wird,“ *Jürgen Habermas* Aufgeklärte Ratlosigkeit, FR v. 30. 12. 1995, 4.

³ Vom Verlust der Fähigkeit nationaler Politik, den Kapitalismus demokratisch zu domestizieren, spricht *Fritz W. Scharpf* Demokratie in der transnationalen Politik, in: Ulrich Beck (Hrsg.) Politik der Globalisierung, 1998, 228ff., 228. Zu den Gefahren für die Demokratie *Friedrich Müller* Demokratie in der Defensive. Elemente einer Verfassungstheorie, Bd. 7, 2001, 86ff. Positiver *Otfried Höffe* Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, 13ff.: Globalisierung sei kein gänzlich neues und keineswegs auf die Wirtschaft reduziertes Phänomen.

⁴ Aufschlussreich zu den empirischen Daten *Jonathan Perraton/David Goldblatt/David Held/Anthony McGrew* Die Globalisierung der Wirtschaft, in: Beck (Fn. 3), 134ff.; vgl. auch *Rolf Stober* Globalisierung der Wirtschaft und Rechtsprinzipien des Weltwirtschaftsrechts, FS Bernhard Großfeld, 1999, 1173ff.

⁵ *Udo Di Fabio* Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 20. Sogar die alte Utopie der Herrschaftslosigkeit gewinnt einen neuen Bezugsrahmen: „Gemeinschaften scheinen in der selbstregulativen erdumspannenden Wirtschaftsordnung mehr und mehr entbehrlich zu werden; das Zusammenleben gelingt womöglich auch ohne öffentliche Zwangsgewalt und ohne lautstarke Kollektive.“ *Udo Di Fabio* ebd., 19.

⁶ Der Europäischen Gemeinschaft und der Union fehlen dabei aber – allen gegenläufigen Bestrebungen zum Trotz – Zuständigkeiten, die entschieden über den Bereich des Wirtschaftsrelevanten hinausreichen. Den Mitgliedstaaten ist es verwehrt, in den gemeinschaftsrechtlich geschaffenen einheitlichen Wirtschaftsraum einzugreifen. Das gibt die Zusammengehörigkeit von staatlichem Territorium, staatlich reguliertem Wirtschaftsraum und durch staatliche Intervention regeltem Sozialbereich auf, obwohl gerade diese Einheit die „Geschäftsgrundlage des modernen Wohlfahrtsstaates“ (*Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Zukunft politischer Autonomie [1998], in: *ders.* Staat, Nation, Europa, 1999, 103ff., 104) und insbesondere in Deutschland Grundlage der politischen Stabilität des demokratischen Systems war.

Solidarität verschwimmen. Integrierende Institutionen, beginnend mit der Familie, treten zurück und werden durch individuelle, formalrechtliche und prozedurale Elemente der Gesellschaftsbildung ersetzt.⁷ Damit ist das „Faktum des Pluralismus“⁸ unveränderbar. Es bedeutet: „Offene Gesellschaften müssen ohne substanzielle Mitte, ohne eindeutig definierbaren ethischen, moralischen, kulturellen oder religiösen Identitätskern auskommen.“⁹ Das Vertrauen auf die Steuerbarkeit der Gesellschaft von einem Zentrum aus schwindet.

Ob Verfassungsrecht angesichts dieser sozialen, kulturellen und transnationalen Veränderungen Identität und Integration bewirken kann, hängt von seinen Aufgaben und Wirkungsmöglichkeiten ab, auch im Verhältnis zu anderen Mitteln der Integration.

⁷ Die inzwischen 15 Jahre alte soziologische Diagnose lautet, dass „wir Augenzeugen eines Gesellschaftswandels innerhalb der Moderne sind, in dessen Verlauf die Menschen aus den Sozialformen der industriellen Gesellschaft – Klasse, Schicht, Familie, Geschlechtstagen von Männern und Frauen – freigesetzt werden [...]“, Ulrich Beck *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, 115. Nach Jürgen Habermas *Faktizität und Geltung*, 1992, 125, tritt an die „Stelle der exemplarischen Anleitung zum tugendhaften Leben, der zur Nachahmung empfohlenen Modelle gelungener Lebensführung, immer stärker die Forderung nach bewußter und selbstkritischer Aneignung, die Forderung nach verantwortlicher Übernahme der je eigenen individuellen, unververtretbaren und kontingenten Lebensgeschichte“.

⁸ John Rawls *Die Idee des politischen Liberalismus*. Aufsätze 1978 – 1989, 1992, 294. Für Michael Walzer *Kritik und Gemeinsinn*, 1993, 165f., sind es vier Formen der Mobilität, die die heutige Gesellschaft ohne Bezugspunkt und Zusammenhalt charakterisieren: geographische Mobilität, die das Wohn- und Heimatgefühl beeinträchtigt; soziale Mobilität, die einer Weitergabe von Überzeugungen und Gebräuchen entgegensteht; gemeinschaftszerstörende Beziehungsmobilität, die sich an den Trennungs-, Scheidungs- und Wiederverheiraturatsraten festmacht; schließlich politische Mobilität, die Loyalitäten in Staat, Parteien, Verbänden auflöst.

⁹ Richard Herzinger *Republik ohne Mitte*, 2001, 7. Das Problem der „Freisetzungsschübe“ ist so neu freilich nicht. Karl Marx/Friedrich Engels *Das Manifest der Kommunistischen Partei* (1848), in: *dies.* *Ausgewählte Schriften*, Bd. 1, 1966, 17ff., 29, beschrieben es folgendermaßen: „die fortwährende Umwälzung der Produktion, die ununterbrochene Erschütterung aller gesellschaftlichen Zustände, die ewige Unsicherheit und Bewegung zeichnet die Bourgeoisieepoche vor allen anderen aus. Alle festen eingestochenen Verhältnisse mit ihrem Gefolge von altherwürdigen Vorstellungen und Anschauungen werden aufgelöst, alle neugebildeten veralten, ehe sie verknöchern können. Alles Ständische und Stehende verdampft, alles Heilige wird entweiht, und die Menschen sind endlich gezwungen, ihre Lebensstellung, ihre gegenseitigen Beziehungen mit nüchternen Augen anzusehen.“

II. Integration als Aufgabe und Funktion der Verfassung und des Verfassungsrechts

1. Die Entwicklungsgeschichte

Die neuen Herausforderungen stoßen in der Verfassung auf ein altes, bislang aber anpassungsfähiges rechtliches Instrument. Unbeschadet bedeutsamer Erweiterungen und Veränderungen ruht unser verfassungsstaatliches System auf Grundlagen, die dem Denken des 18. Jahrhunderts entstammen.¹⁰ Die rechtliche Verfassung trat auf den Plan, nachdem die Einheit von Religion, Sitte und Recht zerbrochen und die politische Ordnung zu einem durch menschliche Entscheidung gestaltbaren Gegenstand geworden war. Die geschriebene Verfassung war das neue Mittel, politische Herrschaft zu begründen und zu rechtfertigen – idealtypisch durch die Neukonstituierung von Herrschaft in den USA und in Frankreich 1789/1791 –, zu regeln und zum Schutz vor Machtmissbrauch nach Art und Weise der Ausübung rechtlichen Bindungen zu unterwerfen.¹¹ Dies galt auch für die einzelstaatlichen Verfassungen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland, wenngleich diese auf der Grundlage des monarchischen Prinzips die überlieferte Legitimation von Herrschaft nur verändern, nicht neu begründen konnten. Monarchische Reform statt demokratischer Revolution setzte die Verfassung zur „Konstitutionalisierung von zur Mitbestimmung zugelassenen gesellschaftlichen Kräften“¹² ein.¹³ Diese Verfassungen hatten die Aufgabe, Machtbezirke auf der politischen Landkarte abzustecken und die verschiedenen Einflussphären, verkürzt die von Staat und Gesellschaft, monarchischer und demokratischer Herkunft, abzugrenzen. Es ging, konfliktreich und mit beweglichen

¹⁰ Das Aufkommen und der schnelle Aufstieg der geschriebenen Verfassung stand am Ende der langgestreckten geschichtlichen Entwicklung vom Hochmittelalter bis zum Ende des Ancien Régime. Die Herausbildung des modernen europäischen Staates verlief als Prozess der Bildung und Absonderung eines von religiösen und ethischen Normen freigesetzten politischen Systems mit einheitlicher, auf ein bestimmtes Territorium bezogener Staatsgewalt. Dazu *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: *ders.* Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 42 ff; *Hasso Hofmann* Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, JZ 1999, 1065, 1069 ff.; *ders.* Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: *ders.* Recht – Politik – Verfassung, 1986, 261 f.; *Christoph Möllers* Staat als Argument, 2000, 214 ff., 228 ff.

¹¹ *Dieter Grimm* Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus (1987), in: *ders.* Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, 31, 37 ff.

¹² *Wilhelm Hennis* Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem (1968), in: *ders.* Regieren im modernen Staat, 1999, 183 ff., 192.

¹³ Immerhin ging es in den neuen nachnapoleonischen Staaten im Südwesten Deutschlands auch um die erstmalige politische Konstitution des Staates.

Grenzen, um die Integration der bürgerlichen Gesellschaft in den monarchischen Staat. Erst als 1871 die authentische Beurkundung der Kräfte mit politischer Bedeutung zu einem zeitweisen Stillstand gekommen war, konnte der staatsrechtliche Positivismus die juristische Neutralisierung der Verfassung verkünden.¹⁴ Das gelang nur mit einem als selbstverständlich vorausgesetzten Bezugspunkt: dem einheitlichen Staatswillen,¹⁵ dessen Bildung und Bewährung nicht thematisiert wurde. Dieser Mythos des vorausgesetzten Willens verwies alle Fragen zu Staats- und Verfassungszwecken, zur Entstehung und zu politischen Aufgaben und Wirkungen der Verfassung in die Staatslehre – zur juristischen Erklärung der Verfassung waren sie ohne Bedeutung. Integration und Identität gingen der Verfassung voraus, waren aber nicht Gegenstand und Ziel der Verfassung. Erst nach der Wende zum 20. Jahrhundert kehrte das Problem politischer Einheitsbildung in das Verfassungsrecht zurück.¹⁶

Der neue Ton erstarkte zum *Cantus firmus* unter der Verfassung von Weimar. Die auf der Volkssouveränität beruhende Verfassung brachte den alten Staat, das fortbestehende Deutsche Reich, in eine neue demokratische und republikanische Form und veränderte die bundes- und rechtsstaatlichen Elemente. Alle Formelemente blieben umstritten, angefochten und zerbrechlich. Angesichts der Risse zwischen Verfassung und Verfassungswirklichkeit¹⁷ entdeckten Juristen das Thema staatlicher und

¹⁴ Kühl-gebieterisch durch *Laband*: „Die Verfassung ist keine mystische Gewalt, welche über dem Staat schwebt, sondern gleich jedem anderen Gesetz ein Willensakt des Staates [...]“. *Paul Laband* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl. 1911, 39; ähnlich *Georg Meyer/Gerhard Anschütz* Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, 743.

¹⁵ *Carl Friedrich von Gerber* Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1869, 3 f. m. Fn. 2: „Das Staatsrecht ist die Lehre vom Staatswillen.“ Eingehend *Jens Kersten* Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, 53 ff.

¹⁶ Die Rückkehr geschah bezeichnenderweise zunächst nicht als Frage der durch Recht vermittelten Zuordnung von Staat und Gesellschaft, sondern zur Erklärung und Bewältigung der bundesstaatlichen Einordnung und Selbständigkeit der Gliedstaaten angesichts der Zentralisierungsschübe im Deutschen Reich. *Smend* erklärte es 1916 zur Rechtspflicht der Länder, „sich mit der ganzen Irrationalität ihrer geschichtlich-politischen Eigenart im Leben des Reichs aus[z]uwirken und zur Geltung [zu] bringen“, *Rudolf Smend* Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat (1916), in: *ders.* Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl. 1968, 39, 52; dazu *Stefan Koriath* Integration und Bundesstaat. Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre *Rudolf Smends*, 1990, 38 ff. Diese neue Pflicht verlangte von Rechts wegen politische Verständigung und bundesstaatliche Einheitsbildung von Reich und Ländern, obgleich die nüchtern-technokratische Bismarcksche Verfassung dazu schwieg.

¹⁷ Dies betraf alle Staatsstrukturentscheidungen, am prominentesten („Republik ohne Republikaner“) die Festlegung des Art. 1 S. 1 WRV: „Das Deutsche Reich ist eine Republik.“

gesellschaftlicher Einheitsbildung und der Rolle der Verfassung nicht als Gegenstand der Staatslehre, sondern der Verfassungstheorie und des Verfassungsrechts. Mit dem stärksten Nachdruck geschah dies bei *Smend*, der den der Soziologie entlehnten Begriff der Integration mit neuem Inhalt in das Zentrum seiner Staats- und Verfassungslehre rückte. Die Wirklichkeit des Staates sah *Smend* in Integrationsvorgängen, zu denen staatsbürgerliche Erlebnisse des Dazugehörens und die vom Staat ausgehenden Akte und gestaltenden Vollzüge handelnder Menschen gehörten. Die Verfassung bezog *Smend* bis hin zur Auslegung einzelner Normen auf die Integrationsaufgabe, die Herstellung staatlicher Einheit¹⁸. Integration sei Verfassungsgebot, „Gegenstand oberster Verfassungspflichten. Sich am Verfassungsleben nicht zu beteiligen und es dadurch zu untergraben, ist die schwerste Verletzung der konstitutionellen Spielregeln.“¹⁹ Damit war, etatistisch eingefärbt und gesellschaftlichen Pluralismus vernachlässigend, politisch-staatliche Einheitsbildung im Verfassungsrecht als normatives Gebot verankert. *Smends* Entdeckung war der politische Bezug des Verfassungsrechts als Wechselwirkung zwischen Verfassung und politischer Wirklichkeit. Entschiedene Ablehnung fand dies bei Rechtspositivisten, indirekte Zurückweisung bei dem Machtpositivisten *Carl Schmitt*. Dieser verstand staatliche Einheit als vorrechtliches, politisches Problem der existenziellen Identität durch Zuordnung und Abgrenzung von Freund und Feind. Das Recht hat dabei nichts zu bestellen. Die Aufgabe der geschriebenen Verfassung sei es, die feststehende „Entscheidung über Form und Inhalt der politischen Einheit“²⁰ auszuformen.²¹

¹⁸ „Die Verfassung ist die Rechtsordnung des Staats, genauer des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat, nämlich 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.“ *Rudolf Smend* Verfassung und Verfassungsrecht, in: *ders.* Abhandlungen (Fn. 16), 189. Zu den Einzelheiten und zur Problematik des Verfassungsverständnisses *Smends* *Korinth* Integration (Fn. 16), 210 ff.

¹⁹ So im Rückblick *Rudolf Smend* Integration, in: *ders.* Abhandlungen (Fn. 16), 482, 485. Dazu *Peter Badura* Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre, *Der Staat* 16 (1977), 305, 308.

²⁰ *Carl Schmitt* Verfassungslehre (1928), 8. Aufl. 1983, 20 ff.

²¹ Integration mittels Recht ist für *Schmitt* zwar denkbar, aber ein letztlich defizitärer Weg zur Einheit: „Die Einheit beruht dann insbesondere auf der von allen Parteien anerkannten Verfassung, die als gemeinsame Grundlage unbedingt respektiert werden muß. Staatsethik wird dann zur Verfassungsethik“, *Carl Schmitt* Staatsethik und pluralistischer Staat (1930), in: *ders.* Positionen und Begriffe. Im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1940, 133, 144. Zur Identitätsvorstellung bei *Schmitt* jetzt *Martin Hirsch* Der Staat als Kirche, in: *Gralf-Peter Calliess/Matthias Mahlmann* (Hrsg.) *Der Staat der Zukunft*, 2002, 155, 160 ff.

Recht als Ausgangspunkt der Integration sei Kennzeichen des pluralistischen Staates, einer schwachen Form des Staates.²²

Damit verwarf *Schmitt* in den letzten Tagen von Weimar, was nach 1945 die Wirkungsweise des westdeutschen Teilstaates bestimmen sollte. Die Bundesrepublik, ohne volle nationale Legitimität und Kontinuität, bildete sich als Rechts- und ökonomische Erfolgsgemeinschaft. Sie trat – so ihre Selbstfestlegung – als „Provisorium und Transitorium“²³ in die Staatenwelt.²⁴ Der westdeutsche Teilstaat war Produkt des Rechts und klammerte sich an das Recht. Der Kampf um Verfassungspositionen konnte politische Auseinandersetzungen ersetzen. Das spiegelte sich in der Wiederaufnahme und Veränderung der *Smend*schen Integrationslehre wider. *Smend*s Bezug der Verfassung auf die weltanschaulich zerrissene, aber national geschlossene Integrationsgemeinschaft wandelte sich zur Integration durch Recht. An die Stelle der „fließenden Geltungsfortbildung“²⁵ des Verfassungsrechts durch den politischen Prozess bei *Smend* trat die „normative Kraft der Verfassung“.²⁶ Die Reichweite der Verfassung vergrößerte sich zur Rechtsordnung nicht nur des Staates, sondern auch der Gesellschaft, Grundrechte zu objektiven Wertentscheidungen für alle Bereiche des Rechts,²⁷ die Verfassung zum Knotenpunkt tatsächlichen oder vermeintlichen gesellschaftlich-staatlichen Konsenses. *Forstoffs* Warnung, die Verfassung nicht zum „juristischen Weltenei“ zu verklären, „aus dem alles hervorgeht“²⁸ galt als antiquiertes Mäkeln am juristischen Fortschritt. Das endete im letzten Jahrzehnt vor der deutschen Einigung folgerichtig in der Ausrufung von „Verfassungspatriotis-

²² Dem Staat der Interessengruppen gelinge die vorrechtliche Einheit nicht. Er stütze sich als Legalitätsstaat auf Recht als Einheitssurrogat und trage politischen Streit als Streit um das richtige Verständnis des Verfassungsrechts aus, vgl. *Carl Schmitt* *Der Begriff des Politischen*, Ausgabe 1963, 44f.

²³ *Theodor Heuss* in seiner Abschiedsrede am 12. September 1959, in: *Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung*, Nr. 169 vom 15. September 1959, 1693, 1694.

²⁴ Diese Rechtfertigung aus der Verlegenheit des desavouierten Nationalstaates und dem Übergang diene bis zum Ende der 1960er Jahre dazu, den Auftrag zur staatlichen Wiedervereinigung zu betonen. Danach stand sie mehr und mehr für eine Haltung, nach der nicht Staat und Nation, sondern Recht und Wirtschaft Identität und Integration verbürgen sollten. Dazu *M. Rainer Lepsius* *Die Teilung Deutschlands und die deutsche Nation* (1981), in: *ders.* *Demokratie in Deutschland*, 1993, 196ff.

²⁵ *Smend* (Fn. 18), 242. Mit dieser sprachlich missglückten Formel meint *Smend* nicht die Fortbildung der Geltung, sondern des Norminhalts, vgl. *Helmut Quaritsch* *Kirchen und Staat, Der Staat 1* (1962), 175ff., 302 m. Fn. 111.

²⁶ *Konrad Hesse* *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959.

²⁷ BVerfGE 7, 198 – Lüth.

²⁸ *Ernst Forsthoff* *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl. 1971, 144.

mus“.²⁹ Weil die Realitäten von Staat und Nation als Bezugspunkt der Identität des Gemeinwesens nicht zur Verfügung standen, sollte die Verfassung³⁰ als einende Grundlage für wirtschaftlichen Wohlstand, inneren und äußeren Frieden, sozialstaatliche Gerechtigkeit und Kultur dienen. Die demokratische politische Kultur sollte verfassungszentriert sein, nicht hingegen unbequeme Fragen nach vorrechtlicher Freiheit und Herrschaft oder gar nach Volk, Nation und Vaterland stellen müssen.

Diese besondere Gestalt der Integration durch Verfassung im westdeutschen Teilstaat ist Gegenstand der juristischen Zeitgeschichte. Die anfangs genannten neuen Herausforderungen verlangen eine Überprüfung des Verfassungsverständnisses und des verfassungsrechtlichen Instrumentariums.³¹ Dabei herrscht Skepsis vor. Auch Juristen fragen vorsichtig nach der „Zukunft der Verfassung“ (*Dieter Grimm*), häufig im

²⁹ *Dolf Sternberger* Verfassungspatriotismus (1979/1982), in: *ders.* Schriften, Bd. 10, 1990, 13, 17 ff.: „Das Nationalgefühl bleibt verwundet, wir leben nicht im ganzen Deutschland. Aber wir leben in einer ganzen Verfassung, in einem ganzen Verfassungsstaat, und das ist selbst eine Art von Vaterland.“ Kritisch *Ralf Dahrendorf* Die Zukunft des Nationalstaates, *Merkur* 48 (1994), 751, 757 f.; *Josef Isensee* Die Verfassung als Vaterland, in: *Armin Mohler* (Hrsg.) Wirklichkeit als Tabu, 1986, 11, 23 ff.

³⁰ Konkret das Grundgesetz, abstrakt die Idee der freiheitlichen Verfassung. In die zweite Richtung *Sternberger* (Fn. 29), 24 ff., der mit der Verfassung „nicht das juristische Dokument als solches, etwa das Bonner Grundgesetz mit allen seinen 146 Artikeln“ meinte, „sondern das Wesen und Bestreben des Verfassungsstaates: Freiheit“.

³¹ Die Verfassungspolitik seit 1990 – Verfassungsreformen und -diskussionen – bestätigen dies. Aufschlussreich ist die schnell beendete Debatte um die Tauglichkeit des Grundgesetzes als gesamtdeutsche Verfassung. Überlegungen, die staatliche Einheit müsse in einer neuen Verfassung Ausdruck finden, in einem „gemeinsam beschlossenen Neuanfang“, auch wenn inhaltliche Gründe angesichts der Qualität des Grundgesetzes dies nicht verlangten, beriefen sich ausdrücklich auf die Integrationsaufgabe der Verfassung und des Verfassungsdiskurses, *Dieter Grimm* Zwischen Anschluss und Neukonstitution (1990), in: *ders.* Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen, 2001, 35 ff. Wenn dem entgegengehalten wurde, das Grundgesetz habe sich außerordentlich bewährt (*Rupert Scholz* Grundgesetz zwischen Reform und Bewahrung, 1993), es gelte allein, den bis 1989 erreichten Verfassungswertkonsens der Bundesrepublik in der wiedergewonnenen Existenzform des Nationalstaates durchzusetzen (vgl. *Thomas Würtenberger* Wiedervereinigung und Verfassungskonsens, *JZ* 1993, 745 ff.), dann bedeutete dies die Legitimation durch Erfolg in der Vergangenheit, verbunden mit einem normativistischen Verfassungsverständnis für die Zukunft: Das Grundgesetz sei ohne Rücksicht auf seine Umwelt daselbe geblieben. In dieses Bild einer neuen Variante des Verfassungspatriotismus – das wiedervereinigte Deutschland ist auf das Grundgesetz als Identitätsquelle angewiesen – passt die Veränderung der Präambel des Grundgesetzes durch Art. 4 des Einigungsvertrags vom August 1990: Der Passus des Jahres 1949, wonach sich das deutsche Volk das Grundgesetz „von dem Willen beseelt“ gab, „seine nationale und staatliche Einheit zu wahren“, fiel weg. War das ein Lapsus oder kommt es auf die Wahrung nationaler und staatlicher Einheit nicht mehr an, weil es eine erfolgreiche Verfassung gibt?

Bann aktueller philosophischer Diagnosen, die den Staat allenfalls als „Supervisionsstaat“ für fähig halten, Kommunikation zwischen gesellschaftlichen Teilsystemen zu koordinieren.³² Dennoch kann es nicht darum gehen, die rechtliche Grundordnung durch allenfalls lose verbundene Teilordnungen zu ersetzen. Solange kein besseres Instrument gefunden ist, kann nur die Verfassung den normativen Ableitungs- und Zurechnungszusammenhang demokratischer Selbstgesetzgebung schaffen, nur unter der Verfassung als rechtlicher Grundordnung kann sich eine Öffentlichkeit bilden, die Voraussetzung für gesellschaftliche Einheit und Weiterentwicklungsfähigkeit ist. Es gilt, die Smendsche Frage neu zu stellen und herauszufinden, was aus der gesellschaftlich-politischen Wirklichkeit in ein Konzept von Verfassung und Verfassungsrecht umzusetzen ist. Die Verfassung bleibt der Ort für Selbstbeschreibungen und Zielsetzungen einer Gesellschaft, die als Konsensgrundlage anerkannt sein müssen, um trotz Interessenvielfalt Einheit zu ermöglichen.

2. *Integration im Kreis der Verfassungsfunktionen*

Über die Funktionen einer Verfassung besteht in der deutschen Staatsrechtslehre weitgehend Einigkeit.³³ Die Verfassung soll die Erzeugung und Ausübung von Macht regeln (1), Macht durch Kontrollmechanismen und Grundrechte begrenzen (2), Selbstbestimmung und Rechtsschutz des einzelnen gewährleisten (3), durch die Einbeziehung der Herrschaftsunterworfenen in die Herrschaftsbegründung eine Legitimations- und Leitbildfunktion erfüllen (4) und schließlich (5) – das ist die Integrationsfunktion – staatliche und gesellschaftliche Einheit bilden und erhalten. Die Vorstellungen, wie die Verfassung das Ziel der Einheit erreichen soll, könnten allerdings nicht unterschiedlicher sein; zumeist kreisen sie um den unbestimmten Begriff des Konsenses, der Übereinstimmung in ganz

³² Helmut Willke *Ironie des Staates*, 1992; ders. *Supervision des Staates*, 1997; Niklas Luhmann *Staat und Politik. Zur Semantik der Selbstbeschreibung politischer Systeme*, in: ders. *Soziologische Aufklärung 4*, 1987, 74 ff.: Staat als (fiktive) Selbstbeschreibung der Politik in einer „Gesellschaft ohne Spitze und Zentrum“.

³³ Vgl. – bei unterschiedlicher Terminologie und Rangfolge der Einzelfunktionen – etwa Klaus Stern *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, 82 ff.; Dieter Grimm *Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform* (1972), in: ders. *Zukunft* (Fn. 11), 331 ff.; Andreas Voßkuhle *Verfassungsstil und Verfassungsfunktion*, AöR 119 (1994), 35, 46 ff.; Gunnar Folke Schuppert *Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht. Überlegungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungen in normalen wie in „schwierigen Zeiten“*, AöR 120 (1995), 32 ff.; Erhard Denninger *Sicherheit/Vielfalt/Solidarität: Ethisierung der Verfassung?*, in: Ulrich K. Preuß (Hrsg.) *Zum Begriff der Verfassung*, 1994, 95 ff.

Verschiedenem bedeuten kann: Manche halten allseits akzeptierte Werte,³⁴ zumindest einen Basiskonsens aller Bürger³⁵ für unverzichtbar.³⁶ Andere³⁷ plädieren für eine verfahrensbezogene Kanalisierung und Zuordnung des Interessenpluralismus³⁸ oder sogar für eine vereinbarungsorientierte Konfliktgesellschaft, die integrierende Konflikte ermöglicht.³⁹ Schließlich wird der Konsens auch institutionell gefasst; besonders dem Bundesverfassungsgericht wird die Aufgabe zugeschrieben, durch Verfassungsinterpretation und Entscheidung integrierend zu wirken.⁴⁰

³⁴ *Walter Schmitt Glaeser* Ethik und Wirklichkeitsbezug des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1999; *Thomas Würtenberger* Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: Bernd Guggenberger/ders. (Hrsg.) Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, 1998, 57 ff. In diese Richtung ging auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von den Grundrechten als Wertordnung, BVerfGE 7, 198.

³⁵ *Christian Starck* Nationaler Grundkonsens und Verfassungsgerichte, in: Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke (Hrsg.) Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 227 ff.; einflussreich *Ernst Fraenkel* Deutschland und die westlichen Demokratien, Neuausgabe 1991, 232 ff., 246 ff.

³⁶ Dem entsprechen kommunitarische Modelle der Gemeinschaft in der politischen Philosophie. Überblicke bei *Micha Brumlik/Hauke Brunkhorst* (Hrsg.) Gemeinschaft und Gerechtigkeit, 1993; *Axel Honneth* (Hrsg.) Kommunitarismus: eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften, 1993.

³⁷ In Parallele zu liberalen und diskurstheoretischen Gesellschaftsvorstellungen, vgl. dazu *Ronald Dworkin* Liberal Community, California LR 77 (1989), 479 ff.; *Habermas* (Fn. 7), 135 ff.

³⁸ *Friedhelm Hufen* Die Bewahrung gesellschaftlicher Werte durch das Bundesverfassungsgericht, in: Schuppert/Bumke (Fn. 35), 61 ff.; *Görg Haverkate* Verfassungslehre, 1992, 143: „Die Verfassung ist konsentierter Dissensgrundlage. Sie bietet eine Regelung, wie man ständig miteinander streitet, zum einen durch die Aufstellung einer Streitordnung als Verfahrensordnung; zum anderen durch die Regelung dessen, was materiell dem Streit entzogen sein soll.“

³⁹ *Günter Frankenberg* Tocquevilles Frage. Zur Rolle der Verfassung im Prozeß der Integration, in: Schuppert/Bumke (Fn. 35), 31 ff.; *Helmut Dubiel* Unversöhnlichkeit und Demokratie, in: Heitmeyer (Fn. 1), 425, 427: „moderne demokratische Systeme“ beruhen „nicht auf Konsensus, sondern auf öffentlich inszeniertem Dissens“. Vgl. auch *Ulrich Rödel/Günter Frankenberg/Helmut Dubiel* Die demokratische Frage, 1989, 108.

⁴⁰ *Ingwer Ebsen* Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985, insbes. 218 ff. Zurückhaltend *Helge Rossen-Stadtfeld* Verfassungsgericht und gesellschaftliche Integration, in: Schuppert/Bumke (Fn. 35), 169 ff.; *Jutta Limbach* Die Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts, in: Hans Vorländer (Hrsg.) Integration durch Verfassung, 2002, 315, 320 f.: „Das Gericht hat die Verfassung zu interpretieren und anzuwenden, um ihr Respekt zu verschaffen. Wenn seine Entscheidungen zugleich den gesellschaftlichen Frieden wiederherstellen, ist das ein erfreuliches Ergebnis.“

Die Variationsbreite der Antworten weckt Zweifel, ob es sinnvoll ist, Integration in den Kreis der Verfassungsfunktionen einzufügen. Dazu muss die Integrationsaufgabe normativen Gehalt haben, das Ziel der Einheitsbildung sich als Regelungsgegenstand und Regelungsziel in Verfassungsnormen nachweisen lassen. Das setzt weiter die Eigenständigkeit dieser Verfassungsfunktion voraus, was eine Überschneidung mit anderen allerdings nicht ausschließt. Beides versteht sich nicht von selbst⁴¹

⁴¹ Eine eigenständige normative Verfassungsfunktion Integration wird pauschal bestritten, wenn etwa *Forsthoff* behauptet, die Verfassung höre gerade dann auf, ein „Instrument der Einigung“ zu sein, wenn ihre Aufgabe über die rechtsstaatliche und demokratische Ordnungsfunktion hinaus ausgedehnt werde, *Forsthoff* Der Staat (Fn. 28), 72. Eine andere Auffassung versteht, ausweg- und alternativlos, Integration als Mythos: *Ulrich R. Haltern* Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts, JöR n. F. 45 (1997), 31 ff. Die Rede von der „Vertextung des Staates“ geht zurück auf *Niklas Luhmann* Metamorphosen des Staates, in: ders. Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 4, 1995, 101, 104f.: Alle Versuche, mit Werten, Verfahren und Institutionen staatliche Einheit zu erzeugen, seien gescheitert, die Vertextung des Staates habe ihr Ende erreicht. Weniger radikal, aber letztlich skeptisch gegenüber einer Integration durch Verfassung sind Thesen, die staatliche Einheitsbildung ganz oder teilweise in die vorrechtlichen Voraussetzungen des Verfassungsrechts verweisen. In diesen Zusammenhang gehört auch der berühmte Satz, der „freiheitliche säkularisierte Staat“ lebe „von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat“, *Böckenförde* (Fn. 10), 60. Das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang des Demokratieprinzips in seiner Maastricht-Entscheidung ausgeführt: „Demokratie, soll sie nicht lediglich formales Zurechnungsprinzip bleiben, ist vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig, wie einer ständigen freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln [...] und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen vorformt.“ BVerfGE 89, 155, 185. Allgemein *Paul Kirchhof* Die Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in Umbruchsituationen, in: Joachim Jens Hesse/Gunnar Folke Schuppert/Katharina Harms (Hrsg.) Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, 1999, 31, 36f.: Das „das Staatsvolk zusammenhaltende und die Einheit des Staates wahrende Grundverständnis von Staat und Recht kann nicht allein durch einen Verfassungstext gesichert werden, sondern findet seine wesentliche Wurzel in den Verfassungsvoraussetzungen. Der Staat hat nicht eine gute Verfassung, sondern ist in guter Verfassung: Er [...] dokumentiert in seiner Verfassung die durch das Staatsvolk und die Staatsorgane erarbeitete staatliche Wirklichkeit, soweit sie als rechtliche Errungenschaft festgeschrieben und kontinuierlich erneuert werden soll.“

und legt es nahe, die Frage nach der Integration durch Verfassungsrecht nicht pauschal, sondern mit Blick auf verschiedene Regelungszusammenhänge zu beantworten, in denen Integration möglicherweise Verschiedenes bedeutet. Es sind zwei Verfassungsrechtskreise zu unterscheiden und zuzuordnen, das demokratische System der Staatswillensbildung (politische Integration) und die Grundrechte als Bereich individueller Identität (gesellschaftliche Integration). Bei der Frage, was Integration in diesen Regelungskreisen bedeutet, werden zwei Annahmen zugrundegelegt. Erstens: Integration ist Aufgabe und Ziel des Verfassungsrechts, soweit Regelungsgegenstand die rechtlich steuerbare Erzeugung und Festigung von Konsens und kollektiver Identität durch Inhalte, Verfahren und Institutionen ist. Integration ist aber auch ein vorrechtlicher und rechtlicher Steuerung nicht zugänglicher Vorgang, eine Verfassungsvoraussetzung, an die Recht allenfalls anknüpfen kann. Zweitens: Integration ist keine selbständige, sondern eine sekundäre, dienende Verfassungsfunktion; sie begleitet und stützt die primären Ordnungs- und Regelungsaufgaben der Verfassung.⁴²

3. *Integration als regulatives Prinzip der öffentlichen und privaten Autonomie*

a) *Demokratische Selbstbestimmung und gesellschaftliche Integration*

Im Bereich der politischen Integration durch „gemeinschaftliche Demokratie“⁴³ und „öffentliche Autonomie“⁴⁴ geht es um Einrichtungen und Verfahren, in denen sich Wille und Lebensform einer bestimmten Rechtsgemeinschaft widerspiegeln. Hier sind, in unterschiedlichen Graden und mit verschiedenen Bezugspunkten, Gleichförmigkeit, Homogenität, Übereinstimmung und Einheit die Integrationsmittel zur Gemeinschaftsbildung. Die gesellschaftliche Integration, angeleitet durch das „Prinzip der Selbständigkeit“ und durch „private Autonomie“,⁴⁵ lässt hingegen Raum für Vielfalt. Selbständigkeit, mögliche und nötige Verschiedenheit sind hier das Mittel der Integration. Das Ordnungsprinzip der öf-

⁴² In der Sache ähnlich die politologische Beschreibung von Hans Vorländer *Integration durch Verfassung?*, in: ders. (Fn. 40), 9 ff., der zwischen der „instrumentellen“ und „symbolischen“ Funktion der Verfassung unterscheidet.

⁴³ Ronald Dworkin *Gleichheit, Demokratie und die Verfassung: Wir, das Volk und die Richter*, in: Preuß (Fn. 33), 171 ff., 196.

⁴⁴ Zum Begriff Jürgen Habermas *Zur Legitimation durch Menschenrechte*, in: ders. *Die postnationale Konstellation*, 1998, 170 ff.; Günter Frankenberg *Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, 1997, 127 ff.

⁴⁵ Dworkin (Fn. 43), 196 ff.; Habermas (Fn. 44), 171 f.

fentlichen Autonomie, des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips, ist die Notwendigkeit der demokratischen Selbstbestimmung durch politische Selbstregierung, durch Mehrheit. Der Kern der privaten Autonomie liegt in der Selbstbestimmung und Identitätsbildung des einzelnen, der Gruppen und Minderheiten.

Die Selbstbestimmung im demokratischen System vollzieht sich in Entscheidungsprozessen, die vom Staatsvolk ausgehen und den demokratischen Zurechnungszusammenhang schaffen.⁴⁶ Akte der Staatsgewalt müssen sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und „ihm gegenüber verantwortlich werden“.⁴⁷ Diese öffentliche Autonomie fasst das Bundesverfassungsgericht so: „Der Staat des Grundgesetzes ist der Entscheidungs- und Verantwortungszusammenhang [...], vermittels dessen sich das Volk nach der Idee der Selbstbestimmung aller Bürger seine Ordnung [...] setzt. Weil er der freien Selbstbestimmung aller [...] einen institutionellen Rahmen verbürgt, kommt dem Staat Hoheitsgewalt [...] zu.“⁴⁸

Integration durch Verfassungsrecht überlappt sich hier mit der primären Ordnungsfunktion des Verfassungsrechts zum demokratischen Prinzip: Formen und Regeln für Entscheidungsprozesse⁴⁹ und die Bestimmung der Aktivbürgerschaft haben integrierende Wirkung.⁵⁰ Insbesondere die Staatsangehörigkeit, Anknüpfungspunkt für demokratische Partizipation und Integration, ist ein Instrument der Schließung und Gemeinschaftsbildung, aber auch des Ausschlusses und der Differenz im Bereich der öffentlichen Autonomie. Das normative Integrationsinstrument genügt indes nicht. Sowohl als Voraussetzung wie zur Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen benötigt der demokratische Entscheidungszusammenhang Übereinstimmung und Einheit, die von vorrecht-

⁴⁶ Die Ausgestaltung des Grundsatzes der Volkssouveränität nach Art. 20 Abs. 2 GG verlangt eine demokratische Legitimationskette – personelle, institutionelle, funktionelle und sachliche Legitimation umfassend – vom Volk zu den mit den staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtsträgern, BVerfGE 47, 253, 275; vgl. auch BVerfGE 83, 60, 73. Dazu *Matthias Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 155 ff., 265 ff.

⁴⁷ BVerfGE 93, 37, 66.

⁴⁸ BVerfGE 44, 125, 142, in Anknüpfung an *Ulrich Scheuner* Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie (1961), in: *ders.* Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, 245, 246.

⁴⁹ Zur „effektiven Integration des Staatsvolkes“ als Maßstab des Wahlverfahrens BVerfGE 95, 408, 420 ff. – Grundmandatsklausel.

⁵⁰ Historische Erfahrung und dogmatische Konstruktion belegen, dass gerade die Staatsform der Demokratie auf ein bestimmbares Kollektivsubjekt angewiesen ist. Die Ordnungsfunktion des Rechts betrifft die Mitgliedschaft in diesem Subjekt.

lichen und rechtlich nicht steuerbaren Faktoren abhängen. Die vom Bundesverfassungsgericht betonte „freie Selbstbestimmung aller Bürger“ im demokratischen Prozess greift die in der politischen Philosophie ständig präsente Idee – zugleich ein Mythos – der Übereinstimmung von Regierenden und Regierten auf.⁵¹ Der zutreffende Kern dieser Fiktion liegt in der Notwendigkeit, Mehrheitsentscheidungen in einem solchen Verfahren und mit solchem Inhalt zu treffen, dass sie auch für die zuletzt Unterlegenen akzeptierbar sind, also nicht als Fremdbestimmung erscheinen. Solche Bereitschaft zur Akzeptanz, die Fähigkeit zur „loyalen Hinnahme der Mehrheitsentscheidung“,⁵² beruht letztlich auf entsprechenden Einstellungen der Staatsbürger. „Die moralische Substanz des einzelnen und die Homogenität der Gesellschaft sind [...] die Garanten der Freiheit.“⁵³ Die nicht-normative demokratische Integration ruht also auf der Homogenität der Gesellschaft – was damit verlangt ist, unterliegt ganz unterschiedlicher Einschätzung.⁵⁴ Außer Frage steht allein, dass es ohne „Ko-

⁵¹ „Identität von Regierenden und Regierten“, *Schmitt Verfassungslehre* (Fn. 20), 245 ff.; *Jean-Jacques Rousseau Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts* (1762), übers. von Brockard, 1977, Buch I, Kap. 6, 17: „Finde eine Form des Zusammenschlusses, die mit ihrer ganzen gemeinsamen Kraft die Person und das Vermögen jedes einzelnen Mitgliedes verteidigt und schützt und durch die doch jeder, indem er sich mit allen vereinigt, nur sich allein gehorcht und genau so frei bleibt wie vorher“; zur Kritik nur *Josef Isensee* Mehrheitswille und Minderheit im demokratischen Verfassungsstaat, in: Anton Rauscher (Hrsg.) *Mehrheitsprinzip und Minderheitenrecht*, 1988, 109, 120: es bedürfe der „demokratie-sophistischen Virtuosität eines Rousseaus oder der demokratie-gläubigen Einfalt, um dieser Formel eine leidliche Plausibilität abzugewinnen“.

⁵² *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratie als Verfassungsprinzip (1987), in: *ders.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl. 1992, 289, 333; vgl. auch *Frankenberg* Die Verfassung (Fn. 44), 213.

⁵³ *Gabriele Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 221; *Hasso Hofmann* Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, 71 ff.

⁵⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner nationalstaatlichen Sicht auf den Vertrag von Maastricht Homogenität mit deutlichen Anleihen an ethnisch-kulturelle Einheitsvorstellungen bestimmt: „Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabengebiete, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet [...], rechtlichen Ausdruck zu geben.“ BVerfGE 89, 155, 186. Vgl. auch *Paul Kirchhof* Europäische Einigung und Verfassungsstaat, in: *Josef Isensee* (Hrsg.) *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, 2. Aufl. 1993, 63, 79: „Die europäischen Staaten der Gegenwart schirmen sich [...] nicht gegenüber anderen Staaten oder Bürgern anderer Staaten ab, bewahren aber ihre Eigenständigkeit in einem durch Geburt und Herkunft verwandten Staatsvolk, einem ihm zugehörigen Raum und der kulturellen Gemeinsamkeit von Sprache, Religion, Kunst und geschichtlicher Erfahrung.“ Eingehend hierzu *Joseph H. H. Weiler* Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR n. F.

dex der Staatsethik“⁵⁵ auch keinen Staat gibt. Weil es um nicht-normative Integrationsmechanismen geht, lässt sich indes weder verfassungsrechtlich noch verfassungstheoretisch entscheiden, welche Art und welcher Grad von Homogenität gefordert sind, um eine politische Entscheidungsgemeinschaft zu erhalten. Es ist nun einmal „das Schicksal der freiheitlichen Verfassung“, dass sie die „Voraussetzung eines Minimums an gemeinsamen Wertüberzeugungen nicht zur normativen Verfügung hat und normativ nicht gewährleisten kann.“⁵⁶ Was normativ nicht verfügt werden kann, lässt sich auch nicht in normative Aussagen fassen. Möglich sind nur Vermutungen, deren Grad an Plausibilität steigt, wenn neben dem verfassungsrechtlichen Regelungskreis der öffentlichen Autonomie der Bereich individueller Selbstbestimmung Berücksichtigung findet.

Während es im Bereich der öffentlichen Autonomie um die notwendige Einheit als Voraussetzung einer demokratischen Gemeinschaft geht, dreht es sich im Bereich der privaten Autonomie um die mögliche Vielfalt, die es dem einzelnen und Gruppen, seien letztere Gruppen der Mehrheit oder Minderheit, erlaubt, ihre eigene Identität zu bilden und zu verwirklichen – kulturell, religiös, gesellschaftlich. Das juristische Medium privater Autonomie sind die grundrechtlichen Freiheiten, deren Wirkungsbedingungen von denen der politischen Partizipationsrechte und der hoheitlichen Befugnisse abweichen: individuelle Selbstbestimmung, möglicherweise also Minderheit statt Mehrheit, Verschiedenheit statt Einheit; statt formaler Entscheidungsverfahren die staatliche Gewährleistung formaler Freiheit, die vom einzelnen, nicht von der Mehrheit, mit Inhalt gefüllt wird, subjektives Recht statt allgemeines Gesetz. Integration bedeutet hier nicht Konsens, normativ geformt oder nicht-normativ vorausgesetzt, sondern die Möglichkeit, individuelle Identität zu bilden und zu bewahren.

44 (1996), 91 ff. Die „relative Homogenität“ kann aber auch auf andere Grundlagen zurückgeführt werden, als „Übereinstimmung im Selbstverständnis und in der Art und Weise des Zusammenlebens“, das sich auf verschiedene kulturelle Faktoren gründen kann, möglicherweise aber auch nicht mehr als ein „gemeinsames politisches Bekenntnis“ umfasst, Böckenförde (Fn. 6), 109 ff. Im letzten Fall entsteht integrationsverbürgende Homogenität bereits dann, wenn eine Gesellschaft in den Grundsatzfragen politischer Ordnung übereinstimmt und ihre Identität nicht in ethnisch-kulturellen Gemeinsamkeiten gründet, sondern in der staatsbürgerlichen Praxis, demokratische Teilhabe- und Kommunikationsrechte aktiv auszuüben, *Habermas* (Fn. 7), 656.

⁵⁵ Michael Stolleis „Staatsethik“ oder: Vom sittlichen Staat zu den Bürgertugenden, *KritV* 78 (1995), 58 ff.

⁵⁶ Klaus Schlaich Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, 254.

b) *Das Zusammenwirken politischer und gesellschaftlicher Integration*

Die Gegenüberstellungen ließen sich weiter fortführen. Sie wurzeln letztlich in der altbekannten Unterscheidung demokratischer und rechtsstaatlicher Freiheit. Entscheidend ist indes nicht diese Gegenüberstellung. Wichtiger ist, ob die für die politische Integration notwendige Einheit und die im Dienste gesellschaftlicher Integration mögliche Vielfalt zusammenhängen oder vielleicht sogar einander bedingen.⁵⁷ Wenn der staatlich-demokratische Entscheidungszusammenhang, um allgemeine Gesetze und ihre Akzeptanz zu ermöglichen, der Grundübereinstimmung der Staatsbürger bedarf, dann hat die Vorstellung besonderen Reiz, dass individuelle Grundrechte nicht nur Schranken demokratischer Mehrheitsentscheidungen bezeichnen (was sie zweifellos sind), sondern auch demokratische Selbstbestimmung fördern. Je mehr grundrechtliche Identität durch Verschiedenheit gebildet werden kann, desto geringer kann der notwendige Grad demokratischer Homogenität sein.⁵⁸

Aus diesem Blickwinkel kann das Verhältnis von demokratischer Integration und individueller und gruppenbildender Autonomie mit einer (widerlegbaren) Vermutung bestimmt werden. Das für alle geltende Gesetz als Ausdruck des demokratischen Entscheidungszusammenhangs hat dort seinen Platz, wo es um die alle Staatsbürger gleichermaßen erfassende politi-

⁵⁷ Diese Fragestellung hat dann wenig Sinn, wenn Integration als ausschließlich metajuristisches Phänomen angesehen wird, das verfassungstheoretischer und verfassungsrechtlicher Klärung nicht zugänglich ist. Dann kommt es, wie in der Verfassungslehre *Carl Schmitts*, zwar zur Verbindung rechtsstaatlicher und politischer Bestandteile der Verfassung, aber die Art und Weise der Verbindung ist letztlich beliebig, *Schmitt Verfassungslehre* (Fn. 20), 125, 200: „Die Prinzipien der bürgerlichen Freiheit können wohl einen Staat modifizieren und temperieren, aber nicht aus sich heraus eine politische Form begründen.“ Zur Trennung von Demokratie und „Liberalismus“ vgl. *Carl Schmitt Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1926), 6. Aufl. 1985, 5 ff.

⁵⁸ Demjenigen, der eine demokratische Entscheidung inhaltlich nicht akzeptiert oder an ihr mangels Partizipationsrechts nicht teilhat, bleibt der Raum individueller Identität. Aus der Perspektive des demokratischen Entscheidungszusammenhangs setzt dies indes auch voraus, dass Entscheidungen im Grundsatz die gleiche Rücksicht auf die Interessen der Entscheidungsunterworfenen nehmen. Im Zusammenwirken von Partizipation, Interessenberücksichtigung und Selbständigkeit entsteht die Chance der „gemeinschaftlichen Demokratie“ statt der „statistischen Demokratie“. *Ronald Dworkin* hat den Gegensatz beider so beschrieben: „Wir konstruieren eine statistische Demokratie, indem wir die Machtverhältnisse und Funktionen unter den Bürgern, Regierungsvertretern und Institutionen so arrangieren, daß politische Entscheidungen generell mit dem Mehrheitswillen übereinstimmen. Eine gemeinschaftliche Demokratie erfordert freilich mehr: wir brauchen stützende Institutionen und Hintergrundvoraussetzungen, die die erforderlichen demokratischen Grundeinstellungen – kollektive Verantwortung und individuelles Urteil – anregen und nähren“, *Dworkin* (Fn. 43), 191.

sche Integration geht. Dagegen soll der Gesetzgeber in „Fragen der Kultur, der Religion, der schulischen Erziehung und überhaupt der Entwicklung ethischer Vorstellungen“⁵⁹ mit allgemeinen Gesetzen zurückhaltend sein. Das allgemeine Gesetz ist im demokratischen System Ausdruck der freien Selbstbestimmung, im grundrechtlichen Bereich Schranke der Freiheit. Das Mehrheitsprinzip steuert die politisch-demokratische Integration, nicht die kulturelle Integration. Mehrheit darf nicht ins Feld geführt werden, wenn es um religiös, ethisch oder kulturell begründete Vorstellungen des individuellen Lebens geht, es sei denn, dass die individuellen Vorstellungen geeignet sind, die Grundvoraussetzungen demokratischer Integration zu erschüttern; umgekehrt muss die ethische Selbstverständigung von politischer Gerechtigkeit getrennt werden.⁶⁰ Die politische Geschichte seit dem Zeitalter der Glaubenspaltung zeigt die desintegrativen Potentiale ethisch-religiöser Vorstellungen. Es spricht also einiges für die „Entkopplung“ der beiden Integrationsbereiche, für die Neutralisierung der alle Staatsbürger umfassenden politischen Integration „gegenüber den Differenzen, die innerhalb des Staates zwischen den ethisch-kulturellen, um je eigene Konzeptionen des Guten integrierten Gemeinschaften bestehen“.⁶¹ Vielleicht ist die Vermutung plausibel, dass der politische Raum der Einheit von rechtlich geschützten Bereichen der Verschiedenheit profitiert: Die zur Einheitsbildung zwingend erforderliche Breite und Tiefe des politischen Konsenses können geringer bemessen sein, wenn sich grundrechtliche Möglichkeiten der Verschiedenheit vergrößern.⁶² Wenn Einigkeit über das Recht besteht, im Bereich der privaten Autonomie verschieden zu sein,⁶³ steigt die Chance, in Konsens vom Konsens unabhängig zu werden.⁶⁴

⁵⁹ Erhard Denninger Der einzelne und das allgemeine Gesetz, KJ 28 (1995), 428, 463 f.

⁶⁰ Hirsch (Fn. 21), 169 f.

⁶¹ So Jürgen Habermas Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Charles Taylor Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, 1993, 147, 181.

⁶² Das entspricht dem auf Talcott Parsons zurückgehenden soziologischen Grundgesetz, wonach zunehmende Verschiedenheiten im Gesellschaftssystem eine zunehmende Verallgemeinerung der für alle verpflichtenden „noch möglichen“ Einheitssymbolik erfordern, vgl. Niklas Luhmann Grundwerte als Zivilreligion, in: ders. Soziologische Aufklärung 3, 1981, 293, 300.

⁶³ So ist wohl auch Kants Konzeption des „ethischen Naturzustandes“ zu verstehen, in dem sich die „politischen Bürger auch innerhalb eines politischen Gemeinwesens befinden“, Immanuel Kant Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, zit. nach Wilhelm Weischedel (Hrsg.) Werkausgabe, 1983, Bd. 7, 645, 753 f., mit dem Zusatz: „Weh aber dem Gesetzgeber, der eine auf ethische Zwecke gerichtete Verfassung durch Zwang bewirken wollte! Denn er würde dadurch nicht allein gerade das Gegenteil der ethischen bewirken, sondern auch seine politische untergraben und unsicher machen.“

⁶⁴ Diese Entkopplung der beiden Integrationsbereiche führt nicht zu ihrer Beziehungslosigkeit. Die grundrechtliche Anerkennung eines gleichen Selbstbestimmungs-

III. Problemfelder und Prüfsteine

Die These, politische und kulturelle Integration seien wegen unterschiedlicher Integrationsmaßstäbe und -ziele zwar zu trennen, gleichzeitig aber auch aufeinander zu beziehen, muss eine dreifache Bewährungsprobe bestehen. Sie darf der Verfassung nicht widersprechen, sie muss zur Auslegung von Verfassungsnormen bei der Beantwortung von Einzelfragen beitragen können, und sie sollte schließlich in der Lage sein, verfassungspolitischem Argumentieren eine rationale Grundlage zu geben. Das soll an zwei Fragenkreisen überprüft werden.

1. *Die personalen Voraussetzungen politischer Partizipation*

Demokratie besteht nicht in einem rechtlichen Vakuum von normativ gesteuerten Ableitungs- und Entscheidungszusammenhängen. Sie setzt eine politische Organisation mit Mitgliedern voraus, von denen der demokratische Prozess ausgeht und für die er mit seinen vielen Verästelungen stattfindet. Mehrheit und Minderheit, Autorität und Legitimität setzen politische Grenzen der Mitgliedschaft, die Verständigung über Kriterien der Zugehörigkeit und des Ausschlusses voraus. Die politische Philosophie verwendet das Erklärungsmodell des Gesellschaftsvertrages, das Verfassungsrecht bleibt lapidar und spricht vom „Volk“ (Art. 20 Abs. 2 GG), in der Präambel und in Art. 146 des Grundgesetzes vom „Deutschen Volk“. Ähnlich anderen Verfassungen gibt das Grundgesetz keine Auskunft, was ein Volk ausmacht. Der zutreffende, wenngleich schon strittige Hinweis, dass ausschließlich die Staatsangehörigkeit die Mitgliedschaft im Volk als „Trägerverband des Staates“⁶⁵ vermitteln kann,⁶⁶ verschiebt nur die Frage: Worin bestehen die verfassungsrechtlichen und vorrechtlichen Prinzipien der Staatsangehörigkeit? Diese scheinbar schlichte Frage aus dem Zentrum der Demokratietheorie eröff-

rechts aller begründet auch die Teilhabe des Einzelnen an Herrschaftsakten, vgl. *Werner Heun* Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983, 96.

⁶⁵ *Josef Isensee* Nationalstaat und Verfassungsstaat – wechselseitige Bedingtheit, FS Gerd Roellecke, 1997, 137, 142.

⁶⁶ So BVerfGE 83, 37, 51; 83, 60, 71 ff. – Ausländerwahlrecht; zustimmend etwa *Horst Dreier* in: ders. (Hrsg.) GG, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn. 83 f.; *Peter Badura* Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 897, 907; *Jestaedt* Demokratieprinzip (Fn. 46), 204 ff.; anders *Brun-Otto Bryde* Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ 1989, 257 ff.; *Hans Meyer* Wahlgrundsätze und Wahlverfahren, HStR II, 1987, § 38 Rn. 4 ff.

net bekanntlich ein weites Feld von Verständnissen dessen, was Staatlichkeit, demokratische Autorität und legitime Normsetzung bedeutet.

Auf der einen Seite findet sich die Auffassung, Subjekt demokratischer Selbstbestimmung könne nur ein Volk als homogene Nation sein, die aus objektiven Vorgegebenheiten entstehe: aus gemeinsamer Sprache und Geschichte, kultureller und wirtschaftlicher Übereinstimmung, gemeinsamer ethnischer Herkunft und Religion. Die objektiven Faktoren begründeten subjektiv das Gefühl der kollektiven Identität, des sozialen Zusammenhangs und gemeinsamen Schicksals.⁶⁷ Auf diese Homogenität könne kein Staat verzichten, hier und nur hier gründe Bürgerethos und Legitimität des demokratischen Entscheidungszusammenhangs.⁶⁸ Diese Forderung nach substanzhafter Homogenität im unauflösbaren Dreischritt von Volk, Nation und Staat geht auf *Carl Schmitt* zurück⁶⁹ und teilt dessen Zurückweisung von Integration durch Verfassung: Das Volk ist eine vorrechtliche, ethnisch-kulturelle Einheit, die als Nation Staat und Verfassung hervorbringt. Das Staatsangehörigkeitsrecht ist zwar die rechtliche Verfasstheit des Volkes, es „muß“ aber „an Vorgaben realer Homogenität und politischen Einheitswillens anknüpfen, die das Recht als solches nicht schaffen und nicht herbeizwingen [...]“

⁶⁷ *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, zit. nach: Werke, Bd. 7, 1976, 414 (Zusatz zu § 268): „Durch die Gewalt, meint die Vorstellung oft, hänge der Staat zusammen; aber das Haltende ist allein das Grundgefühl der Ordnung, das alle haben.“

⁶⁸ So *Josef Isensee* Nachwort, in: ders. (Fn. 54), 103, 122f.: „Ohne ein gewisses Maß an Homogenität kann kein Staat bestehen. Der Wille zur politischen Einheit, der eine Menschengruppe zum Volk als Nation und damit zum möglichen Subjekt demokratischer Selbstbestimmung werden läßt, knüpft an objektive Vorgegebenheiten an, etwa geopolitische Lage, wirtschaftliche Interessen, Geschichte, Sprache, zivilisatorische Standards, Ethos, Kultur, Religion. [...] Die Demokratie ist [...] nur lebensfähig, wenn das Volk als ihr Herrschaftsträger innere Konsistenz aufweist, der Wille zur politischen Einheit es zusammenhält und dieser Wille hinreichend Homogenitätsgrund findet.“ Vgl. auch *dens.* Abschied der Demokratie vom Demos, FS Paul Mikat, 1989, 705, 707 ff.; *Paul Kirchhof* Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR VII, 1992, § 183 Rn. 25: „Die europäischen Staaten der Gegenwart schirmen sich somit nicht gegenüber anderen Staaten oder Bürgern anderer Staaten ab, bewahren aber ihre Eigenständigkeit in einem durch Geburt und Herkunft verwandten Staatsvolk, einem ihm zugehörigen Raum und der kulturellen Gemeinsamkeit von Sprache, Religion, Kunst und geschichtlicher Erfahrung“, ebd. Rn. 27: „Der Gedanke der Nation [erklärt] den Staat aus der Mitte der kulturellen, religiösen, ökonomischen und politischen Vorbefindlichkeiten [...]“

⁶⁹ *Schmitt* Verfassungslehre (Fn. 20), 228 ff., 249 ff.; *ders.* Parlamentarismus (Fn. 57), 14: „Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen.“

kann“.⁷⁰ Das Recht insgesamt ist organisches Produkt der Gemeinschaft.

Eine ganz andere Rolle erhält das Recht, wenn es eingesetzt wird, um das Volk, die Gesellschaft, als Subjekt demokratischer Selbstbestimmung zu formen.⁷¹ Dies bedeutet die Ablösung der Staatsangehörigkeit von der ethnisch-kulturellen Nationalität und ersetzt den vorrechtlichen Substanzbegriff durch einen „juristischen Volksbegriff“: Das Staatsvolk nach Art. 20 Abs. 2 GG ist dann eine durch das Staatsangehörigkeitsrecht definierte Personengesamtheit und eine erst auf diese Weise zur Einheit verbundene Gruppe von Menschen.⁷² Natürlich verlangt auch dieses Konzept Übereinstimmung über gemeinsame Wertüberzeugungen, über Rechte und Pflichten, Freiheit und Solidarität. Die unverfügbare Schicksalsgemeinschaft, die Erklärung des Staates „aus der Mitte“ der außerrechtlichen „Vorbefindlichkeiten“⁷³ aber weicht der durch Recht integrierten Entscheidungsgemeinschaft, die kulturell geprägte Nation der Staatsbürgernation, das konkrete Volk dem abstrakten Subjekt von Souveränitätsrechten.

Beide Verständnisse von Gemeinschaftsbildung als Anknüpfungspunkt politischer Partizipation sind vom Grundgesetz weder vorgegeben noch ausgeschlossen.⁷⁴ Der europäischen nationalstaatlichen Tradition entspricht die Vorstellung des ethnisch-kulturell homogenen Volkes als des natürlichen oder sogar einzig denkbaren Subjekts demokratischer Selbsteinwirkung. Die einfachrechtliche Ausgestaltung des Staatsangehörigkeitsrechts in Deutschland ist seit der Mitte des 19. Jahrhunderts von die-

⁷⁰ *Isensee* Abschied der Demokratie vom Demos (Fn. 68), 706.

⁷¹ Vgl. *Habermas* (Fn. 7), 633 f., 637 f., 643; *ders.* Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: *ders.* (Fn. 44), 91, 98 ff.; *Brun-Otto Bryde* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, *StWissStPrax* 5 (1994), 305 ff.

⁷² *Rolf Grawert* Deutsche und Ausländer, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, 319, 326 ff.

⁷³ *Kirchhof* (Fn. 68), Rn. 27.

⁷⁴ Auch wenn dies gelegentlich für eine der beiden Positionen behauptet wird, etwa *Rogers Brubaker* Einwanderung und Nationalstaat in Frankreich und in Deutschland, *Der Staat* 28 (1989), 1, 15: Es lasse sich „eine grundsätzliche ethno-kulturelle Konzeption der Nation sogar im Grundgesetz der Bundesrepublik erkennen“. *Albert Bleckmann* Anwartschaft auf die deutsche Staatsangehörigkeit?, *NJW* 1990, 1397, 1399: Das Staatsangehörigkeitsrecht dürfe „nur solchen Personen die deutsche Staatsangehörigkeit verleihen, welche der deutschen Nation angehören, also in hinreichendem Maße in die deutsche Kulturnation integriert sind.“ Vgl. auch *Rupert Scholz/Arndt Uhle* Staatsangehörigkeit und Grundgesetz, *NJW* 1999, 1510, 1512 f.; *Burkhardt Ziemke* Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundgesetz, 1995, 56 ff., 209 ff.

ser Konzeption getragen,⁷⁵ deren Vorteile auf der Hand liegen: Eine vorrechtliche Prägung der Zusammengehörigkeit einer begrenzten Zahl von Menschen, für den einzelnen Zugehörigkeit zu einer Gruppe, für die Gruppe Originalität in Abgrenzung zu anderen, liefert die Grundlage für „staatsbürgerliche Solidarität“,⁷⁶ gegenseitige „Loyalität“⁷⁷ und politische Mobilisierung. Vergangene Übersteigerungen der Nation hindern nicht, dies anzuerkennen. Dennoch: In einer Epoche der Individualisierung, des kulturellen Pluralismus, der Globalisierung und Europäisierung verliert diese Basis staatlicher Integration an Überzeugungskraft. Individualisierung löst Solidarbeziehungen und vorrechtliche Gemeinsamkeiten auf. Dies gilt im Verhältnis der Staatsbürger, es lässt sich aber auch regional im Verhältnis der Bundesländer zeigen: Die verschärften Konflikte um den Kernpunkt bundesstaatlicher Solidarität, den Länderfinanzausgleich, können auch als Versuch der Aufkündigung von Solidarität zwischen finanzstarken und finanzschwachen Ländern verstanden werden. Es versteht sich nicht länger von selbst, dass vorrechtliche Gemeinsamkeiten Beistandspflichten legitimieren. Kultureller Pluralismus befördert die Erosion der Homogenitätsquelle Religion. Europäisierung und Globalisierung sprengen die nach innen gerichteten, selbstgenügsamen Gruppenzusammenhänge. Sie lockern die der ethnisch-kulturell geprägten Staatsangehörigkeit in besonderer Weise eigene Grundbeziehung von Schutz und Gehorsam zwischen Staat und Bürger; diese hängt mit der Existenz einer Vielzahl von Territorialstaaten zusammen, verträgt sich dagegen nur schlecht mit transnationalen funktionalen Ordnungen oder der Vorstellung eines Weltstaates. Eine Erneuerung und Stärkung der Integration des demokratischen Staates sollte deshalb das Gewicht vorrechtlicher Homogenitätsmerkmale vermindern, ohne sie zu verdrängen.⁷⁸

⁷⁵ Vgl. *Ziemske Staatsangehörigkeit* (Fn. 74), 230 ff.; *Weiler* (Fn. 54), 115 ff. Eindringlich zur Entwicklung und auch dazu, dass die Einführung des *ius sanguinis* nichts mit rassistischen oder gar rassistischen Vorstellungen einer Blutsgemeinschaft zu tun hatte, *Dieter Gosewinkel* Einbürgern und Ausschließen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland, 2001, 281, 321 ff., 325.

⁷⁶ So ausdrücklich *Habermas* Die postnationale Konstellation (Fn. 71), 99, und *Isensee* (Fn. 65), 144: „Die personenrechtliche Bindung der Bürger konstituiert das Staatsvolk als Solidargemeinschaft [...]“.

⁷⁷ *Weiler* (Fn. 54), 121 f.: „Nation bietet nicht nur einen Platz für die Familienlosen, Stammeslosen, sondern fordert, indem sie über Familien und Stamm hinausgeht, Loyalität – das Höchste im Reich der Nationalgefühle – gegenüber denjenigen, die nicht unmittelbar durch ‚natürliche‘ Blutsbande oder durch Eigennutz mit der eigenen sozialen Einheit verbunden sind.“

⁷⁸ Wer hier zu sehr den aktuellen Trend abgebildet sieht, sollte nicht vergessen, dass die Grundlage des Staates in der Einigung statt der unverfügbaren Substanz nicht ohne his-

Das Staatsvolk als Subjekt des demokratischen Prozesses ist nicht einfach die Funktion einer natürlichen Einheit der Nation. Es ist das Staatsvolk selbst, das über seine Eigenschaften, die notwendige rationale und vor-rationale Übereinstimmung „im Selbstverständnis und in der Art und Weise des Zusammenlebens“⁷⁹ entscheidet. Die notwendige relative Gemeinsamkeit dürfte zumindest die gemeinsame Sprache,⁸⁰ nicht im Sinne eines kulturindifferenten Verständigungsmittels, sondern als Teil der kulturellen Tradition, und die Einigkeit über Grundregeln des Zusammenlebens umfassen, die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ (Art. 18 S. 1, Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG) in der treffenden Auslegung der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.⁸¹ Über alles weitere entscheidet, veränderbar, das Staatsvolk. Allerdings: Die Möglichkeit der

torisches Vorbild ist. Bei der Entstehung des Deutschen Reiches 1866/1871 ging die formale und rechtliche Einigung der umfassenden Bildung des Nationalbewusstseins voraus. Durchaus folgerichtig gab es anfangs keine Reichsstaatsangehörigkeit, sondern allein die Staatsangehörigkeit der Bundesstaaten, vgl. *Paul Laband* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl. 1911, 134; *Stephan Hobe* Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht. Auf dem Weg zum Europäischen Bundesstaat?, *Der Staat* 32 (1993), 245, 252f. Auch mit Blick hierauf stellte *Hermann Heller*, den das Bundesverfassungsgericht in seiner Maastricht-Entscheidung zu Unrecht als Gewährsmann für die Notwendigkeit substanzieller Homogenität zur Bildung eines Staatsvolkes benannte (BVerfGE 89, 155, 186), in seiner Staatslehre fest: „Weder das Volk noch die Nation dürfen als die gleichsam natürliche Einheit angesehen werden, die der staatlichen Einheit vorgegeben wäre und sie selbsttätig konstituierte. Oft genug war es [...] umgekehrt die staatliche Einheit, welche die ‚natürliche‘ Einheit des Volkes und der Nation erst gezüchtet hat. [...] Gemeinsam erlebte staatliche Schicksale sind für die Entstehung des Bewußtseins der Volkszugehörigkeit und erst recht für die Herausbildung eines nationalen Willens oft von entscheidender Bedeutung“, *Hermann Heller* Staatslehre (1934), in: *ders.*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, 2. Aufl. 1992, 81, 164f.

⁷⁹ *Böckenförde* (Fn. 6), 109.

⁸⁰ Insoweit zu Recht *Paul Kirchhof* Deutsche Sprache, HStR I, 1987, § 18 Rn. 33: „Die sprachliche Homogenität konstituiert das deutsche Staatsvolk“. Zur gemeinsamen Sprache als Lebelement der Demokratie auch *Josef Isensee* Staat im Wort. Sprache als Element des Verfassungsstaates, FS Carl Heymanns Verlag, 1995, 571ff.; *Höffe* Demokratie (Fn. 3), 184ff.

⁸¹ BVerfGE 2, 1, 12f.: Ordnung, „die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.“

Einheitsbildung durch rationalen Konsens über rechtlich fassbare und gefasste Überzeugungen, eine Neuauflage der alten Idee der Bürgergesellschaft, hat Grenzen.⁸² Die nicht substanzhaft vorgegebene Einheit verlässt sich auf die Entscheidung des einzelnen; politische Aktivität ist Voraussetzung der Staatlichkeit. Nicht eine Korporation, sondern die Assoziation im demokratischen Entscheidungszusammenhang schafft die Einheit. Das bedeutet: Auch dieses Konzept ist auf vorrechtliche Bedingungen angewiesen, die der Integration durch Verfassung vorausgehen. Sie bestehen nicht im kulturellen Gesamtzusammenhang der Nation, sondern – so *Jürgen Habermas* – im „konsonanten Hintergrund [...] rechtlich nicht erzwingbarer Motive und Gesinnungen eines am Gemeinwohl orientierten Bürgers“.⁸³ Realistischer sollte man wohl sagen: Es geht um das rationale Interessenkalkül ursprünglich isolierter Menschen.

Die jeweiligen Vorzüge und Nachteile einer Integration durch substantielle präkonstitutionelle Einheit oder den permanenten Prozess des Sich-Vertragens erinnern an die oben formulierte Regel: Im Bereich der politischen Integration sollte es auf nicht mehr (aber auch nicht weniger) als relative Homogenität ankommen, während die gesellschaftliche Integration gerade durch kulturelle Vielfalt zu gewährleisten ist. Das bietet die Chance, von der Staatstradition der unterstellten Einheit und Schicksalsgemeinschaft dort abzurücken, wo die damit verlangte Homogenität nicht (mehr) besteht. Es geht nicht darum, die Identität des Staatsvolks möglichst prinzipiengetreu zu bestimmen, sondern die verschiedenen Elemente zu kombinieren. Ein Zusammenführen vorrechtlicher Elemente und bestätigender voluntativer Akte verstärkt die Chancen der Stabilität der politischen Ordnung.

2. *Veränderungen im Staatsangehörigkeitsrecht*

Das Staatsangehörigkeitsrecht bestimmt mittels Homogenität den Personenverband, dem politische Teilhaberechte zukommen. Zum Volk, an das die Staatsorganisation rückgebunden ist, gehören Ausländer nicht. Dieser Ausschluss setzt die weitgehende Identität von Staatsangehörigen und Gebietsansässigen voraus.⁸⁴ Demokratie wurzelt in der Selbstbestimmung der Gewaltunterworfenen. Wenn Globalisierung und Migration den regelmäßigen Zusammenhang von Gebietsansässigkeit

⁸² Eindringlich *Otto Depenheuer* Integration durch Verfassung?, DÖV 1995, 854, 857 ff.

⁸³ *Habermas* (Fn. 7), 641.

⁸⁴ *Böckenförde* (Fn. 52), S. 297 ff.; *Stephan Hobe* Das Staatsvolk nach den Grundgesetz, JZ 1994, 191 ff., 194 f.

und Staatsangehörigkeit aufzulösen drohen,⁸⁵ dann muss das Staatsangehörigkeitsrecht darauf reagieren. Legitimationskraft demokratischer Entscheidungen stellt sich nur ein, wenn alle, die auf Dauer der Staatsgewalt unterworfen sind, zu einem Personenverband zusammenwachsen.⁸⁶ Das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht versucht dem mit der Reform des Jahres 1999 Rechnung zu tragen.⁸⁷ Vergegenwärtigt man sich, dass Änderungen des Staatsangehörigkeitsrechts eine bestimmte „Politik der Identität“⁸⁸ ausprägen und institutionell verfestigen, dann ist die Erweiterung der gesetzlichen Erwerbsgründe trotz begrenzter Auswirkungen bemerkenswert. Neben das Abstammungsprinzip (*ius sanguinis*) tritt das Geburtsortprinzip (*ius soli*).⁸⁹ Ein in Deutschland geborenes Kind ausländischer Eltern erwirbt kraft Gesetzes die deutsche Staatsangehörigkeit,⁹⁰ wenn ein Elternteil seit acht Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und eine Aufenthaltsberechtigung und seit mindestens drei Jahren eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis besitzt (§ 4 Abs. 2 StAG).⁹¹ Diese im internationalen Ver-

⁸⁵ Migrationen umfassen zwar nur einen kleinen Teil der Gesamtbevölkerung, aber der Kreis der im Staatsgebiet vereinten – integrierten – Personen verliert an „Selbstbezogenheit, vorstaatlich selbstverständlicher Kontinuität und [...] korporativer Struktur“, *Johannes Masing* Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001, 22. In Deutschland lebten 1998 gut 7,3 Millionen Ausländer. Mehr als 50 Prozent von ihnen hielten sich länger als zehn Jahre, knapp 30 Prozent sogar 20 Jahre und mehr in Deutschland auf. 1997 hatten 11,5 Prozent der in Deutschland geborenen Kinder ausländische Eltern, 18,6 Prozent zumindest einen ausländischen Elternteil (Zahlenangaben nach: Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1997, 68f.; 1999, 71f.), dazu *Herwig Birg* Bevölkerungsentwicklung, Alterung und Einwanderungen in Deutschland – Entwicklung seit dem Zweiten Weltkrieg und Ausblick auf das 21. Jahrhundert, in: Albrecht Weber (Hrsg.) Einwanderungsland Bundesrepublik Deutschland in der Europäischen Union, 1997, 63ff.

⁸⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat es deshalb als Aufgabe des Gesetzgebers bezeichnet, für eine hinreichende Deckung zwischen den Inhabern politischer Rechte und der dauerhaft staatlicher Herrschaft unterliegenden Wohnbevölkerung zu sorgen, BVerfGE 83, 37, 51f.

⁸⁷ Gesetz zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts vom 15. Juli 1999 (BGBl. I 1618); zur Vor- und Entstehungsgeschichte des Gesetzes *Günter Renner* Was ist neu am neuen Staatsangehörigkeitsrecht, ZAR 1999, 154ff.

⁸⁸ *Rogers Brubaker* Staats-Bürger. Deutschland und Frankreich im historischen Vergleich, (dt.) 1994, 236. Vgl. auch *Gosewinkel* Einbürgern (Fn. 75), 11, 14f. u. ö.

⁸⁹ Zur gegenläufigen Einschränkung des Abstammungsprinzips vgl. § 4 Abs. 4 StAG und hierzu *Masing* Wandel (Fn. 85), 6ff.

⁹⁰ Der Erwerb ist unabhängig von weiteren Staatsangehörigkeiten, die nach dem Abstammungsprinzip erlangt werden.

⁹¹ Der betreffende Elternteil muss allerdings zur Erlangung dieser unbefristeten Aufenthaltserlaubnis Bindungen an das gesellschaftliche Leben in Deutschland nachweisen,

gleich⁹² weitgehende Entscheidung, bereits der zweiten Generation von Einwanderern die deutsche Staatsangehörigkeit zu verleihen, ist jedoch mit einer auflösenden Bedingung versehen. Um mehrfache Staatsangehörigkeit zu vermeiden, besteht eine Erklärungs- und Abwahlpflicht bei Erreichen der Volljährigkeit.⁹³ Der gesetzliche Erwerb verbindet sich mit einer Einbürgerungsentscheidung des einzelnen.⁹⁴ Diese Reformschritte verschieben Akzente in der Politik der Identität: Zum Teil rückt das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht, unverändert im Kernbereich des Abstammungsprinzips, vom Leitbild vorstaatlicher innerer Verbundenheit des Staatsvolkes ab; voluntative Elemente des Bekenntnisses, zugehörig sein zu wollen, treten hinzu. Die Verbindung des Geburtsortprinzips mit der Abwahlpflicht begrenzt die Akzentverschiebung. Der verlangte Verzicht auf Bindungen zu einem anderen Staat trägt den Charakter einer materiell-substanzhaften Einbindung in die deutsche Gesellschaft. Die Veränderungen des Staatsangehörigkeitsrechts enthalten damit nicht mehr (aber auch nicht weniger) als vorsichtige Reaktionen auf Herausforderungen durch Globalisierung und Migration. Es läge außerhalb des Könnens von Gesetzgebung und Verfassungsänderung, mit

so etwa die Fähigkeit, „sich auf einfache Art in deutscher Sprache mündlich verständigen zu können“ (§ 24 Abs. 1 Nr. 4 AuslG).

⁹² In Frankreich erlangt die zweite Einwanderergeneration die Staatsangehörigkeit erst mit 18 Jahren, unmittelbar durch die Geburt erst die dritte Generation, vgl. *Gerard-René de Groot* Staatsangehörigkeit im Wandel. Eine rechtsvergleichende Studie über Erwerbs- und Verlustgründe der Staatsangehörigkeit, 1989, 87.

⁹³ Erklärt der Betreffende, die ausländische Staatsangehörigkeit behalten zu wollen, oder gibt er keine Erklärung ab, so verliert er mit Zugang der Erklärung bei der Behörde oder mit Vollendung des 23. Lebensjahres kraft Gesetzes die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 29 Abs. 1 und 2 StAG). Kritisch *Scholz/Uhle* (Fn. 74), 1515.

⁹⁴ Auch die Voraussetzungen einer Einbürgerung im Einzelfall hat das neue Staatsangehörigkeitsrecht, in sich folgerichtig, bei der Anspruchseinbürgerung verändert. Die geforderte Aufenthaltsdauer beträgt acht statt bisher 15 Jahre (§ 85 Abs. 4 AuslG). Grundsätzlich wird die Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit verlangt (§ 87 AuslG). Aufschlussreich sind die weiteren Einbürgerungsvoraussetzungen: Der Einbürgerungswillige muss ein ausdrückliches Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes ablegen und erklären, keine verfassungsfeindlichen Bestrebungen zu unterstützen (§ 85 Abs. 1 Nr. 1 AuslG). Der Anspruch auf Einbürgerung ist ausgeschlossen, wenn der Bewerber verfassungsfeindliche Bestrebungen (dazu § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG) oder gewaltbereite Gruppierungen des Ausländerextremismus (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 BVerfSchG) unterstützt (§ 86 Nr. 2 AuslG). Ein weiterer neuer Ausschlussgrund ist das Fehlen „ausreichender Kenntnisse der deutschen Sprache“ (§ 86 Nr. 1 AuslG). Die systematische Einordnung als Ausschlussgrund bedeutet, dass ausreichende Sprachkenntnisse grundsätzlich unterstellt und nur bei einem Anlass zu Zweifeln überprüft werden sollen, vgl. die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 14/533, 18.

ihren Mitteln nationale Identität modifizieren zu wollen.⁹⁵ Der Integration durch Verfassung sind enge Grenzen gezogen, soweit es um die personelle Anknüpfung staatsbürgerlicher Rechte geht.

3. *Kulturelle Integration durch Verschiedenheit*

Indem staatlich-politische Integration Übereinstimmung verlangt, ermöglicht sie zugleich gesellschaftlich-kulturelle Verschiedenheit. Grundrechte, „in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“,⁹⁶ verbürgen individuelle Selbstbestimmung. Das ist etwas anderes als demokratische Mitbestimmung. Diese richtet sich auf Einheitsbildung durch Mehrheitsentscheidung, individuelle Selbstbestimmung ist notwendig der Mitbestimmung anderer entzogen. Grundrechtliche Freiheit ist, vom Staat aus, aber auch von anderen Grundrechtsträgern aus betrachtet, formale Freiheit.⁹⁷ Ihren Inhalt bestimmt der Grundrechtsträger. Integration durch Verfassung bedeutet hier: Respekt der Verfassung für Verschiedenheit. Das ist nicht gleichzusetzen mit einer grundrechtlich eingesetzten oder gar instrumentalisierten Konfliktgesellschaft. Aber gegenläufige Entfaltungen grundrechtlicher Freiheit sind zunächst hinzunehmen. Das Konfliktlösungspotential entsteht aus folgendem: Gesellschaftliche Verschiedenheit und politische Einheitsbildung stehen nicht unverbunden nebeneinander. Verklammert werden sie durch das (allgemeine) Gesetz, das als Produkt demokratischer Entscheidung über die nach dem Grundgesetz sorgfältig differenzierten Gesetzesvorbehalte und immanenten Grenzen den Grundrechten Schranken zieht.⁹⁸

⁹⁵ Soweit das Selbstverständnis der Nation in kollektiven Bewusstseinsprozessen gewachsen ist, steht dies abrupten rechtsnormativen Kurswechseln entgegen. Die heftige öffentliche Debatte im Vorfeld der Reform des Jahres 1999 hat gezeigt, dass Gesetzgebung über die Voraussetzungen der Staatsbürgerschaft allenfalls Anstoß zur Diskussion nationaler Identität sein kann, ein Faktor in der Entwicklung. Recht begleitet als Teil der kollektiven Erfahrung die nationale Identität.

⁹⁶ BVerfGE 7, 198, 204f.

⁹⁷ BVerfGE 102, 370, 395.

⁹⁸ Der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der Kernbereich der anderen Grundrechte, der sich mit dem grundgesetzlichen Begriff des „Wesensgehalts“ (Art. 19 Abs. 2 GG) umschreiben lässt, ist jeder Einwirkung und Verkürzung, auch auf der Grundlage des mehrheitlich für richtig gehaltenen Gesetzes, absolut entzogen. In seinen beiden Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch hat das Bundesverfassungsgericht deshalb betont, grundrechtlich gefordert sei der Schutz des Lebens jedes Ungeborenen, nicht der statistische Schutz (BVerfGE 39, 1, 58ff.; 88, 203, 252). Gleiches gilt für den Kernbereich etwa des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) oder der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG). Die letzten Residuen privater Lebensgestaltung sind staatlichen Eingriffen, selbst wenn sie gesetzmäßig sind, entzo-

Das Verhältnis von grundrechtlicher Differenz und politischer Einheit lässt sich an drei neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu religiös motivierten Konflikten zeigen. Wenn das Gericht im Kruzifix-Beschluss⁹⁹ die bayerischen Normen über die Anbringung eines Kreuzes in den Klassenzimmern der öffentlichen Schulen im Ergebnis zu Recht für verfassungswidrig erklärte,¹⁰⁰ weil sich der Staat durch umfassende Gewährleistung der Religionsfreiheit zu religiöser Neutralität verpflichtet habe, dann nimmt dieses „liberale“¹⁰¹ Verständnis die Grundrechte als Element gesellschaftlichen Pluralismus ernst. Die staatliche Pflichtschule darf „keine Verbindlichkeit für christliche Glaubensinhalte“ beanspruchen.¹⁰² „Der Staat, in dem Anhänger unterschiedlicher oder gar gegensätzlicher religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen zusammenleben, kann die friedliche Koexistenz nur gewährleisten, wenn er selbst in Glaubensfragen Neutralität bewahrt.“¹⁰³ Die Entscheidung ist auch deshalb aufschlussreich, weil das Sondervotum dreier Richter diese Funktionsweise der Grundrechte in der Absichtung vom demokratischen

gen. BVerfGE 80, 367, 373 ff.: „Das Bundesverfassungsgericht erkennt jedoch einen letzten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung an, der der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist [...]. Selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit können Eingriffe in diesen Bereich nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt [...].“ Außerhalb der absolut geschützten Kernzonen des Grundrechts muss das Gesetz vermitteln: im Bereich der alltäglichen Konflikte zwischen mehreren Grundrechtsträgern, zwischen Grundrechten und objektivem Verfassungsrecht, zwischen grundrechtlichem Minderheitenschutz und gesetzlich festgelegtem Mehrheitswillen. Dabei müssen das Gesetz und die verfassungsgerichtliche Kontrolle des Gesetzes die Bedeutung der Grundrechte als Minderheitenrechte und das Ziel beachten, Vielfalt zuzulassen. Die Leitlinien der Vermittlung legt das Grundgesetz selbst jedenfalls in Ansätzen fest. Grundrechte mit besonderer Bedeutung für die kulturelle Identität des Grundrechtsträgers (Art. 5 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) sind nur verfassungsimmanenten Beschränkungen zugänglich. Grundrechte mit einfachem oder qualifiziertem Gesetzesvorbehalt (z.B. Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Art. 8 GG) stehen dagegen, unter Beachtung der Schranken-Schranken, der Einflussnahme des Mehrheitswillens stärker offen; normgeprägte Grundrechte wie das Eigentumsrecht (Art. 14 GG) sind der Ausgestaltung des Gesetzgebers unterstellt.

⁹⁹ BVerfGE 93, 1 ff.

¹⁰⁰ Ausführlich *Bernd Jeand'Heur/Stefan Koriath* Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 102 ff.

¹⁰¹ *Denninger* (Fn. 59), 431. Etwas unpräzise spricht *Otfried Höffe* Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, 1996, 273, von einem „liberalen Demokratieverständnis“. Tendenziell anders die frühere Rechtsprechung, die das Verständnis der Grundrechte als objektive Wertordnung in den Mittelpunkt stellt: BVerfGE 7, 198 – Luth; BVerfGE 4, 7, 15 f. – Bild der „gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Person“.

¹⁰² BVerfGE 93, 1, 23.

¹⁰³ BVerfGE 93, 1, 16. Anders noch BVerfGE 41, 29, 50 f.; 52, 223, 242.

Mehrheitsbereich verkennt. Die plakative Kritik, der Beschluss etabliere die negative Religionsfreiheit als „Obergrundrecht“, das religiöse Überzeugungen der „überwältigenden Mehrheit“¹⁰⁴ vernachlässige, übersieht nicht nur, dass ein Eingriff in die Religionsfreiheit durch Verstoß gegen das objektiv-rechtliche Neutralitätsprinzip (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 1 WRV) in Rede stand.¹⁰⁵ Der Mehrheitswille kann für sich genommen grundrechtliche Beeinträchtigungen im Einzelfall nicht rechtfertigen.¹⁰⁶ Das Leitbild einer religiös homogenen Gesellschaft hat keine grundrechtliche Relevanz. Der Grundrechtsschutz der Minderheit hängt nicht davon ab, dass unzumutbare Beeinträchtigungen im Einzelfall vorliegen.¹⁰⁷ Gegenüber einer Forderung nach Homogenität dort, wo sie zur gesellschaftlichen Integration nur beitragen könnte, wenn Übereinstimmung fraglos bestünde, hat das Bundesverfassungsgericht seine liberale Interpretation der religiösen Grundrechte als Rechte (auch) der Verschiedenheit konsequent fortgesetzt. Das Urteil zu den Voraussetzungen, unter denen eine Religionsgemeinschaft nach Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erlangen kann,¹⁰⁸ erinnert daran, dass der neutrale Staat „mangels Einsicht und geeigneter Kriterien“ im Bereich „genuin religiöser Fragen nichts regeln und bestimmen“, insbesondere Glaube und Lehre einer Religionsgemeinschaft nicht bewerten dürfe. Dem Träger grundrechtlicher Freiheit „ist es überlassen, ob und wie er seinen Freiheitsraum ausfüllt. [...] Der Grundrechtsträger muss sein Handeln nicht an den Interessen des Staates orientieren“, sondern sich rechtstreu verhalten.¹⁰⁹ Die Entfaltung von Maßstäben einer auf Vielfalt

¹⁰⁴ BVerfGE 91, 1, 32 – Sondervotum.

¹⁰⁵ Über eine Verletzung dieses Prinzips lässt sich streiten. Sie hängt vom Aussagegehalt des Kreuzes ab.

¹⁰⁶ Vgl. *Gerhard Czermak* Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung, NJW 1995, 3349, 3351: „Die Einsicht, daß das demokratische Mehrheitsprinzip für individuelle Grundrechte nicht gilt, sondern daß Grundrechte, abgesehen von echten Kollisionen, niemals majorisiert werden dürfen – ein Kernbestand unseres Grundrechtssystems – scheint weithin unbekannt“.

¹⁰⁷ In diese Richtung etwa *Christoph Link* Stat Crux? Die „Kruzifix“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 3353, 3356, der nur ausnahmsweise einen im Wege der Abwägung zu ermittelnden Grundrechtsschutz der Minderheit anerkennen will, „wenn ein ‚Lernen unter dem Kreuz‘ wegen dessen ‚appellativer‘ Funktion als unzumutbar empfunden wird“. Das weist der Minderheit die Rolle des rechtlich tolerierten, aber nicht gleichberechtigten Außenseiters zu.

¹⁰⁸ BVerfGE 102, 370.

¹⁰⁹ BVerfGE 102, 370, 394f., gegen BVerwGE 105, 117ff., wonach die Loyalität zum Staat ungeschriebene Voraussetzung des Körperschaftsstatus sei. Die spezifisch staatskirchenrechtlichen Aporien der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts seien nur angedeu-

setzenden gesellschaftlichen Integration setzt sich im Urteil vom 15. Januar 2002 fort, das religiös motiviertes Schächten grundrechtlichem Schutz unterstellt.¹¹⁰ Wiederum ging es um das Verhältnis zwischen religiös-weltanschaulicher Neutralität des Staates, Mehrheitskultur und Minderheitsrechten. Das Bundesverfassungsgericht bekräftigt die Freiheit von Religionsgemeinschaften, in den Grenzen der Verfassung ihre besonderen, subjektiv unbedingten religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen in der Gesellschaft zur Geltung zu bringen. Das entspricht dem Prinzip der Trennung von Einheitlichkeit voraussetzender politischer Integration und gesellschaftlicher Integration durch Vielfalt. Die Grundrechte stehen Versuchen entgegen, die Spannungen zwischen Mehrheits- und Minderheitskultur einseitig zu Lasten der Minderheit aufzulösen. Vielleicht ist dem Urteil sogar zu entnehmen, dass gesellschaftliche Integration durch Pluralismus nur gelingen kann, wenn „scharf geschnittene Positionen nicht nivelliert, sondern ausgestellt werden“.¹¹¹ Das allgemeine Gesetz, im Fall des Schächtens das Tierschutzgesetz, ist dementsprechend auszulegen und anzuwenden, hier im Hinblick auf die im Einzelfall möglichen Ausnahmen vom Grundsatz des Schächterverbots.¹¹² Das ist kein Plädoyer für eine soziologisch fragwürdige multikulturelle Mosaikgesellschaft. Aber gegen einen Zerfall einer pluralistischen Gesell-

tet. Das Gericht versteht, im Ansatz völlig zu Recht, den Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 5 WRV als „Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit“. Die grundrechtliche Deutung, mit der die historisch begründete Zweiteilung des Religionsrechts in das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) und das institutionelle Staatskirchenrecht (Art. 140 GG) überbrückt wird, steht vor der Schwierigkeit, dass mit dem Körperschaftsstatus Hoheitsrechte eröffnet werden, die ihrerseits grundrechtlich gebunden sind. Hier bindet das Gericht das Verhalten der Religionsgemeinschaft an die fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG, an die staatlichem Schutz anvertrauten Grundrechte Dritter sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts. Das indes lässt sich mit der grundrechtlichen Deutung des Körperschaftsstatus kaum erklären.

¹¹⁰ BVerfG NJW 2002, 663.

¹¹¹ Christian Geyer Kein Opium fürs Tier, FAZ v. 16. Januar 2002, 41. Kritisch dagegen, wiederum auf die Kultur der Mehrheit Bezug nehmend, Georg Paul Hefty Desintegration, ebd., 1: Das Bundesverfassungsgericht habe mit seinem Urteil zum Schächten „die tatsächliche Integration der freiwillig dauerhaft hier lebenden Ausländer nicht befördert, sondern den Multikulturalismus zum Standard erhoben, wonach die Gesetze eines Landes so weit gedehnt werden müssen, daß sich unter ihrem Schirm jede Lebensart entfalten kann“.

¹¹² Der grundrechtliche Schutz des religiös motivierten Schächtens ist europaweit strittig: Für den Schutz ÖsterrVerfGH, EuGRZ 1999, 600; dagegen BVerwGE 99, 1 und BVerwGE 112, 227. Vgl. Katharina Pabel Der Grundrechtsschutz für das Schächten, EuGRZ 2002, 220ff.

schaft in Separatgesellschaften hilft nicht die Orientierung fremder Kulturen auf eine scheinbar intakte „Leitkultur“, sondern nur die Verpflichtung auf die allgemeinen Gesetze.

IV. Integration und europäisches Verfassungsrecht

Bei der Bedeutung des fortschreitenden Prozesses der europäischen Einigung für das staatsbezogene Konzept der Integration durch politische Einheit und Identität einerseits, begrenzte Vielfalt und Differenz andererseits sind zwei Aspekte zu unterscheiden, erstens die Auswirkungen der europäischen Einigung auf die Integration durch Verfassung innerhalb des Mitgliedstaates, zweitens die Möglichkeit europäischer Integration und Identitätsbestimmung durch europäisches Verfassungsrecht.¹¹³

1. Europäische Einigung und nationale Integration durch Verfassung

Kraft des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts¹¹⁴ gibt es in Deutschland zwei Schichten des Verfassungsrechts.¹¹⁵ Es gibt allerdings nicht zwei voneinander unterschiedene demokratische Legitimationszusammenhänge, entsprechend den Ebenen des Bundes und der Länder in der bundesstaatlichen Verfassungsordnung. Europäisches Recht wird nicht im demokratischen Zusammenhang der Selbstregierung gewonnen.¹¹⁶ Das Primärrecht der Europäischen Union ist

¹¹³ Zur Verwendbarkeit des Begriffs Verfassungsrecht in Bezug auf das Primärrecht der EG und der EU *Ingolf Pernice* Deutsches und europäisches Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 149, 150f.; bereits *Hans Peter Ipsen* Europäische Verfassung – nationale Verfassung, EuR 1987, 195, 196.

¹¹⁴ Das nationale Verfassungsrecht akzeptiert den Anwendungsvorrang jedenfalls prinzipiell durch die in der Präambel angedeutete und in Art. 23 Abs. 1 GG geregelte Offenheit für eine europäische Integration. Zu den Grenzen der Ermächtigung der Europäischen Gemeinschaft durch das deutsche Zustimmungsgesetz BVerfGE 89, 155, 188; *Josef Isensee* Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, FS Klaus Stern, 1997, 1239ff. Auf die normative Verortung des Vorrangsprinzips – im nationalen Recht (so *Rudolf Strein* Europarecht, 5. Aufl. 2001, Rn. 203ff.) oder allein im Gemeinschaftsrecht (so *Claus Dieter Classen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.] GG, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 23 Rn. 17ff., 49ff.) – kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an.

¹¹⁵ *Armin von Bogdandy* Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses, Der Staat 39 (2000), 163ff.

¹¹⁶ Das zeigt sich am deutlichsten darin, dass das Europarecht nur über die Brücke des Rechtsanwendungsbefehles im nationalen Zustimmungsgesetz das nationale Recht errei-

Vertragsrecht der Gründerstaaten, von diesen abgeleitetes Recht. Die mitgliedstaatliche Mitwirkung an der europäischen Einigung und das Handeln europäischer Organe finden ihre demokratische Rückkopplung in den Institutionen und Entscheidungswegen des Mitgliedstaats,¹¹⁷ notwendigerweise in veränderter Form gegenüber rein innerstaatlichen Entscheidungen. Insbesondere wird das Parlament des Mitgliedstaats gegenüber der Exekutive in eine lediglich untergeordnete Rolle gedrängt. Es gibt indes eine Inkongruenz von Ableitungs- und Wirkungszusammenhang des europäischen Rechts. Es sind direkte und indirekte Einwirkungen des aus nationaler Sicht demokratisch schwächer legitimierten Gemeinschaftsrechts auf das nationale Recht feststellbar: im geschriebenen Verfassungsrecht zwar lediglich in Art. 28 Abs. 1 S. 3 (vgl. Art. 19 Abs. 1 EGV), Art. 88 S. 2, Art. 12 a Abs. 4 S. 2¹¹⁸ und Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG, aber das kommunale Wahlrecht für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft, der Übergang der Währungshoheit auf die Europäische Zentralbank und die Lockerung des Auslieferungsverbots betreffen empfindliche Elemente grundgesetzlicher Identität und politischer Integration. Schwerwiegender noch sind die im nationalen Recht ungeschriebenen Europäisierungen des deutschen Verfassungsrechts.¹¹⁹ Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts stuft die staatlichen Verfassungen zu teilweisen, nach Regelungsbreite und -tiefe vom Gemeinschaftsrecht abhängigen Ordnungen herab. Die grundgesetzliche Unterscheidung zwischen Bürger- und Menschenrechten ist im Anwendungsbereich der Verträge obsolet,¹²⁰ im Regelungsbe-
reich des Sekundärrechts sind Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitslehre Fassaden, das Demokratie- und Bundesstaatsprinzip haben unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts erhebliche Modifikationen erfahren. Die Verfassungen „regeln nicht mehr die Ausübung sämtlicher Hoheitsgewalt gegenüber dem Bürger, sondern nur noch denjenigen

chen kann: BVerfGE 89, 155, 190; *Peter Michael Huber* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194, 214ff.

¹¹⁷ Kommission, Rat und Europäischer Gerichtshof sind personell an die Regierungen der Mitgliedstaaten rückgebunden; zur Anbindung der Ratsvertreter an das nationale Verfassungsrecht BVerfGE 92, 203, 230ff.

¹¹⁸ Vgl. die auslösende Entscheidung EuGH NJW 2000, 497ff. – Tanja Kreil.

¹¹⁹ Vgl. *Eckart Klein* Gedanken zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, FS Klaus Stern, 1997, 1310ff.; *Michael Commichau* Nationales Verfassungsrecht und europäische Gemeinschaftsverfassung, 2. Aufl. 1998; *Ingolf Pernice* Maastricht, Staat und Demokratie, Die Verwaltung 26 (1993), 449ff.; *Huber* (Fn. 116), 200f.

¹²⁰ Vgl. *Hartmut Bauer/Wolfgang Kahl* Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?, JZ 1995, 1077ff.

Teil, der nicht unionsrechtlich determiniert ist“.¹²¹ „Teil“ bedeutet dabei: Es gibt je nach Regelungsbereich nebeneinander stehende Verfassungsräume der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten, aber auch Rechtsverbünde beider Verfassungsschichten. Das Ergebnis des Zusammenwirkens nationalen und europäischen Rechts¹²² mag man als „Mehrebenenrecht“¹²³ bezeichnen; juristischer Erkenntnisgewinn ist damit nicht verbunden.

Es steht außer Frage, dass mit diesen Überwölbungen und Beeinflussungen des staatlichen Verfassungsrechts der klassische demokratische Legitimationszusammenhang von souveränem Staat, Territorium und Staatsangehörigkeit gelockert wird. Tatsächlich und rechtlich unterliegt Staatlichkeit der Relativierung.¹²⁴ Sofern, wie hier vorgeschlagen, Integration durch Verfassung aber bedeutet, im Bereich der nationalen politischen Integration möglichst weit auf substanzhafte Homogenität zu verzichten, stellt dies den nationalen Legitimationszusammenhang nicht in Frage. Vielleicht bewirkt die fortschreitende europäische Einigung sogar eine Festigung nationalverfassungsrechtlicher Identität. Art. 6 Abs. 3 EUV verpflichtet die Union ausdrücklich zur Achtung der nationalen Identitäten; flankierend tritt das Gebot des Art. 141 Abs. 1 und 4 EGV hinzu, die kulturelle, nationale und regionale Vielfalt zu wahren. Dem entspricht Art. 22 der EU-Grundrechtscharta. Die Homogenitätsklausel des Art. 6 Abs. 1 EUV, verstanden als Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten, kann die eigene Verfasstheit im Rahmen der Union als Organisation kollektiver Ordnung stärken. Die Union verlangt die Stabilität der Nationalstaaten als Voraussetzung der Offenheit zu Europa. Die nationa-

¹²¹ *Armin von Bogdandy* Europäisierung der nationalstaatlichen Verfassung: Erosion des gesellschaftlichen Grundkonsenses?, in: Schuppert/Bumke (Fn. 35), 243, 245f.; *Peter Häberle* Das Grundgesetz als Teilverfassung im Kontext der EG/EU, FS Hartmut Schiedermaier, 2001, 81 ff.

¹²² Eine ganz neue Art der Einflussnahme eröffnet der Amsterdamer Vertrag. Mit Art. 6 Abs. 1 EUV gibt es erstmals eine – inhaltlich allerdings weit gefasste – Homogenitätsklausel, die für alle Hoheitsträger im europäischen Verbund einheitliche Standards demokratischer Rechtsstaatlichkeit vorgibt; dazu *A. Verhoeven* How Democratic Need European Union Members Be? Some Thoughts after Amsterdam, *European Law Review* 23 (1998), 217 ff.; der Union kommt nach Art. 7 EUV ein Wächteramt und eine Garantstellung für die Wahrung dieser Vorgaben zu.

¹²³ In Entsprechung zu dem in der Politologie beliebten Begriff des „Mehrebenensystems“, vgl. dazu *Markus Jachtenfuchs/Beate Kohler-Koch* Regieren im dynamischen Mehrebenensystem, in: dies. (Hrsg.) *Europäische Integration*, 1996, 15 ff. Dazu *Karl-E. Hain* Zur Frage der Europäisierung des Grundgesetzes, DVBl. 2002, 148, 149.

¹²⁴ *Pernice* (Fn. 113), 155. Nach *Christian Tomuschat* Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), 1, 20, ist der souveräne Staat ein „Anachronismus“.

len Verfassungsordnungen sind Rahmen und Voraussetzung der europäischen Verfassungsentwicklung. Dem entspricht es, dass die europäische Entwicklung seit 1986 und besonders seit 1992 in Deutschland zur Besinnung auf die nationale Identität beigetragen hat. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – anfechtbar im einzelnen – benennt wie kein anderes Urteil des Gerichts verfassungsrechtliche essentialia, indem es juristische Grenzmarken supranationaler Verfestigung bestimmt.¹²⁵ Es ist derzeit das Ende des abgeschlossenen Nationalstaates, das zur Bestimmung der Staatlichkeit zwingt. Solche Notwendigkeit der Bestimmung ist, historisch gesehen, nichts Ungewöhnliches. Mit Blick auf Deutschland: Die Jahre 1815, 1866/71, 1918, 1945/49 und 1990 haben politisch, philosophisch und juristisch jeweils solche Neubestimmungen erfordert. Ein Abgesang auf den Nationalstaat¹²⁶ oder Staatlichkeit überhaupt ist verfrüht. Feststellbar ist allein der Wandel vom souveränen Nationalstaat zum rechtlich gebundenen Mitgliedstaat. Europäische Einigung modernisiert das nationalstaatliche System.

2. *Europäische Integration durch europäisches Verfassungsrecht?*

Anders gelagert sind die Möglichkeiten einer Einheitsfindung der Bürger Europas durch europäisches Verfassungsrecht. Supranationale Politik und Rechtsetzung lässt sich nur in besonderer und begrenzter Weise demokratisieren, obwohl mit dem direkt gewählten Europäischen Parlament, der vom Parlament bestätigten Kommission und mit dem Europäischen Gerichtshof Gemeinschaftsorgane bestehen, die denen des Verfassungsstaats nachgebildet sind. Die begrenzte Übertragbarkeit der Kriterien demokratischer Legitimation auf die Union liegt nicht an behebbaren Mängeln der Institutionen, etwa fehlender Rechtsetzungsbefugnis des Parlaments. Die Gründe liegen auch nicht in erster Linie bei der im letzten Jahrzehnt vieldiskutierten Frage, ob es eines europäischen Volkes als Voraussetzung demokratischer Legitimation bedürfe, ob es ein solches Volk geben könne¹²⁷ und ob die Europäische Union, fehlender

¹²⁵ BVerfGE 89, 155 ff. Besonders markant: das Letztentscheidungsrecht der Mitgliedstaaten über die Kündigung der Gemeinschaftsverträge (S. 190); die Entscheidungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtsverletzungen „in Deutschland“ auch durch Rechtsakte der Gemeinschaft (S. 174 ff.).

¹²⁶ Gerd Nicolaysen *Der Nationalstaat klassischer Prägung hat sich überlebt*, FS Ulrich Everling, 1995, Bd. 2, 945 ff.

¹²⁷ Vgl. Dieter Grimm *Braucht Europa eine Verfassung?* (1995), in: *ders.* (Fn. 31), 215 ff.; Christian Koenig *Ist die Europäische Union verfassungsfähig?*, DÖV 1998, 268, 274.

Staatlichkeit zum Trotz, verfassungsfähig sei.¹²⁸ Die vorrechtlichen Voraussetzungen kollektiver Selbstbestimmung fehlen in der Europäischen Union – es gibt keine in einer gesamteuropäischen Öffentlichkeit diskutierten Alternativen der europäischen Politik, mittelfristig keine Parteien auf europäischer Ebene (vgl. aber Art. 191 EGV), keine kulturellen Voraussetzungen legitimer Mehrheitsentscheidungen.¹²⁹ Das Europäische Parlament ist tatsächlich national gegliedert, Wahlkämpfe werden mit nationalen Themen geführt, die Wahlbeteiligung ist niedrig. Viel wichtiger: Europäische Politik und Rechtsetzung – vom Primärrecht bis zu Einzelfallentscheidungen auf der Grundlage des Sekundärrechts – sind das Ergebnis „komplexer, multilateraler Verhandlungen [...], deren Ergebnisse von keinem einzelnen Verhandlungspartner einseitig bestimmt werden können“,¹³⁰ für die dann aber auch kein Verhandlungspartner oder deren Gesamtheit in einen durch Mehrheitswillen bestimmten Legitimationszusammenhang eingebunden werden kann.¹³¹ Diese Wirkungsweise einer auf Legitimation durch Verhandlung angewiesenen Union ließe sich nur in einem europäischen Bundesstaat überwinden, dessen Schaffung aber weder möglich noch erwünscht ist.¹³² Solange die Rechtserzeugung in internationalen Verhandlungen stattfindet, werden handelnde Staaten vorausgesetzt.

Wenn aber der demokratische Zusammenhang einer europäischen Selbstregierung fehlt, so fehlt auch die einheitsstiftende Grundlage für grundrechtliche Vielfalt.¹³³ Unabhängig davon, ob es erfolgversprechend sein könnte, die europäische Einigung als Ausprägung einer europäischen

¹²⁸ *Pernice* (Fn. 113), 163; *Rupert Scholz* Wege zur Europäischen Verfassung, ZG 17 (2002), 1, 4ff., sieht die Union bereits im Prozess einer „eigenständigen Verfassungsfindung“, der durch „völkerrechtlichen Verfassungsvertrag“ abgeschlossen werden sollte.

¹²⁹ Vgl. *M. Rainer Lepsius* Die Europäische Union. Ökonomisch-politische Integration und kulturelle Pluralität, in: Reinhold Viehoff/Rien T. Seegers (Hrsg.) Kultur – Identität – Europa, 1999, 201, 218ff. Anders wohl *Habermas* (Fn. 71), 134, 136: „kollektive Identität jenseits der Grenzen einer Nation“ sei als „Legitimitätsbedingung für eine postnationale Demokratie“ denkbar.

¹³⁰ *Scharpf* (Fn. 3), 230.

¹³¹ Vgl. *Udo Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, 99: „Im Staatenverbund [...] bewegt sich die Gesetzgebung in den Bahnen exekutiver Kooperation“, deren Kompromisslösungen „nur schwer als *volonté générale* des Volkes oder der Völker begriffen werden können“. Grundsätzlich anders *Pernice* (Fn. 113), 165ff., 167: Es seien „die Bürger der Mitgliedstaaten, die durch sukzessive Vertragswerke supranationale Hoheitsgewalt konstituieren“. Wiederum anders *Scholz* (Fn. 128), 6, der gerade den auf Verhandlungen beruhenden Vertragsschluss als Weg zur europäischen Verfassung ansieht.

¹³² Vgl. *Pernice* (Fn. 113), 150; *Manfred Zuleeg* Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union, NJW 2000, 2846, 2851; *von Bogdandy* (Fn. 115), 183.

¹³³ Anders *Pernice* (Fn. 113), 164.

Überzeugungs- und Wertgemeinschaft zu verstehen,¹³⁴ bietet das polyzentrische europäische Geschehen keine Grundlage für Freiheitsgewährleistungen, die über wirtschaftliche Freiheiten hinausgehen.¹³⁵ Es hilft nicht weiter, europäisches und nationales Verfassungsrecht zu „Komplementärverfassungen“ zu erklären.¹³⁶ Solange die Union Staatenverbund ist, muss europäisches Verfassungsrecht als Funktion des nationalen Verfassungsrechts verstanden werden, als „staatenvermitteltes“¹³⁷ Recht. Noch ist nicht ersichtlich, dass die „postnationale“, genauer supranationale „Konstellation“ neue Formen kollektiver Identität erzeugen, binden, vielleicht auch fragmentieren könnte. Natürlich könnte der Charakter des staatenvermittelten Rechts abgestreift und die Gemeinschaft durch einen europäischen Gründungsakt auf sich selbst gestellt werden. Solange ein solcher revolutionärer Bruch mit dem Bestehenden, ähnlich einer Entscheidung der verfassungsgebenden Gewalt, nicht stattfindet, steht der vertikale Ableitungszusammenhang einem eigenständigen, umfassenden horizontalen europäischen Integrationszusammenhang entgegen.

¹³⁴ Wolfgang Graf Vitzthum Die Identität Europas, EuR 37 (2002), 1, 7: Mit dem Primärrecht (vor allem Bestimmungen, die die allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätze betonen, etwa Art. 6 Abs. 1 EUV) „konstruiert“ Europa seine (vorstaatliche) Identität „aus sich heraus“. Helmut Steinberger Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis zwischen Europäischem Verfassungsrecht und deutschem Recht, FS Karl Doehring, 1989, 951, 968: Die „Rechtskultur“ als Niederschlag der „Wertvorstellungen [...]“, die in den wertpluralen, offenen Gesellschaftssystemen des freien Europa noch gemeinsam sind. Ohne einen Mindestbestand an solchen gemeinsamen Wertvorstellungen kann keine freie politische Gemeinschaft bestehen, auch nicht die Europäische Gemeinschaft.“ Mit Recht skeptisch von Bogdandy (Fn. 121), 250ff., 260; Ulrich Haltern Internationales Verfassungsrecht (Manuskript 2002), 28.

¹³⁵ Dem steht die Ende 2000 feierlich proklamierte Charta der Grundrechte der Europäischen Union nicht entgegen. Unabhängig davon, ob und wann sie geltendes Gemeinschaftsrecht sein wird, muss sie in ihren über wirtschaftliche Freiheiten hinausreichenden Abschnitten Symbol bleiben. Anders Graf Vitzthum (Fn. 134), 8f., wonach das „Europa der Charta [...] vor allem eine wertefundierte, mit den Mitteln des Rechts geschaffene Ordnung“ sei, die Identität schaffe: „Sie bietet dem Identitätsbedürfnis mehr als Bürokratie und den Euro“.

¹³⁶ Ingolf Pernice in: Dreier (Fn. 66), Art. 23 Rn. 20; insoweit zustimmend Huber (Fn. 116), 208f.

¹³⁷ Grimm (Fn. 127), 236, mit dem Zusatz: „Da die Verträge [...] keinen internen, sondern einen externen Zurechnungspunkt haben, sind sie auch nicht Ausdruck der Selbstbestimmung einer Gesellschaft über Form und Ziel ihrer politischen Einheit.“

Leitsätze des 1. Berichtstatters über:

Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?

1. Integration durch Verfassungsrecht zielt auf die Verknüpfungen des Verfassungsrechts mit Kultur, Politik, Lebenseinstellungen und Mentalitäten, und fragt nach den Möglichkeiten, ein Gemeinwesen mit den Mitteln des Rechts zusammenzuhalten. Nationale Identität und europäische Identität meinen die Übereinstimmung, die vom jeweiligen Verfassungsrecht vorausgesetzt wird und dessen Wirksamkeit ermöglicht.

2. Die aktuellen identitätsbedrohenden Desintegrationsfaktoren für den freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaat sind Globalisierungswirkungen, Europäisierung und innere Desintegration durch Individualisierung und zunehmende kulturelle Vielfalt.

3. Als Grenzbegriff zwischen Recht und Umwelt des Rechts eignet sich Integration nur dann zur Umschreibung einer „Verfassungsfunktion“, wenn die Integrationsaufgabe zumindest auch normativen Gehalt hat. Das muss differenzierend für organisationsrechtliche und grundrechtliche Regelungszusammenhänge untersucht werden, in denen Integration Verschiedenes bedeuten kann. Es sind zwei Verfassungsrechtskreise zu unterscheiden und zuzuordnen, das demokratische System der Staatswillensbildung (politische Integration) und die Grundrechte als Bereich individueller und gruppenbezogener Identität (gesellschaftliche Integration). Bei der Frage, was Integration durch Verfassungsrecht in diesen Regelungsbereichen bedeutet, werden zwei Annahmen zugrundegelegt:

a) Integration ist Aufgabe und Ziel des Verfassungsrechts, soweit Regulationsgegenstand die rechtlich steuerbare Erzeugung und Festigung von Konsens und kollektiver Identität durch Inhalte, Verfahren und Institutionen ist. Integration ist aber auch ein vorrechtlicher und rechtlicher Steuerung nicht zugänglicher Vorgang, eine Verfassungsvoraussetzung, an die Recht allenfalls anknüpfen kann.

b) Integration ist keine selbständige, sondern eine sekundäre, dienende Funktion des Verfassungsrechts. Sie begleitet und stützt die primären Ordnungs- und Regelungsaufgaben der Verfassung.

4. Im Bereich der politischen Integration durch „gemeinschaftliche Demokratie“ und „öffentliche Autonomie“ geht es um Einrichtungen und Verfahren, in denen sich Wille und Lebensform einer Rechtsgemeinschaft widerspiegeln.

Integrationsmittel sind staatsbürgerliche Freiheit und Gleichheit, Homogenität, Einheitsbildung. Das Ordnungsprinzip ist die politische Selbstregierung durch Mehrheit.

5. *Die gesellschaftliche Integration, angeleitet durch das „Prinzip der Selbstständigkeit“ und durch „private Autonomie“, lässt Raum für Vielfalt. Selbstständigkeit, mögliche und nötige Verschiedenheit sind hier die Mittel der Integration, der Identitätsbildung der einzelnen, der Gruppen und Minderheiten.*

6. *Das Verhältnis politischer und gesellschaftlicher Integration lässt sich mit einer widerlegbaren Vermutung bestimmen. Das für alle geltende Gesetz als Ausdruck des demokratischen Entscheidungszusammenhangs hat dort seinen Platz, wo es um die alle Staatsbürger gleichermaßen erfassende politische Integration geht. Dagegen soll der Gesetzgeber im Bereich der Kultur, der Religion, der schulischen Erziehung, überhaupt der Entwicklung ethischer Vorstellungen mit allgemeinen Gesetzen zurückhaltend sein. Der politische Raum der Einheit profitiert von rechtlich geschützten Bereichen der Verschiedenheit. Die zur Einheitsbildung zwingend erforderliche Breite und Tiefe des politischen Konsenses können geringer bemessen sein, wenn sich grundrechtliche Möglichkeiten der Verschiedenheit vergrößern.*

7. *Die personalen Voraussetzungen politischer Partizipation und Integration werfen die Frage nach den verfassungsrechtlichen und vorverfassungsrechtlichen Prinzipien der Staatsangehörigkeit zwischen den Polen ethnischnationaler Homogenität und rechtlich integrierter Entscheidungsgemeinschaft auf. Vom Grundgesetz sind beide Verständnisse der Gemeinschaftsbildung als Anknüpfungspunkt politischer Partizipation weder vorgegeben noch ausgeschlossen. Ein Zusammenführen vorrechtlicher Elemente und bestätigender Willensakte verstärkt die Chance der Stabilität der politischen Ordnung.*

8. *Kulturelle Integration ermöglichen die Grundrechte auch durch Respekt vor Verschiedenheit, was nicht mit einer grundrechtlich eingesetzten oder instrumentalisierten Konfliktgesellschaft gleichzusetzen ist. Gesellschaftliche Verschiedenheit und politische Einheitsbildung werden durch das (allgemeine) Gesetz verklammert, das als Produkt demokratischer Entscheidung den Grundrechten Schranken zieht. Gegen einen Zerfall einer pluralistischen Gesellschaft in Separatgesellschaften hilft nicht die Orientierung fremder Kulturen auf eine scheinbar intakte „Leitkultur“, sondern nur die Verpflichtung auf das allgemeine Gesetz.*

9. *Die europäische Einigung lockert den klassischen demokratischen Legitimationszusammenhang von souveränem Staat, Territorium und Staatsangehörigkeit. Sofern Integration durch Verfassung bedeutet, im Bereich der nationalen öffentlichen Autonomie möglichst weit auf substanzhafte Gleichheit zu verzichten, stellt die europäische Entwicklung die politische Integration durch Verfassungsrecht in den Mitgliedstaaten nicht in Frage.*

10. Für eine eigenständige, umfassende horizontale europäische Integration durch europäisches Verfassungsrecht fehlt der demokratische Zusammenhang einer europäischen Selbstregierung. Damit fehlt auch die einheitsstiftende Grundlage für grundrechtliche Vielfalt. Soweit mit der Europäischen Union ein Bezugsobjekt europäischer Identität besteht, erfasst dieses die (Teil-)Bereiche politischer und wirtschaftlicher Steuerungsaufgaben und weist stark instrumentellen Charakter auf. Noch ist nicht ersichtlich, dass die supranationale Konstellation neue Formen zugleich politischer und gesellschaftlicher Identität erzeugen, erhalten, vielleicht auch fragmentieren könnte.

Erster Beratungsgegenstand: Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts

Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?

2. Bericht von Prof. Dr. *Armin von Bogdandy*, Heidelberg*

Inhalt

	Seite
I. Bedeutungsebenen und Debatten	157
1. Identität durch Verfassung: ein neuer Zugang zu alten Fragen	157
2. Sprachwissenschaftliche Erkenntnisse	160
3. Anlässe und Anliegen verfassungsbezogener Identitätsdebatten	162
II. Vom Text zum Identitätsgehalt	166
1. Identität dank verfassungsunterfangener Rollen	166
2. Soziale Identität als soziales Konstrukt: das „Wörterbuch kollektiver Identität“	168
3. Identität durch Verfassungsrecht – eine Einschätzung seines Leistungspotenzials	170
III. „Verfassungsidentitätspolitik“: normative Grundpositionen	174
1. Verfassungsidentität zwecks Staatsschutz	174
2. Verfassungsidentität zwecks emanzipatorischer Reform	177
3. Verfassungsidentität als Freiheitsgefährdung	178
IV. Aufgabe, Kompetenz und Grenze: Verfassungsidentität verfassungsdogmatisch	180
1. Grundrechte und Identitätszumutungen	180
2. Verfassungsauftrag Identitätsbildung?	183
3. Europäische und nationale Identität: Konflikt, Koexistenz, Kooperation?	185
V. Was tun? – Folgerungen für die Verfassungsrechtswissenschaft	187

* Meinen Kollegen *Erhard Denninger*, *Günter Frankenberg*, *Jochen Abr. Frowein*, *Stefan Kadelbach*, *Paul Kirchhof*, *Ute Mager*, *Michael Stolleis* und *Rüdiger Wolfrum* danke ich für fruchtbare Kritik, meinen Mitarbeitern *Felix Arndt*, *Stephan Bitter*, *Felix Hanschmann* und *Stefan Häußler* für die Hilfe bei der Durchforstung einschlägiger Literatur und Rechtsprechung.

I. Bedeutungsebenen und Debatten

1. Identität durch Verfassung: ein neuer Zugang zu alten Fragen

Mein Bericht zieht die dreischichtige Aufgabenstellung des Titels in eine Untersuchung der identitätsformenden Rolle von Verfassungsrecht¹ zusammen. Dies ist kein hilfswissenschaftliches Randthema, sondern unter Verfassungen, die ihren Bestand zur Norm erhoben haben,² eine verfassungsrechtliche Schlüsselfrage. Viele sehen eine kollektive³ Identität der Bürger, ja ihre Verschmelzung zu *einem* kollektiven *Subjekt*, als unerlässliche Voraussetzung demokratischer Verfasstheit.⁴ Nach manchen

¹ „Verfassung“ meint „Verfassungsrecht“, und zwar deutsches wie europäisches; näher I. Pernice/P. M. Huber *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 148, 156ff., 194, 196ff. Die Terminologie „Unionsverfassung“ statt „europäische Verfassung“ soll ihren Charakter als bloße Teilverfassung Europas zum Ausdruck bringen.

² Zu den einschlägigen Bestimmungen des Grundgesetzes in Art. 79 Abs. 3 GG und den Mechanismen der wehrhaften Demokratie E. Denninger „Streitbare Demokratie“ und Schutz der Verfassung, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.) *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1994, § 16 Rn. 14ff.; H. H. Klein *Verfassungstreue und Schutz der Verfassung*, VVDStRL 37 (1979), 53, 72ff.; weniger deutlich die Aussagen der Unionsverfassung in Art. 7, 51 EU, Art. 240 EG; EuGH, Gutachten 1/91, EWR I, Slg. 1991, I-6079, Rn. 72; dazu J. Cruz Vilaça/N. Piçarra *Y a-t-il des limites matérielles à la revision des traités instituant les Communautés européennes?*, C. D. E. 1993, 3.

³ Dieser Bericht wird in Übereinstimmung mit der neueren sozialpsychologischen Forschung (Nachweise unten in Fn. 55) den Begriff der sozialen Identität in den Mittelpunkt stellen. Die *soziale Identität* eines Menschen umfasst alle Identitätsgehalte, die für sein Verhalten zu anderen Menschen relevant sind, mittels derer also das Individuum sich in der Gesellschaft positioniert und sein Handeln ausrichtet. Die *politische Identität* umschreibt jene Aspekte der sozialen Identität, die diese Positionierung und Orientierung mit Blick auf das politische Gemeinwesen vornimmt, F. Cerutti *Identità e politica*, in: ders. (Hrsg.) *Identità e politica*, 1996, 5, 13f. *Verfassungsidentität* umfasst hingegen jene Gehalte der sozialen Identität, die durch Verfassungsrecht geprägt sind. *Kollektive Identität* beschreibt die Gleichgerichtetheit der sozialen Identitäten der Mitglieder einer Gruppe.

⁴ BVerfGE 28, 36, 48; 40, 237, 251; 44, 125, 147; E.-W. Böckenförde *Die Nation – Identität in Differenz*, in: ders. *Staat, Nation, Europa*, 1999, 34, 37, 58; E. Pache *Europäische und nationale Identität durch Verfassungsrecht*, DVBl. 2002, 1154, 1156; J. Gebhardt *Einführung*, in: ders. (Hrsg.) *Verfassung und politische Kultur*, 1999, 7, 9; R. Münch *Europäische Identität*, in: Viehoff/Segers (Hrsg.) *Kultur, Identität, Europa*, 1999, 223; M. Zürn *Regieren jenseits des Nationalstaates*, 1998, 238; ansonsten sei die Mehrheitsentscheidung Unterjochung, so J. Isensee *Abschied der Demokratie vom Demos*, FS Mikat, 1989, 705, 708; J. H. H. Weiler *Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in: Nicolaidis/Howse (Hrsg.) *The Federal Vision*, 2001, 54, 67.

hängt bereits die Bereitschaft zum Rechtsgehorsam an einer kollektiven Identität der Rechtsunterworfenen.⁵ Da zahlreiche Gehalte kollektiver Identität als Erosionstendenzen ausgesetzt gelten,⁶ liegt die Frage nahe, ob nicht mittels der Verfassung *selbst* eine herrschaftstragende kollektive Identität gebildet werden kann.⁷ Anders formuliert: Hält die Verfassung das Gemeinwesen dadurch zusammen, dass sie den Bürger im Innersten formt?⁸

Angesichts dieses Zugriffs auf des Bürgers Seele kann es nicht nur um die Verfassung als Organisation von Herrschaft gehen. Das Thema „Identität“ ist engstens mit der Frage nach einem „guten“ oder „richtigen Leben“ verbunden.⁹ Die Verfassung ist somit als gesellschaftlicher Gesamtentwurf und Konzeption richtiger Lebensführung zu würdigen. Hinter wichtigen Rechtsakten leuchtet ein solches ethisches Verständnis der Verfassung,¹⁰ man denke nur an verfassungsrechtliche Erziehungsziele¹¹ oder viele Schulgesetze¹². Von hier ist es dann nur noch ein kleiner Schritt, die

⁵ J. Isensee Diskussionsbeitrag, VVDStRL 54 (1995), 115, 116; ders. Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, 545, 548; P. Graf Kielmansegg Integration und Demokratie, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (Hrsg.) Europäische Integration, 1996, 47, 50.

⁶ In diesem Sinne mit ganz unterschiedlichen Folgerungen U. Haltern Integration als Mythos, JöR 45 (1997), 31, 44ff., 86f., 159; P. Kirchhof Der demokratische Rechtsstaat – die Staatsform der Zugehörigen, in: HStR IX, 1997, § 221 Rn. 6, 64; aus der Soziologie N. Elias Die Gesellschaft der Individuen, 1987, 207ff.; H. Klages Traditionsbruch als Herausforderung, 1993, 253ff.; siehe auch die Beiträge in W. Heitmeyer (Hrsg.) Was treibt die Gesellschaft auseinander?, 1997.

⁷ J. Derrida Nietzsches Otobiographie oder Politik des Eigennamens, in: Frank/Kittler/Weber (Hrsg.) Fugen, Deutsch-Französisches Jahrbuch für Textanalytik, 1980, 64, 66.

⁸ In Anlehnung an A. de Tocqueville Über die Demokratie in Amerika, 1987, Bd. 1, 444; Bd. 2, 153ff. Das Verhältnis von Identität und gesellschaftlicher Integration wird nicht näher thematisiert. Es gilt die Vermutung einer engen Beziehung, so R. Smend Integrationslehre, in: ders. Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, 475; ders. Verfassung und Verfassungsrecht, ebd., 119, 136, 156. Nicht selten werden die Termini gar als Synonyme benutzt, so Isensee (Fn. 5), 117; zu möglichen Spannungen hingegen E. Denninger Integration und Identität, KJ 34 (2001), 442, 444.

⁹ So die zentrale These in C. Taylor Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität, 1994, 9, 15 und passim; ebenso D. Oyserman/H. R. Markus Das Selbst als soziale Repräsentation, in: Flick (Hrsg.) Psychologie des Sozialen, 1995, 140, 141.

¹⁰ E. Denninger Menschenrechte und Grundgesetz, 1994, 18f., 31f.; P. Häberle Europäische Verfassungslehre, 2001/2002, 273f.

¹¹ Übersichtlich B. Pieroth Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, DVBl. 1994, 949, 952 mit einer ausführlichen Auflistung der einzelnen Ziele.

¹² Vgl. nur § 2 HessSchulG; § 2 Abs. 1 BayEUG; § 4 Abs. 5 BrandSchulG.

Verfassung gar als Zivilreligion zu begreifen.¹³ Der Staat wird zur Kirche, die Richter am Bundesverfassungsgericht zu Hohepriestern und die Staatsrechtslehrer, je nach Standpunkt, zu Klerus, Kirchendienern oder Gemeinde.

Dieser Bericht untersucht alte Themen mit einem neuen Zugang, der sich neben Zugängen unter Begriffen wie „Integration“, „Grundkonsens“, „Grundwerte“, „Homogenität“ oder – so *Josef Isensee* – „Vaterland“¹⁴ eröffnet. Er ist lohnend: Der Zugang über die Identität der Bürger bietet aufgrund zahlreicher interdisziplinärer Anknüpfungspunkte substantielle Erkenntnisgewinne.¹⁵ Da Identität, insbesondere ihre Bildung, Krise und ihr Verlust, jedoch Gegenstand einer teilweise überbordenden und dramatisierenden wissenschaftlichen, esoterischen, journalistischen und literarischen Produktion ist, ist dieser Zugang allerdings nicht leicht zu finden.¹⁶ Deshalb präsentiert der erste Teil dieses Berichts eine sprachwissenschaftliche Klärung des Terminus „Identität“ durch Sichtung von Bedeutungsebenen und Verwendungskontexten. Der zweite Teil behandelt die sozialwissenschaftliche Stoßrichtung der Aufgabe mittels der Rezeption philosophischer, sozialpsychologischer und soziologischer Erkenntnisse. Dritter und vierter Teil gelten der normativen Stoßrichtung.

¹³ *I. Ebsen* Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zum politischen Grundkonsens, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.) Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 83, 86; *P. Prodi* Das Sakrament der Herrschaft, 1997, 416; *L. Siedentop* Democracy in Europe, 2000, 81, 94, 96f., 101; *K. Stern* Staatsrecht I, 1977, 418. Kritisch zur verfassungsorientierten Zivilreligion *G. Frankenberg* Die Verfassung der Republik, 1997, 145f. *Rousseau* ist kein Gewährsmann für diese Auffassung, da seine „religion civile“ sich auf die „existence de la divinité puissante“ bezieht, *J. J. Rousseau* Du contrat social (1762), 1966, Kap. VIII, insbes. 179.

¹⁴ *J. Isensee* Die Verfassung als Vaterland, Almanach 1988, 65, 66.

¹⁵ Nicht selten erscheinen die Worte gar in synonyme Verwendung, so ausdrücklich mit Blick auf „Integration“ und „Identität“ *Isensee* (Fn. 5); mit Blick auf „Loyalität“ und „Identität“ *F. Pfetsch* Die Problematik der europäischen Identität, Aus Politik und Zeitgeschichte B 25–26/98, 4f. Eine weitgehende Äquivalenz von „Persönlichkeit“, „Loyalität“ und „innerer Einstellung“ auch in BVerfGE 96, 152, 165. Dies erlaubt, Aussagen unter den anderen Stichworten als Aussagen zum Identitätsthema zu nutzen. Die Bedeutung der Antwort liegt im rechtswissenschaftlichen Bereich am ehesten darin, dass sie eine theoretische Orientierung der Bearbeitung anzeigt. So stellt man sich etwa mit dem Begriff der „Homogenität“ tendenziell in Schmitt'sche, mit „Integration“ in Smend'sche Tradition.

¹⁶ Der Katalog der Deutschen Bibliothek ergibt für die Jahre 1950 bis 1959 das Erscheinen von 69 Büchern, für die Jahre 1960 bis 1969 von 100 Büchern, für die Jahre 1970 bis 1979 von 270 Büchern, für die Jahre 1980 bis 1989 von 655 Büchern und für die Jahre 1990 bis 1999 von 1338 Büchern, in deren Titel das Wort „Identität“ vorkommt. In 1420 Artikeln der Frankfurter Allgemeinen Zeitung aus dem Jahre 2001 findet sich dieses Wort; der Verlagskatalog von Amazon.de nennt 269 Buchtitel zu diesem Schlagwort.

Während der dritte drei normative Grundpositionen zum Verhältnis von Verfassung und sozialer Identität der Bürger vorstellt, beantwortet der vierte verfassungsrechtliche Schlüsselfragen einer „Verfassungsidentitätspolitik“: die Zulässigkeit von Identitätszumutungen und von Identitätsangeboten. Der fünfte Teil zieht Folgerungen für die Verfassungsrechtswissenschaft.

Die fünf Teile dienen der Erhärtung zweier Leitthesen. Die eine lautet, dass die Verfassung auf direkte und noch sehr viel mehr auf indirekte Weise durchaus auf die Identität des Einzelnen einwirken, hoheitliche Identitätspolitik ein politisches Gemeinwesen abstützen, ja sogar mit hervorbringen kann. Die zweite Leitthese besagt, dass das Grundgesetz und das europäische Verfassungsrecht jedoch Identitätszumutungen verbieten und nur distanzwahrende Identitätsangebote zulassen. Eine „Verfassungsidentitätspolitik“ ist nur in engen Grenzen erlaubt. Die Grundaussage, philosophiegeschichtlich formuliert, lautet: *Hegel* beschreibt richtig, aber *Kant* hat Recht.

2. Sprachwissenschaftliche Erkenntnisse

Die in den späten sechziger Jahren einsetzende Konjunktur¹⁷ des Wortes *Identität* ist angesichts wenig präziser Bedeutungsdimensionen auf Kritik gestoßen.¹⁸ *Identität* ist ein problematisches Wort. Ähnlich wie sein häufiger Begleiter „Legitimität“ oszilliert es in nicht wenigen Texten zwischen Sein und Sollen, Beschreibung und Forderung; es ist oft kryptonormativ eingesetzt.

Zudem wachsen aus dem lateinischen Stamm „idem“ zwei unterschiedliche Bedeutungszeige von Identität.¹⁹ Der ältere Zweig betrifft Bezie-

¹⁷ Als Auslöser der beeindruckenden Konjunktur des Themas „Identität“ gilt *E. Erikson Identity and Life Cycle*, 1959, in deutscher Übersetzung *Identität und Lebenszyklus*, 1966; zur Rolle *Eriksons* vgl. *C. Graumann Soziale Identitäten*, in: Viehoff/Segers (Fn. 4), 59; *L. Niethammer Kollektive Identität. Heimliche Quellen einer unheimlichen Konjunktur*, 2000, 267 ff.; *E. Tugendhat Selbstbewußtsein und Selbstbestimmung. Sprachanalytische Interpretationen*, 6. Aufl. 1997, 282. Aus diesem Grund findet sich das Stichwort „Identität“ noch nicht in dem von *Otto Brunner, Werner Conze* und *Reinhart Koselleck* in den sechziger und siebziger Jahren konzipierten Grundlagenwerk *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon der politisch-sozialen Sprache in Deutschland* (7 Bände), und selbst der Registerband (Bd. 8/1, 1997) nennt auf seinen knapp 1000 Seiten in einer halben Spalte nur eine Handvoll Fundstellen.

¹⁸ *K. Doehring Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa*, ZRP 1993, 98, 101; *Tugendhat* (Fn. 17), 283 ff.

¹⁹ Zum Folgenden *G. Schmidt Identität. Gebrauch und Geschichte eines modernen Begriffs*, Muttersprache 1976, 333 ff.; *G. Augst Wortfamilienwörterbuch der deutschen*

hungen der Einheit oder des Vergleichs,²⁰ so bei der polizeirechtlichen Identitätsfeststellung,²¹ in der Identitätstheorie zur Kontinuität Deutschlands,²² im Identitätsbegriff *Carl Schmitts*,²³ in Art. 2 EU. Hierzu zählt auch die Verwendung zur Bezeichnung des Eigentümlichen oder Wesentlichen eines Menschen, eines Volkes, eines Rechtssystems, das seinerseits Grundlage für die Feststellung von Einheit oder Gleichheit ist.²⁴

Gegenwartssprache, 1998, 625; *Collins English Dictionary*, 4. Aufl. 1999, 767. Das intellektuelle Flair und der Schlagwortcharakter verleiten manche zu linguistisch ungewöhnlichen und theoretisch haltlosen Verwendungen.

²⁰ Die Identitätsbegriffe der deutschen Philosophie des 19. Jahrhunderts, der Logik und der Mathematik gehören in diesen Zweig.

²¹ § 23 Abs. 3 BGS; § 163b StPO.

²² BVerfGE 6, 309, 338, 363 f.; 36, 1, 15 ff., betreffend die (Teil-)Identität der Bundesrepublik Deutschland mit dem Deutschen Reich; hierzu die Beiträge *A. von der Heyde/G. Dürig* Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, VVDStRL 13 (1955), 6, 77; *R. Bernhardt/N. Achterberg* Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 38 (1980), 7, 55; *J. A. Frowein/J. Isensee/Ch. Tomuschat/A. Randelzhofer* Deutschlands aktuelle Verfassungslage, VVDStRL 49 (1990), 7, 25 ff., 39, 46 ff., 70, 101; dies gilt für den gesamten völkerrechtlichen Komplex der Staatenkontinuität, *M. Craven* The Problem of State Succession and Identity of States under International Law, EJIL 9 (1998), 142; *W. Fiedler* Das Kontinuitätsproblem im Völkerrecht, 1978; *J. L. Kunz* Identity of States under International Law, AJIL 59 (1955), 68.

²³ *Schmitt* bezieht den Begriff der Identität zumeist auf äußere Gleichartigkeit (so ausdrücklich Verfassungslehre, 1928, 205, 215, 229; dafür auch der Verweis auf *Husserl* ebd., 235). Bisweilen nutzt *Schmitt* den Identitätsbegriff jedoch argumentationsstrategisch anstelle von „Nation“ in der französischen Tradition, so dass subjektive Identifikationsprozesse angesprochen scheinen. Diese irreführende Vermengung zeigt sich eindrücklich auf S. 231: Grundlagen der Gleichartigkeit seien „Vorstellungen gemeinsamer Rasse, Glauben, gemeinsames Schicksal und Tradition“. Der fehlende Genitiv bei den letzten drei Substantiven offenbart *Schmitts* Schwanken zwischen einem subjektiven Prozess und einem äußeren Vergleichstatbestand. Dem eigentlichen Ziel dieser Passagen, nämlich den Begriff der Demokratie auf autoritäre Herrschaftsformen vorzubereiten, scheint die begriffliche Exaktheit untergeordnet, näher *H. Hofmann* Legitimität gegen Legalität, 3. Aufl. 1995, 140, 147 f., 152 ff.; *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, 177 ff. Im Sinne der *Schmitt'schen* Begrifflichkeit weiterhin *K. Doebering* Allgemeine Staatslehre, 1991, Rn. 356. Der *Schmitt'sche* Identitätsbegriff wirkt heute vor allem in der Homogenitätsdebatte fort, näher zuletzt *T. Schmitz* Integration in der supranationalen Union, 2001, 301 ff.

²⁴ In diesem letzteren Verständnis stehen eine Reihe rechtswissenschaftlicher Untersuchungen, vgl. *P. Häberle* Europäische Rechtskultur, 1994, 9 und passim; *P. Kirchhof* Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 19; *W. Graf Vitzthum* Die Identität Europas, EuR 37 (2002), 1; in der Politikwissenschaft *W. Weidenfeld* (Hrsg.) Die Identität Europas, 1985. Soweit es dabei zugleich um die Bestimmung von Gehalten geht, die psychischen Identifikationsprozessen zugrunde liegen oder liegen sollten, wird eine Brücke zwischen der ersten und der zweiten Bedeutungsdimension geschlagen.

Der jüngere, für die Konjunktur des Wortes verantwortliche Zweig hat seinen Ursprung in den Schriften *Sigmund Freuds*.²⁵ Im Gegensatz zum ersten Bedeutungszweig dient er der Thematisierung *innerer Einstellungen*. „Das (...) Vergleichen und Gleichsetzen ist hier nicht nur zu einer starken Billigung oder Ablehnung ausgeprägt worden, sondern auch zur Kennzeichnung eines geistig-seelischen Vorgangs, der über das Miterleben hinaus ein Einleben, über das Zustimmung hinaus ein Übereinstimmen, eine Zugehörigkeit, ein Dazu-Bekennen ausdrückt (...).“²⁶ In diesem Bedeutungszweig steht die Verwendung im Titel dieses Berichts, in Art. 6 EU, im „Flaggenbeschimpfungs-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts.²⁷

In diesem Bericht geht es nicht um Identität allgemein, sondern um „nationale“ und „europäische Identität“. Man sollte diese als gleichgerichtete (also: kollektive) psychische Vorgänge der Staats- bzw. Unionsbürger begreifen, wenn man problematische Essentialisierungen vermeiden will.²⁸ Weder „national“ noch „europäisch“ geben dabei der Identität einen Gehalt vor, erforderlich sind weitere sinngebende Attribute: ein gemeinsamer Irrtum über eine gemeinsame Herkunft, eine gemeinsame Abneigung gegenüber einem gemeinsamen Nachbarn (*Karl Deutsch*) oder aber eine gemeinsame Verfassung. Entsprechende Identitätsgehalte werden oft kurzum mit dem Wort „Identität“ bezeichnet.

3. *Anlässe und Anliegen verfassungsbezogener Identitätsdebatten*

Verfassungsrecht wird als Identitätsgehalt vor allem relevant, wenn der Rückgriff auf eine gemeinsame Geschichte oder andere vorrechtliche Gemeinsamkeiten als nicht tragfähig erachtet wird. Hierin begegnen sich Grundgesetz und Unionsverfassung.

²⁵ Ausdrücklich *E. Erikson* Identity, psychosocial, in: Sills (Hrsg.) *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 7, 1968, 61; vgl. auch *W. Buchanan* Identification, political, ebd., 57f.

²⁶ *Schmidt* (Fn. 19), 338; im deutschen Sprachraum ist *Jürgen Habermas* (vgl. nur *J. Habermas* Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, 1976, 63 ff., 92 ff.) die Schlüsselfigur für den Erfolg im Bereich der politischen Theorie, *Tugendhat* (Fn. 17), 283. In gängigen Wörterbüchern der deutschen, englischen und französischen Sprache ist dieser zweite Bedeutungszweig oft nicht verzeichnet; entsprechend nennt *Pache* (Fn. 4), 1155, in Anlehnung an diese Wörterbücher bei seiner Definition diese Dimension nicht, in seinen weiteren Ausführungen kommt ihr aber (zutreffend) gleichwohl eine wesentliche Bedeutung zu.

²⁷ BVerfGE 81, 278, 293.

²⁸ *U. Neumann* Wissenschaftstheorie und Rechtswissenschaft, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.) *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl. 1994, 422, 430 ff.

Die Verbrechen des nationalsozialistischen Deutschlands und die anschließende Teilung der Nation in zwei feindliche Staaten haben zahlreiche traditionelle Gehalte deutscher Identität geschwächt, untergraben, zerstört.²⁹ Vor dieser Herausforderung war das Projekt einer normativen Neubestimmung der deutschen Identität mittels Anbindung an die westliche Tradition freiheitlicher Demokratie³⁰ von breiter Unterstützung unter den politischen Eliten getragen. Schrittweise erstarkte das Grundgesetz zu einem Symbol dieser Ausrichtung.³¹ Die verfassungsgestützte Neuorientierung, zusammengefasst im Kürzel „freiheitlich-demokratische Grundordnung“,³² führte zu einer verfassungsorientierten Umbildung wichtiger Begriffe. „Verfassung“ tritt an die Stelle von „Staat“ und „Volk“: *Verfassungsorgan, Verfassungsschutz, Verfassungsfeind*.³³

So findet sich die verfassungsbasierte Identität des Bürgers im Mittelpunkt einer Reihe bedeutender öffentlicher Diskurse. *Verfassungsfeindlichkeit* war ein beherrschendes Thema der siebziger Jahre: Wer als „Staatsdiener“ das Identifikationserfordernis mit der Verfassung nicht überzeugend erfüllte, musste mit erheblichen Nachteilen rechnen.³⁴ Die in dieser Debatte angedeutete Schlüsselrolle des Grundgesetzes für die deutsche Identität wurde in den achtziger Jahren vertieft: *Dolf Sternberger* schuf 1979 den Begriff des *Verfassungspatriotismus* als „Nationersatz“,³⁵

²⁹ Isensee (Fn. 14), 67.

³⁰ M. Stolleis *Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945–1949*, in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 5 Rn. 3f.; R. Müßnug *Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland*, ebd., § 6 Rn. 22ff. Bei Erlass war das Grundgesetz allerdings kaum als Teil einer Identitätspolitik konzipiert.

³¹ Laut M. Fromont ist die Bundesrepublik deshalb „auf einer Ideologie aufgebaut“, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 37 (1979), 155f.

³² BVerfGE 2, 1, 12f.; 5, 85, 140; dazu Materialien in E. Denninger (Hrsg.) *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, 2 Bände, 1977.

³³ Zum „Verschwinden des Staats“, *Herausgeber Geleitwort*, *Der Staat* 1 (1962), 1f.; E.-W. Böckenförde *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, 9f.; die Schriften von Günter Dürig dürften eine wissenschaftliche Katalysatorfunktion in dieser Erfolgsgeschichte des Verfassungsbegriffs gehabt haben, vgl. nur G. Dürig *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, AöR 81 (1956), 117, insbes. 119, 121, 132; Wortprägungen dieser Art fehlen noch fast gänzlich bei G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.) *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Bd. 1, 1930, Bd. 2, 1932; als Schlüsseltext siehe K. Hesse *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1967.

³⁴ BVerfGE 28, 36, 48; 39, 334, 346ff.; näher die Berichte von E. Denninger und H. H. Klein *Verfassungstreue und Schutz der Verfassung*, sowie die Aussprache in VVDStRL 37 (1979).

³⁵ Zusammenfassend D. Sternberger *Verfassungspatriotismus*, Schriften Band X, 1990, insbes. 17ff., 24, 30f.; verallgemeinernd Weiler (Fn. 4), 63.

den *Jürgen Habermas* mit seiner Identitätstheorie verband und diskurslenkend in die öffentliche Debatte stellte.³⁶ Im so geschärften Bewusstsein für mögliche identitätsstiftende Leistungen einer Verfassung kam es nach dem Mauerfall zu einer Auseinandersetzung über die Notwendigkeit erneuter Verfassungsgebung für eine solide Identität aller Deutschen.³⁷ Die derzeit letzte Etappe dieses Diskussionsstrangs betrifft den Stellenwert eines Verfassungsbekenntnisses als Integrationsleistung einwandernder Menschen.³⁸ All dem ist ein bemerkenswertes Vertrauen in die identitätsbildende und dadurch integrationssichernde Kraft des Grundgesetzes zu entnehmen.

Die Konjunktur des Identitätsbegriffs in Deutschland hat einen europäischen Hintergrund. 1973 erging – in einer schweren Krise der Gemeinschaften³⁹ – die für die Verbreitung des Wortes fundamentale Erklärung der Staats- und Regierungschefs über die europäische Identität.⁴⁰ In ihr findet sich eine begriffliche Innovation höchster verfassungs- und völkerrechtlicher Bedeutung: Identität wird zu einem Schlüsselbegriff sowohl für die Beziehungen zum Bürger als auch für die äußere Politik. Er tritt an die Stelle von Souveränität, während letztere von einem überragenden inhaltlichen Leitprinzip zu einer tendenziell völkerrechtstechnischen Nebenfrage schrumpft; eine treffliche Innovation im Zeitalter der

³⁶ J. Habermas *Geschichtsbewußtsein und posttraditionale Identität*, in: ders. *Eine Art Schadensabwicklung*, 1987, 173 ff.

³⁷ D. Henrich *Eine Republik Deutschland*, 1990, 37; Frowein/Isensee/Tomuschat/Randelzhofer (Fn. 22); umfassende Darstellung der Debatte in B. Guggenberger/T. Stein (Hrsg.) *Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit*, 1991.

³⁸ Derzeit § 85 Abs. 1 Nr. 1 AuslG; zu den zahlreichen Implikationen klärend Denninger (Fn. 8), 442 ff.; R. Grawert „Volksbildung“. Zum Konzept einer nationalökonomischen Einwanderungspolitik, *Der Staat* 41 (2002), 163, 172 ff. Zur behaupteten Verfassungspflicht der Vermeidung von Mehrstaatigkeit wegen Loyalitätskonflikten B. Ziemeke *Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundgesetz*, 1995, 132, 288 f., 304.

³⁹ Erinnert sei nur an die Ölkrise sowie den Zusammenbruch des Weltwährungssystems durch die einseitige Aufgabe der Goldparität des Dollars und die damit verbundene Gefährdung des Gemeinsamen Marktes aufgrund massiver Währungsschwankungen; ausführlich B. Olivi *L'Europa difficile*, 1998, 140 ff., 154 ff.

⁴⁰ Dokument über die europäische Identität, angenommen von den Außenministern der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften am 14. Dezember 1973 in Kopenhagen, Europa-Archiv Folge 2/1974, D 50 (mangels Institutionalisierung des Europäischen Rates lag die formelle Annahme bei den Außenministern). Die wissenschaftliche Einsicht ist – wie zumeist – älter, E. B. Haas *The Uniting of Europe*, 1958, 16; U. Meyer-Cording *Die Europäische Integration als geistiger Entwicklungsprozeß*, ArchVR 10 (1962), 42, 45, 49, 58 ff., 68.

Interdependenz.⁴¹ So wie die amerikanische Unabhängigkeitserklärung eine völkerrechtliche Erklärung nach außen und eine staatsrechtliche, legitimitätsbezogene Erklärung nach innen enthält, ist der Identitätsbegriff in der Erklärung von 1973 und nunmehr in den Gründungsverträgen sowohl nach außen gewandt (Art. 2 EU), wie auch, mittels Parlamentarisierung und Unionsbürgerschaft, auf den inneren Zusammenhalt gerichtet.⁴² Der nur mäßige Erfolg der bisherigen Identitätspolitik ist mitursächlich für die aktuellen, explizit identitätsorientierten Bemühungen um ein europäisches Verfassungsdokument.⁴³

Über zwanzig Jahre liefen die Debatten über nationale und europäische Identität weitgehend unverbunden nebeneinander. Im Zuge sichtbarer Erfolge der europäischen Integrationsbemühungen zu Beginn der neunziger Jahre verbreitete sich die Sorge einer Konkurrenz zwischen nationaler und europäischer Identität. Die im „Maastricht-Urteil“ in der Theorietradition des Homogenitätsdenkens diagnostizierte Spannungslage kann unschwer identitätstheoretisch gefasst werden.⁴⁴ Im Mittelpunkt des Urteils steht im Einklang mit der gemeineuropäischen Aufmerksamkeitsverschiebung nicht die Sorge um die deutsche *Souveränität*, sondern um die deutsche *Identität*. Art. 6 Abs. 3 EU formuliert eine verfassungsrechtliche Antwort auf diese Sorge denn auch als „Identitätswahrungsklausel“; er hat allerdings die Sorge eines Verlusts nationaler Identität bislang nicht zu beschwichtigen vermocht.⁴⁵

⁴¹ Schmidt (Fn. 19), 352f.; zu dieser Entwicklung aus völkerrechtlicher Sicht G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum *Völkerrecht* I/1, 2. Aufl. 1989, § 23 IV 1; S. Hobe *Der kooperationsoffene Verfassungsstaat*, *Der Staat* 37 (1998), 521, 523 ff.

⁴² „Kohäsion“ im „Eurospeak“, Bundesminister W. Scheel Erklärung der Bundesregierung zur Europapolitik, *Bulletin der Bundesregierung* Nr. 109 (14. Sept. 1973), 1081, 1082.

⁴³ Aus der Fülle der Äußerungen vgl. nur J. Fischer *Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, Rede am 12. Mai in der Humboldt-Universität zu Berlin; J. Rau *Plädoyer für eine Europäische Verfassung*, Rede am 4. April vor dem Europäischen Parlament in Straßburg; eine Einschätzung der Aussichten in A. Hurrelmann *Verfassungspolitik als Konstruktion von Lernprozessen?*, in: Meier/Nullmeier/Wiesner/Pritzlaff (Hrsg.) *Politik als Lernziel?*, 2002, i.E.

⁴⁴ BVerfGE 89, 155, 186; in Identitätsterminologie formuliert Zürn (Fn. 4), 270: „die notwendigen demokratischen Grundlagen einer zivilbürgerlichen nationalen Identität sind kaum mehr erfahrbare“, vgl. auch *ders.* ebd., 294, 325.

⁴⁵ M. Hilf *Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten*, GS Grabitz, 1995, 157, 160ff.; hierzu die Beiträge von M. Hilf/T. Stein/M. Schweitzer *Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?*, *VVDStRL* 53 (1994), 7, 26, 48.

II. Vom Text zum Identitätsgehalt

1. Identität dank verfassungsunterfangener Rollen

Die sozialwissenschaftliche Stoßrichtung des Themas „Identität durch Verfassung“ verlangt die Klärung des Wirkungszusammenhangs zwischen einem Rechtstext und der Art und Weise, in der ein Mensch sich als Teil der Gesellschaft begreift.⁴⁶ Dies ist nicht einfach, da die Identität eines Menschen weder von außen unmittelbar beobachtet werden kann noch dem Subjekt selbst in einer unmittelbaren inneren Schau zugänglich ist. Somit notwendige Zwischenschritte werden oft fehlgeleitet durch unzulängliche Vorstellungen darüber, was die Identität eines Menschen ist, wodurch sie sich bildet, worin sie zu Tage tritt.⁴⁷

Die analytische Sprachphilosophie zeigt, dass die Frage „Wer bin ich?“ nicht theoretischer, sondern vielmehr praktischer Natur ist: Es geht um das eigene bevorstehende Leben und Handeln.⁴⁸ Dies bestätigt die Umgangssprache. Wenn Hinz zur Kunz sagt: „Du kennst mich doch“, dann bedeutet dies in aller Regel: „Du weißt doch, wie ich in der Situation xy handeln werde.“ Da das bevorstehende Leben und Handeln mit Blick auf andere Menschen erfolgt, kann Identität sich nur in Bezug auf und mit Hilfe von anderen Menschen bilden: Identität ist auf Intersubjektivität konstitutiv angewiesen. *Hegel* gibt dieser Grundeinsicht ihre berühmteste Formulierung: „Ich, das Wir, und Wir, das Ich ist.“⁴⁹

⁴⁶ Dies erfordert den Rekurs auf philosophische, psychologische und soziologische Erkenntnisse in der Tradition der Staatslehre; zur Methode *U. Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, Vorwort; an diesem Punkt eröffnet sich insbesondere eine Brücke zur Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft, näher *P. Häberle* Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982, insbes. 57ff.; *ders.* Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, JZ 1992, 1033; *U. Haltern* Gestalt und Finalität, in: v. Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2002, I, III. Auf die Problematik interdisziplinären Vorgehens kann nicht eingegangen werden.

⁴⁷ Es gibt drei traditionelle Modelle von Selbstbewusstsein und Selbstverhältnis, die auch im Alltagsverständnis zu finden sind. Das erste ist das ontologische Modell von einer Substanz und deren Zuständen, nahegelegt aus der Subjekt-Prädikat-Struktur der Sprache. Das zweite ist die sog. Subjekt-Objekt-Beziehung, wonach Bewusstsein in der Beziehung zwischen einem Subjekt und einem Objekt zustande kommt. Das dritte Modell begreift das Sich-zu-sich-selbst-Verhalten als ein inneres Gewahrhaben. Alle drei sind verfehlt, näher *Tugendhat* (Fn. 17), 33ff.

⁴⁸ *Tugendhat* (Fn. 17), 38, 189; die nachfolgenden Aussagen bauen auf diesen Text.

⁴⁹ *G. W. F. Hegel* Phänomenologie des Geistes, 1807 (Ausgabe Hoffmeister, 6. Aufl. 1952), 140; dazu *S. Dellavalle* Freiheit und Intersubjektivität, 1998, 135ff., 165ff. Diese fundamentale Erkenntnis findet sich in vielfacher theoretischer Formulierung, einflussreich *Smend* (Fn. 8), 125, 136, 189, 219ff.; *K. Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der

Die intersubjektiven Zusammenhänge sind durch *Rollen* als fundamentale Sinnangebote geprägt, so dass sich die Identität eines Individuums maßgeblich anhand seiner gesellschaftlichen Rollen entwickelt.⁵⁰ Rollen bestehen ihrerseits aus Bündeln gesellschaftlicher Normen. An dieser Stelle leuchtet eine erste Identitätsrelevanz der Verfassung auf: da zahlreiche Rollen durch Recht stabilisiert und bisweilen sogar geprägt werden, liegt ein wichtiger, wenngleich mittelbarer Weg der Identitätsbildung durch Verfassung darin, rollenprägendes Recht zu durchdringen. Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung⁵¹ gewinnt so eine weitere Sinn-dimension.

Gewiss kann aus den Rollen eines Menschen allein seine Identität nicht erschlossen werden. Das Individuum kann sich mit einer eingenommenen Rolle identifizieren, muss es aber nicht. Wenn Hinz zur Kunz sagt „Ich bin nicht ich selbst“, so besagt dies verkürzend: „Ich lebe ein Leben und stehe in Rollen, die ich nicht als gut betrachte.“ Entsprechend bedeutsam ist die Wahlfreiheit einzelner Rollen. Vor allem aber wird jede Person jede ihrer Rollen auf eine je eigene Weise vollziehen, ja sie nicht selten in Auseinandersetzungen formen und erst dann sich in ihnen finden.⁵² Gerade der letzte Aspekt ist vielen Menschen im Kontext der zeit-

Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rn. 116; weiter *E. Denninger* Rechtsperson und Solidarität, 1967, 138 ff. Theoretisch einflussreich zuletzt der Kommunitarismus, übersichtlich *W. Brugger* Kommunitarismus als Verfassungstheorie, AöR 123 (1998), 337. Zur entsprechenden Konzeption des Bundesverfassungsgerichts *C. Bumke* Der gesellschaftliche Grundkonsens im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Schuppert/Bumke (Fn. 13), 197, 203 f., 207 ff.

⁵⁰ *Tugendhat* (Fn. 17), 262, 268 f.; verblüffend ähnlich die Formulierungen in BVerfGE 96, 152, 164. Es sei dahingestellt, ob hiermit *alle* Aspekte der Identität einzufangen sind, in diese Richtung *W. Doise* L'identité comme représentation sociale, in: Aebischer/Deconchy/Lipiansky (Hrsg.) *Ideologies et représentations sociales*, 1991, 273. Das Verfassungsthema interessiert nur die *soziale Identität*, nicht innere Bezugnahmen auf das Absolute oder handlungsirrelevante interne Aspekte eines Individuums.

⁵¹ Näher *R. Alexy/P. Kunig/W. Heun/G. Hermes* Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 7, 34, 75, 115; *G. F. Schuppert/C. Bumke* Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 9 ff.

⁵² Das Individuum kann in seinem „Selbst“ keinen inhaltlichen Maßstab finden, der ihm den richtigen Weg der eigenen Existenz vorgibt. Wohl aber findet es einen *Modus* betreffend die Wahl der Möglichkeiten, nämlich die Vernunft als Vermögen der Begründung. Freiheit bedeutet zweierlei: zum einen, dass der Wille sich nicht in *letzter* Instanz auf Gründe stützen kann, wohl aber, dass er sich in *vorletzter* Instanz auf Gründe stützt. Die formale Struktur der Freiheit ist, dass der Mensch in seinen konkreten Lebenszusammenhängen die Möglichkeit der Selbstbestimmung insofern hat, als er „Nein“ sagen kann sowohl gegenüber den Erwartungen der Mitmenschen wie gegenüber der eigenen

genössischen Kultur in ihrem Verlangen nach Einmaligkeit und Originalität wesentlich.⁵³ Dieser Drang nach Expressivität führt zwar bis zur irrigen Annahme, in einem innersten „Ich“ die Quelle des Selbst und den Maßstab des eigenen Seins zu vermuten, aber er ist für die ungeheure Innovationskraft der in ihr sozialisierten Menschen fundamental.

2. Soziale Identität als soziales Konstrukt: das „Wörterbuch kollektiver Identität“

Die sprachanalytische Position entspricht sozialpsychologischem Gemeingut.⁵⁴ In der neueren Sozialpsychologie finden sich weitere verfassungstheoretisch relevante Erkenntnisse zur gruppendynamischen Bildung sozialer Identität.⁵⁵ Soziale Identität, und damit nationale und europäische Identität, verlangt die *Identifikation* mit einer Eigengruppe und *Abgrenzung* von „Fremdgruppen“.⁵⁶ Dies erweist die Etablierung einer europäischen Identität nach außen, gefordert in Art. 2 EU, als unerlässliches Moment europäischer Identitätsbildung. Werden so überkommene Vorstellungen zur Gruppenbildung bestätigt, fordert die neuere Forschung in einem Punkt ein Umdenken: Während eine verbreitete Vorstellung von der Notwendigkeit affektiver Gehalte eines „Wir-Gefühls“ ausgeht,⁵⁷ sind nach der neueren Forschung positive gefühlsmäßige Bande zwischen den Mitgliedern nicht erforderlich. Entscheidend für die

Triebhaftigkeit. Materiell frei ist, wer die Gründe seiner Entscheidung im Kontext eines Entwurfs eines guten Lebens findet, näher *Tugendhat* (Fn. 17), 242.

⁵³ C. Taylor *Wieviel Gemeinsinn braucht die Demokratie?*, 2002, 273f.; ausführlich *ders.* (Fn. 9), 639ff.

⁵⁴ Klassisch G. H. Mead *Mind, Self and Society*, 1934, auf Deutsch 1968 unter *Eriksons* Einfluss unter dem Titel *Geist, Identität und Gesellschaft* erschienen; aus dem deutschen Schrifttum A. Mummendey/B. Simon (Hrsg.) *Identität und Verschiedenheit. Zur Sozialpsychologie der Identität in komplexen Gesellschaften*, 1997.

⁵⁵ Die folgenden Ausführungen beruhen auf O. Angelucci *Zur Ökologie einer europäischen Identität*, Diss. Hagen, 2002, ihrerseits fußend auf der Theorie der sozialen Identität (grundlegend H. Tajfel *Human groups and social categories: Studies in social psychology*, 1981) sowie der Theorie der sozialen Repräsentationen (grundlegend S. Moscovici *La Psychanalyse, son image et son public*, 1961; R. Farr/S. Moscovici (Hrsg.) *Social Representations*, 1984).

⁵⁶ Nicht erforderlich ist allerdings Feindschaft, so aber wirkungsmächtig C. Schmitt *Der Begriff des Politischen*, 6. Aufl. 1996, 26f., 29f., 50ff.

⁵⁷ J. H. H. Weiler *To be a European citizen: Eros and civilization*, in: *ders.* *The Constitution of Europe*, 1999, 324, 338f.; U. Haltern *Europäischer Kulturkampf. Der Staat* 37 (1998), 591, 620; nach Zürn (Fn. 4), 257, 348, verlangt eine kollektive Identität gar, dass das subjektive Wohlergehen und Leiden der Mitglieder einer Gruppe durch das Wohlergehen und Leiden der Gruppe als Kollektiv mitbestimmt wird.

Bildung einer Gruppe und einer entsprechenden sozialen Identität ist allein die kollektive Wahrnehmung der Zugehörigkeit zu derselben sozialen Kategorie.

Dies lenkt die Aufmerksamkeit auf die psychischen Mechanismen kollektiver Wahrnehmung von Zugehörigkeit. Eine soziale Identität im gruppenkonstituierenden Sinne beruht auf gleichgerichteten Zuordnungs- und damit Identifikationsprozessen. Diese Prozesse erfolgen anhand von kommunikativ vermittelten Gehalten.⁵⁸ Die wesentliche Erkenntnis lautet, dass jede soziale Identität und damit Gruppe Frucht einer öffentlichen „Erzählung“ ist, eine soziale Konstruktion. Jede soziale Identität bildet sich anhand einer – oft recht begrenzten – Anzahl von „Einträgen“ in einer Art „kollektivem Wörterbuch“, das für jede Gruppe angelegt ist. Das „Wörterbuch“ kann „in Granit gemeißelt“, aber auch „mit Kreide auf einer Tafel geschrieben“ sein; entsprechend stabil sind die gruppendifinierenden Merkmale. Wem es in diesem „Buch“ zu schreiben gelingt, prägt soziale Identität und wirkt an der Gruppenbildung mit.⁵⁹ Auf diesem Wege ist hoheitliche Identitätspolitik, wenn mit hinreichendem Atem und brauchbaren Gehalten betrieben, in vielen Fällen erfolgreich gewesen.⁶⁰

⁵⁸ In diesem Sinne sind auch die Rollen kommunikativ unterfangen; näher *D. Oyserman/H. R. Markus* (Fn. 9), 149 ff.

⁵⁹ Dieses Ergebnis bestätigen andere Theorietraditionen, vgl. nur *J. Assmann* Das kulturelle Gedächtnis, 3. Aufl. 2000, 130 ff.; *R. Koselleck* Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte, in: *ders.* Vergangene Zukunft, 1979, 107, 108; *P. Ricoeur* Reflections on a new ethos for Europe, *Philosophy and Social Criticism* 21 (1995), no 5–6, 3, 6 ff.; *R. Wodak/R. de Cilla/M. Reisigl/K. Liebhart/K. Hofstätter/M. Kargl* Zur diskursiven Konstruktion nationaler Identität, 1998, insbes. 41 ff. Plastisch *E. Gellner* Nationalismus und Moderne, 1995, 56: „An der Basis der modernen sozialen Ordnung steht nicht der Henker, sondern der Professor“, wenngleich nicht allein der Rechtsprofessor.

⁶⁰ Bemerkenswerte Beispiele für die Stiftung nationaler Identität bieten osteuropäische Verfassungen, etwa die Präambel der Verfassung der Republik Kroatien vom 21. Dezember 1990. Ein deutsches Beispiel für die Komplexität, aber auch Erfolgsaussichten solcher Politik bietet die derzeitige Ergänzung der ethnisch basierten Zugehörigkeit zur deutschen Nation durch das Kriterium individueller Verwurzelung einwandernder Menschen. Aus der Nationalismusforschung *B. Anderson* Die Erfindung der Nation, 1996; *K. Deutsch* Nationenbildung – Nationalstaat – Integration, 1972; *Gellner* (Fn. 59); *E. Hobsbawm* Nationen und Nationalismus, 2. Aufl. 1992; *H. Schulze* Staat und Nation in der europäischen Geschichte, 2. Aufl. 1995; aus politikwissenschaftlicher Sicht *G. Sandner* Hegemonie und Erinnerung: Zur Konzeption von Geschichts- und Vergangenheitspolitik, *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 30 (2001), 5, 7 ff.

3. *Identität durch Verfassungsrecht – eine Einschätzung seines Leistungspotenzials*

Historische Soziologie und Nationalismusforschung schenken dem möglichen Eintrag „Verfassung“ wie auch Einträgen einzelner verfassungsrechtlicher Prinzipien in den „Wörterbüchern politischer Gemeinschaft“ wenig Aufmerksamkeit. Gleichwohl ist auf die Frage im Titel zu antworten, dass eine Verfassung Identität und damit Integration stiften kann. Die identitätsbildende Bedeutung einer Verfassung lässt sich besser verstehen, unterscheidet man zwischen *unmittelbarer* und *mittelbarer* Verfassungsidentität. Eine Verfassung wirkt *unmittelbar* identitätsbildend, wenn sie im gruppenrelevanten öffentlichen Raum zirkulierend *selbst Kriterium* der maßgeblichen Identifikationsprozesse ist. Dies verlangt, dass eine breite Mehrheit der Bürger ihre Gruppenzugehörigkeit oder ihre Handlungsdispositionen mit der Verfassung als solcher oder einzelnen Verfassungsprinzipien begründet.⁶¹

Verfassungsrecht wirkt hingegen *mittelbar* identitätsbildend, wenn es maßgebliche Kriterien prägt oder gar schafft, etwa mittels der verfassungsrechtlichen Prägung von rollenrelevanten rechtlichen Bestimmungen⁶² oder von Ausbildungsgehalten⁶³. Eine weitere mittelbar identitätsbildende Rolle ergibt sich aus seinem Beitrag zum demokratischen, transparenten, rechtsstaatlichen und effizienten Operieren eines politischen Systems, das aufgrund *dieser Qualitäten* soziale Identität formt.⁶⁴ Führt man Hoheitsgewalt und Staatsangehörigkeit auf Verfassungsrecht zurück, wird man hierin weitere mittelbar identitätsbildende Dimensionen größter Tragweite erblicken.⁶⁵

Die starke Verfassungsgeprägtheit des aktuellen öffentlichen Diskurses in der Bundesrepublik Deutschland erlaubt die Annahme, dass das

⁶¹ Dies ist eine verbreitete Wahrnehmung der US-amerikanischen Situation, E. von Hippel Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1967, 357f.

⁶² Ein Beispiel für einen identitätsprägenden Einfluss der Verfassung bietet die verfassungsrechtlich aufgegebene Gleichstellung von Mann und Frau in der Ehe (detailliert U. Sacksofsky Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, 79ff., 392ff.), die von erheblichem Einfluss auf die heutige Identität der Partner einer Ehe sein dürfte. Ähnliches dürfte für das Unionsverfassungsrecht für die Identität von Unionsbürgern im EU-Ausland gelten.

⁶³ Näher oben (Fn. 11 und 12).

⁶⁴ M. Zuleeg What holds a Nation Together?, AJCL XLV (1997), 505, insbes. 522.

⁶⁵ Das Verhältnis von Hoheitsgewalt und Verfassung ist jedoch ein so gewaltiges, komplexes und umstrittenes Thema, dass es keinen Sinn macht, es hier zu vertiefen; H. Hofmann Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, JZ 1999, 1065; zur staatlichen Identität als Produkt der Rechtsordnung C. Möllers Staat als Argument, 2000, 151 ff.

Grundgesetz inzwischen ein „Eintrag“ im „Wörterbuch deutscher Identität“ ist und somit *unmittelbar* identitätsbildend wirkt.⁶⁶ Bedenkt man weiter die Zentralität „Europas“ im deutschen öffentlichen Diskurs, so darf man vermuten, dass auch die Mitgliedschaft in der Union einen mittels Art. 23 GG verfassungsrechtlich unterfangenen „Eintrag“ bildet, die deutsche Identität also europäisiert ist.⁶⁷ Mit Blick auf eine genuin europäische Identität ist festzuhalten, dass ein „Wörterbuch europäischer Identität“ inzwischen angelegt ist, die Einträge jedoch noch dünn sind und ein Eintrag „europäische Verfassung“ fehlt.⁶⁸ Im öffentlichen Diskurs ist die europäische Verfassung keine Wirklichkeit, sondern eine Möglichkeit.

Die Erkenntnis, dass Identität sich anhand sozialer Konstrukte bildet, lässt ein mittelfristiges politisches Projekt europäischer Identitätsbildung

⁶⁶ In der Frankfurter Allgemeinen Zeitung findet sich im Jahre 2001 in 800 Beiträgen, 1998 in 677 Beiträgen das Wort „Grundgesetz“. Das Wort „europäische Verfassung“ taucht 2001 in 116 Artikeln auf. In der Süddeutschen Zeitung finden sich 2001 678 Artikel mit dem Wort „Grundgesetz“ und 65 Artikel mit dem Wort „europäische Verfassung“. Zur Rolle des Grundgesetzes *J. Gebhardt* Verfassungspatriotismus als Identitätskonzept der Nation, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 14/93, 31, 33f.; *M. R. Lepsius* Interessen, Ideen und Institutionen, 1990, 63, 77f.; *H. Rausch* Politisches Bewußtsein und politische Einstellungen im Wandel, in: Weidenfeld (Hrsg.) *Die Identität der Deutschen*, 1983, 119, 130; eine ebenso drastische wie plastische Kritik bei *Isensee* (Fn. 14), 68ff.; klärend der Vergleich zu Frankreich *A. Kimmel* Nation, Republik, Verfassung in der französischen politischen Kultur, in: Gebhardt (Hrsg.) *Verfassung und politische Kultur*, 1999, 129.

Einen quantifizierenden Vergleich des Eintrags „Grundgesetz“ etwa mit nationalen Helden (*Otto von Bismarck*, den Geschwistern *Scholl*, *Michael Schumacher*, *Rudi Völler*), dem Nationalsozialismus als „staatsfundierender Katastrophe“ (so *F. X. Kaufmann* Normative Konflikte in Deutschland, in: *Berger* [Hrsg.] *Die Grenzen der Gemeinschaft*, 1997, 155, 188, entsprechend die Präambel der Verfassung des Freistaates Bayern) oder der DM (dazu *H. Bausinger* Identität im deutschsprachigen Kultur- und Medienraum, *Almende* Nr. 44, Jg. 15 [1995], 10, 19) wagt dieser Beitrag nicht; die Vermutung spricht für eine *nachgeordnete* Bedeutung bei weiten Bevölkerungskreisen. Zur einschlägigen Rolle des Bundesverfassungsgerichts die Beiträge in *Schuppert/Bunke* (Fn. 13); *Haltern* (Fn. 6); *Isensee* (Fn. 14), 71.

⁶⁷ Weiterführend *O. Waever* The EU as a security actor, in: *Kelstrup/Williams* (Hrsg.) *International Relations Theory and the Politics of European Integration*, 2000, 250, 268f., der zugleich festhält, Deutschland habe „the most far-reaching internationalization of state identity“, 271. So stellt die erste Rede eines Bundeskanzlers vor der Generalversammlung der Vereinten Nationen ein „Bekenntnis zur europäischen Nation“ in ihren Mittelpunkt, *W. Brandt* Rede am 26. September 1973, *Bulletin der Bundesregierung* Nr. 119 (27. Sept. 1973), 1173.

⁶⁸ Ausführliche Daten, die dies belegen, finden sich in den Erhebungen von „Eurobarometer“, http://europa.eu.int/comm/public_opinion/archives/eb/eb57/eb57_en.htm (20. Sept. 2002); zum „Wörterbuch europäische Identität“ näher *Angelucci* (Fn. 55); *Cerutti* (Fn. 3), 31ff.; die Beiträge in *Viehoff/Segers* (Fn. 4); *A. Peters* Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2000, 709f.

durch einen expliziten europäischen Verfassungstext als möglich erscheinen. Aus sozialkonstruktivistischer Sicht empfiehlt sich zu diesem Zweck zunächst die Überwindung identifikationshindernder Diffusität: Insbesondere die Gestalt der Unionsorgane und die Interorganverhältnisse erweisen sich als klärungsbedürftig.⁶⁹ Zudem empfiehlt sich die Verurkundlichung⁷⁰ einiger weniger identitätstauglicher Gehalte auf einem hohen Abstraktionsniveau, so dass gleichgerichtete Zuordnungsprozesse erlaubt werden, Dissens aber versteckt bleibt.⁷¹ Im Weiteren bedarf es deren dauerhafter und zentraler Verankerung im öffentlichen Raum. Letzteres verlangt volle juristische und soziale Operativität: Bloße politische Proklamationen wie bei der Grundrechtscharta werden nicht genügen.⁷² Der Spagat zwischen den letzten beiden Empfehlungen verlangt auf der europäischen Ebene eine deutlich andere Verfassungsrechtsprechung als sie das Bundesverfassungsgericht praktiziert.⁷³

Offen ist noch die Frage, ob, und wenn ja, in welchem Umfang für den Bestand eines politischen Gemeinwesens eine kollektive Identität *erfor-*

⁶⁹ Es empfiehlt sich dabei eine verhandlungs- oder konkordanzdemokratische Orientierung, da entsprechende Institutionen weitgehend ohne „Gemeinsinnreservoir“ auskommen, S. Oeter *Föderalismus*, in: v. Bogdandy (Fn. 46), 59; *Zürn* (Fn. 4), 240, 353. Weiterführend U. Everling *Die Europäische Union im Spannungsfeld von gemeinschaftlicher und nationaler Politik und Rechtsordnung*, in: v. Bogdandy (Fn. 46), IV 1, V 3. In diesem Beitrag geht es allein um verfassungsbezogene Aspekte europäischer Identitätsbildung; zu weiteren Aspekten Angelucci (Fn. 55); W. Lilli *Europäische Identität: Chancen und Risiken ihrer Verwirklichung aus einer sozialpsychologischen Perspektive*, in: König/Rieger/Schmitt (Hrsg.) *Europa der Bürger?*, 1998, 139, 153f.

⁷⁰ Zur Verurkundlichung C. Möllers *Verfassung – verfassungsgebende Gewalt – Konstitutionalisierung*, in: v. Bogdandy (Fn. 46), 1, 38ff.; zur Manifestfunktion von Verfassungen G. Frankenberg *Die Rückkehr des Vertrags*, FS Habermas, 2001, 507, 513ff.

⁷¹ F. Neidhardt *Formen und Funktionen gesellschaftlichen Grundkonsenses*, in: Schuppert/Bumke (Fn. 13), 15, 27f.; zur Rolle von Prinzipien D. Fuchs *Demos und Nation in der Europäischen Union*, in: Klingemann/Neidhardt (Hrsg.) *Zur Zukunft der Demokratie*, 2000, 215, 230ff.; zu den gesellschaftlichen Funktionen von Aussagen hohen Abstraktionsgrads G. Degenkolbe *Über logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 17 (1965), 327, 333ff.

⁷² Zu den Identifikationserwartungen im Anschluss an die Proklamation der Grundrechtscharta J. Habermas *Warum braucht Europa eine Verfassung?*, 8. Hamburg Lecture am 26. Juni 2001, II 2 c; E. Pache *Die europäische Grundrechtscharta – ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?*, *EuR* 36 (2001), 475, 478; I. Pernice *Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union*, *DVBl.* 2000, 847, 848f., 859; E. Szyssczak *Protecting social rights in the European Union*, in: Eide/Krause/Rosas (Hrsg.) *Economic, social and cultural rights*, 2001, 493, 502; Graf Vitzthum (Fn. 24), 8; zweifelnd A. v. Bogdandy *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?*, *JZ* 2001, 157, 161f., 164f., 169.

⁷³ Näher A. v. Bogdandy *Zweierlei Verfassungsrecht*, *Der Staat* 39 (2000), 163.

derlich ist. Es ist eine erfahrungsgesättigte Binsenweisheit, dass ein liberaldemokratisches Gemeinwesen nur funktionieren kann, wenn es nicht in unversöhnliche religiöse, ethnische oder soziale Gruppierungen zerfällt.⁷⁴ Dies zu vermeiden, verlangt jedoch weniger als eine kollektive Identität oder gar gemeinsame Konzeption des „guten Lebens“. Weitergehende Annahmen sind in der Regel axiomatischer Natur und integraler Teil normativer Konzeptionen, die Gemeinsinn hohe Bedeutung zuweisen.⁷⁵ Zwingende Beweisführungen in dieser Sache habe ich nicht gefunden, dagegen aber plausible Hinweise, dass der gesellschaftliche Bedarf an kollektiver Identität leicht überschätzt wird.⁷⁶ Dies lässt an Homogenitäts- und Gemeinsamkeitserfordernissen zweifeln, wie sie sich in *Böckenfördes* berühmtem und weit rezipiertem Diktum von den ungarantierbaren Voraussetzungen des Staates finden.⁷⁷ Erfolgreiche Vergesell-

⁷⁴ Bemerkenswert *H. Heller* Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: *ders.* Gesammelte Werke Bd. 2, 1971, 421. Danach hing die Lebenstüchtigkeit der Weimarer Demokratie von einem einzigen Umstand ab: Die herrschenden Klassen müssten dem Proletariat glaubhaft vermitteln, in den Verfahren der Reichsverfassung ihre materielle Lage verbessern zu können. Angesichts des Zitats in BVerfGE 89, 155, 186, ist darauf hinzuweisen, dass entgegen dem dort zu Belegenden *Heller* die politisch-integrative Funktion der Nation und substantieller Gemeinsamkeit gering schätzt. Er lässt die Integrationsfaktoren und Identitätsgehalte gemeinsame Sprache, Geschichte, Kultur, auf die es dem Senat an dieser Stelle ankommt, als Phänomene der Vergangenheit *dahingestellt*, und zwar im Plusquamperfekt: „In der europäischen Neuzeit (...) waren (sic!) gemeinsame Sprache, gemeinsame Kultur und politische Geschichte die wichtigsten Faktoren der sozial-psychologischen Angleichung gewesen“, ebd., 429. Dagegen sieht er den europäischen Bundesstaat ausdrücklich als praktikable und legitimationstüchtige politische Option, ebd., 433.

⁷⁵ Die Problematik des Identitätsbegriffs liegt nicht zuletzt darin, dass der als soziologisch-deskriptiv vorgestellte Begriff diese normativen Prämissen versteckt.

⁷⁶ *F. Neidhardt* Formen und Funktionen gesellschaftlichen Grundkonsenses, in: *Schuppert/Bumke* (Fn. 13), 15, 16f., 26f.; ähnlich *von Hippel* (Fn. 13), 278. Zur Kenntnis zu nehmen sind auch eine Reihe soziologischer Positionen, nach denen einheits-theoretische Vorstellungen, wie sie dem Konzept einer prinzipiell gesellschaftsumgreifenden Verfassungsidentität zugrunde liegen, hoffnungslos veraltet sind. Für eine konsequente Systemtheorie kann es bereits konzeptionell keine gemeinschaftsumfassende Verfassungsidentität geben. Inkonsequent innerhalb der Systemtheorie daher *H. Willke* Die Ironie des Staates, 1992, 362ff., 370; dazu *A. v. Bogdandy* Sittlicher Interventions- oder vermittelnder Supervisionsstaat?, ARSP 81 (1995), 102, 109f. Aber auch Studien anderer theoretischer Provenienz sehen einheits-theoretische Vorstellungen angesichts erheblicher sozialer Fragmentierung als unhaltbar an, *H. H. Bohle/W. Heitmeyer/W. Kühnel/U. Sander* Anomie in der modernen Gesellschaft, in: *Heitmeyer* (Fn. 6), 29 insbes. 54ff.; hierzu auch *R. Dahrendorf* Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, 1965, 161ff., 174f.; *Denninger* (Fn. 8), 447.

⁷⁷ *E.-W. Böckenförde* Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *ders.* Recht, Staat, Freiheit, 1991, 92, 112; *ders.* Demokratie als Verfassungsprinzip, in:

schaftung kann auch, wie *Dahrendorf*⁷⁸ soziologisch und *Frankenberg*⁷⁹ verfassungstheoretisch zeigen, unter der Prämisse des Konflikts und der Differenz erfolgen. Erforderlich sind danach nur die allgemeine zivilisatorische Errungenschaft der Rechtsförmigkeit des Verhaltens⁸⁰ sowie hinreichend komplexe Verfahren der hoheitlichen Willensbildung.⁸¹

III. „Verfassungsidentitätspolitik“: normative Grundpositionen

Hat die Hoheitsgewalt die Kompetenz oder gar den Auftrag, die Identifikation des Bürgers mit der Verfassung zu fördern? Verpflichtet die Verfassung den Bürger zu einer über den Rechtsgehorsam hinausgehenden Identifikation oder aber schützt sie ihn vor Identitätszumutungen? Die Möglichkeit einer „Verfassungsidentitätspolitik“ und selbst die oft angenommene Angewiesenheit eines Gemeinwesens auf eine kollektive herrschaftstragende Identität seiner Bürger entscheiden derartige verfassungsrechtliche Fragen nicht. Da auch die maßgeblichen Verfassungstexte nur wenige Anhaltspunkte geben, sind diese Fragen nur mit Hilfe weiterer normativer Prämissen zu beantworten;⁸² drei Grundpositionen seien in Zuspitzung vorgestellt.

1. Verfassungsidentität zwecks Staatsschutz

Zahlreiche Stimmen in der deutschen Staatsrechtslehre und eine Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ziehen aus einer angenommenen Angewiesenheit der Verfassung auf eine staatstragende Identität des Bürgers im Allgemeinen und des „Staatsdieners“ im Beson-

ders. Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, 289, 332f. Böckenfördes Formulierung ist unterschiedlicher Deutung zugänglich, *G. Britz* Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 221f.; besonders wirkungsmächtig taucht sie im Maastricht-Urteil auf, BVerfGE 89, 155, 185.

⁷⁸ *R. Dahrendorf* Der moderne soziale Konflikt, 1992, 50ff., 282ff.

⁷⁹ *Frankenberg* (Fn. 13), insbes. 32ff., 133ff., 213ff.; *ders.* Tocquevilles Frage. Zur Rolle der Verfassung im Prozeß der Integration, in: *Schuppert/Bumke* (Fn. 13), 31, 44ff.; vgl. auch *E. Denninger* Staatsrecht I, 1973, 12, 26f.; *Haltern* (Fn. 46); mit ähnlichem Ergebnis *W. Leisner* Der europarechtliche Einigungszwang, JZ 2002, 735, 740f.

⁸⁰ Dies stellt hohe Anforderungen an die innere Disziplinierung und Persönlichkeitsstruktur, klassisch die Beschreibung wie Kritik von *F. Nietzsche* Zur Genealogie der Moral, in: *ders.* Jenseits von Gut und Böse (Ausgabe Schlechta), 1984, 213, 239ff., 255ff.

⁸¹ Unter dieser Prämisse ist das institutionelle System der Union weiterzuentwickeln, *Everling* (Fn. 69), IV 3.

⁸² Methodisch *H.-J. Koch/H. Rüßmann* Juristische Begründungslehre, 1982, 119ff.

deren verfassungsrechtliche Folgerungen.⁸³ Eine jüngste programmatische Ausformulierung dieser Position in der Theorietradition der substantiellen Sittlichkeit⁸⁴ hat *Paul Kirchhof* unterbreitet.⁸⁵ Angesichts des Verfalls gesellschaftlicher Gemeinsamkeit seien dringend „die Institutionen des Staates zu festigen, die Wertungen des Grundgesetzes zum Allgemeingut zu machen“,⁸⁶ denn auch eine pluralistische Gesellschaft könne nur funktionieren, wenn sie „sich im Kern auf einen als allgemeingültig postulierten Wertkodex stützt und diesen als Gemeinwohl anerkennt“.⁸⁷ Bewusstsein der Zusammengehörigkeit, gemeinsame Wertordnung und ähnliche Lebenspraxen liegen danach zeitlich und logisch vor der freiheitlichen Demokratie.⁸⁸

Der normative Angelpunkt dieser Konzeption liegt in *Kirchhofs* Verständnis der Grundrechte, denen er Kernelemente eines „guten und richtigen Lebens“ entnimmt.⁸⁹ Als wesentliche normative Aussage enthalten sie ein Freiheitsangebot, das sich wesentlich aus „Üblichkeit und Erfahrung“ speist und insoweit durch gute Tradition bestimmt ist.⁹⁰ Dieser Grundrechtsgehalt habe auch die Gestaltung der Rechtsordnung sowie

⁸³ BVerfGE 12, 45, 51; 28, 36, 48; 39, 334, 346ff.; 40, 237, 251; *J. Isensee* Staat und Verfassung, in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 13 Rn. 115f.; *H. Krüger* Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, 193ff., 210f.; *W. Pechthaler* Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 1986, 167.

⁸⁴ Zu dieser Tradition ausf. *S. Dellavalle* Una costituzione senza popolo, 2002, 94ff.

⁸⁵ *Kirchhof* (Fn. 6), Rn. 1ff.

⁸⁶ Ebd., Rn. 8; an anderen Stellen spricht *Kirchhof* von einem „Mehr an gesellschaftlicher Gemeinsamkeit“ (Rn. 6), „innerer Gebundenheit“ (Rn. 65), „innerer Bindung“ (Rn. 89), in der Terminologie dieses Beitrags also von „Identität“.

⁸⁷ Ebd., Rn. 22.

⁸⁸ Ebd., Rn. 14, 16.

⁸⁹ Aufgrund der starken Privat- und Familienorientierung entnimmt *Kirchhof* allerdings der Verfassung keinen Gesamtentwurf des guten Lebens. Es geht nur um die „Anfangsbedingungen individueller Entfaltung, sinnvoller Existenz und persönlichen Glücks“, ebd., Rn. 64. Die „letzten Sinnfragen“ bleiben offen (Rn. 91), eine religiöse Absicherung ist aber unabdingbar (Rn. 91f.).

⁹⁰ Ebd., Rn. 61. An dieser Stelle gibt es den größten Binnenpluralismus in dieser Position, insofern eine Reihe von Autoren, die *Kirchhofs* Überlegungen bis zu diesem Punkt teilen, die Verfassung als sittlich neutraler und innovationsgeneigter begreifen. Die Verfassung ist in dieser Variante gegenüber der tradierten Kultur unabhängiger, ihr Hoheitsgewalt begründendes und die Mehrheitsmacht beschränkendes Moment stärker (grundlegend *Smend* [Fn. 8], 121ff.). Die Identitätsvorgaben sind hier weniger weitgehend und auf die Gehalte der „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ beschränkt. Es bleibt aber bei der Deutung der Verfassung als gesamtgesellschaftlichem Entwurf; zur Kritik *E. Denninger* Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtenordnung, JZ 1975, 545; *E. Grabitz* Freiheit als Verfassungsprinzip, Rechtstheorie 8 (1977), 1, 6.

die Abgrenzung der Freiheitsräume unter den Bürgern zu prägen.⁹¹ Zwar wird der Abwehrcharakter der Grundrechte anerkannt, jedoch „läßt sich das Prinzip der Freiheit für jedermann nur aufrechterhalten, wenn die Freiheitsberechtigten aufgrund anderweitiger – nichtstaatlicher – Bindungen ähnliche Verhaltensweisen pflegen, die im Zusammenwirken das Gemeinwohl stützen.“⁹² Der Staat steht vor und über der Freiheit, denn „erst die Zusammengehörigkeit des demokratischen Staatsvolkes und die Prägung der Freiheitsberechtigten durch eine gemeinsame Geschichte und Erfahrung erlauben es, die Staatsgewalt in die Grenzen freiheitlicher Demokratie zurückzunehmen.“⁹³ Folgerichtig obliegt dem Staat eine Aufgabe staatstragender Identitätsbildung: Er habe die Bereitschaft der Bürger zu fördern, sich die mit den Grundrechten vorgegebenen Lebensvollzüge zu eigen zu machen. Rechtlich gewendet führt dies zu substantiierten Identitätserwartungen, wenngleich nicht zu Identitätszumutungen.⁹⁴

Das Grundgesetz ist hiernach *Ausdruck* und *Gedächtnis* des durch tradierte Sittlichkeit geprägten deutschen Volkes. Es wirkt identitätsbildend, da es diese Sittlichkeit rechtlich aufnimmt, verstärkt und dem Bürger nahe bringt. Verfassungsidentität dient in dieser Konzeption der Wahrung von Bewährtem. Eine europäische Verfassungsgebung verlangt in dieser Tradition die Freilegung bestehender substantieller Gemeinsamkeiten der Europäer.⁹⁵

⁹¹ *Kirchhof* ebd., Rn. 68. Freiheit ist danach im Sinne der konservativen Hegelschule verstanden, dazu *Tugendhat* (Fn. 17), 319, 343 ff. Es ist auch im Sinne *Hegels*, dass die Grundlagen des Zusammenlebens universalistisch sind, jedoch in jeder Rechtsgemeinschaft zu einer eigenen Kultur fortgebildet werden (*Kirchhof* ebd., Rn. 61 f.).

⁹² Ebd., Rn. 13.

⁹³ Ebd., Rn. 14. An späterer Stelle heißt es: „Ein Freiheitsrecht schirmt zwar einen Bereich individuell beliebigen Wollens und Handelns ab, baut aber auf der Erwartung, daß diese Freiheitsrechte überwiegend in ähnlicher Weise ausgeübt werden. Das Maß der Freiheitsgewähr hängt von der Verlässlichkeit herkömmlicher Werte und der aus ihnen folgenden Freiheitsgewohnheiten ab“, ebd., Rn. 56, vgl. auch Rn. 57.

⁹⁴ Ebd., Rn. 60.

⁹⁵ Dass es auf der europäischen Ebene hierfür eine Reihe von Ansatzpunkten gibt, zeigen etwa *K. Bahlmann* Abschied vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, EuR 23 (1988), 347; *H. Steinberger* Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht, FS Doebling, 1989, 951, 968; *I. Pernice* Maastricht, Staat und Demokratie, Die Verwaltung 26 (1993), 449, 480; *M. Stolleis* Europa nach Nizza. Die historische Dimension, NJW 2002, 1022.

2. *Verfassungsidentität zwecks emanzipatorischer Reform*

Diese konservative Position trifft sich mit progressiven Konzeptionen im Erfordernis einer sozialen Identität, im Nexus von Identität und Legitimität sowie in der Sorge, dass die Bürger ihre „wahre“ Identität verfehlen könnten. So betitelt *Jürgen Habermas* einen Schlüsseltext der Identitätsdebatte mit „Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?“⁹⁶ Jedoch werden hier traditionelle Identitätsgehalte konsequent in Frage gestellt: „Ihre kollektive Identität steht den einzelnen nicht mehr als ein Traditionsgehalt gegenüber, an dem die eigene Identität wie an einem feststehenden Objektiven gebildet werden kann; vielmehr beteiligen sich die Individuen selbst an dem Bildungs- und Willensbildungsprozeß einer gemeinsam erst zu entwerfenden Identität. Die Vernünftigkeit der Identitätsgehalte bemißt sich dann allein an der Struktur dieses Erzeugungsprozesses.“⁹⁷

Im Mittelpunkt dieser Konzeption steht das gegenseitige Anerkennungsverhältnis der Individuen in ihrer gleichen Freiheit.⁹⁸ Kerninstitution ist der politische Bürgerstatus, der von der nationalen Identität entkoppelt wird, so dass sich diese Konzeption in besonderer Weise für ein europäisches Identitätsprojekt anbietet.⁹⁹ Die kollektive Identität sei „im Bewußtsein allgemeiner und gleicher Chancen der Teilnahme an solchen Kommunikationsprozessen begründet (...), in denen Identitätsbildung als kontinuierlicher Lernprozeß stattfindet“.¹⁰⁰ Die Verfassung enthält ein vernünftiges Identitätsangebot, insofern sie universalistische Gehalte positiviert und einen demokratischen Prozess im Lichte gleicher Freiheit organisiert; sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist ein Verfassungs-

⁹⁶ Gehalten 1974 anlässlich der Verleihung des Hegelpreises der Stadt Stuttgart, erschienen in *J. Habermas/D. Henrich* Zwei Reden, 1974, 25; wieder abgedruckt in *Habermas* (Fn. 26), 92.

⁹⁷ Ebd., 107; weicher, in der Sache jedoch unverändert *ders.* Faktizität und Geltung, 1992, 603, 606, 609, 624f. Die späteren Arbeiten unterstreichen stärker – gemäß einem Trennungsmodell von Politischem und Kulturellem – das Erfordernis der Wahrung subpolitischer sozialer Identitäten; der Verfassungspatriotismus darf „die Neutralität der Rechtsordnung gegenüber den auf subpolitischer Ebene ethisch integrierten Gemeinschaften nicht beeinträchtigen; er muß vielmehr den Sinn für die differentielle Vielfalt und die Integrität der verschiedenen koexistierenden Lebensformen einer multikulturellen Gesellschaft schärfen“, *J. Habermas* Die Einbeziehung des Anderen, 1996, 263.

⁹⁸ *J. Habermas* Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat, in: *ders.* Die Einbeziehung des Anderen (Fn. 97), 237ff.; ausf. *A. Honneth* Kampf um Anerkennung, 1992.

⁹⁹ *Habermas* (Fn. 72); ausführlich *P. Nanz* Europolis. Constitutional Patriotism beyond the Nation State, 2002, insbes. 145ff.

¹⁰⁰ *Habermas* (Fn. 26), 116.

patriotismus angemessener Ausdruck einer vernünftigen kollektiven Identität.¹⁰¹

Der reformatorische Charakter dieser Konzeption ergibt sich daraus, dass die gebotene Gleichheit unter den aktuellen ökonomischen Machtkonstellationen nicht vollständig zu verwirklichen sei.¹⁰² Verlangt wird weiter eine starke Gemeinwohlorientierung der Beteiligten als integrierendes Moment einer kollektiven Identität.¹⁰³ Diese Konzeption ist in ihrer Stoßrichtung stärker verfassungspolitischer denn verfassungsinterpretatorischer Natur; gleichwohl gibt es auch positivrechtliche Anwendungsmöglichkeiten.¹⁰⁴ Verfassungsidentität ist hier die Chiffre zur Erweckung schlummernder Vernunftgehalte. Europäische Verfassungsidentität ist zudem die Chiffre zur Rettung der sozialen Demokratie.

3. Verfassungsidentität als Freiheitsgefährdung

Das Wort „Verfassungsidentität“ versteckt Erwartungen und Anforderungen an die Persönlichkeitsstruktur der Bürger.¹⁰⁵ Dieser Zugriff auf des Bürgers Seele begründet eine tiefe Skepsis zahlreicher Wissenschaftler, die eine große Vorsicht im Umgang mit der Identitätsthematik in normativen Diskursen eint.¹⁰⁶ Sie findet sich in Positionen des methodischen

¹⁰¹ J. Habermas Staatsbürgerschaft und nationale Identität, in: ders. Faktizität und Geltung (Fn. 97), 632, 638, 642f.

¹⁰² Habermas (Fn. 26), 106; eine entsprechende Vision jüngst von Taylor (Fn. 53), 28: „Eine große Menge von kleinen Privatunternehmen würde mit Großfirmen in öffentlichem Besitz koexistieren, die unter Selbstverwaltung stehen; das Ganze würde von einem Markt koordiniert, der staatlich reguliert würde, wobei der Staat seinerseits eine föderale Struktur hat“.

¹⁰³ Habermas (Fn. 101), 632, 641f.; Zürn (Fn. 4), 238, 257, 348.

¹⁰⁴ Vgl. nur G. Lütke-Wolff Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246, 275 ff.; I. Maus Sinn und Bedeutung von Volkssouveränität in der modernen Gesellschaft, KJ 24 (1991), 137; U. K. Preuß Citizenship and identity, in: Bellamy/Bufacchi/Castiglione (Hrsg.) Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe, 1995, 107; ders. Einleitung. Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik, in: ders. (Hrsg.) Zum Begriff der Verfassung, 1994, 7, 29f.; ders. Zum verfassungstheoretischen Begriff des Bürgers in der modernen Gesellschaft, FS Mahrenholz, 1994, 619, 626f.

¹⁰⁵ T. Eagleton Was ist Kultur?, 2001, 72: „Da wahre Autorität die Verinnerlichung des Gesetzes durch die Regierten beinhaltet, ist die Macht bestrebt, sich der menschlichen Subjektivität selbst in ihrer ganzen scheinbaren Freiheit und Privatheit einzuprägen.“ Ähnlich Gellner (Fn. 59), 73.

¹⁰⁶ K. von Beyme Kulturpolitik und nationale Identität, 1998, 80; zur ähnlichen Problematik des Begriffs „Gemeinschaft“ M. Riedel Gesellschaft, Gemeinschaft, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.) Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, 1975, 801 ff., 861 f.

Individualismus,¹⁰⁷ in klassisch liberalen Positionen wie der *Poppers*, der hoheitliche Bekenntniserfordernisse als freiheitsfeindlich brandmarkt,¹⁰⁸ sowie in den Positionen derjenigen, die wie *Böckenförde* oder *Denninger* einen verfassungsorientierten Gemeinsinn hoch schätzen.¹⁰⁹

Mir erscheint dieses Verständnis unter der verfassungsrechtlichen Prämisse der Freiheit in Grundgesetz, Unionsverfassung und EMRK als das überzeugendste.¹¹⁰ So erfreulich Identitätsbestände sein mögen,¹¹¹ so problematisch sind Identitätszumutungen und Identitätserwartungen, betreffen sie doch das Individuum im Kern seiner Autonomie und Würde. Sie erscheinen sogar eher geeignet, den eigentlichen Integrationsvorgang zu stören; sie können in Desillusionierung und Apathie enden, wie als krasses Beispiel die DDR gezeigt hat. Eine Verfassungsordnung, die repressive Identitätszumutungen benötigt, um sich hinreichende Unterstützung zu verschaffen, hat ein viel grundlegenderes Problem als die normative Hartleibigkeit einiger Rechtsgenossen.

Dies legt nahe, das Gemeinwesen nicht auf Identitäten, sondern auf das langfristige Eigeninteresse der Bürger auszurichten, gemäß dem Kant'schen Diktum, dass auch Teufel einen Staat begründen können, wenn sie nur verständig sind.¹¹² *Kants* – von *Hegel* als „Notstaat“ verspott-

¹⁰⁷ Hier ist die Verfassung ein bloßes System von Regeln, das eigennutzenorientierte Akteure zur Verwirklichung ihrer individuellen Interessen schaffen und nutzen, *J. Schumpeter* Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 5. Aufl. 1980, insbes. 427 ff.; diese Überlegungen wurden in den Vereinigten Staaten zu einer bedeutenden Verfassungstheorie ausgebaut, aus der neueren Literatur *J. Buchanan* Die Grenzen der Freiheit, 1984, 78, 102 ff.; *J. Brennan/J. Buchanan* Die Begründung von Regeln. Konstitutionelle Politische Ökonomie, 1993, 65 f., 87 f.; zur Rezeption *C. Engel/M. Morlok* (Hrsg.) Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998.

¹⁰⁸ *K. Popper* Die offene Gesellschaft und ihre Feinde. Der Zauber Platons, 7. Aufl. 1992, 134; ähnlich *F. A. von Hayek* Recht, Gesetzgebung und Freiheit: Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen, 1981, 190; *ders.* Recht, Gesetzgebung und Freiheit: Regeln und Ordnung, 1980, 101 f., 134.

¹⁰⁹ *E.-W. Böckenförde* Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: *ders.* Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 200, 219, 226 f., 241 f.; ähnlich *Denninger* (Fn. 2), Rn. 75; *ders.* (Fn. 32), 10 f.; ebenso *Geller, v. Schlabrendorff, Rupp*, abw. Meinung zu BVerfGE 30, 45.

¹¹⁰ Näher *A. v. Bogdandy* Prinzipienlehre, in: *ders.* (Fn. 46), 149, 163 ff.; *ders.* Gubernative Rechtsetzung, 2000, 24 ff.; *ders.* Hegels Theorie des Gesetzes, 1989, 258.

¹¹¹ Substantielle Homogenität weiter Bevölkerungskreise kann allerdings für Minderheiten leicht freiheitsgefährdend und innovationshemmend sein, so dass ihr Fehlen eine gewichtige freiheitsgewährleistende Dimension aufweist, *Peters* (Fn. 68), 703 ff.; *Pache* (Fn. 4), 1159. Ausführlich zu rechtlichen Mechanismen des Minderheitenschutzes *J. Marko* Autonomie und Integration. Rechtsinstitute des Nationalitätenrechts im funktionalen Vergleich, 1995, 195 ff.

¹¹² *I. Kant* Zum ewigen Frieden, 1795, in: *ders.* Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik (Ausgabe Vorländer 1964), 115, 1; näher *I. Kant* Die Religion in-

tete Konzeption – erscheint als Prämisse verfassungsrechtlicher Deduktionen vorzuzugswürdig.¹¹³ Für die Europäische Union folgt, dass eine gemeinsame Identität der Unionsbürger keine Voraussetzung für Herrschaft und Verfassung ist, sofern nur die Verfahren der Willensbildung und -umsetzung entsprechend ausgestaltet sind.

Diese Position sei anhand des verfassungsrechtlichen Rahmens einer Verfassungsidentitätspolitik näher ausgeführt.¹¹⁴

IV. Aufgabe, Kompetenz und Grenze: Verfassungsidentität verfassungsdogmatisch

1. Grundrechte und Identitätszumutungen

Der bedeutendste normative Ausdruck der europäischen Moderne sind Rechtsordnungen, unter denen *alle* Menschen prinzipiell gleiche und freie Rechtssubjekte sind.¹¹⁵ Die entsprechende Individualisierung dürfte

nerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, Werke in zehn Bänden (Ausgabe Weischedel), Bd. 7, 1968, 751 ff., 753; zur Aktualität *G. Haverkate* Verfassungslehre, 1992, 278; *P. Nielsen* Volk-von-Teufeln-Republikanismus, FS Habermas, 2001, 568.

¹¹³ *G. W. F. Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, Theorie Werkausgabe Bd. 7, 1970, §§ 183, 258 Anm.

¹¹⁴ In der Perspektive der identitätsbildenden Rolle von Verfassungsrecht kommen zahlreiche weitere verfassungsrechtliche Themen ins Blickfeld, mit denen sich die Vereinigung bereits beschäftigt hat. Insbesondere sind zu nennen: Das Recht der freien Meinungsäußerung (VVDStRL 4 [1928]); Die Berufsbeamten und die Staatskrisen (VVDStRL 13 [1955]); Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften (VVDStRL 23 [1966]); Das Grundrecht der Gewissensfreiheit (VVDStRL 28 [1970]); Verfassungstreue und Schutz der Verfassung (VVDStRL 37 [1979]); Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimensionen (VVDStRL 41 [1983]); Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen (VVDStRL 42 [1984]); Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, das Beispiel von Ehe und Familie (VVDStRL 45 [1987]); Staatszwecke im Verfassungsstaat nach 40 Jahren Grundgesetz (VVDStRL 48 [1990]); Deutschlands aktuelle Verfassungslage (VVDStRL 49 [1990]); Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft (VVDStRL 50 [1991]); Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit (VVDStRL 51 [1992]); Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz? (VVDStRL 53 [1994]); Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat (VVDStRL 54 [1995]); Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat (VVDStRL 55 [1996]); Staat und Religion (VVDStRL 59 [2000]). Bürgerschaft, Hoheitssymbole, die Personalisierung von Politik, Eidespflichten wären weitere Themen.

¹¹⁵ *I. Kant* Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: *ders.* Kleinere Schriften (Fn. 112), 67, 86 f.; *Hegel* (Fn. 113), § 4, 36; *Siedentop* (Fn. 13), 200 f.

ebenso fundamental für das zeitgenössische Selbstverständnis sein wie das Bewusstsein der Chance, aber auch des Schicksals der Freiheit.¹¹⁶ Systemisch betrachtet geht es um soziale Mobilisierung und Innovation.¹¹⁷ Grundrechte haben diesen Zustand nicht allein herbeigeführt, aber oft begleitet. Geschichte, Formulierung und Systematik erweisen sie als Instrumente des Schutzes vor aufgedrängten Identitäten.¹¹⁸

Eine Ausnahme bildet die auf das politische Gemeinwesen bezogene Identität: Der Nationalstaat, auch der demokratisch-republikanische, bietet nicht nur häufig keinen Schutz, sondern fordert die Seele des Bürgers; eindrucklich zeigt dies gerade die republikanische Malerei.¹¹⁹ Sei es in der Tradition deutschen Gemeinschaftsdenkens, sei es in der des Republikanismus – das Bundesverfassungsgericht hat über Jahrzehnte Identifizierungsanforderungen formuliert, die sich nicht nur auf „Staatsdiener“, sondern auf alle Bürger beziehen.¹²⁰

Dieser identifikationserheischende Nationalstaat ist überholt in der Entwicklung des Bewusstseins der Freiheit, also eines Verfassungsrechts *ex parte civium*. Jede Identifikationsforderung berührt den Schutzbereich der Gewissensfreiheit, also Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 Grundrechtscharta und Art. 9 Abs. 1 EMRK, da es den Einzelnen in seiner Konzeption eines „gutes Lebens“ über die moralischen Gründe seines Handelns betrifft.¹²¹ Insoweit gibt es eine Kluft zwischen der Forderung des Rechts-

¹¹⁶ Treffend *Henrich* (Fn. 37), 24: Was in der zeitgenössischen Gesellschaft „Freiheit heißen kann, ist anderes als ein Anlaß zu ungebändigtem Frohsinn im Bewußtsein der Leichtigkeit des Seins.“ Ausf. *M. Heidegger* *Sein und Zeit*, 17. Aufl. 1993, §§ 40, 41, 180ff., insbes. 188, 191f.; *J. P. Sartre* *Das Sein und das Nichts*, 1993, 833ff., insbes. 838, 950ff.

¹¹⁷ *Böckenförde* (Fn. 4), 58; *Deutsch* (Fn. 60), 41; *Gellner* (Fn. 59), 43, 169.

¹¹⁸ Ausf. und kritisch *J. Hellermann* Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, 20ff.; zu den zahlreichen Grundrechtsfragen im Zusammenhang mit der Einwanderung aus anderen Kulturkreisen *Britz* (Fn. 77), 109ff.

¹¹⁹ Man denke nur an die Bilder von *J. L. David* und *J. H. Füssli*. Hierzu *Eagleton* (Fn. 105), 72: Wenn die Macht „von innen her regulieren will, muß sie sie auch von innen imaginieren. Keine kognitive Form ist aber geeigneter, die Komplexitäten des Herzens zu erkunden, als die künstlerische Kultur.“

¹²⁰ BVerfGE 12, 45, 51: „Menschenbild (des Grundgesetzes, d.Verf.) ist nicht das des selbstherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit“, das der „personale Vertreter“ der Gemeinschaft ist; BVerfGE 28, 36, 48: „Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Demokratie, die von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlichen Ordnung erwartet“; schon abschwächend, da weniger präskriptiv BVerfGE 81, 278, 293: „als freiheitlicher Staat ist die Bundesrepublik (...) auf die Identifikation ihrer Bürger mit den in der Flagge versinnbildlichten Grundwerten angewiesen.“; weiter BVerfGE 44, 125, 147. Vgl. auch Nachweise in Fn. 83.

¹²¹ *Böckenförde* (Fn. 109), 219, 226f., 241f.; *U. Mager* in: von Münch/Kunig (Hrsg.) GGK I, 5. Aufl. 2000, Art. 4 Rn. 22 a.E.; zur EMRK *J. Frowein* in: *ders./Peukert* Euro-

gehorsams oder Anerkennens der Rechtsordnung einerseits,¹²² der Forderung eines Verfassungsbekenntnisses oder einer Verfassungsidentität andererseits.¹²³

Während die Schutzdimension deutlich ausgeprägt ist, fehlt im Grundgesetz jeder Hinweis auf eine Verfassungsidentifikationspflicht;¹²⁴ die dogmatischen Herleitungen einer solchen Pflicht erscheinen gerade in Anbetracht zahlreicher expliziter normativer Schutzvorkehrungen als brüchig.¹²⁵ Zutreffend, aber zu leise ist eine neuere Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts, die dem Grundgesetz keine normativen Identifikationszumutungen mehr entnimmt.¹²⁶ Verfassungsrechtliche Identifikationserfordernisse mögen allenfalls in Zeiten des Übergangs von autoritären zu demokratischen Herrschaftsformen oder konkreter existentieller Bedrohung verfassungsrechtlich zulässig sein.¹²⁷

Da aus dem Grundgesetz keine Identifikationspflichten fließen, unterliegen auch einfachgesetzliche Bekenntnis- und Identifikationsanforderungen weit höheren Rechtfertigungserfordernissen als vielfach an-

päische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1996, Art. 9 Rn. 3f.; *N. Blum* Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, 154ff.

¹²² Diese Forderungen erscheinen unproblematisch, soweit ein Gemeinwesen demokratisch organisiert ist und die Auswanderungsfreiheit gewährleistet.

¹²³ *Böckenförde* (Fn. 109), 200, 284f.; *ders.* (Fn. 33), 24ff.

¹²⁴ Hierzu insbesondere *H. Hofmann* Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, *VVDStRL* 41 (1983), 42, 54f., 56, 64.

¹²⁵ *Böckenförde* (Fn. 123); *Klein* (Fn. 2), 80f.; *P. Häberle* Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 37 (1979), 127. Bezeichnend die Normzitate von Art. 9 Abs. 2, 20 Abs. 4, 18, 21 Abs. 2, 98 Abs. 2 und 5 GG in *BVerfGE* 28, 36, 48: Keine Bestimmung begründet eine Identifikationspflicht. Zum Teil sind es Rechte, zum Teil Kompetenzen für Eingriffe; zum Schutzinstrumentarium *Denninger* (Fn. 2), Rn. 43 ff.: „auch ohne die Erheischung einer Verfassungsidentität ist die Verfassung keineswegs wehrlos preisgegeben.“

¹²⁶ Bereits im Urteil zu den *Zeugen Jehovas* wird eine Verfassungsloyalitätspflicht ausdrücklich abgelehnt, *BVerfGE* 102, 370, 392ff., 395. Verallgemeinernd heißt es in einem späteren Kammerbeschluss (*BVerfG*, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 24. März 2001, *NJW* 2001, 2069, 2070): „Die Bürger sind rechtlich nicht gehalten, die Wertsetzungen der Verfassung persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Wertloyalität aber nicht. Die Bürger sind daher auch frei, grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen, solange sie dadurch Rechtsgüter anderer nicht gefährden.“ Hierzu *W. Hoffmann-Riem* Neuere Rechtsprechung des *BVerfG* zur Versammlungsfreiheit, *NVwZ* 2002, 257, 265. Der Begriff des Rechtsguts dürfte in seiner freiheitlichen Funktion zu verstehen sein; näher *W. Hassemer* Strafen im Rechtsstaat, 2000, 160ff., 170ff.

¹²⁷ *Böckenförde* (Fn. 109), 200, 231.

genommen.¹²⁸ Erkenntnisse über die Gemeinschaftsverwiesenheit des mündigen Bürgers wie Annahmen eines hoheitlichen Identifikationsbedarfs sind demnach als freiheitsbeschränkende Argumente kaum mehr verwendbar. In der Konsequenz erschwert sich die Einschränkung entsprechender Ausübungen der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit. Dieses Verständnis steht im Einklang mit der EMRK.¹²⁹ Grundrechtseinschränkungen zum Schutze der nationalen Identität setzt der EGMR enge Grenzen.¹³⁰

Deutsche wie europäische Grundrechte sichern eine umfassende Freiheit auf Bestimmung und Ausdruck der eigenen sozialen Identität. Sie garantieren die prinzipielle Unabgeschlossenheit der öffentlichen Erzählung „Wer wir sind“. Sie verhindern, das „Wörterbuch nationaler oder europäischer Identität“ in Granit zu meißen.

2. *Verfassungsauftrag Identitätsbildung?*

Wenn die Verfassung vom Bürger keine Identifikation fordert, so kann sie doch der Macht aufgeben, mit ihren Gehalten um das Gewissen des

¹²⁸ Der Platz reicht nicht für nähere beamtenrechtliche Folgerungen, jedoch hat diese Rechtsprechung und die erfolgreiche Privatisierung zahlreicher Staatstätigkeiten der pauschalen Argumentation der siebziger Jahre betreffend die Unentbehrlichkeit einer Identifikation für die ordnungsgemäße Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben die Grundlage entzogen. Mit Blick auf die Erfordernisse bei Einbürgerung und Zuwanderung vgl. *Denninger* (Fn. 8), 445.

¹²⁹ Zur EMRK als verfassungsrechtlichem „ordre public européen“ *J. A. Frowein* *The European Convention on Human Rights as the Public Order of Europe*, *Collected Courses of the Academy of European Law* 1990, Bd. I-2, 267 ff.; *C. Grabenwarter* *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), 290, 294.

¹³⁰ EGMR, Urteil vom 30. Januar 1998, *Unified Communist Party of Turkey (TBKP) u. a./Türkei*, Appl.Nr. 19392/92, Rn. 57 (Verbot einer Partei der kurdischen Minderheit nur aufgrund des Programms); Urteil vom 10. Juli 1998, *Sidiropoulos u. a./Griechenland*, Appl.Nr. 26695/95, Rn. 44 (verweigte Eintragung eines Vereins der mazedonischen Minderheit); Urteil vom 8. Dezember 1999, *Party for Freedom and Democracy (Özdepe)/Türkei*, Appl.Nr. 23885/94, Rn. 44 (Verbot einer Partei der kurdischen Minderheit); Urteil vom 2. Oktober 2001, *Stankov und the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgarien*, Appl.Nr. 29922/95 und 29225/95, Rn. 102 (verweigte Eintragung eines Vereins der mazedonischen Minderheit); vgl. auch Urteil vom 20. Dezember 2001, *Gorzelik u. a./Polen*, Appl.Nr. 44158/98; Urteil vom 15. Nov. 1996, *Ahmet Sadik/Griechenland*, Appl.Nr. 18877/91; zur Rechtsprechung *J. Ringelheim* *Identity Controversies Before the European Court of Human Rights: How to Avoid the Essentialist Trap?*, *German Law Journal* Vol. 3 No. 7 – 01 July 2002, Rn. 15, <http://www.germanlawjournal.com>. Bekanntlich ist auch das Bekenntniserfordernis für deutsche Beamte unter Art. 10 und 11 EMRK problematisch, EGMR, Urteil vom 26. Sept. 1995, *Vogt/Deutschland*, Rn. 59 f., *EuGRZ* 1995, 590.

Bürgers zu werben. Dies wird vielfach vertreten, bisweilen gar als fundamentale Staatsaufgabe formuliert.¹³¹ Unter dem Grundgesetz erscheint die Annahme einer solchen Aufgabe außerhalb des Bereichs von Art. 7 GG wenig überzeugend.¹³² Eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, und seine Zurückhaltung hinsichtlich Staatsaufgaben legt den Verfechtern Begründungslasten auf, die sie bislang nur zu angreifbaren normativen Konstruktionen führten. Auch harrt die im föderalen Gemeinwesen fundamentale Kompetenzfrage einer überzeugenden Antwort.¹³³ Dies legt nahe, das Grundgesetz so zu verstehen, dass es eine werbende und distanzwahrende Verfassungsidentitätspolitik im Rahmen der bestehenden Kompetenzen zulässt,¹³⁴ welche die Verfassung als Symbol des Gemeinwesens und ihre Prinzipien als auch moralisch überzeugende Maximen zwischenmenschlichen Zusammenlebens präsentiert. Es steht jedoch einer Politik nicht im Wege, die sich in Seelenfragen für unzuständig hält.¹³⁵

Das Unionsverfassungsrecht kennt hingegen identitätsgerichtete Bestimmungen. Ihre wesentliche Bedeutung erschließt sich aus der partiellen Substitution des Souveränitätsbegriffs. So verlangt der außengerichtete Art. 2, 2. Spstr. EU von der Union „die Behauptung ihrer Identität auf internationaler Ebene“. Dies verabschiedet in der Außenpolitik ein souveränitätsorientiertes Denken. Es geht vielmehr zum einen um Politiken, die die Europäer als über die Union organisierte, handlungsfähige Gruppe inmitten anderer hoheitlich organisierter Gruppen zeigen; dies

¹³¹ Ein entsprechender Auftrag ergibt sich unter diversen Grundpositionen, vgl. nur *Kirchhof* (Fn. 94); *Isensee* (Fn. 5), 551; *Zürn* (Fn. 4), 13, 41, 257f., 328, 348; problematisch in einer freiheitlichen Perspektive *Gebhardt* (Fn. 4), 9: „Denn allein im politisch-kulturellen Ethos einer politischen Bürgerkultur gründet ein Konstitutionalismus, der als politisches Ordnungsprinzip die soziale Lebensform des Verfassungsstaates derart durchformt, daß er in gleicher Weise sowohl die subjektive psychische Welt der individuellen Orientierungen als auch die objektive, für den sinnhaften Aufbau der sozialen Welt konstitutive Symbolwelt des gesellschaftlichen Selbstverständnisses determiniert“; zur Kritik dieser Position ausführlich *Frankenberg* (Fn. 15), 107ff.

¹³² Näher *H.-C. Link/G. Ress Staatszwecke im Verfassungsstaat* – nach 40 Jahren Grundgesetz VVDStRL 48 (1990), 7, 21, 25f., 33f.; *Hofmann* (Fn. 124), 42, 54f., 56, 64, 70; *K.-P. Sommermann Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997, 483f. Vgl. auch Bericht der Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, 1983, in dem von der Aufgabe einer Verfassungsidentitätspolitik nicht die Rede ist. Erwähnt wird allein eine mögliche „appellative Wirkung“ detaillierter Staatszielbestimmungen, insbes. Rn. 32–34.

¹³³ *A. Dittmann Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat*, VVDStRL 54 (1995), 47, 53f.

¹³⁴ BVerfGE 44, 125, 147f.; 63, 230, 242f.; zuletzt BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002, 1 BvR 670/91, Rn. 72ff.

¹³⁵ Noch weitergehend *Mager* (Fn. 121), Rn. 3.

ist eine unerlässliche Bedingung, damit die Unionsbürger sich als Gruppe begreifen können.¹³⁶ Zum anderen fordert die Bestimmung den Schutz in der Union vorhandener, nicht zwingend unionsweit praktizierter, identitätsformender Lebensweisen gegen heteronome Anpassungszwänge von außen.¹³⁷

Nach innen steht der Identitätsbegriff zum einen für den Auf- und Ausbau von Institutionen, die politische Partizipation auf der Unionsebene ermöglichen, insbesondere Europäisches Parlament (Art. 189 EG), europäische Parteien (Art. 191 EG), die politischen Gehalte der Unionsbürgerschaft, um so zu Identifikationsprozessen zu führen. Zum anderen begründet die Unionsbürgerschaft einen *Status* der Gleichheit unter den nationalen Rechtsordnungen.¹³⁸ Dies erleichtert gegenseitige Anerkennungsprozesse zwischen den Unionsbürgern und damit Gruppenbildungsprozesse, welche durch Diskriminierungen massiv erschwert werden.

Damit wirkt das Unionsverfassungsrecht in diversen Hinsichten auf individuelle Prozesse hin, die zur Ausbildung einer unionsbezogenen Identität des Unionsbürgers führen können. Alle diese Politiken sind verfassungsbasiert, aber nicht auf eine Verfassungsidentität ausgerichtet. Sie werben um den Bürger, enthalten aber keine Identitätszumutungen. Sie adressieren den Unionsbürger in seinen langfristigen Eigeninteressen, nicht als treuen Untertan oder selbstlosen republikanischen Kämpfer.¹³⁹

3. *Europäische und nationale Identität: Konflikt, Koexistenz, Kooperation?*

Die Finalität einer europäischen Identitätsbildung steht schon deshalb in einem Spannungsverhältnis zu nationalen Identitäten, weil das europäische Diskriminierungsverbot die rechtliche Begleitung von nationalen gruppenbildenden Differenzierungsprozessen massiv beschränkt. Dass

¹³⁶ Näher oben, II 2.

¹³⁷ Zu den Anliegen vgl. bereits im Einzelnen das Dokument über die europäische Identität (Fn. 40). In den bisherigen konkreten Politiken ging es vor allem um Landwirtschaft und audiovisuelle Unterhaltung; näher *M. Hilf/E. Pache* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Kommentar zur Europäischen Union, Stand 2001, Art. B EUV, Rn. 10f.

¹³⁸ Grundlegend EuGH, Urteil vom 20. Sept. 2001, Rudy Grzelczyk, Rs. C-184/99, Rn. 31, der die Unionsbürgerschaft nunmehr als Gleichheitsstatus begreift; siehe auch EuGH, Urteil vom 11. Juli 2002, Marie-Nathalie D'Hoop, Rs. C-224/98, Rn. 28; vorbereitend *E. Grabitz* Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970; *K.-D. Borchardt* Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.) Integration und Solidarität. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Manfred Zuleeg, 2002, 10, 15ff.

¹³⁹ Zur Aussichtslosigkeit einer solchen Konzeption *Haltern* (Fn. 46).

das Unionsverfassungsrecht gleichwohl nicht auf die Beschädigung nationaler Identität abzielt, zeigt die Kollisionsregelung des Art. 6 Abs. 3 EU. Ihm liegt die – auch in Art. 17 Abs. 1 EG zu Tage tretende – Konzeption zu Grunde, dass europäische und nationale Identität nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis stehen. Diese Annahme wird durch die einschlägigen Umfragen empirisch¹⁴⁰ und die sozialpsychologische Forschung zu multiplen sozialen Identitäten theoretisch bestätigt.¹⁴¹ Begrifflich ist der Weg praktischer Konkordanz mit der Unterscheidung zwischen europäischer Zivilisation und nationalen Kulturen gewiesen.¹⁴²

Doch auch ein Zustand schlichter Koexistenz europäischer und nationaler Identität wäre unbefriedigend.¹⁴³ Erstrebenswert erscheint vielmehr eine gegenseitige Stützung. In diesem Sinne fördert das Grundgesetz in Präambel und Art. 23 Abs. 1 eine Europäisierung der deutschen Identität, und das Unionsverfassungsrecht zielt auf den Schutz nationaler Identitätsgehalte. Begreift man den Identitätsbegriff des Unionsverfassungsrechts in seiner partiellen Substitutionsfunktion gegenüber dem Begriff der Souveränität, so ergibt Art. 6 Abs. 3 EU – neben der Völkerrechtsunmittelbarkeit der Mitgliedstaaten – die Gewährleistung der Völker als Gruppen im identitätsrelevanten Sinn. Nach innen impliziert er ein sich selbst tragendes politisches System,¹⁴⁴ das gesamtgesellschaftlichen Sinn produziert, der nachhaltig in allgemeinen öffentlichen Diskursen zirkuliert.¹⁴⁵ Dieser Sinn kann nicht unionsrechtlich vorgegeben werden,¹⁴⁶

¹⁴⁰ Vgl. die einschlägigen Angaben in *Eurobarometer* (Fn. 68).

¹⁴¹ Mit Blick auf die Sorge eines notwendigen Kollisionsverhältnisses klärt sie auf, dass die soziale Identität eines Individuums angesichts vielfacher Gruppenzugehörigkeiten über *multiple und sogar inhomogene Gehalte* verfügt und Individuen sogar mit inkonsistenten Identitätsgehalten erfolgreich umgehen können, *Graumann* (Fn. 17), 67.

¹⁴² Vgl. nur Dokument über die europäische Identität (Fn. 40), Rn. 1; analog die Unterscheidung in der Grundrechtscharta zwischen den Völkern (1. Präambelerwägung) und *einer* Gesellschaft (4. Präambelerwägung); hierzu eindrucklich das Konzept der „constitutional tolerance“ von *J. H. H. Weiler* *The European Union: Enlargement, constitutionalism and democracy*, FCE 7/99, Rn. 22 ff.

¹⁴³ Zu den möglichen Spannungslagen eindrucklich *A. Bernhard* „Multiple Identität“ als neues Persönlichkeitsideal?, *Neue Sammlung. Vierteljahres-Zeitschrift für Erziehung und Gesellschaft*, 1999, 291.

¹⁴⁴ Problematisch in dieser Hinsicht sind neuere Expansionstendenzen des EuGH im Grundrechtsbereich, Urteil vom 11. Juli 2002, Rs. C-60/00, *Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department*, Rn. 39; näher v. *Bogdandy* (Fn. 72).

¹⁴⁵ BVerfGE 89, 155, 186; eine verfassungstheoretisch und rechtsvergleichend begründete Aufarbeitung von *B. Aláez Corral* *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, 2000, 166 ff., 229.

¹⁴⁶ So die wohl einhellige Meinung, *A. Bleckmann* *Die Wahrung „nationaler Identität“ im Unionsvertrag*, JZ 1997, 265, 267 f.; *P. Häberle* *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*,

unionsrechtlich kann jedoch nur solcher Sinn anerkannt werden, der unmittelbar der nationalen Verfassung entspringt oder in den Formen und Verfahren der nationalen Verfassung produziert wurde. So mag die Unionsverfassung mittelfristig einer stärkeren Verfassungsorientierung nationaler Identität dienen.

V. Was tun? – Folgerungen für die Verfassungsrechtswissenschaft

Die meisten Sinnangebote, dank derer der Mensch seine Identität bildet, sind in der Bundesrepublik durch nationales, europäisches und zunehmend auch internationales Recht durchdrungen. Soziale Identitäten ohne Recht zu denken ist eine leere Abstraktion.

Verfassungsrecht wirkt vor allem mittelbar auf die sozialen Identitäten der Bürger ein, entsprechend ist Verfassungsrechtsdogmatik in erster Linie mittelbar identitätsrelevant.¹⁴⁷ Aber auch *unmittelbar* können Verfassungsrechtler zu einer verfassungsbasierten sozialen Identität beitragen. Sie können das Verfassungsrecht im öffentlichen Raum nachhaltiger zur Beschreibung und Bewertung einer Gesellschaft präsentieren.¹⁴⁸ Bis an die Schwelle des 19. Jahrhunderts wurden (oder: haben sich) die europäischen Gesellschaften fast ausschließlich in rechtlichen Kategorien begrif-

in: *ders.* Europäische Rechtskultur, 1997, 33, 64; *ders.* (Fn. 10), 63, 130ff., 511; *Haltern* (Fn. 57), 591, 620ff.; *Hilf* (Fn. 45), 163f., 167ff.; in diesen Beiträgen jeweils auch näher zu einschlägigen Identitätsgehalten.

¹⁴⁷ Die Verfassungsrechtsdogmatik wird identitätsrelevant, indem sie ihren Beitrag zur Konstitutionalisierung der Rechtsordnung und zum demokratischen, rechtsstaatlichen und effizienten Operieren des politischen Systems leistet. Die auf das Grundgesetz bezogene Dogmatik übererfüllt diese Rolle, weil ein hoher Konkretionsgrad strikter Vorgaben das Grundgesetz als Projektionsfläche gleichgerichteter, aber sachlich divergenter Identifikationsprozesse beeinträchtigen kann. Ganz anders die europäische Verfassungsrechtswissenschaft: Sie steht noch am Anfang der Entwicklung gemeinsamer Begriffe, Aufmerksamkeiten, Interpretationsmuster, Zielsetzungen. Die fehlende Einheitlichkeit (Identität im ersten Bedeutungszeit) dieser Wissenschaft macht ihren identitätsbildenden Beitrag (Identität im zweiten Bedeutungszeit) denkbar gering. Zur Wissenschaft vom Europarecht näher *H. Schepel/R. Wessling* The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe, *ELJ* 3 (1997), 165, 168ff.; *A. v. Bogdandy* Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, *Der Staat* 40 (2001), 3, 35ff.

¹⁴⁸ Mit ein wenig spekulativem Mut kann man hier von „Selbstbeschreibung“ und „Selbstbewertung“ sprechen. Zu einer theoretischen Identitätszuerkennung gerinnt diese Beschreibungsweise allerdings, wenn staatliche Herrschaft als „Selbstregierung“, Gesetzgebung als „Selbstgesetzgebung“ beschrieben werden.

fen.¹⁴⁹ Historische, soziologische und ökonomische Konstrukte haben das Recht an den Rand gedrängt; insbesondere die zeitgenössische Gesellschaft scheint sich vordringlich in ökonomischen Kategorien beschreiben und bewerten zu wollen.¹⁵⁰ Hier ist nicht kulturpessimistisch zu verzagen: Die als Verfassungsrecht niedergelegten Prinzipien können über strikte Gebote hinaus als Ausdruck von „Menschlichkeitshoffnungen“¹⁵¹ eine gesellschaftliche Konstruktion von Wirklichkeit begründen und die politische Praxis bewerten. Der Eintrag „Verfassung“ im „Wörterbuch kollektiver Identität“ verdient Verteidigung, ja Ausbau als zirkulierendes Symbol für gemeinsame Ziele. An ihm hängt auch der gesellschaftliche Stellenwert unserer Wissenschaft.

¹⁴⁹ Zum Übergang *H. Marcuse* Die Entstehung der Gesellschaftstheorie, in: *ders.*, Schriften, Bd. 4, 1989, 223 ff.

¹⁵⁰ Schneidend die Kritik *Larry Siedentops* in *Democracy in Europe*, dem bedeutendsten aktuellen Traktat und Manifest des politischen Liberalismus (Fn. 13), insbes. 64 ff.

¹⁵¹ *Denninger* (Fn. 10), 61 f.; mit etwas anderer Stoßrichtung *Isensee* (Fn. 5), 549.

Leitsätze des 2. Berichtstatters über:

Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?

I. Bedeutungsebenen und Debatten

1) Identität durch Verfassung: ein neuer Zugang zu alten Fragen

1. Die dreischichtige Aufgabenstellung des Titels mündet in eine Frage: Hält die Verfassung das Gemeinwesen dadurch zusammen, dass sie den Bürger in seinem Innersten formt?

2. Erste Schlüsselthese: die Verfassung kann auf direkte und noch sehr viel mehr auf indirekte Weise auf die Identität des Einzelnen einwirken, hoheitliche Identitätspolitik kann ein politisches Gemeinwesen mit hervorbringen und stützen.

3. Zweite Schlüsselthese: Grundgesetz, Unionsverfassungsrecht und EMRK verbieten Identitätszumutungen und lassen nur distanzwahrende Identitätsangebote zu.

2) Sprachwissenschaftliche Erkenntnisse

4. Das Wort „Identität“ ist kryptonormativ und wird in zwei unterschiedlichen Bedeutungszweigen verwandt. Der ältere Zweig betrifft Beziehungen der Einheit oder des Vergleichs. Der jüngere dient der Thematisierung innerer Einstellungen.

5. „Nationale“ oder „europäische Identität“ sind Kürzel zur Bezeichnung gleichgerichteter psychischer Vorgänge. Weder „national“ noch „europäisch“ geben als solche der Identität einen Gehalt.

3) Verfassungsbezogene Identitätsdebatten: ein Überblick

6. Verfassungsrecht wird als Identitätsgehalt vor allem relevant, wenn der Rückgriff auf vorrechtliche Gemeinsamkeiten als nicht tragfähig gilt. Hier begegnen sich Grundgesetz und Unionsverfassung.

7. Das Grundgesetz ist Teil des Prozesses einer normativen Neubestimmung der deutschen Identität mittels Anbindung an die Tradition freiheit-

licher Demokratie. Es gibt ein bemerkenswertes Vertrauen in die identitätsbildende Rolle des Grundgesetzes.

8. Im europäischen Diskurs wird Identität zu einem zentralen verfassungsrechtlichen Prinzip für die innere Gestaltung und die äußere Politik. Der Begriff tritt an die Stelle von Souveränität.

9. In der Spannungslage zwischen europäischer Integration und nationaler Staatlichkeit geht es nicht mehr um die Wahrung nationaler Souveränität, sondern um die Wahrung nationaler Identität.

II. Vom Text zum Identitätsgehalt

1) Identität dank verfassungsunterfangener Rollen

10. Identität bildet sich dank Intersubjektivität. Intersubjektive Zusammenhänge sind durch Rollen, letztere oft durch Recht geprägt. So liegt ein mittelbarer Weg der Identitätsbildung durch Verfassung darin, rollenprägendes Recht zu durchdringen. Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung gewinnt eine weitere Sinndimension.

11. Die Bedeutung von Rollen bei der Bildung der Identität eines Menschen unterstreicht die Bedeutung der Grundrechte hinsichtlich Wahl und Ausfüllung gesellschaftlich angebotener Rollen.

2) Der Eintrag „Verfassung“ im Wörterbuch kollektiver Identität

12. Soziale Identität verlangt die Identifikation mit einer Eigengruppe und Abgrenzung von „Fremdgruppen“. Die Etablierung einer europäischen Identität nach außen (Art. 2 EU) ist unerlässliches Moment europäischer Identitätsbildung.

13. Jede soziale Identität ist Frucht einer öffentlichen „Erzählung“, eine soziale Konstruktion. Jede soziale Identität bildet sich anhand von „Einträgen“ in einer Art „kollektivem Wörterbuch“, das für jede Gruppe angelegt ist.

3) Identität durch Verfassungsrecht – eine Einschätzung seines Leistungspotenzials

14. Eine Verfassung wirkt unmittelbar identitätsbildend, wenn sie im gruppenrelevanten öffentlichen Raum zirkulierend selbst Kriterium der maßgeblichen Identifikationsprozesse ist. Dies verlangt, dass eine breite Mehrheit der Bürger ihre Gruppenzugehörigkeit oder Handlungsdispositionen mit der Verfassung als solcher oder einzelnen Verfassungsprinzipien begründet.

15. Eine Verfassung wirkt mittelbar identitätsbildend, wenn sie maßgebliche Kriterien prägt, etwa mittels ihres Beitrags zum demokratischen, rechts-

staatlichen und effizienten Operieren eines politischen Systems, das aufgrund dieser Qualitäten seinerseits identitätsbildend wirkt.

16. *Das Grundgesetz ist ein wichtiger „Eintrag“ im „Wörterbuch deutscher Identität“ und wirkt unmittelbar identitätsbildend. Die Mitgliedschaft in der Union bildet einen mittels Art. 23 GG verfassungsrechtlich unterfangenen „Eintrag“, die deutsche Identität ist europäisiert.*

17. *Ein „Wörterbuch europäischer Identität“ ist inzwischen angelegt, die Einträge sind jedoch noch dünn und ein Eintrag „Europäische Verfassung“ fehlt.*

18. *Ein mittelfristiges politisches Projekt europäischer Identitätsbildung durch einen expliziten europäischen Verfassungstext erscheint praktikabel.*

19. *Mit Blick auf die Erforderlichkeit kollektiver Identität erscheinen Gemeinsamkeitserfordernisse, wie sie sich in Böckenfördes Diktum von den ungarantierbaren Voraussetzungen des Staates finden, überzogen. Erfolgreiche Vergesellschaftung kann auch unter der Prämisse des Konflikts und der Differenz erfolgen. Erforderlich sind nur die allgemeine zivilisatorische Errungenschaft der Rechtsförmigkeit des Verhaltens und hinreichend komplexe Verfahren hoheitlicher Willensbildung.*

III. „Verfassungsidentitätspolitik“: normative Grundpositionen

1) Verfassungsidentität zwecks Staatsschutz

20. *Position 1: Das Grundgesetz ist Ausdruck und Gedächtnis des durch tradierte Sittlichkeit geprägten deutschen Volkes. Es wirkt identitätsbildend, da es diese Sittlichkeit rechtlich aufnimmt, verstärkt und dem Bürger nahe bringt. Verfassungsidentität dient in dieser Konzeption der Wahrung von Bewährtem. Eine europäische Verfassungsgebung verlangt in dieser Tradition die Freilegung bestehender substanzieller Gemeinsamkeiten der Europäer.*

2) Verfassungsidentität zwecks emanzipatorischer Reform

21. *Position 2: Kerninstitution ist der politische Bürgerstatus, der von der nationalen Identität entkoppelt wird. Die Verfassung enthält ein vernünftiges Identitätsangebot im Sinne eines Verfassungspatriotismus, wenn sie universalistische Gehalte positiviert und einen demokratischen Prozess im Lichte gleicher Freiheit organisiert. Verfassungsidentität dient in dieser Konzeption der Erweckung schlummernder Vernunftgehalte. Europäische Verfassungsidentität ist die Chiffre zur Rettung der sozialen Demokratie.*

3) *Verfassungsidentität als Freiheitsgefährdung*

22. *Meine Position: Identitätszumutungen und Identitätserwartungen betreffen das Individuum im Kern seiner Autonomie und Würde. Sie erscheinen geeignet, den eigentlichen Integrationsvorgang zu stören. Dies legt nahe, das Gemeinwesen nicht auf Identitäten, sondern auf das langfristige Eigeninteresse der Bürger auszurichten.*

23. *Eine gemeinsame Identität der Unionsbürger ist keine Voraussetzung für unionale Herrschaft und Verfassung, sofern nur die Verfahren der Willensbildung so ausgestaltet sind, dass langfristig die meisten Unionsbürger ihre Interessen gewahrt sehen.*

IV. *Aufgabe, Kompetenz und Grenze:*

Verfassungsidentität verfassungsdogmatisch

1) *Grundrechte und Identitätszumutungen*

24. *Grundrechte sind Instrumente des Schutzes vor aufgedrängten Identitäten.*

25. *Der identifikationserheischende Nationalstaat ist überholt in der Entwicklung eines Verfassungsrechts ex parte civium. In aller Regel verletzen Identifikationsanforderungen das Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 Grundrechtscharta, Art. 9 Abs. 1 EMRK).*

26. *Das Grundgesetz enthält keine Bürgerpflicht zur Identifikation mit der Verfassung.*

27. *Einfachgesetzliche Bekenntnis- und Identifikationsanforderungen unterliegen weit höheren Rechtfertigungserfordernissen als vielfach angenommen.*

2) *Verfassungsauftrag Identitätsbildung?*

28. *Das Grundgesetz kennt außerhalb des Bereichs von Art. 7 GG keine Staatsaufgabe, dem Bürger die Verfassung als Identitätsgehalt nahe zu bringen.*

29. *Zulässig unter dem Grundgesetz ist eine werbende und distanzwahrende Verfassungsidentitätspolitik, welche die Verfassung als Symbol des Gemeinwesens und ihre Prinzipien als auch moralisch überzeugende Maximen zwischenmenschlichen Zusammenlebens präsentiert.*

30. *Art. 2 EU verlangt zum einen Politiken, die die Europäer als über die Union organisierte, handlungsfähige Gruppe inmitten anderer hoheitlich organisierter Gruppen zeigen. Zum anderen fordert er den Schutz in der Union vorhandener identitätsformender Lebensweisen gegen heteronome Anpassungszwänge von außen.*

31. *Nach innen steht der Identitätsbegriff zum einen für den Auf- und Ausbau von Institutionen, die politische Partizipation auf der Unionsebene ermöglichen. Zum anderen begründet die Unionsbürgerschaft einen Status der Gleichheit der Unionsbürger unter den nationalen Rechtsordnungen, was gegenseitige Anerkennungsprozesse und damit Gruppenbildungsprozesse erleichtert.*

3) *Europäische und nationale Identität: Konflikt, Koexistenz, Kooperation?*

32. *Die Finalität einer europäischen Identitätsbildung steht schon deshalb in einem Spannungsverhältnis zu nationalen Identitäten, weil das europäische Diskriminierungsverbot die rechtliche Begleitung von nationalen gruppenbildenden Differenzierungsprozessen massiv beschränkt.*

33. *Das Unionsverfassungsrecht zielt nicht auf die Beschädigung nationaler Identität, Art. 6 Abs. 3 EU. Europäische und nationale Identität stehen nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis. Begrifflich ist der Weg praktischer Konkordanz mit der Unterscheidung zwischen europäischer Zivilisation und nationalen Kulturen gewiesen.*

34. *Art. 6 Abs. 3 EU garantiert Völker als Gruppen im identitätsrelevanten Sinn. Dies impliziert ein sich selbst tragendes politisches System, das gesamtgesellschaftlichen Sinn produziert, der in allgemeinen öffentlichen Diskursen zirkuliert.*

V. *Was tun? – Folgerungen für die Verfassungsrechtswissenschaft*

35. *Da Verfassungsrecht vor allem mittelbar auf die sozialen Identitäten der Bürger einwirkt, ist Verfassungsrechtsdogmatik in erster Linie mittelbar identitätsrelevant, indem sie ihren Beitrag zur Konstitutionalisierung der Rechtsordnung und zu dem demokratischen, rechtsstaatlichen und effizienten Operieren des politischen Systems leistet.*

36. *Verfassungsrechtler können unmittelbar zu einer verfassungsbasierten sozialen Identität beitragen, indem sie das Verfassungsrecht im öffentlichen Raum nachhaltiger zur Beschreibung und Bewertung einer Gesellschaft präsentieren.*

37. *Die als Verfassungsrecht niedergelegten Prinzipien können eine gesellschaftliche Konstruktion von Wirklichkeit begründen und die politische Praxis bewerten. Der Eintrag „Verfassung“ im Wörterbuch „kollektiver Identität“ verdient Verteidigung, ja Ausbau als zirkulierendes Symbol für gemeinsame Ziele. An ihm hängt auch der gesellschaftliche Stellenwert unserer Wissenschaft.*

3. Aussprache und Schlussworte

Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?

Vorsitzende (Weber-Dürler): Verehrte Kolleginnen und Kollegen! Zunächst möchte ich die Gäste herzlich begrüßen, welche heute Nachmittag eingetroffen sind und unsere Beratungen verfolgen – Herrn Dr. *Heinz Aemisegger*, Vizepräsident des Schweizerischen Bundesgerichts, und Herrn Prof. *Heinrich Koller*, Direktor des Bundesamtes für Justiz. – Im Sommer war in den Schweizer Zeitungen zu lesen, dass für die Nationalräte eine Neuerung eingeführt wird: Langschwätzer wird künftig der Ton abgestellt. Ich bin erfreut, dass solche Sanktionen bei den Staatsrechtslehrern anscheinend nicht nötig sind, wenn wir so vorgehen wie heute morgen. Die Zeit sollte knapp reichen, damit alle Kollegen und Kolleginnen, die sich gemeldet haben, zu Wort kommen und wir die Beratung pünktlich um 18.00 Uhr abschliessen können. Noch eine kurze Bemerkung zum Diskussionsprogramm: Ich habe Herrn *Jörg Paul Müller* gewonnen, zunächst aus schweizerischer Sicht einige Worte zum Thema zu sprechen. Dann folgen drei Blöcke von Diskussionsbeiträgen: Der erste Block betrifft „Grundsatzfragen“ („Was ist und wie bildet sich Identität?“), der zweite Block beschlägt „Staatliche Identität, insbesondere Grundrechte und weitere konkrete Rechtsfragen“, während es im dritten und letzten Block um „Staatliche Identität nach außen – europäische Identität“ geht. Ich darf zunächst Herrn *Jörg Paul Müller* bitten.

Jörg Paul Müller: Frau Vorsitzende, liebe Kolleginnen und Kollegen, erwarten Sie nicht einen vorbereiteten Beitrag. Frau *Weber-Dürler* hat mich vor der Pause spontan aufgefordert, besonders aus Schweizer Sicht die Diskussion einzuleiten. Zuerst: Herzlichen Dank an die Referenten. Es gereicht der Schweiz und meiner Vaterstadt St. Gallen zur Ehre, dass wir uns hier so aktuelle, interdisziplinär vertiefte und auch mutige Referate anhören durften.

1. Eine Grundfrage der Referate, ob oder wie weit der demokratische Verfassungsstaat von seiner Bevölkerung Identität etwa in politischen Grundüberzeugungen fordern darf, beschäftigt auch uns. Ich möchte aber nicht direkt darauf eingehen, sondern eher versuchen, Unterschiede und Eigenheiten unserer staatsrechtlichen Tradition zu skizzieren. Das

schweizerische Demokratieverständnis hat seine bis heute spürbaren Wurzeln nicht nur in der Idee der souveränen Nation, sondern mindestens ebenso sehr in einer genossenschaftlichen Prägung der Talschaften, Gemeinden (Orte) und Städte, dann aber auch des Bundes, der Eidgenossenschaft. Es ist nicht zu vergessen, dass *Rousseau*, der Vater des ‚souveränen Volkes‘, in erster Linie die Bürgerschaft seiner Vaterstadt Genf (das sich seines bischöflichen Stadtherrn entwehrt hatte) im Auge hatte, als er sein Modell der Republik, den *Contrat Social* entwarf (eine demokratische Regierung lehnt *Rousseau* ja aus theoretischen wie aus praktischen Gründen ab, CC II 6 und III 4). Es gibt also Beziehungen zwischen *Rousseau* und der schweizerischen staatsrechtlichen Tradition, die nicht über die französische Revolution und ihre Verzerrungen der Idee der Republik verlaufen. Im Gegensatz zu allen Ansätzen in der Verfassungstheorie, die in gewissem Sinn von staatlicher Herrschaft als Gegebenheit (wenn auch im Gewand eines souveränen Volkes) ausgehen und diese gleichsam nachträglich beschränken, ihr Grundrechte auferlegen oder ihr konkrete Teilnahmerechte etwa in Wahlen oder Referenden abringen, geht das genossenschaftlich-demokratische Modell nicht primär von einer Trennung von Staat und Gesellschaft aus, sondern von der gegenseitigen Abhängigkeit beider. Es gibt nicht hier eine demokratische Verfassungsordnung und dort gesellschaftliche Voraussetzungen, die für ihr Gelingen notwendig sind. Sondern die Verfassung und die demokratische Grundordnung erscheinen gar nicht denkbar und möglich ohne eine gesellschaftliche Praxis, die demokratisch ist, und demokratisch ist dabei nicht einfach im Sinne einer Mehrheitsherrschaft gemeint, sondern eher im Willen zur Toleranz, zur Kooperation über soziale Schichtungen und sprachliche oder territoriale Gräben hinweg, zur Achtung der Minderheiten und einer grundsätzlichen Skepsis gegenüber Machtanballungen. Dieses Ineinandergreifen von Zivilgesellschaft und demokratischem Staat spiegelt sich etwa deutlich im schweizerischen Verständnis der politischen Rechte und ihrem Verhältnis zu den Grundrechten der Kommunikation. Diese werden im schweizerischen Bundesstaat jedenfalls seit der zweiten Bundesverfassung als Ausdruck und Bedingung politischer Freiheit verstanden, als Mittel, Demokratie zu ermöglichen, und sie gehen fast unmerklich über in Garantien der *Fairness* in demokratischen Verfahren, in die sog. Abstimmungs- und Wahlfreiheit (Art. 34 BV). Auf der gleichen Linie liegt, dass die Freiheit der Gemeinden gegenüber den Kantonen, die sog. Gemeindeautonomie ebenso selbstverständlich als verfassungsmäßiges Recht im Rahmen unserer Verfassungsgerichtsbarkeit (der sog. staatsrechtlichen Beschwerde) anerkannt wurde wie das Recht auf genügenden Grundschulunterricht, den man seit 1871 als eine weitere Voraussetzung einer funktionierenden Demokratie verstand.

2. Wichtig scheint mir auch, die Frage der Identität des einzelnen vom Problem der Identität einer Gruppe zu unterscheiden. Beim einen geht es um die Konstituierung der Persönlichkeit des einzelnen, beim andern – jedenfalls im staatsrechtlichen Kontext – um eine mögliche Voraussetzung der Integration des politischen Gemeinwesens. Dass die politische Partizipation eng mit der Persönlichkeitsentfaltung zusammenhängt, ist in der schweizerischen Praxis und Verfassungslehre stark verankert. Das heisst aber nur, dass die demokratische Teilnahme für den einzelnen identitätsstiftend sein kann als möglicher Ausdruck seiner persönlichen Autonomie und darum – als Teil seiner Würde im Sinne *Kants* – niemandem verwehrt werden darf. Es bedeutet nicht, dass dem Staat irgendeine Zuständigkeit oder gar Pflicht für die individuelle Persönlichkeits- und Identitätsbildung in einem ethischen oder sittlichen Sinn zukommt. So weit hingegen die Voraussetzungen der Funktionsfähigkeit der Demokratie betroffen sind, ist eine minimale Homogenität oder Identität der Bevölkerung durchaus gefordert, nicht nur im Bereich der erwähnten gleichen elementaren Bildungschancen. Unerlässlich für Demokratie ist ein Richtigkeitskonsens in der Bevölkerung (und nicht nur bei einer Mehrheit), d.h. eine breite Übereinstimmung darüber, dass Fairness in der demokratischen Entscheidungsbildung unerlässlich ist, sowohl in den rechtlichen Verfahren der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, als auch in den sie vorbereitenden und begleitenden gesellschaftlichen Auseinandersetzungen. Oder anders gesagt: die Demokratie kann nicht auf die Verbindlichkeit einer politischen Kultur verzichten, deren Kriterien etwa darin liegen, dass sich jeder im politischen Entscheidungsprozess glaubwürdig repräsentiert sehen kann und dass keinem unzumutbare (unmenschliche) Schranken der Freiheit auferlegt werden. Die Verbindlichkeit anderer weltanschaulicher Prägungen halten vor dem Toleranzgebot des Verfassungsstaates nicht stand.

3. Es hat mich erstaunt, dass in beiden Referaten kein Wort von Wirtschaft die Rede war. Haben wir die ökonomische Analyse des Rechts wirklich schon erledigt oder wäre sie in einem andern oder weitem als dem neoliberalen Sinn weiterzuführen und zu vertiefen? Wie verhält sich nationale Integration und Identität zu den Fakten und Imperativen kontinentaler oder globaler Märkte, institutioneller Zusammenschlüsse und anderer wirtschaftlicher Vernetzung (Stichwort Cyberspace)? Ich komme auch auf die Frage, weil in der schweizerischen Bundesverfassung seit dem 19. Jahrhundert die Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht eine prominente Rolle spielt. Ich hoffe, diese Betonung des Ökonomischen sei nicht einfach Ausdruck einer Legitimation des egoistischen Denkens, sondern es komme darin primär zum Ausdruck, dass auch die Wirtschaft in den Rahmen der Verfassung eingebunden sein muss. Die neue Aktualität der

Beziehung von Wirtschaft und Verfassung kann man darin sehen, dass weltweit eine neue Sensibilität für die normative Einbindung von Macht und von Entscheidungsprozessen, die alle berühren, entstanden ist. Bisher vorwiegend verfassungsrechtlich gedachte Kategorien wie Gewaltentrennung, Verantwortlichkeit, Transparenz, Öffentlichkeit, Minderheitenschutz, kooperative statt autoritative Formen der Entscheidungsbildung, aber auch Fragen der Diskriminierung und andere Menschenrechtsprobleme sind ins Recht der Unternehmungen und der Steuerung der Märkte eingedrungen. Herr Kollege Daniel *Thürer* hat diesen Fragen besonders seine Aufmerksamkeit gewidmet. Haben wir genügend zur Kenntnis genommen, wie groß die Nachfrage nach differenzierter Befruchtung von betriebswirtschaftlichen und globalökonomischen Theorien durch den Erfahrungsschatz ist, den wir im rechtsstaatlich-demokratischen Erbe des Verfassungsstaates hegen, in der Kontrolle von Macht, im Sichtbarmachen und im Schlichten von Konflikten, in der Förderung von Kompromiss und Toleranz, in der Beseitigung von Unterdrückung, krasser Ungleichheit und dem zerstörerischen Gewaltpotential, das sie schaffen.

Paul Kirchhof: Erlauben Sie mir zunächst, an beide Referenten einen herzlichen Dank zu sagen, für zwei engagierte Referate, hohe Theorie, eindrucksvolle Sprache, gelegentlich auch die Kunst der Collage, die aus den Vorgaben – den Zitaten – etwas ganz anderes machen kann als vorgegeben war. Meine Frage betrifft das Verhältnis von Integration und Identität. Ich glaube, Sie haben sich von Ihrem Thema verführen lassen, das Sie so lesen, als müsse die Integration zur Identität führen. Dies ist meines Erachtens ein Ziel, das sich in einer freiheitlichen, deshalb differenzierten Gesellschaft nicht stellt. Deshalb müssen wir uns vergewissern, was eine Verfassung zu bewirken hat, was die Verfassung als Antwort auf die konkreten, historischen Anfragen, als Ausdruck einer politischen Erfahrung, als Gedächtnis der Demokratie zu leisten vermag. Deshalb stellt sich kaum die Frage der Integrationszumutung oder gar der Identitätszumutung für den einzelnen Freiheitsberechtigten. Vielmehr stellt sich das Problem, was der einzelne Freiheitsberechtigte von sich aus mitbringen muss, damit Freiheit überhaupt gelingen kann.

Um dieses Erfordernis zu verdeutlichen, verlasse ich die hohe Abstraktionsebene und gehe ins Konkrete: Das Grundgesetz garantiert die Berufs- und Eigentümerfreiheit, so dass sich jeder am Erwerbsleben beteiligen, sich aber auch von der Erwerbsanstrengung fernhalten kann. Würde sich nun aber die Mehrzahl der Freiheitsberechtigten als Diogenes in der Tonne betätigen und ihr Leben unter der Brücke verbringen, hätte keiner das Recht verletzt; der freiheitliche Sozialstaat, der Finanz- und Steuerstaat, die Marktwirtschaft wären aber an ihrer Freiheitlichkeit

gescheitert. Das Demokratieprinzip in Deutschland gewährt ein Wahlrecht, begründet aber keine Wahlpflicht. Hätten sich die Menschen an der letzten Wahl nicht beteiligt, hätte keiner seine Stimme abgegeben, wäre wiederum das Recht nicht verletzt, die Demokratie aber am Ende. Ein aktuelleres und realeres Beispiel bietet Art. 6 GG, das Angebot der Freiheit zur Ehe und zum Kind. Wenn die jungen Menschen die Bereitschaft zum Kind nicht mehr hätten, hätte dieser Staat und diese Gesellschaft keine Zukunft. Der Staat, der seine Zukunft allein in seiner freiheitsfähigen Jugend finden wird, überlässt, weil er freiheitlich ist, die Entscheidung zum Kind und auch die Erziehung der Kinder weitgehend den Menschen, ist dann aber darauf angewiesen, dass diese Freiheitsangebote auch tatsächlich angenommen werden.

Eine solche Freiheit kann sich nur in Hochkulturen ereignen, in denen die Freiheitsberechtigten von sich aus eine gemeinsame Freiheitskultur, auch die Bereitschaft zur langfristigen Bindung mitbringen. Deswegen muss der Einzelne sich nicht einer bestimmten Lebenskonformität unterwerfen. Grundlage der Gemeinsamkeit der Freien ist aber, dass die verfassungsrechtlichen Freiheitsangebote grundsätzlich angenommen werden und sich die freiheitliche Verfassung deshalb so ereignet, wie das im Grundgesetz vorausgesetzt wird.

Mein zweiter Punkt: Diese Bereitschaft zur Freiheit gewinnt aktuelle Bedeutung für die Menschenrechtsdiskussion in der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, die sich gegenwärtig bemühen, einen Menschenrechtskatalog in den Unionsvertrag aufzunehmen. Auch hier wäre es viel zu eng, wollten wir den Zusammenhalt der Europäischen Rechtsgemeinschaft allein auf die Legalität stützen. Hier kann sich Freiheit im Recht nur ereignen, wenn eine Rechtskultur gemeinsamer Grundwertungen selbstverständlich ist. Dieses wird bewusst, wenn wir die konkreten Alternativen bedenken: Das Grundgesetz garantiert die Menschenwürde, spricht also auch dem politischen und kriegerischen Gegner eine Würde zu und veranlasst deshalb den Beitritt zur Rot-Kreuz-Konvention. Andere Ordnungen definieren den politischen Gegner als Schädling, den es zu vernichten gilt. Das Grundgesetz gewährleistet die Gleichberechtigung von Mann und Frau, andere Systeme erwarten, dass die Frau dem Mann ein Leben lang dient. Unsere Verfassung schützt die Religionsfreiheit, andere Staaten kennen eine Staatsreligion. Unsere Demokratie gewährt eine Macht auf Zeit, andere verpflichten die Menschen, dem Staatsoberhaupt ein Leben lang zu huldigen. Unsere Verfassung schützt das privatnützige Eigentum, andere Verfassungen behalten dem Einzelnen unter dem Stichwort des „Volkseigentums“ das Eigene vor.

So können wir viele Grundbegriffe unserer Verfassung durchbuchstabieren, um anschaulich zu machen, dass der wehrbereite Rechtsstaat sich

für seine Elementarwerte einsetzen wird. Er findet in diesen Werten seine Identität. Deshalb liegt einer der wichtigsten, auch sprachlich verdeutlichten Anwendungsfälle rechtlicher Identität und damit die Integrationskraft einer Verfassung in Art. 79 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes, der besagt, dass diese Verfassung ihre Eigenständigkeit und ihren Geltungsanspruch verliert, wenn jene Elementargewährleistungen nicht mehr gesichert sind. Daraus ergibt sich die Rechtsfolge, dass der Staat für diese Elementargewährleistungen eintreten muss, ein Staatsorgan seine Legitimation aus dieser Verfassung für ein Handeln verliert, das sich gegen diese Elementargewährleistungen wendet, der Bürger für eine Abänderung dieser Elementargewährleistungen in der Verfassung keine Legitimation findet. Insoweit stiftet die Verfassung Identität in einer unabänderlichen Garantie der Verfassungsinhalte.

Schwabe: Ich beginne mit dem Bekenntnis, dass ich mich ein bisschen geniere mit der Wortmeldung und zwar einfach deswegen, weil auch ich mich nicht gern unbeliebt mache, und es ist insofern eigentlich am besten, man lobt die Referenten oder meldet nur ganz leise Kritik an. Wenn man sich aufmacht, ihnen die Füße wegzuziehen, dann gibt das Ärger, und auf den bin ich eigentlich gar nicht erpicht. Aber ich glaube, es muss vielleicht doch mal sein, und so will ich folgendes sagen: Es betrifft beide Referate, aber die Bedenken sind mir verstärkt bei Ihrem Referat, Herr *von Bogdandy*, gekommen, das gewiss brillant durch und durch war. Ich war manchmal vor Ehrfurcht ganz gebannt, aber ich habe den Eindruck: Es war ein Referat zu einem ganz anderen Thema, nämlich zu „Integration durch Verfassung und verfassungsgestiftete Identität bei den Mitgliedern der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer oder in ähnlichen Gesellschaften“! Aber hören wollte ich und wohl auch andere doch etwas über die Identität, die von der Verfassung beim Volk oder bei den Staatsbürgern gestiftet würde – über beide hat ja auch Herr *Korioth* immer wieder gesprochen. Und jetzt habe ich den bösen Verdacht, den Sie natürlich zurückweisen können und werden, dass Sie entgegnen: Wo ist da eigentlich groß der Unterschied? Den Verdacht habe ich deswegen, weil ich vielfach den Eindruck hatte, dass der deutsche Staatsrechtslehrer das Volk folgendermaßen definiert: Ich selbst multipliziert mit 80 Millionen. Deshalb habe ich, Herr *von Bogdandy*, auch den Verdacht, dass Sie das Volk identifizieren mit 80 Millionen Ihres Gleichen. Wenn man sich mit dem wirklichen Volk befasst, möchte ich fast jede Wette eingehen, dass, wenn wir eine Straßenumfrage machen, schätzungsweise 25 % überhaupt nicht wissen, dass wir eine Verfassung haben, und der Rest weiß nicht, was darin steht. Von hier aus habe ich ganz starke Bedenken, ob wir ein solches Thema abhandeln können ohne einen sehr breiten und festen und

gesicherten Fundus an empirischen Befunden und Erhebungen. Von solchen empirischen Erhebungen, was weiß das Volk von der Verfassung, inwieweit ist seine Einstellung in irgendeiner Weise davon beeinflusst worden – davon habe ich überhaupt nichts gehört, und ich fürchte, wenn wir ohne das ein solches Thema abhandeln, erliegen wir in besonderem Maße einer Gefahr, die bei vielen Themen der Vereinigung immer mal wieder in der Luft lag, dass wir uns nämlich einen Meter über dem Boden schwebend bewegen und die Bodenhaftung zur Realität verlieren.

Scherzberg: Ich möchte keine grundsätzliche Kritik üben wie meine Vorredner, sondern nur ein paar andere Akzente setzen. Beide Referate scheinen mir einen wichtigen Aspekt unseres Themas nur am Rande zu behandeln, nämlich die Klärung des Begriffs der Identität: Was ist eigentlich Identität, und wie bildet sie sich? Herr *von Bogdandy* sagt in einer seiner Thesen, sie bilde sich „dank Intersubjektivität“. Wenn man das noch etwas näher untersucht, werden womöglich auch die für staatliche Einflussnahmen geltenden rechtlichen Maßstäbe deutlicher. Lassen Sie mich einen Definitionsversuch machen: Ich verstehe „Identität“ als eine einzelne oder ein Bündel von Überzeugungen, die ein Mensch über sich selbst annimmt, durch die er sich selbst definiert. Wie gewinnt er diese Überzeugungen? Hier lassen sich bei genauerer Betrachtung wohl zwei idealtypische Modalitäten unterscheiden: Man definiert sich über die Überzeugungen anderer und folgt dabei u.U. fremder Indoktrination oder man entscheidet selbstbestimmt, wie man sich definiert. Im Zweifel treten die beiden Modalitäten nebeneinander auf: Wir alle erwerben unsere Identitäten natürlich auch durch Indoktrination, vor allem in Kindheit und Jugend. Legt man dies als Ausgangsbefund zugrunde, werden damit meines Erachtens auch die rechtlichen Maßstäbe deutlicher. Hier würde ich mich zunächst den Ausführungen von Herrn *Korioth* anschließen und zwischen der kulturellen und der politischen Identität unterscheiden. Für die kulturelle Identität gilt die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG, eines unserer ältesten Grundrechte. Einschlägig ist ferner Art. 7 GG, der dem Staat einen Auftrag zur schulischen Erziehung erteilt. Beide Regelungen zusammengenommen zielen auf die Förderung der Selbstbestimmungsfähigkeit des Einzelnen. Je stärker diese in der Entwicklung des Jugendlichen ausgeprägt ist, desto mehr tritt der Auftrag des Staates zur Unterstützung der Identitätsbildung zurück. Bei der politischen Identität geht es dagegen um etwas ganz anderes, nämlich um die Sicherung der Selbstbestimmungsfähigkeit des Volkes. Hier steht die Verfassungsordnung vor der Aufgabe, die Grundlagen für ihr eigenes Funktionieren zu schaffen. Deshalb stellt sich doch die Frage, in gewisser Weise gegen den Ansatz von Herrn *von Bogdandy*,

ob hierfür nicht andere Maßstäbe gelten müssen und größere Identitätszumutungen zulässig sind. Zum Beispiel gibt es, wie gerade von Herrn *Kirchhof* angemerkt, in einigen Staaten Wahlpflicht. Wahlpflicht bedeutet, dass man zu einer Identität sozusagen gezwungen wird. Man wird gezwungen, Stellung zu beziehen und sich eine politische Identität zuzulegen. Auch wir kennen Regelungen, die ähnliche Identitätszumutungen vorsehen und damit die Förderung einer politischen Identität begünstigen. Denken Sie an die Staatsflagge, die Nationalhymne und die Indoktrination durch eine laufende politische Öffentlichkeit. Art. 42 GG: „Der Bundestag verhandelt öffentlich“; dem und dem begleitenden Medien-echo kann man sich ja kaum entziehen. Der Staatsbürger wird durch im weiteren Sinne edukative Mechanismen zur Bildung einer politischen Identität angeregt. Inwieweit Anregungen zur Identitätsbildung zulässig sein sollen, scheint mir für die politische Identität also doch wohl anders zu beantworten zu sein als für die kulturelle Identität. Für erstere ist in der Verfassung augenscheinlich ein Spannungsverhältnis angelegt zwischen der Freiheit der Selbstbestimmung des Einzelnen und dem Ziel der Ermöglichung der Selbstbestimmung des Volkes, und ich würde weitergehend als Herr *von Bogdandy* sagen, dass sich dieses Spannungsverhältnis in der Verfassung dahingehend auflöst, dass diese nicht nur Identifikationsangebote für die politische Identität zulässt, sondern sie sogar – Beispiel Flagge, Beispiel Öffentlichkeit – ausdrücklich fordert.

Eckart Klein: Ich danke für zwei gelehrte und sehr lehrreiche Referate, die sich ja beide primär damit befassen haben, zu beschreiben und zu unterfüttern, wie Verfassung Integration zum Ziel der Identitätsherstellung gewährleisten kann. Damit ist aber nur der zweite Teil des Themas, aus meiner Sicht, wirklich angesprochen worden. Ich würde deswegen gerne einfach nur Fragen stellen in einem Bereich, der meines Erachtens in beiden Referaten nicht zur Sprache kam oder doch nur am Rande. Was ist europäische Identität? Was ist nationale Identität? Wenn man vom EU- und EG-Recht ausgeht, werden ja doch beide unterschieden. Herr *von Bogdandy* hat dies zwar durchaus skizziert, aber es ist doch so, wenn beide Identitäten durch ein bestimmtes Instrument, nämlich die Verfassung, integriert werden sollen, dass man wissen möchte, was soll da eigentlich integriert werden. Also: Was ist europäische Identität, was ist nationale Identität? Kann es noch nationale Identitäten geben in einem Zeitalter der Europäisierung des Verfassungsrechts? Was bleibt von nationalen Identitäten noch übrig? Hoffentlich sehr viel, aber es müsste doch einmal, wie ich finde, herausgestellt werden: Was ist z.B. die deutsche Identität im Verhältnis zur französischen Identität? Oder gibt es nur noch die nationale Identität des Integrationsstaates, die eben der überge-

ordneten oder gleichgeordneten, wie auch immer, europäischen Integrität entgegengestellt ist? Und dann die zweite Frage oder der zweite Komplex von Fragen: Cui bono? Warum sollen beide Identitäten integriert werden? Und warum gerade durch Verfassungsrecht? Aber vor allem, warum sollen sie integriert werden? Gewinnt dadurch der Bürger etwas? Wird die Freiheit des Bürgers nur dadurch noch gesichert oder wenigstens gestärkt? Bedeutet die Erhaltung der nationalen Identität eine Kompetenzgrenze für den Gemeinschaftsgesetzgeber? Wie wirkt sich das aus, wenn nationale Identität verschmolzen wird mit europäischer Integrität oder in ihrer Eigenständigkeit erhalten bleibt? Stellen sich daraus vielleicht Folgen für die Parteiendemokratie auf europäischer Ebene ein? Also mit anderen Worten: Gibt es ganz konkrete Folgerungen, die möglicherweise aus einer Integration beider Identitäten zu ziehen sind oder die eben nicht gezogen werden sollen, woraus sich dann wieder Rückschlüsse für eine mögliche Integration oder Nichtintegration ergeben können?

Streinz: Ich teile den Ansatz von Herrn *Schwabe*, aber ich habe in beiden Vorträgen durchaus skeptische oder besser gesagt realistische Einschätzungen der identitätsstiftenden Funktion einer Verfassung, eines Verfassungstextes auf europäischer, aber auch auf nationaler Ebene gesehen. Blickt man auf die öffentliche Meinung in Deutschland im Juni und Juli 2002, so zeigen sich Identitätsakklationen eher in Gesängen auf Rudi Völler. Es fasziniert mich immer wieder, wie intensiv sportliche Erfolge temporär zu Schicksalsfragen der Nation hochstilisiert werden – und zwar weltweit und auch von denen, die gar nicht wissen, worum es bei dem konkreten Sport geht: Hauptsache der eigene Landsmann oder die eigene Mannschaft, die „Unseren“, gewinnen! Das ist sicherlich ein Problem für Europa, das keine „Nationalmannschaft“ hat, von Einzelfällen – Kontinentalteams in der Leichtathletik und im Golf – abgesehen. Sicher, diese identitätsstiftenden Momente sind temporär und in Deutschland abgelöst von der beeindruckenden Solidarität in der Flutkatastrophe, die auch eine identitätsstiftende Wirkung hatte oder umgekehrt Identität vorausgesetzt hat. Auch wenn sportliche Erfolge eine geringe Halbwertszeit in der Erinnerung haben: Große Ereignisse, wie Bern 1954 für Deutschland und Cordoba 1978 für Österreich sind sicher nachhaltige Einträge im Wörterbuch kollektiver Identität – für die Schweiz kommen vielleicht einmal die Olympiasiege von Simon Ammann hinzu, sind vielleicht stärkere Verfassungsvoraussetzungen als der sogenannte Verfassungspatriotismus. Probleme europäischer Verfassungsidentität hat Herr *von Bogdandy* aufgezeigt, z.B. mit der Frage besonderer Rechte der Unionsbürger, die ja jetzt weniger betont werden, weil sie auch Abgrenzung

voraussetzen, um das Gruppenbewusstsein, die Gruppenidentität zu erzeugen. Probleme des Verhältnisses von nationaler und europäischer Identität zeigt die erste Volksabstimmung in Irland, wo es mit Sicherheit am wenigsten um den konkreten Inhalt des Vertrags von Nizza ging und worauf man auf EU-Ebene völlig hilflos reagiert hat; und wie die Entscheidung am 19. Oktober ausfällt, weiß man auch noch nicht, was nicht nur die Autoren aktueller Werke bedrückt. Die Ablehnung von Identifikationspflichten bzw. -zumutungen des Bürgers ist meines Erachtens differenziert zu sehen für Staatsdiener, da reagiert man ja auf EU-Ebene noch schärfer als auf nationaler Ebene. Es enthebt aber meines Erachtens nicht von der Verfassungsaufgabe sogenannter Staatspflege, gegebenenfalls auch Europapflege, um die Identitätschancen einer Verfassung zu nutzen. Allerdings – und das wurde zutreffend hervorgehoben – kann es nur als Angebot verstanden werden, also soll es bei uns keine Verpflichtung der Schüler geben, jeden Tag auf die Verfassung zu schwören. Schließlich: Wie steht es mit subnationalen Identitäten, in Deutschland oft beschrieben mit der verfassungsrechtliche Bedeutung der Mainlinie? Ein Beispiel: Die Erziehungsziele in der Bayerischen Verfassung, weil ja so etwas auch angesprochen wurde, zu denen neben der Ehrfurcht vor Gott auch die Liebe zur bayerischen Heimat und zum deutschen Volk gehört – wie jede Liebe kann auch diese natürlich keine Rechtspflicht sein, aber ist es als Erziehungsziel wenigstens zulässig? Danke schön!

Murswiek: Herr von *Bogdandy*, Sie haben treffend unterschieden zwischen einer in Pflicht nehmenden Identitätszumutung und einer Werbung um Identität: Die erste soll unzulässig sein, die zweite zulässig. Darin stimme ich Ihnen zu. Was ich in Frage stellen möchte, ist Ihre These 28, wo sie gesagt haben, dass sich aus dem Grundgesetz eine Staatsaufgabe, dem Bürger die Verfassung als Identitätsgehalt nahezubringen, nur rudimentär ergebe, nämlich im Rahmen von Art. 7 GG. Ich kann anknüpfen an das, was Herr *Kirchhof* gesagt hat: Ich glaube eine ganz zentrale Verfassungsbestimmung für unser Thema ist der Art. 79 Abs. 3 GG. Wenn das Grundgesetz bestimmte Prinzipien der Verfassung jeder Mehrheitsentscheidung entzieht und diese für unantastbar erklärt, dann setzt das doch voraus, dass im Hinblick auf diese grundlegenden Verfassungsnormen ein allgemeiner Konsens besteht, dass diese Verfassungsbestimmungen allgemein für so grundlegend und wichtig gehalten werden, dass ihnen jeder zustimmt. Und diese innere Zustimmung, die versteht sich nicht von selbst. Die muss sozusagen täglich wieder hergestellt werden. Das ist eine Integrationsleistung, die, wenn es gut geht, aus der Gesellschaft selbst heraus erbracht wird, aber die auch vom Staat her gefördert werden muss. Eine Verfassung, die eine „Ewigkeitsklausel“ enthält, aus

der ergibt sich notwendigerweise – wenn sie sich nicht selbst in Frage stellen will – der Auftrag an die Verfassungsorgane, diesen Konsens und in diesem Sinne die Verfassungsidentität zu fördern und zu erhalten. Ein zweites Beispiel will ich nur kurz erwähnen, wie man normativ argumentieren und Identitätsbildungsaufträge aus der Verfassung ableiten kann. In Deutschland ist eine der Verfassungsvoraussetzungen die deutsche Sprache als diejenige Sprache, in der Verfassungskommunikation stattfindet. Dass diese Sprache von den am politischen Prozess Beteiligten gesprochen wird, das war immer selbstverständlich und brauchte nicht besonders gefördert zu werden. Aber die Zeiten ändern sich, und wenn etwas, das selbstverständlich war und von der Verfassung als selbstverständlich vorausgesetzt wird, problematisch wird, dann kann daraus auch eine verpflichtende Aufgabe für die Politik werden – in diesem Fall nicht nur für die Schulpolitik, sondern möglicherweise auch für die Zuwanderungs- und Integrationspolitik.

Breuer: Wir haben auch heute Nachmittag zwei ausgezeichnete Referate gehört, die wahrlich ein Kontrastprogramm geboten haben. Der Kontrapunkt, den Sie, Herr *von Bogdandy*, gesetzt haben, ist so markant, dass Sie mich allerdings mit Ihren Thesen 20 bis 23 besonders herausgefordert haben. Es geht dort um die Verfassungsidentität und die Frage einer entsprechenden Politik. Ich möchte daraus drei Fragen ableiten – daraus mögen Sie die Provokation entnehmen, die Sie bei mir verursacht haben.

Erstens möchte ich Ihnen die Gretchenfrage des Verfassungsjuristen stellen: Wie halten Sie es mit dem Grundgesetz in der Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht? Hier hat meines Erachtens nicht nur Herr *Kirchhof*, sondern das Gericht in seiner Gänze und Breite von Anfang an die These aufgestellt, dass die Grundrechte eine Wertordnung enthalten, dass sich daraus Schutzpflichten ergeben und dass sich daraus auch eine institutionelle Ordnung ergeben kann, und es sind rechtsstaatliche Postulate damit verbunden worden, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, der Vertrauensschutz etc. Dies alles sind doch materielle Postulate des Verfassungsrechts, und wenn ich es recht sehe, kommen diese materiellen Postulate nicht von ungefähr. Sie lassen sich aus der deutschen Verfassungsgeschichte heraus erklären und aus dem Bemühen, die Verfassung mit mehr zu füllen als mit formalen Worten. Gewiss, Verfassungsindoktrination ist nicht zulässig. Aber soll denn diese ganze Wertordnung, die das Bundesverfassungsgericht geschärft hat, preisgegeben werden? Dagegen hätte ich doch gewisse Bedenken. Das wäre ein stiller Verfassungsbruch, wenn wir die Verfassungsinterpretation durch das Gericht nicht zu unserer realen Verfassungsordnung rechnen wollen, und ich bekenne mich nach wie vor zu dieser Verfassungsidentität.

Zweitens: Haben Sie nicht mit Ihrer Interpretation von Art. 2 EU-Vertrag und 6 EG-Vertrag die Ordnung übergeordneter Verfassungsprinzipien von den Füßen auf den Kopf gestellt? Zwar gibt es einen langen Streit darüber, wo die Füße sind und wo der Kopf richtigerweise angebracht ist. Aber ich habe bisher immer diese Artikel des europäischen Rechts so verstanden, dass man von den Mitgliedstaaten ausgeht, und zwar von den Mitgliedstaaten als Verfassungsstaaten, dass deren Identität gewahrt werden soll und aus den gemeinsamen Rechtsgrundsätzen der Mitgliedstaaten heraus das europäische Recht zu deuten und fortzuentwickeln ist. Dann aber ist es meines Erachtens nicht vertretbar, zwar eine Identität der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaft zu bejahen, aber den Mitgliedstaaten ihre Identität als Verfassungsstaaten abzusprechen. Das erscheint mir geradezu als eine Umkehrung des gesamten Integrationsprozesses der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft.

Drittens: Haben Sie bedacht, dass wir nicht nur die Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat, sondern auch andere Mitgliedstaaten vor uns haben, die, soweit ich die Verfassungslandschaft und die politische Landschaft überblicke, eine Identität für sich in Anspruch nehmen? Wie steht es denn mit der Verfassungsidentität der französischen Republik, zum Beispiel, oder mit der Verfassungsidentität des Vereinigten Königreiches? Wenn man einem französischen Staatsbürger oder einem britischen Staatsbürger vortragen wollte, es gebe die Identität ihrer Staaten nicht mehr, würde man vermutlich wesentlich größeren Protest ernten als in Deutschland. Aber wir müssen diese Frage doch auch mit Blick auf die anderen Mitgliedstaaten betrachten, und ich denke, es gehört zum Reichtum der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft, dass wir zahlreiche Mitgliedstaaten haben, so dass diese alle ihre Verfassungsordnung und ihre Verfassungsidentität einbringen. Insoweit wäre der Identitätsverlust meines Erachtens auch eine Provokation für die anderen Mitgliedstaaten und ihre Bürger in der Europäischen Union.

Meyer: Ich hätte Herrn *Breuer* gerne gefragt, ob er weiß, dass das Bundesverfassungsgericht die „Wertordnung“ schon lange aus seinem Wortschatz gestrichen, also sprachlich abgerüstet hat? Er spricht jetzt von objektiver Dimension der Grundrechte. Man muss dabei allerdings beachten, dass das Bundesverfassungsgericht keineswegs jedem Grundrecht eine objektive Dimension zuspricht, es vielmehr frei schwebend entscheidet, wann einem Grundrecht eine objektive Dimension zukommt. Daraus schließe ich, dass der Vorwurf des Verfassungsbruchs unberechtigt ist. Das Verfassungsgericht kommt langsam dahin, die Grundrechte wieder ein wenig zu „redimensionieren“ und damit dem politischen Prozess einen größeren Raum zu geben. Danke!

Vorsitzende: Wir sind nun beim zweiten Block angelangt, also bei der staatlichen Identität und insbesondere bei den Grundrechten und den die Staatsangehörigkeit betreffenden konkreteren Rechtsfragen.

Rauschnig: Zunächst sollten wir doch kurz anknüpfen an das Prinzip der Nicht-Identifizierung des Staates, wie es *Herbert Krüger* einleuchtend vorgestellt hat. Ein Staat, der sich mit einer Ideologie identifiziert und die Identifizierung verlangt, der verliert an Integration. Es gibt Nicht-Gläubige, und die Nicht-Gläubigen werden entweder bekehrt oder ausgemerzt. Dieser Staat hat notwendigerweise innere Feinde. Ich mag bekennen, dass ich meine Regierung nicht mag, das bedeutet nicht, dass ich davon ausgehe, dass sie mich in meinem Grundrechtsbereich ergreift oder angreift – sie bleibt auf dieser Basis die Regierung meines Staates. Das ist die Integrationsleistung, die hier gerade durch den Grundrechtsbestand gegeben ist.

Vielleicht sollte man das in einem zweiten Punkt noch deutlicher machen: Ein moderner Staat kann nicht ohne die Akzeptanz der Verfassung und ohne die Akzeptanz der anderen Bürger und ohne die Akzeptanz und Verwirklichung der Grundrechte existieren! Ich bin seit sieben Jahren in Bosnien in dieser Richtung tätig, und ich kann nur sagen, diese divergierenden Begierden und Strömungen zusammenzuführen kann nur gelingen, wenn man die Bürger dort auf die Grundrechte verpflichtet. Wir können nicht von der Bevölkerung verlangen, einander zu lieben, aber wenigstens anordnen und durchsetzen, dass die Grundrechte geachtet werden; ein moderner Staat kann ohne die Respektierung der Grundrechte nicht leben. Denken Sie auch an die Identität in Europa; die nimmt ja ihren Ausgangspunkt in der bedrohlichen Situation 1948/49 und in dem Bekenntnis des Europarats, dass wir die europäische Identität in der gemeinsamen Wertordnung, die wir nachher in der EMRK niedergelegt haben, erkennen und dafür stehen.

Aber nun zur Begrenzung – mein dritter Punkt – auch dieser Funktion. Wir sollten nicht die Augen davor verschließen, dass die Integration von Staaten auch aktuell nicht alleine in der rechtsstaatlichen Akzeptanz unserer Rechtsordnung und in der Verfassungsintegrität und in der Identifikation besteht. Es ist, glaube ich, am 3. Oktober nicht verboten zu sagen, dass immerhin vor 12 oder 13 Jahren es einen bedeutenden Akt des deutschen Staatsvolks, eben die deutsche Wiedervereinigung, gegeben hat. Die ist nur so zu erklären, dass sich die Deutschen ihrer Zusammengehörigkeit und der Verantwortung für diejenigen bewusst waren, deren Schicksal nach diesem Kriege sie härter getroffen hat als uns, die wir im Westen lebten. Gerade das Geschehen der Wiedervereinigung, nicht erst etwa die Solidarität in der Flut, zeigt, dass die Zusammengehörigkeit und

eben auch die Schutzpflicht innerhalb der oder für die Gruppe notwendig ist für die staatliche Identität. Wenn wir meinten, unsere staatliche Identität gründe sich allein auf das Bewusstsein, wir seien jetzt Demokraten, wir seien jetzt verfassungsgläubig, wir seien jetzt Grundrechtsuntertanen oder Grundrechtsvertreter, dann verkennen wir die Wirklichkeit und greifen zu kurz.

Pitschas: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, liebe Kolleginnen und Kollegen! Ich habe zunächst ein begriffliches Problem. Vielleicht ist das Thema nicht deutlich genug gestellt, aber mir ist die Unterscheidung von Integration und Identität nicht so recht klar geworden. Herr *Korioth* hat in seinem Referat in der ersten These „Integration“ erklärt als Verknüpfung des Verfassungsrechts mit Kulturpolitik und anderen Politiken. „Verknüpfungen“ scheint mir hierfür ein allzu diffuser Begriff; ich würde sagen, Integration hat mit einer Leistung zu tun oder mit Leistungen, die zur staatlichen Einheitsbildung erbracht werden. Diese kann nicht das Verfassungsrecht unmittelbar bewirken, sondern – hierzu würde mich Ihre Meinung dann interessieren, Herr *Korioth* – sie muss im Alltag durch den arbeitenden Staat Tag für Tag und Schritt für Schritt in der Umsetzung und Anwendung des Rechts konkretisiert werden. Das geschieht dann auch im Wege der Individualisierung in Bezug auf die einzelnen Bürger. Deshalb klappt es vielleicht mit der deutschen Wiedervereinigung nicht, aber auf jeden Fall ist mir deshalb auch Ihre These Nr. 2 unklar, wo Sie von „innerer Desintegration durch Individualisierung“ sprechen. Ich würde gerade im Gegenzug sagen, Individualisierung bedeutet, wenn man sie betreibt, den ersten Schritt zur Integration.

Integration und Identität sind bei dem Referat von Herrn *von Bogdandy* in ihrer Wechselbezüglichkeit – bitte korrigieren Sie mich, wenn es anders sein sollte – nicht verdeutlicht. Ich glaube, Sie haben nur einmal den Begriff der Integration verwendet; was heißt eigentlich bei Ihnen, Herr *von Bogdandy*, Integration und Identität? Wenn man denn Identität mit Herrn *Korioth* – etwas frei interpretiert, und aus seiner ersten These – versteht als Grad der Integration, dann müsste man bei den Thesen Nr. 12 und 13 von Herrn *Bogdandy* einige Zweifel anmelden. In These 12 wird nämlich erläutert, soziale Identität verlangte die Identifikation mit einer Eigengruppe. Ich würde meinen, hier fehlt die Erklärung: Fremddzuordnung zu dieser Eigengruppe oder Eigenzuordnung zu dieser Eigengruppe? Wenn man sich darüber klar ist, dass diese Frage beantwortet werden muss, dann wird die These 13 in der jetzigen Fassung schwerlich zu halten sein. Ich würde meinen, soziale Identität bildet sich nicht einfach durch Gruppenzuordnung, sondern nur, wenn es bei Fremddzuordnung ein individuelles Eigeninteresse und einen Eigenkonsens mit dieser

Zuordnung gibt. Wer mich gegen meinen Willen zwangszuordnet, dem gegenüber werde ich keine Identifikation bilden können. Und deshalb ist auch die These von Herrn von *Bogdandy* zu Nr. 19, in der Herrn *Böckenfördes* Diktum kritisiert wird, für mich nicht so ganz haltbar. Erfolgreiche Vergesellschaftung, so wird formuliert, könne auch unter der Prämisse des Konflikts und der Differenz erfolgen. Ich bin anderer Meinung: In dem Maße, in dem es um Fremdzuordnung geht, bin ich nie damit einverstanden, wenn der Konflikt fortbesteht und soziale Identifikation trotzdem erwartet wird. Ich lasse mich also ein auf Ihr Gedankengebäude, meine aber, dass ich die Prämissen oder die Konsequenzen daraus nicht nachvollziehen kann. Ich darf abschließend zurück zu Herrn *Korioth* und auf einen zweiten Punkt kommen: In der These 3a, Herr *Korioth*, reden Sie von rechtlicher Steuerung – die sei aber nicht möglich. Sie ist möglich, wie wir sehen, wenn Integration eine Leistung ist. Danke schön!

Isensee: Der Verfassungsstaat ist mit zwei gegenläufigen Tendenzen in die Geschichte eingetreten – der kosmopolitischen der Menschenrechte und der nationalstaatlichen der Demokratie: auf der einen Seite das Abstraktum der Menschheit, auf der anderen Seite eine konkrete Bürgerschaft auf einem bestimmten Territorium. Dieser Gegenläufigkeit entspricht in der Theorie wie Praxis des Verfassungsstaates zweierlei Ethos. Die Menschenrechte gebieten (mit einem Wort *Wolfgang Kerstings*) ein „Ethos des Wegsehens“: von allen Besonderheiten der Individualität und allen Gruppenmerkmalen zu abstrahieren und allein auf die Zugehörigkeit zur Gattung Mensch abzustellen. Dem Nationalstaat dagegen entspricht ein „Ethos des Hinsehens“. Er stellt ab auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Menschengruppe, zum Staatsvolk. Zwischen beiden Sichtweisen besteht Polarität. Herr von *Bogdandy* versucht, sie aufzuheben dadurch, dass er allein die transnationale gelten lässt und die nationalstaatliche bis auf einen armseligen Rest weginterpretiert.

Verfassungsrechtliche Distinktionen werden heute gerne überspielt durch die Beschwörung von Integration. Diese genuin soziologische, diffuse Formel ist inhaltsleer, daher nicht geeignet, Inhalt und Funktion der Verfassung zu erschließen. Die Verfassung kann durch ihren Inhalt wie durch ihre normative Kraft zur Integration beitragen. Sie vermag jedoch nicht, von sich aus die Integration in erforderlichem Maße zu leisten. Das gilt sogar für das verfassungspatriotische Musterland der Vereinigten Staaten von Amerika. Das Selbst- und Sendungsbewusstsein, das die Amerikaner verbindet, kommt weniger in ihrer Verfassung zum Ausdruck als in den Mythen der Westernfilme mit ihren Pionier-, Bedrohungs- und Rettungsszenarien. Hier manifestieren sich die nationale Identität und das nationale Weltethos Amerikas.

Integration verpflichtet zu nichts. Sie ist nicht handlungsrelevant. Das aber ist die Kategorie Solidarität. In ihr bewährt sich die Konsistenz einer Gemeinschaft, nicht nur der staatlichen, sondern auch der privaten, der nationalen wie der supranationalen. Solidarität ist ein Schlüsselbegriff, um eine fundamentale Voraussetzung der Demokratie als Staatsform zu erfassen: die innere Verbundenheit einer Menschengruppe und die Bereitschaft aller ihrer Glieder, füreinander einzustehen. Die Grundsolidarität wird durch den politischen Wettbewerb um die Mehrheit nicht angetastet, sie macht ihn erst möglich. Sie erklärt, weshalb sich die Minderheit dem Mehrheitsentscheid fügt, warum sie nicht Obstruktion übt, nicht auswandert, nicht desertiert oder resigniert. Denn sie weiß, dass sie mit der Mehrheit „in einem Boot sitzt“. Meine Bereitschaft, für andere einzustehen, nimmt in dem Maße zu, in dem ich das Gesicht des Menschen sehe, für den ich eintreten soll, zumindest sein soziales Profil, wenn es also um meine Kinder geht, meine Freunde, meine Landsleute, meine Mitbürger, christlich gesprochen, um den Nächsten. Nicht alle Menschen sind meine Nächsten. Je abstrakter das Menschenbild, desto geringer die Motivation. Am geringsten, wenn es um allgemein menschliche Solidarität geht. Die kosmopolitische Ausweitung des Ethos bedeutet Ausdünnung. Es ist kein Zufall, dass sich die Deutschen bei den Flutkatastrophen der letzten Monate in erster Linie für ihre Landsleute in Sachsen verantwortlich fühlten und Spenden erbrachten, dagegen in viel geringerem Maße für die Tschechen, die ähnlich unter dem Hochwasser der Elbe zu leiden hatten, überhaupt nicht für die Chinesen, obwohl die gleichzeitigen Überschwemmungen in China um vieles schrecklicher waren als die in Deutschland.

Das latente Leitbild, das dem Referat Herrn von *Bogdandys* folgt, ist ein Verfassungspatriotismus, freilich nicht in dem ursprünglichen Sinn, den *Sternberger* seiner Wortschöpfung gab – der Anreicherung des hergebrachten Patriotismus um Verfassungswerte –, sondern in der Umdeutung durch *Habermas*: als Surrogat für den Patriotismus, als ein Ersatzbewusstsein, das abhebt von Land und Leuten, von Realien und Geschichte und aufsteigt zu den Wolken der jeweiligen politischen Ideen dessen, der den Verfassungspatriotismus verordnet. Sollten diese Ideen etwas mit der geltenden Verfassung zu tun haben, so wäre das Zufall.

Was bleibt im Konzept Herrn von *Bogdandys* übrig an nationaler Identität für den Staat des Grundgesetzes? Fast nichts, nämlich nur noch Verfahren und Interessen, und diese werden nicht weiter spezifiziert. Was er dem Nationalstaat vorenthält, substantielle Identität, projiziert er auf Europa und legt sie in Art. 2 EUV hinein. Das ist nicht juristische Exegese dieses Vertragsartikels, das ist auch nicht Deskription der europäischen Realität. Das ist Prophetie. Doch unterstellt, diese wäre bereits

erfüllt, so bliebe offen, worin die europäische Identität besteht, was ihr *proprium* im Verhältnis zur außereuropäischen Welt ausmacht. Die Europäische Union ist eine kontinentale, keine universale Ordnung. Mir scheint, dass die einzige Identität, die bliebe, eine kosmopolitische wäre, innerhalb deren Europa weiter nichts bedeutete als ein *Département* eines Weltstaats.

Außerhalb des Blickfeldes des Referats liegt die Tendenz des modernen Völkerrechts, aus den Menschenrechten das Selbstbestimmungsrecht des Volkes abzuleiten, das seinerseits aus der Selbstbestimmung der Individuen hervorgeht, die sich zu einem Volk verbinden. Damit aber versöhnt das Völkerrecht den Widerspruch zwischen Menschenrechten und demokratischem Nationalstaat. Ich meine, das müsste nachgetragen werden.

Peters: Ich möchte eine Bemerkung zu Herrn *Koriot's* Referat machen. Es hat mich verwundert, dass Sie ziemlich stark die Homogenität als Vorbedingung der Gemeinschaftsbildung betont haben. Ich habe mehrere Einwände gegen dieses Homogenitätskriterium. Das eine ist, dass man damit schwer arbeiten kann, weil Homogenität ein relativer Begriff ist. Aussagen darüber hängen von der Abstraktionshöhe ab. Man kann wirtschaftliche Homogenität, sprachliche oder völkische Homogenität fordern für die Gemeinschaftsbildung. Sicherlich spüren wir in Europa z.B. die kulturelle Vielfalt der verschiedenen europäischen Völker stark; anders vielleicht ein ungebildeter Amerikaner: Für den bilden die Europäer (oder gar „the rest of the world“) eine Masse! Ein rechtspolitischer Einwand gegen das Homogenitätskriterium ist, dass dadurch die Tatsache der Identitätsbildung durch Abgrenzung nach außen betont wird. Letztlich läuft es auf die Freund-Feind-Unterscheidung hinaus, die Sie zu Recht kritisiert haben. Mir scheint, und insofern würde ich Herrn *von Bogdandy* folgen und noch weiter gehen als er, dass Vergemeinschaftung nicht nur unter Differenz und Konflikt stattfinden kann, sondern dass Vergemeinschaftung sogar unter Differenz und Konflikt stattfinden soll. Das ist ja das traditionelle Ideal des Pluralismus: So viel Einheit wie nötig, aber so wenig Einheit wie möglich! Vielleicht ist es sinnvoller, anstatt auf Homogenität auf die Abwesenheit von fixen Spaltungen einer Gesellschaft zu schauen. Damit ist Folgendes gemeint: Es ist ja so, dass jedes Individuum, jeder Einzelne zu verschiedenen Untergruppen einer Gesellschaft gehört und dementsprechend multiple Identitäten hat. Der Mensch unterliegt vielen Loyalitäten, die sich nicht gegenseitig konkurrieren, sondern die auch quer zueinander liegen und sich überlappen können. Also kann meine Einstellung oder meine Handlungsweise in bestimmten Punkten ähnlich sein wie die Einstellung von anderen, meinetwegen fran-

zösischen oder italienischen Frauen. In einer anderen Situation gehöre ich zur Gruppe der deutschen Staatsrechtslehrer und verhalte mich entsprechend, und in wieder anderen Sachfragen entscheide ich vielleicht wie ein spanischer Katholik. Für Europa scheint mir wichtig zu sein, dass keine fixen Spaltungen bestehen dahingehend, dass Deutsche in ganz verschiedenen Sachfragen, z.B. der Irak-Frage oder Abtreibung oder europäischer Agrarpolitik in einer bestimmten Weise konform urteilen, weil sie Deutsche sind. Es müssen vielmehr wechselnde Zugehörigkeiten existieren. Das heißt, Voraussetzung für die Gemeinschaftsbildung ist nicht Homogenität in einem substantiellen Sinne, auch nicht subjektiv gewendet im Sinne von substantiellem Grundkonsens. Voraussetzung für die Integration ist vielmehr die Abwesenheit von festen Spaltungen, die alle Sachantworten determinieren, also die Abwesenheit von dem, was in der Politikwissenschaft als „versäulte“ Gesellschaft bezeichnet wird.

Horst Dreier: Es freut den Vertreter der Rechtsphilosophie, dass in einem Vortrag vor der Staatsrechtslehrervereinigung Namen bedeutender Staatsphilosophen fallen und diese nicht nur genannt werden, sondern auch in der Sache präsent sind. Das gilt, glaube ich, vor allen Dingen für *Immanuel Kant*, während *Aristoteles* etwas zurückgetreten ist. Das betrifft natürlich im Wesentlichen das Kantsche Prinzip subjektiver Freiheit, den Gedanken der Autonomie und der Selbstbestimmung, aber auch, und das ist mein erster Punkt, die Unterscheidung von Legalität und Moralität. Ich glaube, weiten Teilen besonders des zweiten Referates könnte diese Unterscheidung zwischen Legalität und Moralität als Folie dienen. Diese Unterscheidung bezieht sich bekanntlich auf den Befolgungsmodus von normativen Vorschriften, und der Gedanke der Legalität sagt, dass es in einem Rechtsstaat nicht darauf ankommt, aus welchen Gründen sich jemand gesetzeskonform verhält und den Gesetzen folgt, sondern es muss reichen, dass er es tut. Das erklärt dann das schöne Zitat von dem „Volk von Teufeln“, die zur Errichtung eines freiheitlichen Staates in der Lage sein müssten. Das heißt: Der Staat darf nicht in die Seele der Bürger hineinschauen, und diese Seele darf sogar tiefschwarz sein wie die eines Teufels. Ich glaube, dieser Gedanke erklärt auch den liberalen Grundzug, den ich bei beiden Referaten herausgehört habe. Allerdings habe ich eine erste Frage an Herrn *von Bogdandy*, der in These 22 ausdrücklich vom „Eigeninteresse“ spricht, was ich für einen richtigen und wichtigen Gedanken halte, doch ergibt sich daraus die Frage: Müsste dieses Eigeninteresse nicht zum einen ein bisschen spezifiziert werden, wenn man sich fragt, welche Eigeninteressen können wir eigentlich in einem Verfassungsstaat legitimerweise akzeptieren, und zum zweiten: Müsste das Eigeninteresse nicht in Ihre These 19 einwandern?

Ein Problemkomplex wird aber durch Moralität und Legalitätsunterscheidung nicht gelöst, nämlich die Frage: Wie vermitteln wir eigentlich im konkreten Fall zwischen individueller Freiheit und staatlichem Gesetz? Wo wird die Grenze gezogen, wer legt die Schranken fest? Da hat Herr *Korioth* einen interessanten Gedanken formuliert, der mich beschäftigt. In These 6 wird die Unterscheidung zwischen politischer und gesellschaftlicher Integration aufgenommen und fortgeführt. Und wenn ich es richtig verstehe, sagen Sie, Herr *Korioth*: Im Grunde genommen verhalten sich beide Formen wie kommunizierende Röhren. Gesellschaftliche Pluralisierung, vielleicht sogar Parzellierung, kann Ihrer Auffassung nach offenbar neue Identitäts- und Integrationsfunktionen entbinden, d.h. also die Pluralisierung – die zunehmende Pluralisierung ist die eine Röhre – führt dazu, dass wir sozusagen bei der politischen Integration die Anforderungen etwas absenken können. Das ist ein harmonisches und sehr positives Bild. Ich bin nicht ganz so positiv gestimmt in der Weise, dass ich mir vorstellen könnte, dass das ein tragfähiges Modell ist, weil der entscheidende Punkt in Ihrer These 8 kommt. Da steht nämlich etwas über die Grenzziehung, die gleichwohl vorzunehmen ist, nämlich durch das demokratische Gesetz. Und da tauchen genau die Probleme wieder auf, die man mit dem Modell der kommunizierenden Röhren meiner Meinung nach nicht los wird, nämlich, dass das die Freiheit einschränkende demokratische Gesetz wiederum ein Gesetz ist, das auf einer demokratischen Mehrheitsentscheidung beruht. Anders würde es kein Gesetz werden. Der Gedanke, dass Grundrechte prinzipiell Minderheitenrechte sind, hilft uns bei der konkreten Grenzziehung in den Fällen, die Sie hier angedeutet haben und die wir alle kennen, im übrigen auch nicht weiter.

Schachtschneider: Frau Vorsitzende, liebe Kolleginnen und Kollegen. Wenn Sie *Kant* wirklich ernst genommen hätten, Herr *von Bogdandy*, hätten Sie Ihr Referat sehr kurz halten können; denn *Kant* definiert den Staat bekanntlich als die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. Dafür kommt es nach einem wirklichen Rechtsgesetz der Natur nur auf eine Identität an: auf die als Mensch. Alles andere ist für die Staatsbildung nicht notwendig; denn die Menschen wirken aufeinander ein und sind deswegen verpflichtet, sich in eine bürgerliche Verfassung zu begeben, also in einen Staat. Die europäische Integration wirft ganz andere Fragen auf. Insofern möchte ich zunächst einmal die Unterscheidung Verfassung und Verfassungsgesetz in die Diskussion einwerfen. Die Verfassung, nämlich die Verfassung der Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit, steht nicht zur politischen Entscheidung. Zur Verfassung gehören die wesentlichen Menschenrechte. Jedes Verfassungsgesetz muss dieser Verfassung gerecht werden. Wenn man den Staat aufgeklärt

konzipiert, gibt es wenig Entfaltungsmöglichkeiten für Politik, weil die Verfassung die Politik weitgehend determiniert. Weiterhin hängt die Entwicklung des Rechts von einem Ethos ab, nämlich dem Ethos der Freiheit. Es gibt eine Pflicht der Bürger, Herr *von Bogdandy*, nämlich die, sich mit der Freiheit zu identifizieren. Das meint nicht nur die äußere Freiheit, die Sie vielleicht im Blick haben, wenn die Staatsbildung die interessierten Bürger mit ihren eigenen Interessen zusammenführen soll. Nein, es gibt auch die innere Freiheit, die Sittlichkeit und die Pflicht zur Sittlichkeit, die allein die Chance gibt, dass die Gesetze wirklich Recht sind. Ich denke, Herr *von Bogdandy*, Sie wollten der europapolitischen Integration eine Barriere wegräumen, nämlich die Barriere der fehlenden Identität, des fehlenden Volkes. Das mag Ihnen gelingen, darauf kommt es jedoch überhaupt nicht an. Es kommt vielmehr darauf an, ob wir in der europäischen Integration Demokratie und Rechtsstaat, die für mich eine Einheit sind, verteidigen können. Deren Notwendigkeit ist das Prinzip der kleinen Einheit. Wenn es gelingt, in Europa die kleine Einheit zu wahren, föderalistisch, kommunalistisch, dann wahren wir die Chance eines freiheitlichen Europas. Europa kann sich institutionell weiterentwickeln, aber nicht über dieses Prinzip der kleinen Einheit hinaus. Im übrigen ist die weitere Europäisierung eine Frage, wie das Herr *Isensee* auch schon angedeutet hat, der Verfahren. Wir brauchen nicht nur Maßnahmen der symbolischen Identität, wie die Europäische Grundrechtecharta, sondern in Achtung des Selbstbestimmungsrechtes der Völker den prozeduralen Weg der Volksabstimmung. Eine Bemerkung noch, wenn Sie erlauben: Eine deutsche Identität, die europäisiert sei, vermag ich nicht zu erkennen. Das ist wieder eine Parole, denke ich, die den Weg zum Staat Europa eben ebnen soll. Andere Aspekte muss ich mir leider aus Zeitgründen ersparen.

Schefold: Die überreichen Referate zwingen mich dazu, mich auf einen kleinen ergänzenden Aspekt zu beschränken und daraus kurz drei Folgerungen abzuleiten. Herr *Korioth* hat in seinem Referat zutreffend und überzeugend darauf hingewiesen, dass die Einheit des Staates in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtslehre nicht als selbstverständlich genommen worden sei und deswegen sich in der Weimarer Zeit als besonderes Problem gestellt habe. Mir scheint in diesem Zusammenhang wichtig, neben *Smend*, den Sie ja ausgiebig zu Wort haben kommen lassen, kurz *Hermann Heller* zu erwähnen im Hinblick auf die Deutung des Staates als organisierte Wirkungseinheit und in seiner Funktion zur Herstellung eines über den Gegensätzen stehenden sozialen Machtfaktors. Man muss dann darauf hinweisen, dass diese Wirkungsweise des Staates in der Weimarer Republik gescheitert ist, und dass das Grundgesetz weit-

gehend als Reaktion auf dieses Scheitern begriffen werden kann und sollte. Daraus ergeben sich drei Folgerungen: 1. Die Verpflichtung der öffentlichen Gewalt, auf Herstellung der politischen Einheit hinzuwirken, ist zu unterstreichen, und insofern möchte ich zu beiden Referaten – ohne das jetzt im Einzelnen ausführen zu können – in der Tendenz gewisse Fragezeichen anbringen. 2. Die Herstellung einer politischen Einheit, das hat *Heller* sehr deutlich gesagt, bedeutet in keiner Weise die Aufhebung von Sub-Identität. In beiden Referaten ist das überzeugend und eingehend für die Grundrechte und für die Konfessionen gesagt worden. Es ist speziell auch für die Klassenstrukturen, die *Heller* ja in ihrer vollen Schärfe gesehen hat, aufgezeigt worden, aber ich möchte zusätzlich betonen: Es gilt ganz besonders für die territorialen Untergliederungen: die Länder – insofern möchte ich Herrn *Streinz* zustimmen – und die Gemeinden. Und wenn wir diese differenzierte Verankerung des Menschen in verschiedenen politischen Identitäten anerkennen, dann, meine ich, wird vor diesem Hintergrund, 3., das Problem einer europäischen Identität entscheidend entschärft. Die europäische politische Identität kann durchaus existieren, neben anderen territorial bestimmten Identitäten. Ich meine auch, dass sich insofern schon aus dem geltenden Europarecht viel herleiten lässt, in Erweiterung dessen, was Herr *von Bogdandy* gesagt hat. Von daher kann die Herausforderung der europäischen Verfassung ernst genommen werden, und wir sollten sie ernst nehmen.

Vorsitzende: Es beginnt nun der dritte und letzte Block von Diskussionsbeiträgen, der schwergewichtig die europäische Identität betrifft.

Nolte: Ich möchte die Thesen 12 und 20 von Herrn *von Bogdandy* zur Notwendigkeit einer europäischen Identitätsbildung nach außen aufgreifen. Vielleicht sind wir da schon weiter als wir denken. Was bedeutet „nach außen“ konkret? Zunächst einmal nach Osten: Nach Osten behaupten wir eine europäische Identität und setzen sie auch durch, und zwar bei den Beitrittsverhandlungen und beim Monitoring des Europarats gegenüber den osteuropäischen Staaten. Nach Westen muss man zuerst an die USA denken. Diesbezüglich möchte ich nur einige Stichworte nennen, die auf unterschiedliche verfassungsrechtliche Identitätsvorstellungen zwischen Europa und USA hindeuten. Denken Sie etwa an die Frage der Todesstrafe oder das Problem der Aufstachelung zum Rassenhass. Dahinter stecken jeweils unterschiedliche Vorstellungen in Hinblick auf Menschenwürde und Meinungsfreiheit. Ähnliches gilt aber auch für die Sozialstaatlichkeit und für das Konzept grundrechtlicher Schutzpflichten. Auch in Bezug auf Art und Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle werden wir charakteristische Unterschiede feststellen. Im übrigen würde

ich gerne noch an eine Bemerkung von Herrn *Isensee* anknüpfen. Die stärkste Identitätszumutung, die mir je widerfahren ist, habe ich als zehnjähriger Schüler an einer amerikanischen Schule erlebt, und zwar als ich „*the pledge of allegiance*“, also das feierliche Bekenntnis zu Flagge und Verfassung der USA, mitmachen durfte, sollte oder musste, so klar war das nicht. Hier hat Herr *Isensee* in der Tat Recht, wenn er sagt, dass die Zulässigkeit der Identitätszumutung in den USA trotz deren universalistischer Grundhaltung in manchen Bereichen doch recht weit geht. Vielleicht ist es aber auch gerade ein Teil unserer europäischen Identität, dass Identitätszumutungen hier nicht so weit gehen dürfen.

Kugelman: Herr *Korioth*, Sie haben beschrieben, dass die personale Seite der Identität geprägt ist von der Staatsbürgerschaft. In der Bundesrepublik hat nun mit dem neuen Staatsangehörigkeitsrecht eine Abkehr von stark kulturellen und auch ethnisch geprägten Vorbedingungen hin zur direkt verfassten politischen Staatsbürgerschaft stattgefunden. Hier scheint mir ein Anknüpfungspunkt zu liegen für die Unionsbürgerschaft. Denn das richtet den Blick meines Erachtens auf den zentralen Punkt des Wahlrechts. Das Wahlrecht als Ausbildung der Identität des Staatsbürgers, des Unionsbürgers, scheint mir ein zentraler Punkt zu sein, gerade vor dem Hintergrund einer demokratischen Komponente der Unionsbürgerschaft. Deshalb meine Frage an beide Referenten: Ist hier eines der wichtigen Abgrenzungskriterien zwischen europäischer und nationaler Identität zu finden, nämlich Umfang und Gegenstand des Wahlrechts? Es geht doch darum, was der Einzelne wählen darf als Träger doppelter Identität, der Identität nämlich als Unionsbürger und als deutscher, französischer, dänischer Bürger. Und wenn das so ist, sollten dann innerstaatliche Wahlrechte, z.B. das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag, eher ausgeweitet werden, um die nationale Identität zu stärken, sollte also Unionsbürgern nicht nur kommunales Wahlrecht zugestanden werden, sondern darüber hinaus auch Rechte auf Landes- oder Bundesebene? Oder sollte der Ausbau sozusagen auf der europäischen Seite erfolgen, also ein Mehr nicht an Wahlrecht, sondern ein Mehr an Gegenstand, was man wählen kann. Das Wahlrecht könnte doch zur Bildung oder auch Abgrenzung der nationalen von der europäischen Identität wesentlich beitragen.

Zuleeg: Ich möchte noch ganz kurz zu den Identitäten der Einzelnen sprechen. Ich bin völlig einverstanden mit Herrn *von Bogdandy*, wenn er darstellt, dass mitgliedstaatliche und gemeinschaftliche oder der Union angehörige Identitäten bestehen. Aber ich möchte darauf aufmerksam machen, dass viele andere Identitäten bestehen. Ich erinnere an Kunst und Kultur, an Sport, an Arbeit, an Freizeit, Umweltschutz und vieles an-

deres mehr. Gewiss sind diese Identitäten geschützt durch die Grundrechte in Deutschland, aber nicht über die Grenzen hinaus. Das heißt also, wenn der Schutz für die Grundrechte auf europäischer Ebene gewährleistet ist, und das ist der Fall, dann ist auch eine grenzüberschreitende Identität geschützt, und das ist meines Erachtens ein ganz wichtiger Umstand.

von Bogdandy: Zunächst bedanke ich mich bei allen Diskutanten für viele weiterführende Anregungen und insbesondere bei dem Vorstand für ein Thema, das mich ein dreiviertel Jahr mit Leidenschaft hat arbeiten lassen. Leider scheint ein Kollege nicht mich, sondern mir feindlichen Störfunk gehört zu haben. Angesichts einiger Missverständnisse will ich vor allem das Grundverständnis nochmals herausstreichen, das meinem Vortrag zugrunde liegt. Die Losung der Französischen Revolution lautete: *Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit*. Huxley gibt in *Brave New World* dem Weltstaat hingegen das Motto: *Community, Identity, Stability*. Das zeigt uns deutlich, welch' problematische Gehalte der Begriff der Identität trägt. Zugleich jedoch birgt dieser Begriff ein großes Potential, um wichtige Fragen der Staatslehre zu klären. Er gibt uns sogar einen neuen Zugang. Dies ist vielleicht die Antwort auf Herrn Pitschas: *Identität* oder *Integration* oder *Grundkonsens* sind Kurzbezeichnungen für unterschiedliche Theorien, mit denen Grundfragen von Staatslehre und Verfassungsrecht bearbeitet werden können. Diese Grundfragen sind außerhalb von solchen Theorien nicht sinnvoll zu bearbeiten. Kurzum: Der Identitätsbegriff hat ein beträchtliches erkenntnistiftendes Potential durch seine interdisziplinären Anknüpfungspunkte, ist aber normativ problematisch, wie sich aus des Weltstaats Motto ergibt.

Näher möchte ich insbesondere zu Herrn Kirchhof Stellung nehmen. Vorab sei dabei festgehalten, dass die Staatsrechtslehre insgesamt heute weit liberaler ist als in den siebziger Jahren. Ich habe mich in der Vorbereitung zu diesem Vortrag intensiv mit den staatsrechtlichen Debatten jener Jahre befasst. Insgesamt scheint mir, wie gerade auch die Diskussionsbeiträge ergeben, heute breite Übereinstimmung zu bestehen, dass die Verfassung vom Bürger doch weit weniger an Identifikation abverlangt als in den siebziger Jahren verbreitet angenommen wurde. Diese Entwicklung und Übereinstimmung sind wichtig. Auch die drei unterschiedlichen Positionen, die ich dargestellt habe, stimmen ungeachtet erheblicher theoretischer und terminologischer Divergenzen in vielen für Rechtsfragen letztlich maßgeblichen Punkten überein, was ebenfalls positiv zu bewerten ist. Aber es verbleiben deutliche inhaltliche Differenzen, und die sind so wertvoll wie die Übereinstimmung. Denn nur dank dieser Differenzen sind wir Staatsrechtslehrer in der Lage, die unterschied-

lichen Auffassungen, die in der politischen Auseinandersetzung zirkulieren, rechtswissenschaftlich zu reformulieren und in der spezifischen juristischen Rationalität abzuarbeiten.

Ich stimme Herrn *Kirchhof* zu, dass Freiheit ein Phänomen von Hochkulturen ist. Sie ist undenkbar ohne die zivilisatorische Errungenschaft einer soliden Praxis von Rechtsförmigkeit der allermeisten Rechtsunterworfenen, eine Errungenschaft, die *Nietzsche* klassisch beschreibt in der *Genealogie der Moral*. Doch während *Nietzsche* diese Errungenschaft ätzend kritisiert, stehen wir gemeinsam auf der Seite derjenigen, die diese Errungenschaft für unerlässlich betrachten. Gleichwohl verbleiben zwischen uns erhebliche Unterschiede, was jeweils als erforderlich erachtet wird, damit ein Gemeinwesen funktioniert. Ich meine nicht, dass eine gemeinsame Sprache unabdingbar ist, und ebenso wenig, dass es grundsätzlich gleiche Überzeugungen hinsichtlich einer guten Lebensführung bedarf. Sie haben das Beispiel mit der Familie genannt. Ich selbst bin auch zum ersten Mal und glücklich und mit zwei Kindern verheiratet, also heutzutage schon fast ein Exot, aber ich sehe nicht, dass die Verfassung mir nahe legt, es so zu machen. Die Verfassung schützt diese Entscheidung, ist aber für andere Lebenspraxen offen und bewertet diese auch nicht. Einen weiteren Unterschied gibt es bei Art. 79 Abs. 3 GG, hier wende ich mich auch an Herrn *Murswiek*. Ich stelle nicht in Frage, dass Art. 79 Abs. 3 GG Anhaltspunkte für Ihre Konzeption bietet, aber man sollte ihn unter der Prämisse der Freiheit nicht bis zur Grenze substantzieller Identitätserwartung gegenüber erwachsenen Bürgern entwickeln. Lassen Sie mich mit diesem zentralen Punkt schließen.

Korioth: Ich bedauere es sehr, dass die Diskussion zum Schluss etwas unter Zeitdruck stand. Es wäre faszinierend gewesen, weitere Stunden Beiträge zu sammeln, um auf diese Weise zu sehen, welche vielfältigen Assoziationen auch im Kreise von Staatsrechtslehrern, also in diesem relativ homogenen Kreis, wenn ich dieses Wort verwenden darf, die beiden Begriffe Integration und Identität auslösen können. Ich glaube, wir müssen versuchen, mit bestimmten Rastern an dieses Problem heranzugehen, sonst verstricken wir uns schnell in Glaubensbekenntnissen, in Überzeugungen, die wir so haben können, aber nicht unbedingt so haben müssen. Wir müssen uns darüber klar werden: Verwenden wir die Begriffe Integration und Identität normativ oder empirisch? Wenn wir sie normativ verwenden wollen, welches Normativitätskriterium legen wir zu Grunde? Die Worte kommen in vielen Disziplinen vor, und es gibt dort verschiedene Maßstäbe der Normativität. Psychologie und Rechtswissenschaft können vielleicht die Spannweite der Normativität verdeutlichen, die sich dahinter verbirgt, aber beide Begriffe haben natürlich

auch empirische Verbindungen, Herr *Schwabe* hat mit Recht darauf hingewiesen. Natürlich können wir überlegen, welche tatsächlichen Voraussetzungen sich verbinden mit dem, was wir gemeinhin gesellschaftliche Identität oder gesellschaftliche Integration nennen. Wir können weiterhin, um ein nächstes Koordinatensystem zu nennen, Identität als Grundlage der Integration verstehen. Wir können aber auch genau so gut Integration als Weg zur Identität verstehen. Wir müssen versuchen, uns festzulegen, sonst kommen wir nicht weiter. Tun wir es nicht, verstricken wir uns schnell in Glaubensbekenntnisse mit spezifischen Normativitätskriterien, die das Recht, die Rechtswissenschaft, worunter ich nicht nur dogmatische Rechtswissenschaft verstehen würde, zur Verfügung stellt.

Und da, meine ich, sollte in der Tat der Ausgangspunkt zum Verständnis der beiden Begriffe das Wort Freiheit sein. Nur – wenn man hier ansetzt, beginnen erst die Verästelungen. Mir ist es wichtig, aber darüber kann man sich sicher streiten, zwei Freiheitselemente zu unterscheiden, nämlich die grundrechtliche Freiheit und die politische Freiheit, die Selbstbestimmung und die Mitbestimmung, oder, wie es Herr *Isensee* ausgedrückt hat, einmal die kosmopolitische Freiheit und einmal die auf einen staatlichen Verband, auf den Nationalstaat bezogene Freiheit im politischen Bereich. Nur, auch wenn wir diese Weichenstellung gemacht haben, stehen wir vor weiteren Verästelungen. Wenn wir grundrechtliche Freiheit nehmen, wie verstehen wir sie? Ist grundrechtliche Freiheit mit inhaltlichen Erwartungen verbunden? Oder ist grundrechtliche Freiheit wie eine Hülse, die der einzelne Grundrechtsträger mit Inhalt zu füllen hat? Ich muss an dieser Stelle kapitulieren. Ich kann nicht zwingend angeben, welches Verständnis etwa der grundrechtlichen Freiheit das richtige ist, ich halte beide für möglich. Und auch bei der politischen Freiheit gibt es natürlich wieder Verästelungsmöglichkeiten, bei denen wir zu überlegen haben, was plausibel und was weniger plausibel ist. Gibt es eine Verpflichtung des Staates, Identität und Integration herzustellen? Gibt es eine Staatsaufgabe Integration, die in irgendeiner Weise aus der Verfassung ableitbar ist, oder bleiben, aus der Sicht des Juristen, im politischen Bereich Identität und Integration eine Hoffnung, die sich verwirklicht, die sich möglicherweise eben aber auch nicht verwirklicht, ohne dass das Recht einen sehr grossen Einfluss darauf nehmen kann? Da liegen, glaube ich, die Schwierigkeiten des Themas. Ich möchte nicht durchgehend auf Homogenität setzen, und das möchte ich noch einmal klarstellen, auch gegen Frau *Peters*. Ich habe gerade versucht, Homogenität nicht so stark zu betonen, sondern mit meiner Unterscheidung grundrechtlicher und politischer Freiheit das Problem zu entlasten, das Sie, Frau *Peters*, mit Recht angesprochen haben, nämlich, von welcher Homogenität im einzelnen man zu sprechen hat. Ich sehe in der Tat dann

allerdings die Schwierigkeit – den Einwand von Herrn *Dreier* nehme ich sehr ernst –, dass unter Umständen, wenn man zwei Freiheitsverständnisse unterscheidet, sich die Frage nach möglicherweise kommunizierenden Röhren stellt, und die Frage, ob dieses Bild aufgeht, vor allen Dingen, ob das allgemeine Gesetz als Vermittlung dienen kann zwischen den beiden Begriffen von Freiheit. Ich bin mir da noch nicht so sicher; ich bin allerdings nicht ganz so skeptisch wie Sie, Herr *Dreier*, dass möglicherweise die Verbindung durch das allgemeine Gesetz eine Auflösung in eine Richtung bedeuten könnte. Das sind für mich Ausschnitte aus der Schwierigkeit des Themas. Ich danke Ihnen sehr!

Vorsitzende: Vielen Dank. Ihnen, verehrte Kolleginnen und Kollegen, danke ich vielmals für die zahlreichen Impulse, die Sie uns in der Diskussion gegeben haben. Und der grosse Dank, der den beiden Referenten für ihre bleibende Leistung gebührt, ist zum Teil bereits in den Diskussionsbeiträgen zum Ausdruck gekommen. Ich hoffe, dass Sie individuell noch heute Abend und morgen die Gelegenheit benutzen, den Referenten gebührend zu danken, und bin leider aus Zeitgründen gezwungen, hier abzuschließen.

Zweiter Beratungsgegenstand:
Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel

**Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher
Aufgaben und staatliche Verantwortung**

1. Bericht von Prof. Dr. *Markus Heintzen*, Berlin*

Inhalt

	Seite
I. Einleitung	222
1. Der Befund im Verfassungs- und im allgemeinen Verwaltungsrecht	222
2. Die tatsächliche Bedeutung	224
3. Defizite und Erforderlichkeit juristischer Ordnung . . .	226
II. Juristische Fragestellung	227
1. Begrifflichkeit	227
a) Öffentliche Aufgabe	227
b) Privater	231
c) Beteiligung	232
2. Ziel und mögliche Ergebnisse	233
3. Abgrenzung insbesondere zu Fragen der Privatisierung .	234
III. Staatstheoretische Grundlagen	235
1. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft	235
2. Verantwortung und Gemeinwohl	237
IV. Überblick über die Beteiligungsformen	239
V. Befugnisbeteiligung – die Beleihung	240
VI. Organisationsbeteiligung	243
1. Eingliederung Privater in staatliche Organisationen . . .	244
a) Kondominialverwaltung	244
b) Funktionale Selbstverwaltung	245
c) Exkurs: An-Organisationen	246

* Der vorliegende Text stimmt mit dem in St. Gallen gehaltenen Vortrag bis auf redezeitbedingte Kürzungen der mündlichen Fassung überein und ist auf dem Stand vom 2. Oktober 2002.

2. Eingliederung öffentlicher Aufgabenwahrnehmung in ein privatrechtliches Umfeld	246
a) Konzernierung öffentlicher Anstalten	246
b) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	247
VII. Verfahrensbeteiligung	251
1. Der Berater	251
2. Der Zuarbeiter	253
VIII. Aufgabenbeteiligung	254
1. Verwaltungshilfe im Sinne einer Einbindung von Privaten in die Staatsorganisation	254
2. Verwaltungshilfe im Sinne einer Indienstnahme des Privaten für die Verwaltung	255
3. Der Private als Inhaber öffentlicher Aufgaben	256
IX. Die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben als Teil privater Tätigkeit	256
X. Nichtbeteiligung und Nichtbeteiligte	257
XI. Abschließende Überlegungen	258

I. Einleitung

1. *Der Befund im Verfassungs- und im allgemeinen Verwaltungsrecht*

Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erscheint als erklärungsbedürftige Anomalie.¹ Der demokratische und grundrechtlich-rechtsstaatliche Normalfall ist die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand selbst.²

Im Verfassungsrecht hat die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben wenig ausdrücklichen Niederschlag gefunden. Im 8. Abschnitt des Grundgesetzes finden sich nur³ vereinzelte neuere Hinweise auf die privatrechtliche Organisationsform staatlicher Einrichtungen, auf andere private Anbieter und auf dem Bund in den Bereichen Eisenbahn und Luftverkehr, Post und Telekommunikation verbleibende Aufgaben.⁴ Die einzige Regelung des Grundgesetzes, die seit 1949 von Privaten spricht, gilt der Errichtung von Privatschulen (Art. 7 Abs. 4 und 5).⁵ Obwohl sie eine Beteiligung Privater nicht explizit erwähnen, sind schließlich die Regelungen über das Gesetzgebungsverfahren zu nennen, auf das Private als Berater und als Lobbyisten einwirken; ihnen ist aber wegen des Fehlens plebiszitärer Elemente und wegen des Initiativmonopols von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung trotz Bürgerpartizipation und Verbändebeteiligung ein fast estatistischer Grundzug eigen. Die Parteien, die bei der politischen Willensbildung mitwirken, sind ein Thema für sich.

Während das Grundgesetz das Thema eher unter den Gesichtspunkten Organisation und Verfahren anzugehen scheint, stehen im allgemeinen

¹ *Gallwas* VVDStRL 29 (1971), 211 ff. nennt den „privaten Verwalter“, dem man „auf Schritt und Tritt begegne“ (213), eine „fragwürdige Erscheinung“ (211).

² Definition der das Thema bestimmenden Begriffe „öffentliche Aufgabe“ und „Privater“ unter II. 1. a) und b).

³ Zur Folgenlosigkeit dieses Schweigens für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private schon *Ossenbühl* VVDStRL 29 (1971), 137, 163 f.

⁴ Art. 87d Abs. 1 Satz 2, 87e Abs. 3, 87f Abs. 2 GG. Qualifikation der dort vorgesehenen Privatisierungsmodelle gebündelt bei *Schmidt-Preuß* VVDStRL 56 (1997), 160, 170 f.

⁵ Art. 12 Abs. 2 GG spielt wegen seines eng gefassten Schutzbereichs für das Thema fast keine Rolle; dazu *Breuer* in: HStR VI, 1989, § 147 Rn. 90; *Gubelt* in: von Münch/Kunig (Hrsg.) Grundgesetz, 5. Aufl., Bd. 1, 2000, Art. 12 Rn. 81; *Manssen* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. 1, 1999, Art. 12 Rn. 290; *Rittstieg* AK-GG, Art. 12 Rn. 149 (Stand 2001); *Scholz* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 12 Rn. 478 (Stand September 1981); *Tettinger* in: Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 12 Rn. 149.

Verwaltungsrecht⁶ die Kategorien Aufgabe und Befugnis im Vordergrund. An ihnen orientieren sich die terminologisch und inhaltlich wenig gefestigten Kernfiguren der Beleihung, der Verwaltungshilfe, der Indienstnahme und des selbstständigen Unternehmers.⁷ Sie nehmen in den Lehrbüchern⁸ einen Raum ein, der hinter der tatsächlichen Bedeutung der Beteiligung Privater an der öffentlichen Verwaltung zurückbleibt. Organisationsrechtliche Fragen werden im Verwaltungsrecht anders zugeordnet: Das Verwaltungsprivatrecht wird aus der Blickrichtung einer „Flucht des Staates aus öffentlich-rechtlichen Bindungen“⁹, nicht unter dem gegenläufigen Aspekt einer Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, etwa in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen¹⁰, betrachtet. Weitere Beteiligungsformen, wie die Kondominialverwaltung, haben es schwer, sich im allgemeinen Verwaltungsrecht mit einem Begriff festzusetzen. Im Bereich der Selbstverwaltung schließlich führt die funktionale Selbstverwaltung auf das „Feld zwischen Staat und Gesellschaft“.¹¹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben weder für das Verfassungs- noch

⁶ Zu Rechtsebenen zwischen Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht insoweit u.a. *Ruffert* AöR 124 (1999), 237, 246.

⁷ Figuren wie Delegation, Mandat oder Amtshilfe betreffen dagegen nur den Binnenbereich der staatlichen Zuständigkeitsordnung; hierzu klassisch *Wolff/Bachof* Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 72 IV b) und § 77 VI.

⁸ Zur Beleihung: *Battis* Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, 70, 125; *Bull* Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2000, Rn. 1024 und 1066; *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, 53; *Erichsen* in: ders. (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 12 Rn. 18; *P.M. Huber* Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, 162, 169; *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 23 Rn. 56; *Peine* Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2002, § 2 Rn. 38; *Wolff/Bachof/Stober* Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl. 1999, § 23 Rn. 31. Zur Indienstnahme Privater: *Badura* in: Schmidt-Abmann (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, 3. Abschnitt, Rn. 78; *Battis*, wie zuvor, 70f.; *Huber*, wie zuvor, 162; *Maurer*, wie zuvor, Rn. 62. Zum Verwaltungshelfer *Huber*, wie zuvor, 162; *Maurer*, wie zuvor, Rn. 60; *Wolff/Bachof/Stober*, wie zuvor, § 22 Rn. 61.

⁹ Zu Recht zurückhaltend gegenüber dieser schlagwortartigen Formel: *Schmidt-Abmann/Fromm* Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn in verfassungsrechtlicher Sicht, 1986, 115f. Urheber ist wohl *Fleiner* Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, 326.

¹⁰ Zu diesem Begriff *Gersdorf* Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, 136ff.

¹¹ Zitat: *W. Weber* Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl. 1967, 153. Über die beiden Richtervorlagen BVerwGE 104, 64 und BVerwG NVwZ 1999, 870, ist noch nicht entschieden. Vgl. jüngst *Muckel* NZS 2002, 118ff. Zur funktionalen Selbstverwaltung umfassend die gleichnamige Arbeit von *Kluth* (1997).

für das allgemeine Verwaltungsrecht ein einheitliches Thema darstellt. Sie scheint vielmehr ein Thema des Besonderen Verwaltungsrechts zu sein, wohl mit einem statistischen Übergewicht des Umweltschutz-¹² und Städtebaurechts.

2. Die tatsächliche Bedeutung

In einem Kontrast dazu steht ihre praktische Relevanz. Man kann ohne Übertreibung sagen, dass ohne private Beteiligung die öffentlichen Aufgaben nicht vollständig erfüllt werden könnten, und sollte gleich hinzufügen, dass dies im Grundsatz erstens nichts Neues und zweitens kein Mangel ist. Die tatsächliche Bedeutung des Themas hat durch funktionale Privatisierungen vormalig vom Staat allein wahrgenommener Aufgaben, durch Organisationsprivatisierungen¹³ sowie durch Staatsaufgabenkritik und Verschlankungen des Staatsapparates¹⁴ zugenommen. Seine tatsächliche Bedeutung steigt weiter dadurch, dass die Staatsverschuldung dem Anschein nach wirklich abgebaut werden soll.¹⁵ Hinter diesen Entwicklungen steht kein bestimmtes politisches Motiv. Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist wegen ständiger Verschiebungen im Verhältnis von Staat und Gesellschaft ein Dauerthema.¹⁶

¹² Das von seinem Regelungsgegenstand in besonderer Weise auf eine Kooperation des Staates mit Privaten angelegt ist; vgl. etwa *Waechter* Der Staat 38 (1999), 279, 283 f. Zum umweltrechtlichen Kooperationsprinzip s. nur *Kloepfer* Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, 185 ff. Liste von Beispielen bei *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 162.

¹³ Zu den inzwischen verfestigten Privatisierungsbegriffen – statt vieler – *Bauer* VVDStRL 54 (1995), 243, 251 ff.; *Hengstschläger* VVDStRL 54 (1995), 165, 170; *Huber* (Fn. 8), 164 ff.; *Kämmerer* Privatisierung, 2001, 16 ff.

¹⁴ Kritisch zu dem Begriff „Verschlankung“ *Voßkuhle* in: Schuppert (Hrsg.) *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, 47, 85 f.

¹⁵ Zu Versuchen, Verschuldungsgrenzen öffentlicher Haushalte durch Beteiligung Privater, insbesondere im Rahmen sogenannter Leasing-Modelle, zu umgehen, zusammenfassend *Henneke* Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 599 bis 603. Zu diesem Umgehungsproblem allgemein von *Danwitz* AöR 120 (1995), 595, 602. Zur generellen Neigung demokratischer öffentlicher Gewalt zu finanzieller Überforderung *Di Fabio* VVDStRL 56 (1997), 235, 239 f.; *R. Schmidt* NJW 1980, 160 ff. Zur Finanzierungsprivatisierung *Osterloh* VVDStRL 54 (1995), 204, 217 f.

¹⁶ Das erklärt wohl, warum die Begriffe „Privater“, „Privatisierung“ und „Gesellschaft“ in den letzten 30 Jahren viermal im Titel von Berichten vorgekommen sind, die der Staatsrechtslehrervereinigung gegeben worden sind: *Ossenbühl/Gallwas* Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 137 ff., 211 ff.; *Burmeister/Krebs/Autexier/Hengstschläger/Schweizer* Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 190 ff., 281 ff., 285 ff., 298 ff., 314 ff.; *Hengstschläger/Osterloh/Bauer/Jaag* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995),

Die Antwort auf die Frage, warum es sich lohnt, sich mit diesem Thema erneut zu beschäftigen, ist einfach: Das Thema gibt keine Ruhe. Aktuelle Formeln wie „aktivierender Staat“¹⁷, „Zivilgesellschaft“ oder „Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten“ geben davon einen Eindruck.

Die tatsächliche Bedeutung des Themas sei – die einleitenden Überlegungen abschließend – mit einem Beispiel verdeutlicht, das einem Rechtsgebiet entnommen ist, in dem der Staat typischerweise hoheitlich, nicht kooperativ auftritt. Das Beispiel ist die Steueranmeldung.¹⁸ Hier hat der Steuerpflichtige, nicht notwendig der Steuerschuldner und de lege lata nie der Steuerträger¹⁹, in einem amtlich vorgeschriebenen Vordruck nach Maßgabe des geltenden Rechts, auch unter Beachtung der einschlägigen Verwaltungsvorschriften, die geschuldete Steuer selbst zu berechnen. Seine Steueranmeldung hat die Wirkung einer finanzbehördlichen Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung und macht diese, sofern der Vorbehalt nicht aktiviert wird, entbehrlich. Die Steueranmeldung steht bei der Steuererhebung einem Steuerbescheid gleich. Betrachtet man die Steuern, die so von der Staatskasse vereinnahmt werden, ohne dass eine Finanzbehörde regelnd tätig geworden sein muss, kommt einiges zusammen: Umsatzsteuer, Lohnsteuer, Kapitalertragsteuer, Mineralölsteuer und sonstige Verbrauchsteuern, selbst bei vorsichtiger Schätzung mindestens die Hälfte des Steueraufkommens, in

165 ff., 204 ff. [dort auf S. 218 f. zur Veränderung der Problematik seit 1969], 243 ff., 287 ff.; *Schmidt-Preuß/Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 ff., 235 ff.

¹⁷ So in der Koalitionsvereinbarung der 1998 die deutsche Bundesregierung stellenden politischen Parteien. Zusammenstellung weiterer politischer Zugänge zum vorliegenden Thema, die allerdings nicht selten schon nach kurzer Zeit veraltet sind, bei *Bauer* (Fn. 13), 245 ff.; *Voßkuhle* VerwArch 92 (2001), 184, 187 ff.

¹⁸ Zu ihr *Heuermann* DStR 1998, 959 ff.; *Trzaskalik* StuW 1973, 374 ff. Zur ebenfalls in das Themenfeld Beteiligung Privater bei der Besteuerung gehörenden öffentlichen Funktion der Wirtschaftsprüfer *Schulze-Osterloh* ZGR 1976, 411 ff.; ferner *Icking* Die Rechtsnatur des Handelsbilanzrechts, 2000. Von ihren Rechtswirkungen her ähnliche Mechanismen finden sich im Baugenehmigungsrecht, wo ein qualifizierter Bauantrag eine Baugenehmigung erübrigt, nur dass die Behörde dort an dem Antrag kein eigenes Interesse hat und dessen Erfolg den Antragsteller begünstigt; dazu *Di Fabio* (Fn. 15), 242 f.; *Schmidt-Preuß* in: *Bauer u. a. (Hrsg.) 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, 2000*, 585 ff.

¹⁹ Steuerpflichtig, ohne Steuerschuldner zu sein, ist z. B. der Arbeitgeber für den lohnsteuerpflichtigen Arbeitnehmer oder die Bank für ihren kapitalertragsteuerpflichtigen Kunden. Hierzu *Trzaskalik* DSStG 12 (1989), 157 ff.; zum österreichischen Recht *Hengstschläger* (Fn. 13), 175 Fn. 38. Zu vergleichbaren Differenzierungen zwischen Eigen- und Fremdüberwachung *Di Fabio* (Fn. 15), 243 f.

den Zahlen für das Jahr 2002 in Deutschland geschätzt 225 Mrd. Euro.²⁰ Dies passt schlecht zu dem Bild einer Finanzverwaltung, die eine abschließende Staatsaufgabe sei.

3. Defizite und Erforderlichkeit juristischer Ordnung

Beispiele zu verallgemeinern, fällt schwer. Ein *juristisches System* der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben gibt es nicht. Weit verbreitet ist die Einschätzung, es handele sich um einen unübersichtlichen und heterogenen Komplex.²¹ Verwaltungswissenschaftliche Einteilungen fragen danach, ob die private Beteiligung die Formulierung der Maßstäbe für staatliches Handeln, seine Vorbereitung, weiterhin Verfahren, Implementation, Kontrolle, oder die Realisation und die Folgen betrifft²² – oder ob der Staat die Erfüllungsverantwortung behält oder sich auf eine Gewährleistungs- oder Auffangverantwortung zurückzieht.²³ Diese Kriterien ordnen den Rechtsstoff; sie selbst sind aber nicht rechtlicher Natur. Insbesondere die Vorstellung, es gebe „Verantwortungsstufen“, denen sich Beteiligungsformen zuordnen ließen, führte in juristisches Niemandsland; jedenfalls suggerierte das Bild von der „Stufe“ eine Exaktheit, die mit dem Begriff der Verantwortung nicht zu erzielen ist.

Rechtliche Kriterien sind aber erforderlich. Die staatliche Verwaltung muss, vor allem im Hinblick auf ihre demokratische Legitimation durch Rückbindung an das Volk, im Kern hierarchisch strukturiert sein.²⁴ Die

²⁰ Vgl. <http://www.bundesfinanzministerium.de>. Diese Zahl, die Steuerschätzung für 2002, musste wegen der konjunkturellen Entwicklung und wegen der Hochwasserkatastrophe in Sachsen und in Sachsen-Anhalt im Laufe des Jahres 2002 nach unten korrigiert werden.

²¹ *Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 58; *Krebs* in: HStR III, 1988, § 69 Rn. 10; *Lerche* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 86 Rn. 68 (Stand: Dezember 1989); *Steiner* Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, 3 Fn. 8. Die Forderung nach einer Typologie ist bereits auf der Staatsrechtslehrertagung des Jahres 1970 erhoben worden; vgl. die Diskussionsbeiträge von *Vogel* und *Wagener* VVDStRL 29 (1971), 257.

²² Zu dieser Reihung – statt vieler – *Schoch* DVBl. 1994, 962, 975. Für *Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1993, 11, 43f., haben diese Einteilungen vorrangig eine heuristische Aufgabe.

²³ *Schuppert* Verwaltungswissenschaft, 2000, 408f. Diese Formulierungen haben in erster Linie die Leistungsverwaltung im Blick.

²⁴ Grundlegend: *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, insb. 137ff. Zur Ministerialverwaltung als demokratischem Regeltyp *Jestaedt* (Fn. 21), 302ff.; zur Rigidität des Demokratieprinzips ebd., 363. Zu Enthierarchisierungen der Verwal-

Klarheit dieser Struktur nähme Schaden, wenn an der staatlichen Verwaltung in einem erheblichen Umfang Private beteiligt wären, die sich solcher Strukturierung verweigern. Ihre Beteiligung muss sich darum in ein Gesamtkonzept einfügen, für das der Staat verantwortlich ist.

II. Juristische Fragestellung

Zu Beginn einer juristischen Bearbeitung des Themas ist zweierlei geboten. Erstens gilt es, die zahlreichen komplexen Rechtsbegriffe in ihrer Formulierung einzugrenzen. Zweitens sollte das Erkenntnisinteresse einer solchen Bearbeitung und damit zugleich ihr möglicher Ertrag aufgezeigt werden.

1. Begrifflichkeit

a) Öffentliche Aufgabe

Mit dem vieldeutigen, positiv-rechtlich nicht festgelegten, das Thema als mitunter ärgerliche Fehlerquelle durchwirkenden Begriff der öffentlichen Aufgabe²⁵ ist hier in der Hauptsache eine Staatsaufgabe gemeint. In Bezug auf wichtige andere Aufgaben, die unter diesen Begriff gefasst zu werden pflegen, wie das Pressewesen, lässt sich von einer bloßen *Beteiligung Privater* und einer *staatlichen Verantwortung* schlecht sprechen²⁶;

tung durch Zielvereinbarungen im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells *Mehde* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Diss., 1999; *Nettesheim* Repräsentative Demokratie und Verfassung (Manuskript), 563 ff.; *Wallerath* DÖV 1997, 57 ff. Zur Bedeutung des Demokratieprinzips für das vorliegende Thema auch *Di Fabio* (Fn. 15), 263 ff. Zum Prinzip der Einheit der Staatsgewalt vgl. den Nachweis unten in Fn. 200.

²⁵ Die zum Verhältnis beider Begriffe vertretenen Ansichten fasst übersichtlich zusammen: *Isensee* in: HStR III, 1988, § 57 Rn. 136 Fn. 227. Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe grundlegend *Peters* FS Nipperdey, Bd. 2, 1965, 877 ff. Zu dem Begriff des öffentlichen Interesses in seinem Verhältnis zu „öffentliche Aufgabe“ und „staatliches Interesse“ *Uerpmann* Das öffentliche Interesse, 1999, 32 ff., 40 ff.; zu dem Begriff „öffentliches Amt“: *W. Leisner* in: ders., Beamtentum, hrsg. von Isensee, 1995, 3 ff. Begriffsbestimmung aus der Sicht des Privatisierungsthemas bei *Bauer* (Fn. 13), 249 f.; *Di Fabio* JZ 1999, 585 ff.; *Ossenbühl* (Fn. 3), 151 ff., 192 Fn. 248, 197 f. und *Osterloh* (Fn. 15), 207 f., 224.

²⁶ Zu diesem Problem auch *Burgi* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 44. Eine – seltene – Ausnahme betrifft die Indienstnahme von Medien für staatliche Zwecke; zu Verlautbarungspflichten öffentlich-rechtlich organisierter Rundfunkveranstalter im Notstand z.B. § 3 Abs. 3 der Satzung des Senders Freies Berlin (Berl. GVBl. 1975, 146; 1995, 678); zu Verlautbarungspflichten privatrechtlich organisierter Rundfunkveranstalter z.B. § 59 Abs. 1 und 3 des Staatsvertrags über die Zusammenarbeit zwischen

solche Aufgaben, für die der sektorale Staat nicht verantwortlich ist, fallen nicht in das Thema. Staatsaufgabe ist jede öffentliche Aufgabe, mit der sich der Staat in rechtlicher Form befasst und von Verfassungen wegen befasst darf oder muss.²⁷ Private sind dabei an Aufgaben aller drei Staatsgewalten beteiligt²⁸, bei keiner der drei Staatsgewalten aber an wesentlichen Entscheidungen.

Bei einer Staatsaufgabe sind der erste Zugriff und die Ausgestaltung als Aufgabe, wobei vor dem Zugriff mit „Aufgabe“ ein Recht und danach in der Regel eine Pflicht gemeint ist, Sache des Staates. Diese Begriffsbestimmung ist formal und anerkennt, dass es nur punktuell möglich ist, die Staatsaufgaben auf Verfassungsebene materiell zu bestimmen.²⁹ Ihr positiver Gehalt liegt – bei aller inhaltlichen Leere – darin, dem Staat ein einseitiges Bestimmungsrecht zu geben.³⁰ Einem Privaten eine Staatsaufgabe als solche zu übertragen, ist wegen der mit diesem Begriff verbundenen, nur für den Staat passenden, gesetzlich nicht einzeln formulierbaren Bindungen nicht möglich.³¹ Um eine Aufgabe zur Staatsaufgabe zu machen, sind öffentlich-rechtliche Organisation, Verfahren oder Befugnisse erforderlich.

Die Begriffe öffentliche Aufgabe und Staatsaufgabe werden hier nicht gleichgesetzt. Es gibt öffentliche Aufgaben, die keine Staatsaufgaben sind, für deren Wahrnehmung der Staat aber gleichwohl verantwortlich ist. Dazu gehören erstens Aufgaben, die Privaten vom Staat im öffentlichen

Berlin und Brandenburg im Bereich des Rundfunks (Berl. GVBl. 1999, 130; 2001, 185). Zur Kategorie „pluralistischer Gemeinwohlaufgaben“ aus Sicht des Steuerrechts *Isensee/Knobbe-Keuk* in: Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, 1988, 351 ff. Bei diesen Aufgaben kann man eher von einer Beteiligung des Staates an ihrer nicht-staatlichen Wahrnehmung sprechen.

²⁷ *Isensee* (Fn. 25), Rn. 137. Vgl. schon *Ossenbühl* (Fn. 3), 155 Fn. 77. Wohl enger *Hengstschläger* (Fn. 13), 172 f.

²⁸ Aktueller Überblick bei *Dreier* DÖV 2002, 537 ff. Zur Schlüsselstellung des Verwaltungsvollzugs *Di Fabio* (Fn. 15), 241.

²⁹ Womit nicht ausgeschlossen werden soll, dass das Grundgesetz Staatsaufgaben voraussetzt, so für die Infrastrukturverantwortung des Staates zutreffend *Hermes* Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 353 ff.

³⁰ Anders wohl *Hermes* (Fn. 29), 137, der – mit dem relativierenden Zusatz „im Grunde“ – von einer „banalen Feststellung“ spricht.

³¹ Ebenso *Burgi* (Fn. 26), 84 ff., in Auseinandersetzung mit *Steiner* (Fn. 21); zuvor schon 65 Fn. 90: Unmöglichkeit der Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch nicht dem Staat zurechenbare Private über den Fall der Beleihung hinaus; anders wohl *Di Fabio* (Fn. 15), 273; *Ossenbühl* (Fn. 3), 155 ff., dessen Unterscheidung von Verwaltungspflichten und Verwaltungsobliegenheiten sich nicht durchgesetzt hat; vgl. ferner *Osterloh* (Fn. 15), 225 Fn. 77.

Interesse auferlegt sind und bei denen von einer privaten Beteiligung gesprochen werden kann, weil sie im Umfeld einer Staatsaufgabe liegen und auf diese bezogen sind und weil der Staat diese Aufgaben sonst in eigener Regie und auf eigene Rechnung zu erfüllen hätte.³² Hier können, wenn die genannten Kriterien erfüllt sind, die Kategorien der staatlich veranlassten gesellschaftlichen Selbstregulierung³³ und der hoheitlich regulierten³⁴, materiell privatisierten Aufgaben³⁵ eingeordnet werden, weiterhin das Beauftragtenwesen, wenn ein staatlicherseits Privaten³⁶ vorgeschriebener Beauftragter im öffentlichen Interesse tätig werden soll.³⁷ Zweitens ist der Beitrag Privater z.B. zum öffentlichen Gesundheitswesen³⁸ oder zum öffentlichen Schulwesen nur mit der Kategorie der öffentlichen Aufgabe zu erfassen; dort gibt es, staatlich reguliert³⁹ und neben, zum Teil in Wettbewerb mit gewichtigen staatlichen Erfüllungsbeiträgen private Beiträge, in den Beispielsfällen des Vertragsarztes oder der Privatschule, die eine staatliche Zulassung voraussetzen und denen ein Pflichtmoment eigen ist.⁴⁰ Die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des staatlich geordneten und zum Teil verwalteten Gesamtsystems liegt beim Staat. Was

³² Letzteres Kriterium bei *Schuppert* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch selbstständige Verwaltungseinheiten, 1981, 140. Es geht über eine Gewährleistungsverantwortung hinaus, weil es eine subsidiäre Pflicht zur Selbstvornahme beinhaltet.

³³ Dazu *Burgi* (Fn. 26), 87 ff.; *Di Fabio* (Fn. 15), 241 ff. (Definition auf 241). Beispiele bei *Schmidt-Preuß* DB 2002, 775 ff. (Selbstentsorgungsgemeinschaften) und bei *Voßkuhle* (Fn. 17), 214 f.

³⁴ Definition dieses Begriffs, die über den Bereich des TKG hinausweist, in § 3 Nr. 13 TKG. Näheres bei *Kämmerer* (Fn. 13), 479 ff.; *Ruffert* (Fn. 6), 237 ff.

³⁵ Über die Regulierung erreicht die Themenstellung auch die dieser zugeordnete materielle Privatisierung, bei der eine Aufgabe aus der Staatlichkeit, nicht notwendig aber der Öffentlichkeit entlassen ist. Zu dem Zusammenhang von Regulierung und materieller Privatisierung *Ruffert* (Fn. 6), 248.

³⁶ Zu Beauftragten in der Verwaltung *Brohm* in: HStR II, 1987, § 36 Rn. 4. Exemplarisch: *Zöllner* Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem, 1995.

³⁷ Zu der sich in diesem Kontext exemplarisch stellenden Frage, ob bei den Beauftragten im Sinne von § 52 BImSchG oder § 40 Abs. 2 KrW-/AbfG eine Beleihung vorliegt: *Di Fabio* DB 1996, Beilage Nr. 16, 8; *Jarass* BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 52 Rn. 17; *Paetow* in: Kunig u.a., Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 1998, § 40 Rn. 10.

³⁸ Zu diesem Beispiel auch *Di Fabio* (Fn. 15), 250 f.

³⁹ Zwischen den beiden im Text genannten Gruppen gibt es Überschneidungen. In der ersten Gruppe wird ein Privater anstelle des Staates, in der zweiten neben dem Staat tätig.

⁴⁰ Was in Bezug auf den Privaten den Gebrauch des Wortes „Aufgabe“ rechtfertigt und es als zweckmäßig erscheinen lässt, Beschränkungen, denen der Private unterliegt, nicht bloß als Grundrechtseinschränkungen aufzufassen. Damit das Wort „zweckmäßig“ hier seine Berechtigung behält, ist darauf zu achten, dass aus der bloßen Qualifikation als „öffentliche Aufgabe“ keine Rechtsfolgen abgeleitet werden.

beide Fallgruppen nicht-staatlicher öffentlicher Aufgaben untereinander und mit Staatsaufgaben vergleichbar macht, ist die Möglichkeit des staatlichen Zugriffs, nicht notwendig einer weiteren Verstaatlichung.⁴¹

Ausgegrenzt bleiben die staatliche Anregung⁴² und Förderung privaten Handelns im öffentlichen Interesse⁴³, die staatliche Anerkennung oder Kontrolle solchen Verhaltens⁴⁴ und die steuerliche Anerkennung gemeinnützigen Handelns privater Körperschaften.⁴⁵ Ausgegrenzt bleibt der Bereich privater Grundpflichten⁴⁶ und sie konkretisierender öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten.⁴⁷ Ausgegrenzt wird schließlich das erwerbswirtschaftliche Staatshandeln⁴⁸, das sich an öffentlichen Zwecken, nicht unmittelbar an öffentlichen Aufgaben ausrichtet.⁴⁹

Die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben ist grundsätzlich gleichzusetzen mit der Ausübung von staatlicher Gewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG. Allerdings bedarf nicht jede Äußerung von Staatsgewalt in derselben

⁴¹ *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 174, spricht von einer Zugriffsoption. Zu deren vertraglicher Ausgestaltung *Bauer* (Fn. 13), 275 ff. Das Wort „grundsätzlich“ stellt einen Vorbehalt für eine grundrechtliche Einzelfallprüfung dar.

⁴² Zu Modellen ökonomischer Verhaltenssteuerung im Umweltrecht: *Schmidt-Preuß* in: *Dolde* (Hrsg.) *Umweltrecht im Wandel*, 2001, 309, 315 ff.

⁴³ Fallgruppe bei *Ossenbühl* (Fn. 3), 149. Der Unterschied zur privaten Beteiligung bei der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe soll darin liegen, dass der Private dort in einem staatlich geprägten Gesamtsystem tätig wird. Beispiele wären Insolvenzverwaltung oder Vormundschaft.

⁴⁴ Zum Befähigungswesen auch *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 167 Fn. 18.

⁴⁵ Zu Letzterem den Band „Gemeinnützigkeit“ der 27. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft, i.E. Zu einem Sonderfall *Seer/Wolsynski* *Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit der öffentlichen Hand*, 2002; zur zuerst von *Isensee* und *Knobbe-Keuk* vertretenen Gegenthese der Gemeinnützigkeitsunfähigkeit des Staates ebd., 52 ff. – Das Gemeinnützigkeitsrecht befasst sich nur mit Körperschaften, nicht mit natürlichen Personen, weil nur Körperschaften als Rechtsgeschöpfe Individualinteressen zurückstellen und satzungsmäßig auf gemeinnützige Zwecke ausgerichtet werden können.

⁴⁶ Hierzu *Götz, Hofmann* *VVDStRL* 41 (1983), 7 ff., 42 ff.; *Merten, Berka, Depenheuer* *VVDStRL* 55 (1996), 7 ff., 48 ff., 90 ff. Beispiele aus der Abfallgesetzgebung, die nur hier eingeordnet werden können, bei *Di Fabio* (Fn. 15), 241.

⁴⁷ Zur Eigensicherung vgl. die Nachw. bei *Di Fabio* (Fn. 15), 258 Fn. 92; allgemein *ders.* (Fn. 25), 587.

⁴⁸ Umfassend jetzt *Storr* *Der Staat als Unternehmer*, 2001. Ferner die Beratungen der Abteilung Öffentliches Recht des 64. Deutschen Juristentages; dazu *Püttner* *DÖV* 2002, 731 ff.; *Stober* *NJW* 2002, 2357 ff.

⁴⁹ Zu der sowohl hinsichtlich der Unterscheidung von Aufgaben und Zwecken als auch hinsichtlich des Unmittelbarkeitskriteriums der schwierigen Abgrenzung von Verwaltungsprivatrecht und erwerbswirtschaftlichem Staatshandeln *W. Leisner* in: *ders.* *Staat*, hrsg. von *Isensee*, 1994, 819 f.; *Lerche* (Fn. 21), Rn. 55 f.; *Ronellenfitsch* in: *HStR* III, 1988, § 84 Rn. 47.

Weise und in demselben Umfang demokratischer Legitimation. Die Anforderungen des Demokratieprinzips an den privatrechtlich handelnden Staat sind geringer als bei der Beleihung, dem Tätigwerden Privater in öffentlich-rechtlichen Gremien oder Unternehmen sowie der funktionalen Selbstverwaltung.⁵⁰ Dieses Minus macht sich erst recht bei der gesetzlich geschuldeten oder vertraglich zugesagten Erbringung privater Beiträge zur Erfüllung oder im Umfeld⁵¹ einer Staatsaufgabe bemerkbar. Geringere Anforderungen stellt das Demokratieprinzip weiter, wenn Private in einem staatlichen Verfahren vorbereitende Aufgaben ohne Mitentscheidungsanteil wahrnehmen.⁵² Auf diese Differenzierungen ist zurückzukommen.

b) *Privater*

Den Privaten kann man definieren als nicht-staatliches Subjekt in einer staatlichen Rechtsordnung. Privater kann sodann jeder Grundrechtsträger sein. Der erste dieser Definitionsansätze behandelt als Privaten jede natürliche Person, soweit sie kein staatliches Amt innehat⁵³, und jede Organisation in Formen des Privatrechts. Der zweite Definitionsansatz behandelt als Privaten jeden Grundrechtsträger, was im Kern, aber nicht auf ganzer Linie auf dasselbe hinausläuft. Der erste Ansatz erfasst den in Organisationsformen des Privatrechts handelnden Staat, geht insoweit nicht konform mit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft⁵⁴ und leidet an den grundsätzlichen Problemen negativ gefasster Definitionen. Der grundrechtliche Definitionsansatz hat Abgrenzungsprobleme bei ge-

⁵⁰ Wie hier Ehlers JZ 1987, 218, 222, der auf einen Widerspruch zwischen den Regeln über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und dem Erfordernis personeller demokratischer Legitimation hinweist.

⁵¹ Unterscheidung zwischen Aufgabe und Aufgabenfeld bei Burgi (Fn. 26), 62f.

⁵² BVerfGE 47, 253, 273; 83, 60, 74; 91, 228, 244; 93, 37, 70ff.; diese Rechtsprechung systematisiert Mehde (Fn. 24), 168ff. Aus der Literatur: Böckenförde in: HStR I, 1987, § 22 Rn. 13; Emde Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 214f.; Jestaedt (Fn. 21), 261; Oebbecke VerwArch 81 (1990), 349, 355f.; Schmidt-Aßmann AöR 116 (1991), 329, 342; Gegenposition etwa bei Brohm (Fn. 36), Rn. 31, 38; Kunig/Rublack Jura 1990, 1, 8.

⁵³ Plakatv: Dagoglou Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, 1964, 21: „Privater ist jeder, der nicht Beamter ist.“ Zwar sind die Inhaber staatlicher Ämter auch Private, doch wird zwischen diesen Rollen rechtlich sorgfältig geschieden. Zu atypischen öffentlichen Ämtern unten VIII.1.

⁵⁴ Vgl. aber unten III.1. zu dem gemeinsamen Kern der Unterscheidung von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung, Staat und Gesellschaft sowie öffentlichem und privatem Recht.

mischwirtschaftlichen Unternehmen⁵⁵ und der Grundrechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Einheiten und, unabhängig davon, mit Ausländern und ausländischen juristischen Personen, deren Grundrechtsstatus von Deutschenvorbehalten oder Art. 19 Abs. 3 GG geschmälert oder aufgehoben wird.⁵⁶ Im Weiteren werden beide Ansätze kombiniert, so dass Staat und Private sich notwendig gegenüber stehen. Fragen des Verwaltungsprivatrechts sind damit nicht vollständig ausgegrenzt, weil an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen auch „echte“ Private beteiligt sind.⁵⁷

c) *Beteiligung*

Das Kriterium der „Beteiligung an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ ist, passend zu der Heterogenität und Unübersichtlichkeit des Phänomens, weit gefasst. Der Begriff kann auf die Aufgabenträgerschaft und auf die Aufgabenwahrnehmung bezogen, also organisatorisch oder funktionell verstanden werden.⁵⁸ In beiden Fällen muss weiterhin zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht unterschieden werden, was auf die schon vorgestellten Einteilungen führt, weiterhin zwischen förmlicher und informeller Beteiligung.

In drei Hinsichten sind auch bei diesem Kriterium Ausgrenzungen möglich. Die Frage staatlicher Verantwortung stellt sich, wenn privates Handeln solches des Staates ersetzen⁵⁹ oder ergänzen soll; damit ist insbesondere der Antrag auf behördliche Entscheidung aus dem Thema ausgegrenzt. Das verallgemeinernd fallen Verfahrensbeiträge Privater aus dem Thema heraus, die nicht öffentliche Aufgaben, sondern das Tätig-

⁵⁵ Umfassend hierzu *Barden* Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen. Eine verfassungs- und europarechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Post AG, 2002, insb. 27 ff.; *Gersdorf* (Fn. 10); *Poschmann* Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, 2000; *Wirth* Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung öffentlicher und gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, 2000.

⁵⁶ Wobei dieses Problem sich durch Diskriminierungsverbote des europäischen Gemeinschaftsrechts verkleinern, aber wegen dessen begrenztem Anwendungsbereich nicht beseitigen lässt. Zu diesen Problemen in einem anderen Kontext *Heintzen* Auswärtige Beziehungen privater Verbände, 1988, 26f. – Zu einem weiteren Problem des grundrechtlichen Definitionsansatzes *Hengstschläger* (Fn. 13), 174.

⁵⁷ Kriterien für die Unbeachtlichkeit von Minimalbeteiligungen bei *von Danwitz* (Fn. 15), 620.

⁵⁸ Verwendung dieses Begriffes in der Rechtssprache etwa in § 65 BHO oder im kommunalen Wirtschaftsrecht der Bundesländer; zu Letzterem *Kämmerer* (Fn. 13), 238 ff.

⁵⁹ Zum Begriff des Verwaltungsvollzuges insoweit *Di Fabio* (Fn. 15), 241.

werden des Staates in eigenen Angelegenheiten des Privaten betreffen.⁶⁰ Eine dritte Ausgrenzung betrifft den Privaten, der ohne oder gar gegen den Willen des Staates auf den Staat einwirkt oder sich, wie z. B. ein kommerzieller juristischer Repetitor, in die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe einschaltet.⁶¹

Die Ausgrenzungen sind nicht nur begrifflich. „Beteiligung“ impliziert die Möglichkeit privaten Einflusses auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und, umgekehrt, öffentlich-rechtlicher Bindungen grundrechtlicher Freiheit.⁶² Auch deshalb ist es wichtig, zwischen Beteiligung und Nicht-Beteiligung zu unterscheiden.⁶³

2. Ziel und mögliche Ergebnisse

Das Ziel einer grundsätzlichen juristischen Analyse der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben muss angesichts der Unübersichtlichkeit und Heterogenität des Phänomens primär sein, ihm – auch durch Unterscheidung verschiedener Beteiligungsformen – Struktur zu geben, rechtliche Anforderungen allgemein zu formulieren und Grenzlinien zu verdeutlichen. Begriffe wie Verantwortungsteilung oder kooperative Verwirklichung des Gemeinwohls haben zwar einen gewissen Charme, bergen aber auch Gefahren, indem sie Zuordnungen und damit Verantwortlichkeiten unklar machen können, die im Hinblick vor allem auf die demokratische Legitimation und auf die grundrechtsstaatsrechtliche Bindung der Staatsgewalt erforderlich sind.⁶⁴ Diese Gefahren werden deutlicher, wenn man „Verantwortung“ durch das präzi-

⁶⁰ Einen strafrechtlichen Begriff aufgreifend könnte man hier von einer notwendigen Beteiligung sprechen (hierzu *Cramer/Heine* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, Vor § 25 Rn. 46 ff.; *Jescheck/Weigend* Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 687 ff.; *Osamu* Jura 1999, 246 ff.; *Roxin* LK, 10. Aufl. 1985, Vor § 26 Rn. 27 ff.). Das Beispiel der Steueranmeldung ist von dieser Ausgrenzung nicht betroffen, weil der Private hier mehr leistet, als einen Beitrag zu erbringen, er vielmehr das Verfahrensergebnis grundsätzlich allein herbeiführt und es keinen Sinn macht, zwischen Steueranmeldungen in trotz Abwälzungsmöglichkeit eigener Sache und Steueranmeldungen für Dritte zu unterscheiden.

⁶¹ Zu den Kriterien für ein staatliches Monopol, etwa einen kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang: *Jarass* in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rn. 53.

⁶² Zu der Argumentationsschablone, die Letzterem regelmäßig zugrunde liegt, *Di Fabio* (Fn. 25), 586.

⁶³ Zur Nichtbeteiligung s. unten X.

⁶⁴ *Pietzcker* JZ 1985, 209: „Geteilte Verantwortung ist also unklare Verantwortung.“

sere und begrenzte „Zuständigkeit“⁶⁵ ersetzt und, statt von Verantwortungsteilung, von Zuständigkeitsteilung spricht.⁶⁶

Ähnlich wie die Grundrechtsbindung des Staates in dem Maße abnimmt, wie er in Formen des Privatrechts und der Sache nach nicht mehr hoheitlich, sondern insbesondere gewerblich tätig wird, könnte man umgekehrt die These aufstellen, ein Privater werde öffentlich-rechtlichen Bindungen allmählich und in dem Maße unterworfen, wie er sich an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beteilige.⁶⁷ Verbreitet ist die Vorstellung von einem halbstaatlichen oder nicht-staatlich öffentlichen Bereich, zum Teil einem Non-profit-Sektor. Ein solcher Sektor würde den Dualismus der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aufsprengen. Die These ist gefährlich; sie leistet weiterer und diffuser Regulierung Vorschub.

3. *Abgrenzung insbesondere zu Fragen der Privatisierung*

Das hier zu behandelnde Thema setzt klassische Figuren des Verwaltungsrechts, wie Beleihung und Verwaltungshilfe, in eine Relation zu modernen Erscheinungen, wie Privatisierung oder Regulierung. Die für die Privatisierung charakteristische prozesshafte⁶⁸ Unterscheidung zwischen dem Vorher und dem Nachher fehlt.⁶⁹ Es werden zwei Privatisierungsformen berührt, die Organisations- und die funktionale Privatisierung. Die Aufgabenprivatisierung führt dagegen aus dem Thema heraus; auch Re-

⁶⁵ Vgl. den Vorschlag der Expertenkommission zur Vorbereitung einer Totalrevision der Schweizer Bundesverfassung, Bericht, 1977, 110, 113. Dazu *Pernthaler* Kompetenzverteilung in der Krise, 1989, 13 ff., 141 ff.; *Saladin* in: Schweizerischer Aufklärungsdienst (Hrsg.), Totalrevision der Bundesverfassung, 1978, 192 ff.; *Stettner* Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, 257 ff., 275 ff.

⁶⁶ Letzteres macht, da es ersichtlich nur auf den staatlichen Anteil passt, deutlich, dass „Verantwortung“ für den Staat etwas anderes bedeutet als für Private; ebenso *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 166. S. auch III.2.

⁶⁷ In diese Richtung *Röhl* Beiheft 2 zu Die Verwaltung, 1999, 33, 46; vgl. auch *Di Fabio* (Fn. 15), 273 ff. Beispiel: die Frage einer Bindung der drei vormals staatlichen Postunternehmen an das Petitionsgrundrecht; dazu *Brenner* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. 1, 1999, Art. 17 Rn. 65 ff.; *Schefold* NVwZ 2002, 1085 f. Zu solch gleitenden Übergängen in Bezug auf die demokratische Legitimation und Kontrolle *Ossenbühl* (Fn. 3), 160; *Gallwas* (Fn. 1), 216 f. Zu ihren Gefahren eindringlich *Leisner* (Fn. 25), 11 – 13.

⁶⁸ So ein Gliederungsprinzip des Vortrags von *Bauer* (Fn. 13), insb. 254. In der Schwebe bleibt die Frage, wann dieser Prozess beendet sein soll, wenn nicht mit der Privatisierungsentscheidung.

⁶⁹ Zur Figur eines Privatisierungsfolgenrechts *Kämmerer* (Fn. 13), 426 ff., das in Teilen ein Beschäftigungsprogramm für unkündbar beim Staat verbleibendes Personal ist.

gulation macht privat(wirtschaftlich)e Tätigkeit nicht zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe.

III. Staatstheoretische Grundlagen

1. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft

Das Thema setzt mit der Gegenüberstellung von Privaten einerseits und öffentlichen Aufgaben und staatlicher Verantwortung andererseits die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft voraus.⁷⁰ Diese Unterscheidung, noch vor 20 Jahren umstritten, ist, dies dürfte ein Nebenergebnis der Privatisierungsdiskussion sein, wieder weitgehend unangefochten.⁷¹ Sie ist staatstheoretisch, so dass aus ihr selbst keine Rechtsfolgen abgeleitet werden können, wird aber vom Grundgesetz vorausgesetzt, das eben nur grundrechtliche Freiheit und demokratisch verfasste Staatlichkeit kennt und Konstruktionen „dritter Wege“⁷² damit eine Absage erteilt. „Dritte Wege“ könnten bei aller Komplexität letztlich nur Mischungen von beiden sein und hätten keine neuartige Qualität. Keine rechtliche Qualität haben im Übrigen Staatsbilder⁷³, die auf das Verhältnis des Staates zur Gesellschaft bezogen sind, wie das vom aktivierenden Staat oder vom Dienstleistungsstaat.

Von den beiden Polen ist nur der Staat rechtlich organisiert und eine reale Größe.⁷⁴ Der Staat ist selbstständiges Gegenüber und nicht bloßes

⁷⁰ Zu dem Zusammenhang zwischen der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und der Unterscheidung von staatlichen und öffentlichen Aufgaben *Böckenförde* in: *ders.* Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 185, 200f.

⁷¹ S. etwa *Bauer* (Fn. 13), 251; *Gallwas* (Fn. 1), 233; *Hermes* (Fn. 29), 139ff., 147ff.; *Kämmerer* (Fn. 13), 525ff.; *Ossenbühl* (Fn. 3), 150ff.; *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 164f.; *Di Fabio* (Fn. 15), 237 (und passim, mit Zweifeln); *ders.* (Fn. 25), 585. *Rupp* hat schon 1987 festgestellt, dass die Diskussion um das Verhältnis von Staat und Gesellschaft abgeebbt bzw. abgeflacht sei, dies freilich, ohne dass die Streitfragen sich erledigt oder geklärt hätten (*ders.* in: *HStR* I, 1987, § 28 Rn. 1). Zu Schwachstellen der Unterscheidung, die außerhalb des vorliegenden Themas liegen, kurz *Hofmann* *IZ* 1999, 1065, 1074.

⁷² Nachweise verwaltungswissenschaftlicher Literatur hierzu: *Mehde* *VerwArch* 91 (2000), 540, 544f., der angesichts der verfassungsrechtlichen Dichotomie die Gefahr eines massiven Komplexitätsdefizits sieht. – Das schließt nicht aus, dass der sogenannte „Non-profit“-Sektor der Gesellschaft einfachrechtlich von anderen Sektoren abgeschrmt wird, wie insbesondere durch § 61 Abs. 3 AO.

⁷³ Zu deren Nutzen und Gefahren *Voßkuhle* *Der Staat* 40 (2001), 495ff.

⁷⁴ Dazu mit Nachweisen zur Staatsdiskussion *Hermes* (Fn. 29), 147ff.; *Pauly* *ARSP* 85 (1999), 112ff.

Subsystem der Gesellschaft⁷⁵, die auf ihn angewiesen ist⁷⁶; zahllose Todessagungen, die im Übrigen merkwürdig mit Klagen über eine übermäßige Bürokratie kontrastieren, hat er unangefochten überstanden.⁷⁷ Trotzdem bleibt der Staat auf die Gesellschaft angewiesen, aktuell auch, weil sein Beamtentum sich in einer Professionalitätskrise befindet⁷⁸ und Private jedenfalls den Eindruck erwecken, öffentliche Aufgaben besser zu erfüllen. Indem die Verwaltung durch Stärkung von internem Wettbewerb reformiert werden soll⁷⁹, versucht der Staat, sich das wichtigste Funktionsprinzip der Gesellschaft zu eigen zu machen.

Die Gesellschaft als die Summe der Privaten bildet mit dem Staat ein Gemeinwesen, auf das das Gemeinwohl bezogen wird. Sie ist intern fragmentiert, hat keine Aufgaben und ist innerhalb des verfassungshomogenen Kreises westlicher Verfassungsstaaten inzwischen international und damit ein Stück weit aus dem jeweiligen Gemeinwesen gelöst.⁸⁰ Diese Herauslösung lässt das Modell eines Gemeinwesens nicht inkonsistent werden, weil auch das Gemeinwohl in dem Sinne internationalisiert ist, dass es inhaltlich, vor allem ökonomisch, in den verflochtenen Gemeinwesen konvergiert und von ihnen kooperativ, nicht mehr antagonistisch verwirklicht wird und weil „die Gesellschaft“ rechtlich relevant durch den Kontakt zu zumeist nationalen Rechtsordnungen wird. Als ein Beispiel für die Probleme, die aus der Diskrepanz zwischen nationaler Staat-

⁷⁵ Luhmann Staat und Politik. Zur Selbstbeschreibung politischer Systeme, in: ders. Soziologische Aufklärung 4, 2. Aufl. 1994, 74 ff.; ders. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, ebd., 67 ff.; ders. Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, 845 f., 1063 ff. Zu dem Begriff „Subsystem“ auch, in kritischer Auseinandersetzung mit Willke, Schuppert Der Staat 28 (1989), 91, 99 f.

⁷⁶ Auch für Nicht-Soziologen verständliche Fundamentalkritik an der Systemtheorie bei Lepsius Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, insb. 35 ff.

⁷⁷ Dazu etwa Hofmann (Fn. 71), 1069 („Fraglos wirksamer Zentralbegriff ist der Staat jedenfalls nicht mehr“). Wer an die Stelle des Staates die Verfassung setzen will, muss sich als Verfassungsrechtler allerdings fragen, ob er den Gegenstand der eigenen wissenschaftlichen Beschäftigung nicht in einer Weise überhöht, die etwa einem Wirtschaftswissenschaftler nicht mehr vermittelbar ist.

⁷⁸ Darauf weist im vorliegenden Zusammenhang auch Di Fabio (Fn. 15), 266, hin.

⁷⁹ Als Beispiel das Dritte Gesetz zur Reform der Berliner Verwaltung vom 17. 5. 1999, geändert durch Gesetz vom 22. 7. 1999 (GVBl. 172, 422), Verwaltungsreform-Grundsätze-Gesetz. Zum Übergang von der Kameralistik zur Doppik: Modellprojekt „Doppischer Kommunalhaushalt in NRW“ (Hrsg.) Neues Kommunales Finanzmanagement, 2002. Zu solchen Entwicklungen, die bis hin zu Albernheiten wie der Bezeichnung einer Baugenehmigung als „Produkt“ reichen, kritisch Di Fabio (Fn. 15), 265 ff.

⁸⁰ Zu Letzterem Heintzen (Fn. 56), 59 ff. Aktuell die Vortragssammlung von Di Fabio Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001.

lichkeit und internationaler Gesellschaft im Hinblick auf die Beteiligung Privater an der Rechtsetzung erwachsen können, sei auf § 292a Abs. 2 Nr. 2 a) HGB verwiesen.⁸¹ Diese für die internationalen Kapitalmärkte wichtige Vorschrift befreit deutsche Unternehmen von der Pflicht, einen Konzernabschluss und einen Konzernlagebericht nach dem durch EG-Richtlinien harmonisierten deutschen Bilanzrecht aufzustellen, sofern, so die wesentliche Voraussetzung, Abschluss und Lagebericht nach „international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen“ aufgestellt werden. International anerkannt sind die IAS, hinter denen als Rechtsetzer das International Accounting Standards Comitee, eine internationale non-gouvernementale Organisation, steht, und die US GAAP, case law, hinter denen US-amerikanische Berufsverbände von Wirtschaftsprüfern und die SEC, die US-Börsenaufsicht, stehen.

Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft erfüllt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht mit Sinn. Zwar scheinen die beiden Unterscheidungen sich insoweit nicht zu decken, als der Staat sich auch der Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts bedienen kann. Doch tritt der Staat eben aus seiner Sonderrolle heraus, wenn er sich zulässigerweise privatrechtlicher Organisationsformen bedient, so dass hier kein Systembruch vorliegt, sondern sich rechtlich das wichtigste Forum für Kooperation mit Privaten eröffnet. Die Annahme einer Kongruenz beider Unterscheidungen reibt sich weiter mit dem Anliegen, durch eine Mischung privat- und öffentlich-rechtlicher Normen die Handlungsrationaltäten beider Teilrechtsordnungen ebenfalls zu mischen. Die Reibung entsteht dann durch die Mischung von grundsätzlich Verschiedenem. Dem geschilderten Anliegen ist mit der gleichen Skepsis zu begegnen, wie dem Versuch, Staat und Gesellschaft zu mischen.⁸²

2. Verantwortung und Gemeinwohl

Das Gemeinwohl fällt nicht ausschließlich in die Zuständigkeit des Staates, sondern wird von Staat und Gesellschaft zusammen verwirklicht.⁸³ Insbesondere schließen Gemeinwohl und Gewinnstreben einan-

⁸¹ Vgl. Ebert Private Normsetzung für die Rechnungslegung, 2002; Heintzen BB 1999, 1050 ff.; ders. KoR 2001, 150 ff.; ders. BB 2001, 825 ff.; P. Kirchhof ZGR 2000, 681 ff.; Schuppert/Bumke in: Kleindiek/Oehler (Hrsg.) Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, 2001, 72 ff.

⁸² Ebenso Di Fabio (Fn. 15), 275. Es sollten hier Zweifel an der Fähigkeit moderner Gesetzgebung hinzukommen, sich in schwierigem Terrain sicher zu bewegen.

⁸³ Vgl. nur Isensee (Fn. 25), Rn. 78 ff.; aus Sicht von Art. 20 Abs. 2 GG: Britz VerwArch 91 (2000), 418, 425 ff.

der nicht aus⁸⁴; zwischen Gemeinwohl und der enger gefassten, durch das Merkmal der Selbstlosigkeit konstituierten Gemeinnützigkeit muss unterschieden werden. Es gibt kaum öffentliche Aufgaben, an deren Wahrnehmung Private generell nicht beteiligt werden dürfen.⁸⁵ Der Vorbehaltsbereich des Staates gegenüber der Gesellschaft beschränkt sich auf das Gewaltmonopol im Inneren⁸⁶ wie im Äußeren und auf die Befugnis zu allgemein verbindlicher Entscheidung durch Norm und Einzelakt. Letzteres wird auch als Leit- oder Letztverantwortung bezeichnet, dies im Sinne einer sich auf alle Aufgabengebiete erstreckenden, an den Zwecken und Zielen der Staatstätigkeit ausgerichteten Gewährleistungszuständigkeit. Der Vorbehaltsbereich des Staatlichen⁸⁷ zeigt sich, bildhaft gesprochen, nicht in der Breite, sondern er liegt in der Tiefe der Staatstätigkeit.⁸⁸ Das soll nicht heißen, Staatsaufgaben ließen sich – unterhalb der Verfassungsebene – inhaltlich nicht umschreiben; es heißt wohl, dass solche Umschreibungen bei der Art und Weise der Aufgabenerledigung wenig Ausgrenzungswirkung im Verhältnis zu Privaten haben.

Eine Verantwortung Privater für das Gemeinwohl erfordert in einem Rechtsstaat rechtliche Konkretisierung; insoweit gilt das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip.⁸⁹ Rechtlich begründete Verantwortung Privater für

⁸⁴ Ebenso *Hermes* (Fn. 29), 132f.

⁸⁵ Sorgfältige, nach ausschließlichen und obligatorischen Staatsaufgaben unterscheidende Analyse, die sich auf den Bereich der Verwaltung beschränkt, bei *Burgi* (Fn. 26), 175 ff. Zur Rechtsetzung *F. Kirchhof* Private Rechtsetzung, 1987, 107 ff. (Rechtsetzungsmonopol). Unter dem Gesichtspunkt der Privatisierungsfähigkeit *Bauer* (Fn. 13), 255. Zu privaten Konfliktmittlern *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 182f. Zu ehrenamtlichen Richtern *Vogtkuhle/Sydow* JZ 2002, 673, 680f.

⁸⁶ Hierzu *Jeand'Heur* AöR 119 (1994), 107 ff.; *Schulte* DVBl. 1995, 130 ff.; *Weiner* Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2001. Zum Strafvollzug: *Kruis* ZRP 2000, 1 ff.; *Wagner* ZRP 2000, 169 ff.

⁸⁷ Zu der hier besonders im Hinblick auf die Beleihung interessierenden Frage, welche Grenzen sich aus Art. 33 Abs. 4 GG für die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ergeben, etwa *Di Fabio* (Fn. 25), 590f. Die Antwort stimmt mit den Ausführungen im Text in der Sache überein. Zur geringen Bedeutung von Art. 33 Abs. 4 GG für das vorliegende Thema schon *Ossenbühl* (Fn. 3), 161f.

⁸⁸ Zu Kernaufgabenkonzepten *Schuppert* DÖV 1995, 761, 764 ff. Die These des BVerwG, die öffentliche Wasserversorgung sei eine letztlich auch nicht privatisierbare Staatsaufgabe, geht, sofern man dem Wort „letztlich“ nicht nötige Relativierungen entnimmt, wohl zu weit (BVerwGE 106, 64, 77).

⁸⁹ Grundlegend *C. Schmitt* Verfassungslehre, 1928, 126f. Im Ergebnis wie hier schon *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 166 Fn. 13; *Di Fabio* (Fn. 15), 258: „Grundrechte schützen auch vor hoheitlich auferlegter ‚Eigenverantwortung‘.“ Zum Verantwortungsprinzip als Kompetenz und Aufgabe allgemein *Michael* Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, i.E., 294 ff.

das Gemeinwohl setzt also staatliche Veranlassung voraus, wofür alle staatlichen Handlungsformen in Betracht kommen. Die staatliche Veranlassung begründet eine mitlaufende staatliche Verantwortung, die sich auf die wahrzunehmende öffentliche Aufgabe bezieht und, damit verbunden, auf den beteiligten Privaten. Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist dann nicht nur eine Frage verwaltungswissenschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Effizienz⁹⁰, sondern hinsichtlich ihrer staatlichen Veranlassung und der staatlichen Aufsicht⁹¹ auch eine Rechtsfrage. Diese Unterschiede zwischen staatlicher und privater Gemeinwohlverantwortung dürfen in dem Begriff „Verantwortungsteilung“ nicht kurzgeschlossen werden. Die notwendige Anknüpfung privaten Handelns an den Bereich des Staatlichen wird vermittelt durch öffentliche Aufgaben, staatliche Befugnisse, Organisation und Verfahren.

IV. Überblick über die Beteiligungsformen

Obwohl von den vier Begriffen Aufgabe und Befugnis, Organisation und Verfahren Aufgabe der grundlegendste ist⁹², empfiehlt es sich nicht, eine Systematisierung der Formen privater Beteiligung mit ihm zu beginnen. Das liegt nicht nur an seiner inhaltlichen Unbestimmtheit, sondern auch daran, dass er selbst bei inhaltlicher Bestimmtheit zum Teil keine klaren Zuordnungen im Verhältnis von Staat und Privaten erlaubt. So kann man bei einer GmbH, deren Geschäftszweck im Bereich der Daseinsvorsorge liegt, dann, wenn eine Kommune die Mehrheits- und ein Privater die Minderheitsbeteiligung hält, sagen, hier nehme ein Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen teil. Dreht man die Mehrheitsverhältnisse um und kappt eventuell vorhandene Einwirkungsrechte des vormaligen Mehrheitsgesellschafters, so wird trotz identisch bleibendem Geschäftszweck keine öffentliche Aufgabe mehr wahrgenommen.⁹³ Der Geschäftszweck der GmbH ist dann vielmehr aus der Sicht des öffentlichen Rechts überhaupt keine Aufgabe mehr, sondern grundrechtliche Freiheit. Für

⁹⁰ Was sich auch in Begriffen wie Public Private Partnership niederschlägt.

⁹¹ Zu den durch die Beteiligung Privater insoweit notwendigen Änderungen *Schuppert* DÖV 1998, 831 ff.; zur Staatlichkeit der Aufsicht *Di Fabio* (Fn. 15), 262 f.

⁹² Vgl. nur *Schuppert* VerwArch 71 (1980), 309 ff.

⁹³ Vgl. BVerfGE 12, 205, 243: „Die Veranstaltung von Rundfunksendungen ist nach der deutschen Rechtsentwicklung eine öffentliche Aufgabe. Wenn sich der Staat mit dieser Aufgabe in irgendeiner Form befaßt, wird sie zu einer ‚staatlichen Aufgabe‘ ...“

Art. 20 Abs. 2 GG heißt das: Die Beteiligung Privater kann in der beispielhaft geschilderten Konstellation nicht gegen diese Norm verstoßen, weil die Norm nur anwendbar ist, solange die Beteiligung ein zulässiges Maß nicht überschreitet.⁹⁴ Diese mit dem notwendig formalen Aufgabenbegriff einher gehenden Unsicherheiten und gleitenden Übergänge verringern sich, wenn man die Beteiligung Privater zunächst auf staatliche Befugnisse, Organisationen und Verfahren als juristisch festere Größen bezieht, die eindeutig dem Bereich des Staatlichen zugeordnet werden können.

Die Einteilung in Befugnis-, Organisations-, Verfahrens- und Aufgabenbeteiligung dient darstellerischen Zwecken. Ebenso könnte man unterscheiden zwischen der selbstständigen Wahrnehmung staatlicher Befugnisse durch vom Staat organisatorisch geschiedene Private, der organisatorischen Verschmelzung von Staat und Privaten und schließlich Beiträgen zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch vom Staat organisatorisch getrennte Private. Bei Befugnis-, Organisations- und Verfahrensbeteiligung steht immer eine Aufgabe im Hintergrund, und die Kategorie der Aufgabenbeteiligung ist nicht auf eine Staatsaufgabe bezogen, die einem Privaten übertragen wäre, sondern entweder auf ein öffentliches Amt, das einem Privaten übertragen ist (Verwaltungshelfer), oder auf eine vom Staat selbst wahrgenommene (staatliche) oder gewährleistete (öffentliche) Aufgabe, zu deren Wahrnehmung der Private beiträgt.

V. Befugnisbeteiligung – die Beleihung

Die Beleihung ist die älteste⁹⁵, dogmatisch ausgeformteste und intensivste Form der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Durch oder auf der Grundlage eines Gesetzes, nicht durch (vertragliche) Begründung eines Amtswalterverhältnisses, werden bei ihr nicht nur staatliche Aufgaben auf Private⁹⁶ zur selbstständigen Ausübung übertragen, sondern auch hoheitliche Befugnisse.⁹⁷ Die Übertragung von

⁹⁴ Aus diesem Grund liegt kein Widerspruch zu der im weiteren Text aufgestellten These vor, auf die Verteilung von Kapital- und Stimmrechtsanteilen im Verhältnis von Staat und Privaten komme es nicht an. Art. 20 Abs. 2 GG ist auf den staatlichen Anteil an einer privatrechtlichen Organisation, nicht auf die Organisation selbst zu beziehen.

⁹⁵ Umfassende Nachweise älterer Literatur bei *Ossenbühl* (Fn. 3), 138 Fn. 1.

⁹⁶ Zu der Frage, ob der Begriff „Privater“ hier auch den privatrechtlich organisierten Staat meint, *Ehlers Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, 110ff.; *Steiner* (Fn. 21), 207ff.

⁹⁷ So insbesondere die Definition der Rechtsprechung: BVerwGE 29, 166, 169f.; 35, 334, 337; 61, 222, 225f.; BVerwG DVBl. 1970, 735, 736. Zu schlicht-hoheitlichem Han-

Befugnissen, damit des Rechts, sich der Handlungsformen des öffentlichen Rechts zu bedienen, unterscheidet die Beleihung von Formen bloßer Aufgabenbeteiligung⁹⁸, wie Verwaltungshilfe oder Indienstnahme. Die mit dieser Definition verbundene Einschränkung des Beleihungsbegriffs im Sinne der Befugnistheorie ist erforderlich, um dem Institut einen festen Platz in einem Spektrum von Formen der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zuzuweisen⁹⁹ und um ihm den Vorwurf zu ersparen, bequemes Sammelbecken und manipulative Drehscheibe zu sein.¹⁰⁰

Die engere Fassung ihres Begriffs ändert nichts daran, dass die Beleihung zur Zeit eine Renaissance erlebt.¹⁰¹ Ihr Anwendungsbereich ist nicht, vergleichbar Lockerungen des staatlichen Gewaltmonopols, auf Fälle beschränkt, in denen, wie bei Flug- oder Schiffskapitänen, staatliches Handeln nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich wäre.¹⁰² Es gibt auch keinen Grund, den Anwendungsbereich der Be-

deln *Krebs* (Fn. 21), Rn. 39 Fn. 134; *Ossenbühl* (Fn. 3), 140 Fn. 2; *Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens u. a.* (Hrsg.) *VwVfG*, 5. Aufl. 1998, § 1 Rn. 231; seine Einbeziehung ist wichtig für das Verhältnis des hier Befugnisbeteiligung Genannten zu den anderen Beteiligungsformen; sie gewährleistet, dass Maßnahmen privater Beteiligter, die aus Sicht des Bürgers Eingriffscharakter haben, vollständig dieser Beteiligungsform mit ihren besonderen rechtsstaatlichen Sicherungen zugeordnet werden.

⁹⁸ Von der Verwaltungshilfe unterscheidet sie sich notwendig weiter hinsichtlich der Selbstständigkeit, mit der Verwaltungshilfe im engeren Sinne (unten VIII.1.) hat sie gemein die grundrechtsausschließende Integration des Privaten in die Staatsorganisation.

⁹⁹ Die von der Aufgabentheorie der Beleihung zugewiesenen Fälle werden hier zum Teil mit den Begriffen Verwaltungshilfe, Indienstnahme und Zuarbeit (zu Letzterem *Di Fabio* [Fn. 15], 273, der der Aufgabentheorie zuneigt) erfasst. Der Streit zwischen Aufgaben- und Rechtsstellungstheorie (grundlegend *Vogel* Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, 60 ff., 81 ff.) dürfte sich heute, sofern mit der Aufgabentheorie nicht eine hier abgelehnte Publizierung Privater bezweckt ist, durch die Erweiterung des Spektrums von Formen der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erledigt haben. Zu den Gründen, warum der Aufgabenbegriff zurückgestellt wird, oben IV.

¹⁰⁰ So *Ossenbühl* (Fn. 3), 142 f., dessen Liste auch Beispiele enthält, die heute nicht mehr mit dem Beleihungsbegriff in Verbindung gebracht würden: Parteien, Tarifpartner, Arbeitgeber, aber auch den minderjährigen Schülerlotsen.

¹⁰¹ Während *W. Jellinek* Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, 528, noch von den „an sich recht spärlichen Beispiele(n)“ gesprochen hat. Für die Gegenwart ähnliche Einschätzung wie hier bei *Burgi* (Fn. 26), 79; *Völkühle* (Fn. 17), 215.

¹⁰² Enger der Begriff der Betrauung in Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG, der allerdings die Grundlage für eine Ausnahme von den weit gefassten wettbewerbspolitischen Zielsetzungen der EG eröffnet; dazu *Pernice* in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.) Kommentar zur Europäischen Union, Art. 90 EGV Rn. 32 – 34; aus Sicht des vorliegenden Themas *Osterloh* (Fn. 15), 227.

leihung auf Verwaltungsfunktionen zu beschränken. Eine Beleihung mit Rechtsetzungsmacht¹⁰³ ist als Subdelegation gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG¹⁰⁴ konstruierbar und lässt sich mit Beispielen aus dem Sozialversicherungsrecht belegen.¹⁰⁵ Einer Beleihung Privater mit rechtsprechender Gewalt steht dagegen Art. 92 GG entgegen.¹⁰⁶

Trotz dieses weiten Anwendungsbereichs sind der Beleihung verfassungsrechtlich Grenzen gezogen¹⁰⁷, die sich, soweit es nicht um grundrechtlich geschützte Belange des Beliehenen geht, sondern um den Schutz staatlicher Belange, aus dem Demokratieprinzip ableiten lassen. Der Beliehene bedarf demokratischer Legitimation, die ihm in personell-organisatorischer Hinsicht durch den Beleihungsakt und in sachlich-inhaltlicher Hinsicht durch die materiellen Vorgaben des Beleihungsgesetzes und sonstiger Gesetze und durch die staatliche Aufsicht vermittelt wird, die als Rechts- oder Fachaufsicht ausgestaltet sein kann.¹⁰⁸ Der Bremische Staatsgerichtshof hat in einer in diesem Jahr ergangenen Entscheidung¹⁰⁹, auf deren Einzelheiten und Hintergründe hier nicht eingegangen wird, aus dem Demokratieprinzip die Forderung nach einer

¹⁰³ Dies im Sinne einer Befugnis zur Setzung objektiven Rechts, im Unterschied etwa zu technischen Regelwerken; zu ihnen §§ 145 ff., insb. § 161 des Professorenentwurfs eines Umweltgesetzbuchs, in: *Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig* (Mitwirkung) Umweltgesetzbuch. Allgemeiner Teil, 1990; unter dem Gesichtspunkt sachverständiger Beratung *Brohm* (Fn. 36), Rn. 30, 46, 48. Auf Regelwerke Privater wird hier nicht weiter eingegangen, weil sie erstens an anderer Stelle schon hinreichend behandelt worden sind (vgl. etwa *Schmidt-Preuß* [Fn. 4], 202 ff.; *ders.* ZLR 1997, 249 ff.; *ders.* in: *Kloepfer* [Hrsg.] Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, 89 ff.) und weil sie zweitens ein aliud im Verhältnis zu staatlicher Rechtsetzung darstellen.

¹⁰⁴ Und der entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen.

¹⁰⁵ *Axer* Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 33 ff. AA *Ossenbühl* in: HStR III, 1988, § 64 Rn. 30, mit dem Argument, Art. 80 GG regle nur das Verhältnis von Legislative und Exekutive im Bereich der Staatsfunktionen, nicht aber das Verhältnis von Staat und Gesellschaft; das eine schließt allerdings das andere nicht völlig aus.

¹⁰⁶ Dazu *Classen* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. 3, 2001, Art. 92 Rn. 43 ff.

¹⁰⁷ Zusammenfassend *Bansch* Die Beleihung als verfassungsrechtliches Problem, 1973, 91 ff.

¹⁰⁸ Zur auf die Aufsicht reduzierten Einwirkungsbefugnis des Staates als Grund dafür, dass die Beleihung einem Gesetzesvorbehalt unterfällt, die Verwaltungshilfe (im Sinne von VIII.1.) dagegen nicht, *Remmert* Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, i.E., 548. – Bei der Ausgestaltung der Aufsichtsrechte besteht ein Zielkonflikt. Der Zweck der Beleihung, privaten Sachverstand und private Initiative für die Verwaltung nutzbar zu machen, legt eine schwache Aufsicht nahe, das Anliegen demokratischer Kontrolle und Rückbindung das Gegenteil.

¹⁰⁹ BremStGH, Urt. vom 15. 1. 2002, St 1/01, UA 20 ff.

effektiven Aufsicht abgeleitet und dieses Effektivitätsgebot in zwei Richtungen ausgestaltet: Bei einer schwachen gesetzlichen Steuerung des Handelns des Beliehenen reiche eine Rechtsaufsicht nicht, sondern sei eine Fachaufsicht erforderlich.¹¹⁰ Weiterhin müsse der Staat das erforderliche Personal mit der einschlägigen Sachkunde und die sonst erforderlichen Verwaltungsmittel vorhalten, um von formal bestehenden Aufsichts- und Weisungsrechten wirksam Gebrauch zu machen. Damit ist der Befürchtung, eine zu starke Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben würde die staatliche Verantwortung faktisch aushöhlen¹¹¹, ein verfassungsrechtlicher Platz zugewiesen.

Die Annahme, das Verhältnismäßigkeitsprinzip errichte weitere Schranken, etwa derart, dass Beleihungen nur zulässig seien, wo dies *erforderlich* sei, ist dagegen abzulehnen, erstens weil die Anwendung dieses Prinzips in der Staatsorganisation ohnehin fragwürdig ist, und zweitens, weil der Zweck dieses Prinzips nicht sein kann, den Staat zu schützen, schon gar nicht gegen sich selbst. Die zutreffende These, durch eine Beleihung dürften keine wesentlichen Zuständigkeiten eingeräumt werden¹¹², findet ihre verfassungsrechtliche Grundlage vielmehr im Demokratieprinzip.

VI. Organisationsbeteiligung

Während der Beliehene dem Staat an-, nicht eingegliedert ist und hoheitliche Befugnisse selbstständig ausübt, geht es in der nächsten Gruppe um Fälle organisatorischer Eingliederung teils Privater in die Staatsorganisation, teils des Staates in ein privatrechtliches Umfeld.¹¹³ Bei der ersten Fallgruppe ist wieder das Demokratieprinzip der wichtigste verfassungsrechtliche Maßstab; bei der zweiten wird zu begründen sein, wann und warum das nicht der Fall ist.

¹¹⁰ Zur Aufsicht über Beliehene: *Jestaedt* (Fn. 21), 62; *Krebs* (Fn. 21), Rn. 43. Zu der Frage, wer für die Entscheidung über Widersprüche gegen Verwaltungsakte eines Beliehenen zuständig ist, *Dolde* in: Schoch u. a., VwGO, Losebl., § 73 Rn. 7; *Frenz* Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, 1992, 57; *Rengeling* Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, 1986, 32.

¹¹¹ *Burgi* (Fn. 26), 172; *Di Fabio* (Fn. 15), 251 f.; *Voßkuhle* (Fn. 17), 215. Schönes Beispiel bei *Di Fabio* (Fn. 25), 592 Fn. 72.

¹¹² S. nur *Britz* (Fn. 83), 433 f. (mwN).

¹¹³ So auch die Einteilung bei *Mehde* (Fn. 72), 551, mit dem zutreffenden Zusatz, dass sie *simplifiziere*. Dies wird bei der Konzernierung öffentlicher Anstalten besonders deutlich, die man im Hinblick auf die Einwirkung des Konzerns auf die Anstalt auch der ersten Fallgruppe (Nr. 1a) zuordnen kann, deren rechtliche Problematik sie teilt.

1. Eingliederung Privater in staatliche Organisationen

a) Kondominialverwaltung

Im Fall der Kondominialverwaltung sind typischerweise gruppenpluralistisch rekrutierte Private Mitglieder in Kollegialorganen der öffentlichen Verwaltung und haben dort an Entscheidungsbefugnissen teil.¹¹⁴ Diese Form der Beteiligung Privater stößt im Demokratieprinzip auf verfassungsrechtlichen Widerstand.¹¹⁵ Dieser Widerstand lässt sich nicht durch eine gesetzliche Zulassung ausräumen, die allein keine ausreichende personelle demokratische Legitimation vermittelt. Dieser Widerstand lässt sich auch nicht durch einen Hinweis auf eine Beleihung ausräumen, denn bei der Beleihung führt das Kriterium der Selbstständigkeit der Ausübung von Hoheitsgewalt zu klaren Zuordnungen, bei denen eine Vermischung eines staatlichen und eines privaten Anteils ausgeschlossen ist.¹¹⁶

Freilich erregt es Unbehagen, wenn sechs Wörter des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG über komplexe und gewachsene¹¹⁷ Verwaltungsstrukturen entscheiden sollen, ohne dass der Verfassungsgeber sich 1949 dieser Konsequenzen bewusst war.¹¹⁸ Insbesondere das Erfordernis personeller demokratischer Legitimation zieht Kritik auf sich.¹¹⁹ Es entfaltet aber gerade bei der Kondominial- und der funktionalen Selbstverwaltung eine wichtige Schutzwirkung für die Allgemeinheit und für nicht beteiligte Dritte, weil es nicht legitimierte Private ausschließt. Auch wenn es nur darauf ankommt, dass die verschiedenen Formen demokratischer Legitimation in ihrem

¹¹⁴ Begriff am klarsten bei *Jestaedt* (Fn. 21), 26f., 77f. Das Kriterium der Entscheidungsbefugnis dient der Abgrenzung zur sachverständigen Beratung; dazu VII.1. Zu aktuellen Entstaatlichungsproblemen im Hochschulbereich, wo Hochschul- und Stiftungsräte eingeführt werden, *Geis* FS Brohm, 2002, 197ff.; zu in diesem Sachbereich im Hintergrund stehenden Finanzierungsfragen: *Mlynek* (Hrsg.) Die Zukunft der Hochschulfinanzierung, 2002. Aus Sicht der Problematik gesellschaftlicher Selbstregulierung *Di Fabio* (Fn. 15), 264f.

¹¹⁵ Zu ihrer Vergleichbarkeit *Jestaedt* (Fn. 21), 64ff.; *Kluth* (Fn. 11), 29.

¹¹⁶ AA wohl *Britz* (Fn. 83), 432ff.

¹¹⁷ Vgl. auch *Böckenförde* (Fn. 52), Rn. 19. Politisch umstritten sind besonders die Fälle, in denen Gewerkschaften sich auf diesem Wege besonderen Einfluss auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben verschaffen wollen.

¹¹⁸ Es ist das aber kein Spezifikum von Art. 20 Abs. 2 GG. Für den Begriff „öffentliche Aufgabe“ gilt letztlich nichts anderes.

¹¹⁹ Vgl. die Nachw. etwa bei *Britz* (Fn. 83), 432ff.; *Mehde* (Fn. 72), 552ff.; *Muckel* (Fn. 11), 120. Soweit die Kritik sich gegen die Länge mancher Legitimationsstränge richtet, ist ihr entgegenzuhalten, dass erstens Personalentscheidungen in der öffentlichen Verwaltung eben auch langfristig wirken und dass einer der Haupteffekte dieses Legitimationskriteriums trotzdem erreicht wird: den Zugriff gesellschaftlicher Gruppen, in der Praxis zumeist Parteien und Gewerkschaften, auf den öffentlichen Dienst zu erschweren.

Zusammenwirken ein bestimmtes Legitimationsniveau erreichen, kann das vollständige Fehlen personeller Legitimation nicht kompensiert werden. Inzwischen hat sich in dieser Frage eine mittlere Linie durchgesetzt: Einerseits müssen nicht alle Mitglieder entscheidungsbefugter Kollegialorgane über personelle demokratische Legitimation verfügen. Andererseits muss die abstrakte Mehrheit der Mitglieder so legitimiert sein und überdies die konkrete Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen werden (Prinzip der doppelten Mehrheit).¹²⁰

b) Funktionale Selbstverwaltung

Funktionale Selbstverwaltung als Selbstverwaltung durch Private zu bezeichnen, ist wegen der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung überspitzt.¹²¹ Immerhin werden, im Unterschied zur kommunalen Selbstverwaltung, Personen, die nicht als Teil des Staatsvolkes¹²² aufgefasst werden können und nach dem oben gebildeten, insoweit spiegelbildlichen Begriff Private sind, vom Gesetzgeber in einem öffentlich-rechtlichen Verband zusammengefasst („verkamert“) und mit Selbstverwaltungsbefugnissen zur Regelung ihrer typischerweise wirtschaftlichen und sozialen¹²³ Angelegenheiten ausgestattet.¹²⁴ Dies kann man als „Akt kollektiver personeller Legitimation“ auffassen.¹²⁵ Die Gemeinsamkeit mit der Kondominialverwaltung zeigt sich eben bei dem Problem demokratischer Legitimation, über welches das BVerfG, auf Vorlagen des BVerwG¹²⁶, in Bälde zu entscheiden haben wird. Die staatliche Verantwortung kommt auf zwei Ebenen ins Spiel: verfassungsrechtliche Schranken, die einer Ausdehnung der funktionalen Selbstverwaltung in sachlicher und in persönlicher Hinsicht gezogen sind¹²⁷, sowie die – kompensatorisch stärkere – Gesetzesbindung dieses Selbstverwaltungstyps, verbunden mit einer staatlichen Aufsicht.

¹²⁰ BVerfGE 93, 37, 72; BerlVerfGH LVerfGE 10, 96, 101 f.

¹²¹ Aus dem gleichen Grund ist es abzulehnen, gesellschaftliche Selbstregulierung als mittelbare Selbstverwaltung zu qualifizieren, denn auch dadurch wird die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aufgehoben, ohne dass ein Nutzen erkennbar wäre (wie hier im Ergebnis *Di Fabio* [Fn. 15], 269 f.).

¹²² Zur Kategorie des Teilvolkes *Jestaedt* (Fn. 21), 210 ff., 525 ff.

¹²³ Dazu schon *Scheuner* DÖV 1952, 609 ff.

¹²⁴ Begriff bei *Jestaedt* (Fn. 21), 71 f. Zu Mindestanforderungen an einen Rechtsbegriff der funktionalen Selbstverwaltung auch *Kluth* (Fn. 11), 24 f.

¹²⁵ So *Kluth* (Fn. 11), 376 ff.; aA, wie hier, *Axer* (Fn. 105), 298 f. Darstellung und Kritik der Verzichtstheorie bei *Emde* (Fn. 52), 307 ff.; *Jestaedt* (Fn. 21), 348 ff.

¹²⁶ BVerfGE 106, 64; BVerwG NVwZ 1999, 870.

¹²⁷ Deren Verlauf im Streit ist; vgl. etwa *Böckenförde* (Fn. 52), Rn. 25; *Dreier* (Fn. 24), 135; *Jestaedt* (Fn. 21), 425 ff.; *Oebbecke* Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, 139.

c) *Exkurs: An-Organisationen*

Kein verfassungsrechtliches Problem werfen Private auf, die, ohne in die Staatsorganisation integriert zu sein, mit dieser organisationsrechtlich verbunden sind und sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unterstützen. Beispiele für private Organisationen, auf die dies zutrifft, sind im Hochschulbereich das An-Institut, der Förderverein oder die Stiftung. Dass das An-Institut in den Hochschulgesetzen eine doch recht komplizierte Regelung erfahren hat, dürfte auf inzwischen abgebaute Berührungssängste zurückzuführen sein.

2. *Eingliederung öffentlicher Aufgabenwahrnehmung in ein privatrechtliches Umfeld*

a) *Konzernierung öffentlicher Anstalten*

Wird ein Verwaltungsträger, typischerweise eine Anstalt, in einem Konzern vertraglich einer juristischen Person des Privatrechts unterstellt, der mitunternehmerische Rechte eingeräumt sind¹²⁸, so setzt das Demokratieprinzip privatem Einfluss ähnliche Schranken wie bei einem Tätigwerden Privater in der Staatsorganisation.¹²⁹ Die Entscheidung über die Erteilung von Weisungen an den konzernierten Verwaltungsträger muss letztlich in der Hand des Gewährträgers verbleiben; dessen demokratisch legitimierte Vertreter müssen die letztentscheidende Einflussmöglichkeit behalten. Die gesellschaftsrechtliche Umsetzung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe nötigt zu komplizierten Gestaltungen¹³⁰, so dass Zweifel berechtigt sind, ob diese Form der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben praktikabel ist.¹³¹ Wichtige Beispiele, wie die

¹²⁸ Zu einer rein kapitalmäßigen Beteiligung: BerlVerfGH LVerfGE 10, 96, 103. Ferner Gärtner *Finanzielle Beteiligung Privater an Anstalten des öffentlichen Rechts*, 1994.

¹²⁹ Zu dieser Gestaltung Bezzenberger ZGR 1996, 481 ff.; Fett *Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen*, 2000; Raiser ZGR 1996, 458 ff. Zu ähnlichen Formen mitunternehmerischer Beteiligung Privater an öffentlich-rechtlichen Unternehmen Becker DÖV 1998, 97 ff.; Hecker VerwArch 92 (2001), 261 ff.; Riedmayer/Schraml *Das Kommunalunternehmen*, 2001; Schuster FS Müller, 2001, 135 ff.; Wolfers/Kaufmann DVBl. 2002, 507 ff.

¹³⁰ Zu weiteren Problemen, die sich ergeben, weil die Aufgabenwahrnehmung dem öffentlichen oder dem Verwaltungsprivatrecht folgt, BerlVerfGH LVerfGE 10, 96, 112 ff., dort zur Gebührenberechnung. Zu dieser Entscheidung Schmehl JuS 2001, 233 ff.

¹³¹ Britz (Fn. 83), 420, spricht zwar von einer verbreiteten Gesetzgebungspraxis, unterscheidet in Fn. 12 aber nicht zwischen Körperschaften (bei denen nach hiesiger Terminologie ein Fall von funktionaler Selbstverwaltung vorliegt) und Anstalten (bei denen

Berliner Wasserbetriebe oder die Bankgesellschaft Berlin, sind wenig geeignet, solche Zweifel zu entkräften; öffentlich-rechtliche Gestaltungen sind zudem national radiziert und eignen sich weniger für eine internationale Kooperation.

Neben der demokratiebedingten Kompliziertheit der vertraglichen Gestaltungen führt der institutionelle Gesetzesvorbehalt, dem Verwaltungsträger unterliegen, zu weiteren Flexibilitätseinbußen. Jedenfalls Letztere vermeiden privatrechtliche Lösungen.¹³² Auch Ersteres ist bei ihnen schwächer ausgeprägt. Insbesondere ist der Staat in einer privatrechtlichen Organisationsform nicht zu einer Mehrheitsbeteiligung verpflichtet.¹³³ Das Demokratieprinzip verbietet kein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen in privater Rechtsform, an dem der Staat nur eine Minderheitsbeteiligung hält, dies auch dann nicht, wenn, wie z.B. das kommunale Wirtschaftsrecht der Bundesländer dies vorschreibt, ein öffentlicher Zweck in den Statuten dieses Unternehmens festgeschrieben ist. Für sog. Private Public Partnerships¹³⁴ erweisen sich Organisationsformen des Privatrechts mithin als geeigneter als Organisationsformen des öffentlichen Rechts.

b) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen

Ein weiterer Grund für ein Prae für das Privatrecht ist schnell gefunden. Der Grundsatz der Gleichheit von Gesellschaftern ist – mit dem Rang einfachen Gesetzesrechts¹³⁵ – der wichtigste Grundsatz des Gesellschaftsrechts. Er gewährleistet auch ein gleichberechtigtes Miteinander von Staat und Privaten in seinen Organisationsformen¹³⁶ und vermeidet eine Privilegierung einzelner Privater, die unvermeidbar ist, wenn diese mit dem Staat öffentlich-rechtlich zusammenarbeiten. Wenige Sonderbe-

nach ihren Nachweisen von einer verbreiteten Gesetzgebungspraxis wohl nicht gesprochen werden kann).

¹³² Dies auch, wenn Organisationsprivatisierungen dem Grunde nach einem Gesetzesvorbehalt unterliegen (dazu *Bauer* [Fn. 13], 267 Fn. 122), denn dieser beeinträchtigt die Freiheit gesellschaftsvertraglicher Gestaltung in der Regel nur geringfügig.

¹³³ Ebenso, in Auseinandersetzung mit einer Gegenposition, *Mehde* (Fn. 72), 559f. Strenger hinsichtlich privatrechtlicher Gestaltungen *Löwer VVDStRL* 60 (2001), 416, 440ff.

¹³⁴ Zur juristischen Unergiebigkeit dieses Begriffs *Burgi* (Fn. 26), 98f.; *Kämmerer* (Fn. 13), 56ff.

¹³⁵ Zu Gefahren für diesen Grundsatz durch sog. Privatisierungsfolgenrecht *Kämmerer* (Fn. 13), 237.

¹³⁶ Zur Überbrückung anderer Kompetenzgrenzen, nämlich zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden, durch Kooperation in Organisationsformen des Privatrechts: *Ossenbühl* (Fn. 3), 147.

stimmungen im Aktiengesetz über eine Beteiligung von Gebietskörperschaften¹³⁷ ändern an diesem Befund nichts. Das gleichberechtigte Nebeneinander setzt voraus, dass die vom staatlichen Partner wahrgenommene Aufgabe keine ausschließliche Staatsaufgabe ist, weil die Angelegenheit nur dann zugleich Gegenstand privater Grundrechtsausübung sein kann.¹³⁸

Die Mischung von privaten und staatlichen Elementen sorgt bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen dort für Probleme, wo ein Entweder/Oder gefordert ist, so deutlich bei der Frage ihrer Grundrechtsberechtigung, bei der die Annahme eines Kontinuums zwischen der grundrechtsunfähigen Eigengesellschaft und der nach Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsfähigen privaten Gesellschaft, in dem nur Momentaufnahmen des Einzelfalls möglich sein sollen, juristisch unbrauchbar ist. Das BVerfG hat in einer Kammerentscheidung¹³⁹ die Grundrechtsfähigkeit einer Aktiengesellschaft verneint, an der zu 72 % ein Bundesland und im Übrigen Private beteiligt waren und die öffentliche Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnahm. Gegen dieses Ergebnis spricht nicht nur, dass die Verteilung von Kapitalanteilen und Stimmrechten ein instabiles Kriterium und die Begriffe „öffentliche Aufgabe“ und „Daseinsvorsorge“ unbestimmt und im Verhältnis von Staat und Grundrechtsträgern ohne klare Ausgrenzungswirkung sind. Dagegen spricht vor allem die Bedeutung der Privatrechtsform. Der Unterschied von öffentlichem und privatem Recht ist keine Frage der Rechtstechnik, sondern hat rechtliche Substanz.¹⁴⁰ Ein Privatrechtssubjekt kann, auch wenn es vom Staat beherrscht wird, nicht mittelbarer Staatsverwaltung gleichgestellt werden,

¹³⁷ §§ 394f. AktG; zu ihnen von *Danwitz* (Fn. 15), 617 – 619. Diese Vorschriften betreffen die Diskretionspflichten von Personen, die seitens einer Gebietskörperschaft mit der Verwaltung einer Beteiligung betraut sind. Vgl. weiter § 53 HGrG (zu ihm *Ernst/Heitel* Beiheft 3 zu „Die Verwaltung“. Zum Gedenken an Ernst Heuer, 2000, 101 ff.). Zum Problem staatlichen Sonderrechts aus Sicht der österreichischen Privatwirtschaftsverwaltung *Hengstschläger* (Fn. 13), 180 ff.

¹³⁸ Es ist denkbar, dass das geltende Recht eine Angelegenheit zur ausschließlichen Staatsaufgabe erklärt, bei ihrer Wahrnehmung aber privatrechtliche Gestaltungen zulässt. Dies ist ein dogmatischer Systembruch. Z. B. würde die mit der Privatrechtsform einhergehende Insolvenzfähigkeit (vgl. § 12 InsO) dann nicht „passen“. – Ein umgekehrter Systembruch liegt vor bei einem Handeln in Formen des öffentlichen Rechts, wenn aus Wettbewerbsgründen die staatliche Gewährträgerschaft eingeschränkt werden muss. Zu der Frage der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei öffentlichen Finanzinstituten vgl. den mit der EG-Kommission am 17. Juli 2001 und am 28. Februar 2002 erzielten Kompromiss; dazu *Khuth* Bitburger Gespräche 2001 (im Erscheinen).

¹³⁹ BVerfG NJW 1990, 1783.

¹⁴⁰ Oben III.1.

sondern hat eigene Interessen und die beim Vorstand einer Aktiengesellschaft von § 76 Abs. 1 AktG bundesgesetzlich geschützte Befugnis, diese Interessen eigenverantwortlich zu konkretisieren. Das gilt selbst dann, wenn eine Gesellschaft, wie im kommunalen Wirtschaftsrecht zumeist vorgeschrieben, durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder ein ähnliches Organisationsstatut auf einen öffentlichen Zweck ausgerichtet wird. Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass die Grundrechtsfähigkeit einer privatrechtlichen Organisation trotz staatlicher Beteiligung zu bejahen ist und dass die Grundrechtsbindung sich auf den staatlichen Anteil richtet.¹⁴¹ Die Grundrechtsfähigkeit des Unternehmens ändert dann auch nichts an der Grundrechtsunfähigkeit des staatlichen Mitunternehmers. Diese Grundrechtsunfähigkeit ist kein rechtliches Abstraktum, das außer einigen Verfassungsrechtlern an Universitäten niemanden zu interessieren bräuchte. Aus ihr folgt schlicht, dass der Staat, auch wenn er Private beteiligt, nicht wie ein Unternehmer wirtschaften darf. Die größere Selbstständigkeit jeder privatrechtlichen Organisationsform ruft weiterhin den Gesetzesvorbehalt auf den Plan. Ein Träger mittelbarer Staatsverwaltung darf privatrechtliche „Trabanten“ nur gründen oder sich daran beteiligen, soweit das gesetzlich zugelassen ist.¹⁴²

Einem gleichberechtigten Miteinander von Staat und Privaten würde ein Verwaltungsgesellschaftsrecht zuwiderlaufen, d.h. Ausnahmen vom privaten Gesellschaftsrecht oder zusätzliche Bindungen, die bei öffentlichen Unternehmen erforderlich sein sollen.¹⁴³ Ein solches Sonderrecht für den Staat, der in den Organisationsformen des Privatrechts seine Aufgaben verfolgt, ist abzulehnen, und zwar unabhängig davon, ob es ein Machtungleichgewicht zwischen staatlichem und privatem Partner zugunsten des Staates noch verstärkt und ob praktische Bedürfnisse für eine solche Konstruktion geltend gemacht werden können.¹⁴⁴ Ein Verwaltungsgesellschaftsrecht würde, im Unterschied zum Verwaltungsprivat-

¹⁴¹ Anders *Hengstschläger* (Fn. 13), 192. Zu der Unterscheidung zwischen dem Innenverhältnis von Staat und seinen Repräsentanten in einer Gesellschaft und deren gesellschaftsrechtlicher Stellung vgl. auch OVG Münster DB 2002, 1877 (Abberufung eines kommunalen Aufsichtsratsmitgliedes).

¹⁴² Im Ergebnis ebenso *Bauer* (Fn. 13), 247; *Löwer* (Fn. 133), 433; *Osterloh* (Fn. 15), 233 Fn. 117.

¹⁴³ Zur Erforderlichkeit richterrechtlicher Konkretisierung: von *Danwitz* (Fn. 15), 608f. – Weiteres, öffentliches und privates Recht umgreifendes Verständnis von Verwaltungsgesellschaftsrecht bei *Krebs* in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, 342ff.

¹⁴⁴ Aus praktischer Sicht könnte gegen ein solches Sonderrecht sprechen, dass es öffentliche Unternehmen im allgemeinen Rechtsverkehr suspekt machen muss, weil möglicherweise föderal unterschiedliches Sonderrecht dort wenig bekannt ist.

recht, Private, nämlich mögliche Mitgesellschafter und den allgemeinen Rechtsverkehr, belasten¹⁴⁵. Weiterhin würde übersehen, dass jedes privatrechtliche Unternehmen nicht von einer Aufgabe her konstruiert ist, sondern vom Kapital.¹⁴⁶ Dies alles gilt nicht nur für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, sondern auch für Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, in denen aktuell keine privaten Gesellschafter vertreten sind.¹⁴⁷ Eine Differenzierung nach Anteilsbesitz ist auch hier abzulehnen; die Eigengesellschaft ist wegen der Verkehrsgängigkeit von Anteilen an privatrechtlichen Gesellschaften¹⁴⁸ potentiell ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen.¹⁴⁹

Die Gleichstellung von öffentlichen und anderen Unternehmen des privaten Rechts¹⁵⁰ schwächt die staatliche Verantwortung für die dort wahrgenommenen Aufgaben.¹⁵¹ Ein privatrechtliches Unternehmen steht in größerer Distanz insbesondere zu Volksvertretungen und unterliegt grundsätzlich keiner Staatsaufsicht, vergleichbar etwa der Aufsicht über Träger mittelbarer Staatsverwaltung.¹⁵² Ein Einwirkungsrecht des – seinerseits in die staatlichen Aufsichtsstrukturen eingebundenen – Aufgabenträgers ist privatrechtlich über dessen Anteil vermittelt. Zu einer Ausgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen, die eine solche Einwirkung

¹⁴⁵ Zu Unterschieden von Verwaltungsprivat- und Verwaltungsgesellschaftsrecht auch *Kämmerer* (Fn. 13), 234. In der Tendenz anders *Osterloh* (Fn. 15), 232f.

¹⁴⁶ Zum Verhältnis von Aufgabe und Kapital bei Verwaltungsträgern einerseits und privatrechtlichen Gesellschaften andererseits *Burmeister/Becker* Die Fusion öffentlicher Banken als Akt der Verwaltungsorganisation, 2000, 25ff. Zum Grenzfall des konkursreifen Staates: *A. Leisner* Die Leistungsfähigkeit des Staates, 1998, 47ff.

¹⁴⁷ Auf sie beschränkt sich *von Danwitz* (Fn. 15), insb. 614 – 616.

¹⁴⁸ Dazu, dass ein Privater wegen dieser Verkehrsfähigkeit auch gegen seinen Willen in die Position des Gesellschafters eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens geraten kann, *Scholz FS Lorenz*, 1991, 227f. – Die Verkehrsgängigkeit der Anteile steht auch der Annahme entgegen, ein kommunales Unternehmen genieße Bestandsschutz, nachdem der es rechtfertigende öffentliche Zweck entfallen ist; in diesem Fall muss die Kommune sich von ihrem Unternehmen trennen, indem sie es entweder schließt oder verkauft.

¹⁴⁹ Oder, was hier nicht interessiert, ein Unternehmen ohne staatliche Beteiligung.

¹⁵⁰ Auf spezialgesetzliche Regelungen, etwa des Energiewirtschaftsrechts, kann hier nicht eingegangen werden. Zu ihm etwa *Osterloh* (Fn. 15), 226ff. Ebenso wenig auf Transformationsprobleme der neuen Bundesländer; einschlägige Beobachtung insoweit bei *Bauer* (Fn. 13), 252 Fn. 64.

¹⁵¹ Die Insolvenzfähigkeit ist zwar bei privatrechtlichen Verwaltungsträgern gegeben (dazu *H.-P. Kirchhof* Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2001, § 12 Rn. 6f.; *Kuhl/Wagner ZIP* 1995, 433ff.; *Ott Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Bd. 1, 2001, § 12 Rn. 16); eine Insolvenz würde den Verpflichtungsgehalt einer hinter ihnen stehenden staatlichen Aufgabe aber nicht aufheben.

¹⁵² Vgl. nur *Krebs* (Fn. 21), Rn. 43.

ermöglicht, ist der Träger verpflichtet.¹⁵³ Die Organisations- und die Einwirkungspflicht können aufsichtlich eingefordert werden. Sollte die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben trotzdem auf rechtliche Probleme stoßen, dann ist die Konsequenz die Unzulässigkeit dieser Formenwahl, nicht die Veränderung der Form (Grundsatz der Integrität des Privatrechts).¹⁵⁴

VII. Verfahrensbeteiligung

Bezieht man die Beteiligung Privater nicht auf Organisationsformen staatlichen Handelns, sondern auf staatliche Verfahren, so ergibt sich eine weitere Perspektive.¹⁵⁵ Die Beteiligung Privater spielt dann im Vorfeld einer das Verfahren abschließenden, nicht immer nach außen gerichteten staatlichen Entscheidung.¹⁵⁶ Von einer Beteiligung, welche die Frage der staatlichen Verantwortung aufwirft, kann gesprochen werden, wenn der Private die staatliche Entscheidung beeinflusst, was insbesondere beim (externen)¹⁵⁷ Berater der Fall ist, oder wenn er Vorbereitungshandlungen ersetzt. Ersteres betrifft, dies als statistische Aussage, alle Staatsfunktionen, auch Normsetzung und Rechtsprechung, Letzteres primär den Verwaltungsvollzug.

1. Der Berater

Die Position des Beraters hängt von seinem öffentlichen Auftraggeber und dem rechtlichen Kontext seines Auftrags ab. Der Sachverständige im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren¹⁵⁸ wird als Gehilfe der Behörde bzw. des Richters qualifiziert¹⁵⁹, unterliegt bei amtlicher Bestellung deren Wei-

¹⁵³ Zu einem Vorrang der Organisationsform der GmbH vor der AG wegen der bei ihr stärkeren Einwirkungsmöglichkeiten des Staates: *Brenner* AöR 127 (2002), 222 ff.

¹⁵⁴ Zu diesem Grundsatz *Kämmerer* (Fn. 13), 236 f.

¹⁵⁵ Zu Verfahrensprivatisierungen als Prozess, der zu dem hier behandelten Ergebnis führt: *Hoffmann-Riem* DVBl. 1996, 225 ff.; *Pietzcker* in: *Hoffmann-Riem/Schneider* (Hrsg.) *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, 1996, 284 ff. Zur Terminologie *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 168 Fn. 20.

¹⁵⁶ Zur Problematik der Unterscheidung der Entscheidung von ihrer Vorbereitung: *Brohm* (Fn. 36), Rn. 30 ff.

¹⁵⁷ Zu der Unterscheidung von interner und externer Beratung *Brohm* (Fn. 36), Rn. 4 ff.

¹⁵⁸ Insbesondere §§ 402 ff. ZPO und 26 VwVfG. Zur öffentlichen Bestellung von Sachverständigen ferner § 36 GewO.

¹⁵⁹ Freilich in einem anderen Sinne als der sogleich zu behandelnde Verwaltungshelfer (unten VIII.1.). Vgl. BVerfGE 75, 318, 327; BGH NJW 1994, 802; 1998, 355, 356; BVerwG

sungen und den Befangenheitsvorschriften, steht in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis¹⁶⁰, bleibt aber Privater.¹⁶¹ Der Berater der Staatsleitung und des Gesetzgebers steht ebenfalls in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis¹⁶² und hat grundsätzlich kein öffentliches Amt inne, es sei denn, seine Position ist gesetzlich ausnahmsweise so ausgestaltet, wie beim Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.¹⁶³ Einen Gesetzesvorbehalt, durch den staatliche Verantwortung sichergestellt werden könnte, gibt es insoweit nicht.¹⁶⁴

Der Berater wirft keine Probleme demokratischer Legitimation auf, weil er keine Entscheidungsbefugnisse besitzt, sondern nur bei der Vorbereitung von Entscheidungen beteiligt ist, die ihrerseits Ausübung staatlicher Gewalt sind. Die Beteiligung Privater setzt in dieser Variante eine Trennung der Entscheidung, die allein staatlich zu verantworten ist, und ihrer Vorbereitung, auf die sich die Beteiligung Privater bezieht, voraus. Diese Trennung sieht sich zwar vielfältigen Einwendungen ausgesetzt. Entscheidungen hätten einen prozesshaften Charakter, so dass sie mit den zu ihnen führenden Verfahren untrennbar verbunden seien. Solche Einwände sind für einfache Verwaltungs- und für Normsetzungsverfahren aber abzulehnen. Es gibt keinen Grund, warum dort Arbeitsteilung nicht möglich sein sollte.

Werden Private an der Entscheidungsvorbereitung beteiligt, muss der Staat, um die Entscheidung verantworten zu können, deren Vorbereitungsmaßnahmen durch eigenes Personal nachprüfen und darf sie nicht unbesehen übernehmen. Diese Pflicht ist jeder sachlichen Zuständigkeit inhärent. So steht den zur Wahl eines Beigeordneten berufenen Mitgliedern eines Gemeinderates das Recht zu, sich über den Kreis aller Bewerber um das Amt vor der Wahl zu informieren; dies auch, wenn zur Vorbereitung der Wahl ein privates Personalberatungsunternehmen aus Gründen höherer Vertraulichkeit hinzugezogen worden ist. Ist mit diesem

NJW 1986, 2268; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO*, 60. Aufl. 2002, § 402 Rn. 5. Pointiert den Richter als bloßen Erfüllungsgehilfen des Sachverständigen bezeichnend: *Lamprecht DRiZ* 1989, 4 ff.

¹⁶⁰ BGHZ 59, 310, 311 f., zum gerichtlichen Sachverständigen.

¹⁶¹ Was sich insbesondere an der Frage seiner Haftung zeigt, wenn sein Gutachten fehlerhaft ist und eine Fehlentscheidung von Behörde oder Gericht verursacht; dazu BVerfGE 49, 304; BGHZ 62, 57. Zusammenfassend zur deliktischen Haftung: *Stein/Jonas – Leopold Kommentar zur ZPO*, 21. Aufl. 1999, Bd. 4, Teil 2, Vor § 402 Rn. 45 ff.

¹⁶² Dazu *Brohm* (Fn. 36), Rn. 48 ff.

¹⁶³ Errichtungsgesetz vom 14. 8. 1963 (BGBl. I, S. 685); zur persönlichen Stellung der Mitglieder des Rates insb. § 7. Zur Strahlenschutz- und zur Reaktorsicherheitskommission insoweit *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 182.

¹⁶⁴ *Brohm* (Fn. 36), Rn. 42.

Unternehmen vereinbart, dass die Bewerber – mit Ausnahme des einen vorgeschlagenen Kandidaten – gegenüber dem Rat geheim gehalten werden, so muss notfalls das Ausschreibungsverfahren wiederholt werden.¹⁶⁵

2. Der Zuarbeiter

Diese Aussagen und der Beispielsfall lassen sich verallgemeinern. Sie treffen nicht nur auf den Berater zu, sondern auf jeden Privaten, der zur Vorbereitung staatlicher Entscheidungen beiträgt, insbesondere auf solche, die staatliches Handeln ersetzen, indem sie etwa für eine Gemeinde einen Bauleitplan entwerfen. Für sie wird hier der zusammenfassende Begriff des Zuarbeiters vorgeschlagen. Sein dogmatischer Sinn soll darin liegen, die Rolle eines Privaten in einem staatlichen Verfahren neben den zuständigen Stellen, seinen zulässigen Verfahrensanteil und dessen Grenzen zu umschreiben.¹⁶⁶ Die Ausgestaltung dieser Rolle ist Sache des einfachen Gesetzgebers¹⁶⁷, der z.B. vorsehen kann, dass im Verfahren der Bauleitplanung die Bürgerbeteiligung von einem privaten Projektmanager durchgeführt wird, der aber gegen rechtsstaatliche Schranken prallen würde, wenn er auch die planerische Abwägung Privaten überantworten wollte.¹⁶⁸ Das eingangs gegebene Beispiel der Steueranmeldung ist hier einzuordnen; bei ihm würden möglicherweise Grenzen aus den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung überschritten, wenn der Gesetzgeber das Anmeldeverfahren auf die Körperschaftsteuer ausdehnen wollte.

Allgemein lässt sich sagen, dass Zuständigkeit¹⁶⁹ keine Pflicht zur vollständigen Eigenvornahme bedeutet¹⁷⁰, sondern die Pflicht, soviel selbst zu tun, dass die Entscheidung staatlich verantwortet werden kann.¹⁷¹ Damit besteht Spielraum für eine Beteiligung Privater¹⁷², den mit allgemei-

¹⁶⁵ Beispielsfall: OVG Münster DÖV 2002, 705.

¹⁶⁶ Warnung vor „modischen Neuetikettierungen“ in diesem Bereich bei *Di Fabio* (Fn. 25), 589.

¹⁶⁷ Zu verfassungsrechtlichen Grenzen *Kunig/Rublack* (Fn. 52), 7 ff.

¹⁶⁸ In der Praxis der Bauleitplanung kommt die gemeindliche Verantwortung in einem umfangreichen Kommunikationsprozess zwischen Gemeinde und Zuarbeiter zum Ausdruck, der die Entlastungswirkung solcher Zuarbeit freilich mindert. Zur Bedeutung der Abwägungsentscheidung grundlegend BVerwGE 45, 309.

¹⁶⁹ Genauer: Der positive Gehalt einer Zuständigkeitsnorm. Ihr negativer, andere staatliche Stellen ausschließender Gehalt erfasst dagegen auch die Zuarbeit.

¹⁷⁰ Anders *Remmert* (Fn. 108), 4. Kapitel B. I.

¹⁷¹ *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 175 ff., spricht insoweit von „Verfahrensherrschaft“. Zur Planungsprivatisierung vgl. auch *Osterloh* (Fn. 15), 238 f.

¹⁷² *Gallwas* (Fn. 1), 214, spricht von einer Mediatisierungskompetenz der Verwaltung.

nen Aussagen zu bestimmen nicht möglich ist. Im Bereich der Rechtsetzung ist er tendenziell am größten, weil der Staat sich hier auf einen voluntativen Akt zurückziehen kann. Je förmlicher ein Verfahren in Verwaltung und Gerichtsbarkeit ist, um so geringer sind die privater Beteiligung bleibenden Spielräume. Der Grundsatz der Nichtförmlichkeit von einfachen Verwaltungsverfahren (§ 10 VwVfG) eröffnet Ermessen zur Beteiligung Privater.

VIII. Aufgabenbeteiligung

Zu systematisieren bleiben drei Begriffe des allgemeinen Verwaltungsrechts: „Verwaltungshelfer“, „Indienstgenommener“ und „selbstständiger Unternehmer“. Diese Begriffe liegen entweder auf zwei unterschiedlichen Ebenen oder die Verwaltungshilfe erfasst die beiden anderen Formen mit.

1. *Verwaltungshilfe im Sinne einer Einbindung von Privaten in die Staatsorganisation*

Als Verwaltungshelfer kann eine natürliche Person¹⁷³ bezeichnet werden, der Hilfstätigkeiten in der Verwaltung zugewiesen sind und deren Verhalten der Verwaltung als eigenes zugerechnet wird; Beispiele wären der Schülerlotse oder der Lehrbeauftragte. Der Verwaltungshelfer ist bei diesem Verständnis nicht Privater, sondern Inhaber eines atypischen staatlichen Amtes: Es handelt sich um einen Begriff des öffentlichen Dienstrechts, der aus dem Thema herausfällt und – nebenbei – keinen großen Anwendungsbereich hat.¹⁷⁴ Ersteres gilt auch für Ehrenämter und ehrenamtliche Tätigkeiten, z.B. eines Schöffen oder eines Wahlhelfers. Wie bei der Verfahrensbeteiligung gibt es also Übergänge zwischen privater Tätigkeit und atypischem Amt, weiterhin zwischen Handeln im öffentlichen und Handeln im privaten Interesse.¹⁷⁵

Um das Wort „Verwaltungshilfe“ für das Thema zu erhalten, ist ein anderes Verständnis erforderlich, das sich in der neueren Literatur durchzusetzen scheint und für das der Grundrechtsstatus des Verwaltungshelfers und die Nutzung seiner Fähigkeiten und Interessen für Aufgaben der Verwaltung, aber auch seine Unterordnung unter diese Aufgaben konsti-

¹⁷³ Der Ausschluss juristischer Personen erklärt sich daraus, dass Inhaber eines Amtes nur eine natürliche Person sein kann.

¹⁷⁴ Umfassendste und aktuellste Zusammenfassung bei *Remmert* (Fn. 108), 5. Kapitel A. II.

¹⁷⁵ Beispiel für einen Grenzfall: der Bewährungshelfer.

tativ sind.¹⁷⁶ Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung *staatlicher* Aufgaben ist darum der eine Grundtyp der Aufgabenbeteiligung. Auch hierauf passt der Begriff des Verwaltungshelfers. Der andere Grundtyp ist die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung *öffentlicher* Aufgaben in einem staatlich geprägten System, beispielsweise der Betrieb einer Privatschule.¹⁷⁷ Trotz des fehlenden Bezugs im Konkreten ist diese Aufgabe als öffentlich anzusehen, weil das gesamte Schulwesen gemäß Art. 7 Abs. 1 GG der Aufsicht des Staates untersteht. Nicht ohne Grund gibt es für diesen zweiten Grundtyp aber keine einheitliche Bezeichnung; er ist zu vielgestaltig, und das Kriterium der öffentlichen Aufgabe ist als solches beschreibend und juristisch folgenlos.

2. *Verwaltungshilfe im Sinne einer Indienstnahme des Privaten für die Verwaltung*

Ob die Indienstnahme Privater für den Staat, die das Ergebnis einer funktionalen Privatisierung sein kann, einem Gesetzesvorbehalt unterfällt, oder – sei es öffentlich-rechtlich, sei es privatrechtlich – auf vertraglicher Grundlage¹⁷⁸ vonstatten geht, hängt maßgeblich von deren Freiwilligkeit ab. Dieses Kriterium hat trotz der nachvollziehbaren Zweifel an privater Kompromissbereitschaft bei hoheitlichem Druck¹⁷⁹ rechtliche Bedeutung. Die vertragliche Indienstnahme Privater dürfte mit der Kategorie des selbstständigen Unternehmers aus der Lehrbuchliteratur übereinstimmen, die allerdings primär für staatshaftungsrechtliche Zwecke gebildet worden ist. Ob ein Gesetzesvorbehalt eingreift, richtet sich im Ergebnis nach den allgemeinen Kriterien.¹⁸⁰ Es ist nicht erforderlich, für die Beteiligung Privater eine besondere Ausprägung des institutionellen Gesetzesvorbehalts zu postulieren. Hat der Gesetzgeber sich zur – unentgeltlichen – Indienstnahme Privater entschlossen, so hat grundrechtlicher Widerstand wenig Aussicht auf Erfolg, wenn es sich, wie zumeist, um

¹⁷⁶ Insbesondere *Burgi* (Fn. 26); zu dessen Terminologie die Rezension von *Bull DÖV* 2000, 654f. Vgl. auch den „selbstständigen Verwaltungshelfer“ im Sinne *Di Fabios* (Fn. 15), 273; ferner *Osterloh* (Fn. 15), 223 Fn. 70. Weiteres Begriffsverständnis schon bei *Ossenbühl* (Fn. 3), 159ff. und 203 (Leitsatz 1).

¹⁷⁷ Zu dem Privatschulbeispiel schon *Ossenbühl* (Fn. 3), 187ff.

¹⁷⁸ Zu der Alternative zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag insoweit *Burgi* (Fn. 26), 164ff. Beides unter dem Begriff „Verwaltungsvertrag“ zusammenfassend *Krebs* (Fn. 16), 250ff.

¹⁷⁹ Vgl. *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 185ff., 212ff. Zu normersetzenden und normprägenden Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, die auch auf hoheitlichen Druck zustande kommen, *Michael* (Fn. 89), 96ff., 320ff.

¹⁸⁰ Vgl. schon *Ossenbühl* (Fn. 3), 168ff.

eine Berufsausübungsregelung handelt, zu deren Rechtfertigung jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls reicht.¹⁸¹ Die Grenzen gesetzessfreier Heranziehung Privater für die Erfüllung von Staatsaufgaben dürften denjenigen bei der „Verfahrensbeteiligung“ entsprechen¹⁸², wo sie sich wegen der juristischen Finalisierung von Verfahren freilich besser konturrieren lassen.

3. *Der Private als Inhaber öffentlicher Aufgaben*

Beteiligt der Private sich an der Wahrnehmung nicht einer staatlichen, sondern einer nicht-staatlichen, aber staatlich verantworteten öffentlichen Aufgabe¹⁸³, ergibt sich kein grundsätzlicher Unterschied.¹⁸⁴ Denn in beiden Fällen ist der Private als Grundrechtsträger beteiligt¹⁸⁵ und liegt hierin auch der Sinn der Beteiligung. Der – für die Beurteilung der Zulässigkeit der Beteiligung nicht maßgebende – Unterschied liegt darin, dass im ersten Fall der private Beitrag dienend auf eine Staatsaufgabe bezogen ist und im zweiten Fall selbstständiger Beitrag in einem staatlich geprägten und gewährleisteten Gesamtsystem (wie dem Gesundheits- oder dem Schulwesen) ist.

IX. Die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben als Teil privater Tätigkeit

Ist die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, in welcher Form auch immer, nur ein Teil privater Tätigkeit¹⁸⁶, so stellt sich die Frage ihres Verhältnisses zu anderen Teilen. Diese Frage ist nach keinen anderen Grundsätzen zu beantworten, als sie das Beamtenrecht für Nebentätigkeiten und das Verhältnis von dienstlicher und privater Sphäre entwickelt hat. Gegen

¹⁸¹ Zu diesem Fragenkreis dürfte sich nach *Ossenbühl* (Fn. 3), 175 ff. (dort auch zu Art. 12 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 1 GG) nichts grundsätzlich Neues sagen lassen. Zu Art. 12 Abs. 1 GG vgl. noch *dens.* AöR 115 (1990), 1 ff. Wie hier im Ergebnis auch *Burgi* (Fn. 26), 224.

¹⁸² Dazu oben VII. *Burgi* (Fn. 26), 287 f. verweist insoweit auf das „Staatsaufgabengesetz“, also die im Einzelfall einschlägigen gesetzlichen Regelungen, was bedeutet, dass eine pauschale Antwort auf die Frage nicht möglich ist; vgl. auch *Osterloh* (Fn. 15), 234 ff.

¹⁸³ Erläuterung des Begriffs oben bei II.1.a).

¹⁸⁴ Vgl. hierzu schon *Ossenbühl* (Fn. 3), 158 f.

¹⁸⁵ Einfachgesetzliche Anerkennung seiner Selbstständigkeit in § 10 Abs. 2 BSHG und in § 17 Abs. 3 Satz 2 SGB I.

¹⁸⁶ Dazu, dass Indienstnahmen typischerweise an eine schon ausgeübte berufliche Tätigkeit anknüpfen, s. *Manßen* (Fn. 5), Rn. 290.

eine Übersicherung staatlicher Belange, etwa durch gesellschaftsrechtliche Einwirkungsrechte, die sich auch auf erwerbswirtschaftliche Beteiligung beziehen, soweit diese Einfluss auf die Erfüllung staatlicher Aufgaben haben kann¹⁸⁷, hat der Private Grundrechtsschutz.

Ist die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dagegen ausschließlicher Inhalt privater Tätigkeit, so drohen rechtlich zunächst schwer greifbare Gefahren einer Kommerzialisierung, einer Abhängigkeit der Privaten, zugleich einer Günstlingswirtschaft.

X. Nichtbeteiligung und Nichtbeteiligte

So schwierig die Abgrenzung und Zuordnung unterschiedlicher Formen der Beteiligung Privater ist, so klar ist dagegen die Abgrenzung von Beteiligung und Nichtbeteiligung. Im besonders sensiblen Bereich der Finanzen verhindern die Gegenleistungsfreiheit der Steuer und das haushaltsrechtliche Prinzip der Nonaffektation¹⁸⁸, dass Zahlungen Privater bestimmten öffentlichen Aufgaben zugeordnet werden können. Im Personalbereich ist es das öffentliche Dienstrecht, das Privates und Amtliches voneinander trennt. Und im Beschaffungswesen sorgt ein immer strengeres Vergaberecht für eine Neutralisierung sachfremden privaten Einflusses.¹⁸⁹ Diesen inhaltlich so verschiedenen Rechtsmaterien lässt sich der Grundgedanke entnehmen, dass es eine „aufgedrängte“ Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nicht geben soll, sondern dass „Beteiligung“ eine staatliche Zulassung voraussetzt.¹⁹⁰ Dieser Grundgedanke kommt in dem Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ausdruck¹⁹¹, wobei „öffentlich-rechtliche Geschäftsführung“ hier im Kern gleichzusetzen ist mit „Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“.

¹⁸⁷ So das mit dem Wort „kann“ weit gefasste Kriterium des StGH Bremen, Urteil vom 15. 1. 2002, St 1/01, UA, 24; wohl restriktiver § 5 des bremischen Beleihungsgesetzes, welches dieser Entscheidung zugrunde lag, hinsichtlich der Rechnungshofkontrolle.

¹⁸⁸ Das auch für nichtsteuerliche Einnahmen des allgemeinen Haushalts gilt (*P. Kirchhof* in: HStR IV, 1990, § 88 Rn. 208). Zu ihm mwN: *Tipke/Lang Steuerrecht*, 17. Aufl., 2002, § 3 Rn. 14. Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Thema auch *Di Fabio* (Fn. 15), 267.

¹⁸⁹ Zu ihm auch *Burgi* (Fn. 26), 147 ff.; *Puhl VVDStRL* 60 (2001), 456 ff.

¹⁹⁰ Zur sachverständigen Beratung ebenso *Brohm* (Fn. 36), Rn. 38.

¹⁹¹ Zu dessen dogmatischen Problemen *Maurer* (Fn. 9), § 28 Rn. 10 ff. Beispiel einer gesetzlichen Regelung: § 121 BSHG.

Eine Beteiligung Privater setzt eine staatliche Zulassung voraus, durch die staatliche Verantwortung geltend gemacht werden kann.¹⁹² Diese „Zulassung“ ist an keine bestimmte Handlungsform gebunden;¹⁹³ staatliche Verantwortung muss sich nicht in den Formen traditioneller Staatsaufsicht geltend machen. Die Zulassung ermöglicht dem Staat, die Problematik von Dritten – von übergangenen Beteiligungsinteressenten, von Außenstehenden¹⁹⁴ – zu steuern und einer Gewährleistungsverantwortung für eine öffentliche Aufgabe¹⁹⁵ nachzukommen. Rechtsgrund für das Zulassungserfordernis können grundrechtliche Schutzpflichten sein; aber ob ein Grundrechtsgut konkret gefährdet ist, lässt sich pauschal nicht sagen.¹⁹⁶ Punktuell sind verfassungsrechtliche Aufgaben- und Gewährleistungsfestschreibungen dieser Rechtsgrund. Aufs Ganze gesehen ist der Rechtsgrund derselbe wie für die staatliche Verantwortlichkeit: die Staatlichkeit einer Aufgabe bzw. die Staatlichkeit eines Systems, in dem Private öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Die Begriffe Aufgabe, Verantwortlichkeit und Zuständigkeit liegen auf einer Linie, insofern sie eine Garantenpflicht für ihren Gegenstand begründen. Das Begriffspaar Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortlichkeit hat somit doch einen rechtsdogmatischen Gehalt.¹⁹⁷

XI. Abschließende Überlegungen

Eine rechtspolitische Bewertung steht vor dem Problem der Ungewissheit wichtiger empirischer Grundlagen. Dies betrifft insbesondere die Alternative, ob die Beteiligung Privater ein „Ausfransungsprozess des öf-

¹⁹² Zu ihr, für den Fall der Privatisierung, wohl notwendig im Abstrakten bleibend: *Bauer* (Fn. 13), 268 ff., 277 ff. Die Vagheit des Verantwortungskriteriums nutzt sowohl Privatisierungsbefürwortern als auch -gegnern, indem sie klare Festlegungen vermeiden lässt.

¹⁹³ Zur Frage eines Zulassungsanspruchs *Kunig/Rublack* (Fn. 52), 10 f. Wichtigste verfassungsrechtliche Anspruchsgrundlage dürfte Art. 3 Abs. 1 GG sein.

¹⁹⁴ Zu Letzterem auch die Überlegungen von *Schmidt-Preuß* (Fn. 4), 198. *Kunig/Rublack* (Fn. 52), 9 f., sprechen von „Viertschutz“.

¹⁹⁵ *Gallwas* hat insoweit schon früh von einer Garantenstellung gesprochen (Fn. 1), 226 ff., 229 ff.

¹⁹⁶ Ein manchmal ubiquitärer Gebrauch des Rechtsinstituts der grundrechtlichen Schutzpflicht wirkt wie eine verfassungsrechtliche Verbrämung sozialstaatlicher Vollkas-komentalität. Klar konturiert dagegen *Isensee* in: HStR V, 1992, § 111 Rn. 88 ff.

¹⁹⁷ Die als dritte zu nennende Auffangzuständigkeit liegt auf einer juristisch nur verfassungsrechtlich denkbaren Metaebene, weil sie die Schaffung von Aufgaben usw. betrifft. Zu diesen Begriffen oben I.3.

fentlichen Sektors“¹⁹⁸, ja ein Eindringen Privater in den staatlichen Bereich, ein Entstaatlichungsprozess ist oder ob sie eine Folge der entgegengesetzten Entwicklung ist, einer Ausdehnung staatlicher Aufgaben und Regulierung, die – soll sie nicht zu einer freiheits- und wohlstandsgefährdenden weiteren Ausdehnung der Staatsquote führen – die Einschaltung Privater unumgänglich macht. Eine rechtspolitische Bewertung sieht sich weiter dem Problem gegenüber, dass wichtige Gründe für eine Beteiligung Privater an anderen Stellen zu suchen sind: in einer Krise des Berufsbeamtentums¹⁹⁹ und in einer Normsetzungsflut, die in Umfang und Hektik auf die Arbeitskapazität staatlicher Vollzugsorgane wenig Rücksicht nimmt.

Von den Rechtsinstituten des allgemeinen Verwaltungsrechts haben sich die Beleihung und die Indienstnahme bewährt, während die Verwaltungshilfe zum einen von einem speziellen, staatshaftungsrechtlichen Kontext, zum anderen von den Unklarheiten des Begriffs „öffentliche Aufgabe“ beeinflusst ist. Es fällt auf, dass Organisationsfragen im Verwaltungsrecht weniger unter dem Gesichtspunkt einer Beteiligung Privater als unter dem Gesichtspunkt der Integrität der Staatsgewalt diskutiert werden. Es fällt weiter auf, dass Grundrechte für das Thema eine geringere Rolle spielen als bei anderen Themen üblich.

Nachdenken über eine Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben führt auf den Staat, nicht zentral auf die Verfassung, und lässt den Staat durch den Kontrast zu privaten, gesellschaftlichen Kräften neue Kontur²⁰⁰ als die zentrale Größe gewinnen, die die Öffentlichkeit von Aufgaben konstituiert und deren Wahrnehmung gewährleistet.²⁰¹ Wie dies im Einzelnen geschieht, ist eine pragmatisch zu beant-

¹⁹⁸ Im Original „Ausfransungsprozess“; *Schuppert* in: Gusy (Hrsg.) *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen*, 1998, 72, 92.

¹⁹⁹ Wenn in Teilen der Verwaltung nur mäßig qualifiziertes Personal beschäftigt wird, nimmt es nicht Wunder, dass auch der Staat selbst sie meidet und nach privaten Alternativen sucht, was aber die Schwierigkeit, besseres Personal zu rekrutieren, für den betroffenen Verwaltungszweig nur weiter erhöht. Zur Staatshochbauverwaltung insoweit schon *Laux* in: *Biernat u. a. (Hrsg.) Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung*, 1994, 283, 284. – Zum grundsätzlichen Problem im Ansatz wohl ebenso *Osterloh* (Fn. 15), 215.

²⁰⁰ In der oben zitierten Entscheidung des StGH Bremen (vom 15. 1. 2002, St 1/01) ist (UA 15) von einem „Prinzip der Einheit der Staatsorganisation“ die Rede. Paradigmatisch der Titel eines Literaturberichts von *Schuppert* *Zur Neubelebung der Staatsdiskussion. Entzauberung des Staates oder „Bringing the state back in“*, *Der Staat* 28 (1989), 91 ff.

²⁰¹ Im Verhältnis von Staat und Gesellschaft die Akzente etwas setzende abschließende Bemerkungen bei *Ossenbühl* (Fn. 3), 201 f. Heute droht weder eine Gefahr totaler Inpflichtnahme Privater noch liberalistischer Teilnahmslosigkeit. Im Verhältnis

wortende Frage; von einem an einem Verantwortungsprinzip orientierten allgemeinen Verwaltungskooperationsrecht²⁰² sollte man sich keine Hilfe erwarten.²⁰³ Werden Private an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beteiligt, so kann staatliche Verantwortung sich nicht wie gegenüber nachgeordneten Behörden geltend machen. Es ist ein Widerspruch, freilich auch eine nahe liegende Versuchung, wenn der Staat private Fähigkeiten und Interessen für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nutzen und zugleich die volle Kontrolle darüber behalten möchte; zwischen beidem muss ein Ausgleich gefunden werden.

von Staat und Gesellschaft erscheint „die Gesellschaft“ zur Zeit als leistungsfähiger und der Staat als ihrer Hilfe bedürftig.

²⁰² Dessen Schaffung schon aus Gründen föderaler Aufteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts unwahrscheinlich ist.

²⁰³ Hierin spiegelt sich die Beobachtung, dass die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ein Thema des Besonderen Verwaltungsrechts zu sein scheint.

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung

I. Rechtlicher und tatsächlicher Befund

1. Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist weder für das Verfassungs- noch für das allgemeine Verwaltungsrecht ein einheitliches Thema. Im Grundgesetz finden sich ausdrückliche Regelungen zur Privatisierung von Bahn und Post und zur Organisation der Flugsicherung sowie zu den Privatschulen. Das allgemeine Verwaltungsrecht ist beteiligt mit den Instituten der Beleihung und der – pflichtigen oder freiwilligen – Verwaltungshilfe, der Kondominial- und der funktionalen Selbstverwaltung, mit dem Verwaltungsprivatrecht und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen einer unternehmerischen Kooperation von Staat und Privaten, schließlich durch Privatisierung und (Selbst-)Regulierung.

2. Diese unterschiedlichen Zugänge lassen sich auf der Grundlage eines formalen Staatsaufgabenbegriffs (dazu 4.) um die vier rechtlich ausgestalteten Leitbegriffe Aufgabe und Befugnis, Organisation und Verfahren ordnen. Eine juristisch aussagekräftige Ordnung um ein Verantwortungsprinzip ist nicht möglich; denn ein solches ist – wie die Kategorie des Gemeinwohls – zu abstrakt.

3. Als Beispiel für die tatsächliche Bedeutung des Themas sei die Steueranmeldung genannt, die Berechnung der Steuer durch den Steuerpflichtigen selbst, die einer finanzbehördlichen Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht und alleinige Grundlage für die Steuererhebung sein kann. Auf diese Weise werden mindestens 50 % des gesamtstaatlichen Steueraufkommens vereinnahmt, in Deutschland nach der Steuerschätzung für 2002 grob 225 Mrd. Euro.

II. Begrifflichkeit und juristische Fragestellung

4. Schlüssel- und zugleich problematischster Begriff ist „öffentliche Aufgabe“. Dieser Begriff stimmt im Kern mit dem Begriff der Staatsaufgabe überein. Staatsaufgabe ist alles, womit der Staat sich in rechtlicher Form befasst und von Verfassungs wegen befassen darf oder muss. Nicht-staatliche öffentliche Aufga-

ben, bei denen eine staatliche Verantwortung besteht, sind durch die Möglichkeit staatlichen Zugriffs gekennzeichnet; es kann sich um Aufgaben handeln, die Privaten im Umfeld einer Staatsaufgabe zum Zweck der Staatsentlastung auferlegt sind (Beispiel: Entsorgungspflichten), oder um selbstständige Beiträge Privater in einem staatlich geprägten System (Beispiel: Privatschule).

5. Staatsaufgaben ergeben sich grundsätzlich nicht materiell aus der Verfassung. Die inhaltliche Offenheit des Begriffs mag ein Beispiel verdeutlichen. Betreibt eine Kommune aus Gründen der Daseinsvorsorge ein Schwimmbad in der Organisationsform einer GmbH, so ist der Betrieb Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe, ja einer Staatsaufgabe. Werden die Anteile an der GmbH vollständig an einen Privaten veräußert, der den Betrieb des Schwimmbades tatsächlich in gleicher Weise fortführt, so liegt keine Staatsaufgabe, ja auch keine öffentliche Aufgabe mehr vor. Einem Privaten eine Staatsaufgabe als solche aufzuerlegen, ist nicht möglich.

6. Privater ist jede natürliche Person, soweit sie kein öffentliches Amt innehat, und jede grundrechtsfähige privatrechtsförmige Organisation. Internationale Bezüge werden bei dieser Definition vernachlässigt.

7. „Beteiligung“ lässt sich auf die Aufgabenträgerschaft und die Aufgabenwahrnehmung beziehen und setzt eine staatliche Zulassung voraus. Anders als im wirtschaftlichen Verkehr ist „Beteiligung“ nicht primär finanziell zu verstehen, weil bei öffentlichen Aufgaben die Finanzierung der Aufgabe nachfolgt.

8. Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben steht nicht ohne Grund in dem Ruf, ein unübersichtlicher und heterogener Komplex zu sein. Die Staatsorganisation muss aber, vor allem aus Gründen demokratischer Zurechnung und Verantwortung, klar strukturiert sein. Die Beteiligung Privater muss sich darum in ein Gesamtkonzept der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben einfügen, für das der Staat verantwortlich ist.

III. Staatstheoretische Grundlagen

9. Die Attraktivität des „Privaten“ für das öffentliche Recht ist in der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft begründet. Deren polare Struktur schließt Drittes, was mehr sein soll als eine Mischung von beidem, und gleitende Übergänge aus. Von den beiden Polen ist der Staat rechtlich organisiert und national radiziert. Der Staat ist kein bloßes gesellschaftliches Subsystem, leidet aber an einer Professionalitätskrise seines Beamtentums.

10. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft erfüllt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht mit Sinn. Das Privatrecht bietet Foren, auf denen sich Staat und Private gleichberechtigt an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beteiligen können.

11. *Das Gemeinwohl fällt nicht ausschließlich in die Zuständigkeit des Staates, sondern wird von Staat und Gesellschaft zusammen angestrebt. Der Vorbehaltsbereich des Staates beschränkt sich auf das Gewaltmonopol im Inneren wie im Äußeren und auf die Befugnis zu allgemein verbindlicher Entscheidung durch Norm sowie exekutiven und richterlichen Einzelakt. Auch insoweit besteht kein Staatsmonopol.*

12. *Eine Verantwortung Privater für das Gemeinwohl erfordert rechtliche Konkretisierung (durch den Staat). Ist von einer „Verantwortungsteilung“ zwischen Staat und Privaten die Rede, so darf dieser Unterschied zwischen beiden nicht übersehen werden. „Verantwortungsteilung“ birgt eine Gefahr unklarer Zuordnungen, die deutlicher wird, wenn „Verantwortung“ durch „Zuständigkeit“ ersetzt wird.*

IV. Befugnisbeteiligung

13. *Bei der Beleihung werden einzelne hoheitliche, auch schlicht-hoheitliche Befugnisse auf Private zur selbstständigen Ausübung übertragen. Die staatliche Verantwortung macht sich geltend über Gesetzesvorbehalt und Aufsicht, die Beschränkung auf einzelne Hoheitsrechte und die Selbstständigkeit ihrer Ausübung, die klare Zuordnungen ermöglicht. Die Beleihung erlebt zur Zeit eine Renaissance.*

V. Organisationsbeteiligung

14. *Die Beteiligung Privater an öffentlich-rechtlichen Gremien und Organisationen, ihre Verkammerung sowie die Einbindung öffentlich-rechtlicher Organisationen in privatrechtliche Konzernstrukturen stößt im Demokratieprinzip des Grundgesetzes auf enge, für diese Beteiligungsformen gesondert zu begründende, aber auf demselben Grundgedanken beruhende Grenzen (wie das Prinzip der doppelten Mehrheit). Der Grundgedanke lautet, dass Privaten personelle demokratische Legitimation fehlt.*

15. *Einer Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Organisationsformen des Privatrechts bereiten das Demokratieprinzip und der Gesetzesvorbehalt geringeren Widerstand. Das Verwaltungsprivatrecht sollte nicht nur unter dem Gesichtspunkt einer Flucht des Staates aus öffentlich-rechtlichen Bindungen betrachtet werden, sondern auch unter dem gegenläufigen Gesichtspunkt einer Beteiligung Privater an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen. Der wichtigste Grundsatz des (privatrechtlichen) Gesellschaftsrechts ist der Gleichheitssatz. Er gewährleistet, dass Staat und Private in seinen Organisationsformen gleichberechtigt kooperieren. Ein als*

*Sonderrecht staatlicher Gesellschafter damit unvereinbares Verwaltungsge-
sellschaftsrecht ist abzulehnen.*

*16. Adressat öffentlich-rechtlicher Bindungen gemischt-wirtschaftlicher Un-
ternehmen ist nicht die privatrechtliche Organisation, sondern der staatliche
Anteil, dies ohne Rücksicht auf dessen Höhe. Die Organisation ist grund-
rechtsfähig, auch dies ohne Rücksicht auf die Höhe des staatlichen Anteils.
Die Rücknahme staatlicher Verantwortung äußert sich hier auch im Fehlen
einer Staatsaufsicht und in der Insolvenzfähigkeit.*

*17. Solche öffentlich-rechtlichen Bindungen müssen in die „Sprache“ des
Gesellschaftsrechts transformiert werden. Wo dies nicht möglich ist, scheidet
die Privatrechtsform für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben aus. Nicht
zuletzt wegen der größeren Selbstständigkeit bedarf die Option für das Privat-
recht einer gesetzlichen Grundlage.*

VI. Verfahrensbeteiligung

*18. Mit Verfahrensbeteiligung sind alle auf staatliche Verfahren bezogenen
Maßnahmen Privater gemeint, die staatliches Handeln ersetzen oder beein-
flussen, nicht die notwendige Beteiligung insbesondere eines Antragstellers.
Hierhin gehört insbesondere die sachverständige Beratung. Verfahrensbeteili-
gung ist in einfachen Verwaltungsverfahren auch ohne gesetzliche Regelung
grundsätzlich zulässig, sofern die zuständige Stelle die das Verfahren abschlie-
ßende Entscheidung als eigene verantworten kann. Dies setzt eine rechtliche
Zäsur zwischen der ein Verfahren abschließenden Entscheidung und ihrer
Vorbereitung voraus. Diese Zäsur ist auch im Gesetzgebungsverfahren mög-
lich, weniger in förmlichen Verwaltungs- oder in Gerichtsverfahren.*

*19. Für den privaten Beteiligten an staatlichen Verfahren wird der Begriff
des Zuarbeiters vorgeschlagen, der den insbesondere nach den Regeln über
die sachliche Zuständigkeit zulässigen Verfahrensanteil von Privaten und die
Funktion ihrer Beteiligung umschreiben soll.*

VII. Aufgabenbeteiligung

*20. Soweit man unter Verwaltungshelfer eine natürliche Person versteht,
der Hilfstätigkeiten in der Verwaltung zugewiesen sind und deren Verhalten
der Verwaltung zugerechnet wird, trägt der Begriff zu dem Thema wenig bei;
er ist dann dienstrechtlicher Natur. Anders ist es bei einem Begriffsverständ-
nis, für das der Grundrechtsstatus des Verwaltungshelfers und die Nutzung
seiner Fähigkeiten und Interessen für die Verwaltung bei gleichzeitiger Unter-
ordnung unter deren Aufgaben konstitutiv sind.*

21. Die Aufgabenbeteiligung kann auf eine Staatsaufgabe oder eine davon zu unterscheidende öffentliche Aufgabe (oben 4.) bezogen werden, ohne dass damit grundsätzlich verschiedene Rechtsfragen verbunden wären.

22. Die Aufgabenbeteiligung bedarf nach den allgemeinen Kriterien einer gesetzlichen Grundlage oder ist auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrags möglich. Grundrechtlicher Widerstand gegen eine (unentgeltliche) Indienstnahme verspricht wenig Aussicht auf Erfolg, wenn diese sich als bloße Berufsausübungsregelung darstellt.

VIII. Beteiligung als Nebentätigkeit, Nichtbeteiligung

23. Ist die Beteiligung an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nur ein Teil privater Tätigkeit, so müssen Interessenkonflikte mit anderen, insbesondere erwerbswirtschaftlichen Teilen vermieden werden.

24. Kriterium für das Vorliegen einer Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist eine staatliche Zulassung, die an keine bestimmte Rechtsform gebunden ist und über die staatliche Verantwortung geltend gemacht werden kann. Wie in dem Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag exemplarisch zum Ausdruck kommt, soll es eine „aufgedrängte Beteiligung“ nicht geben. Im besonders sensiblen Bereich der Finanzen verhindern die Gegenleistungsfreiheit der Steuer und das haushaltsrechtliche Prinzip der Nonaffektation, dass Zahlungen Privater bestimmten öffentlichen Aufgaben zugeordnet werden können.

IX. Ausblick

25. Eine rechtspolitische Bewertung anhand der Alternative, die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben als Eindringen Privater in den staatlichen Bereich, als Entstaatlichung, aufzufassen oder – konträr – als Folge einer Überdehnung staatlicher Aufgaben und Regulierung, die – soll sie nicht Freiheit und Wohlstand gefährden – die Aktivierung Privater unumgänglich macht, ist zu pauschal. Eine rechtspolitische Bewertung muss weiter die aktuelle Professionalitätskrise des Berufsbeamtentums und eine Normsetzungsflut bedenken, die in Umfang und Hektik auf die Arbeitskapazität staatlicher Vollzugsorgane wenig Rücksicht zu nehmen scheint. Eine rechtspolitische Bewertung führt als zentrale Größe auf den Staat, der die Öffentlichkeit von Aufgaben konstituiert, deren Wahrnehmung gewährleistet und pragmatisch Private beteiligt. Eine allgemeine Regelung dieser Beteiligung in einem Verwaltungskooperationsrecht ist rechtspolitisch nicht geboten und wäre in Deutschland wegen der föderalen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Übrigen kaum realisierbar.

Zweiter Beratungsgegenstand:
Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel

**Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher
Aufgaben und staatliche Verantwortung**

2. Bericht von Prof. Dr. *Andreas Voßkuhle*, Freiburg i.Br.*

Inhalt

	Seite
I. Zeitlosigkeit und Zeitbedingtheit des Themas	268
II. Auf der Suche nach der staatlichen Verantwortung im Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung	270
1. Staatstheoretische Perspektive	271
a) Hierarchie oder Heterarchie: Der Staat als Zurechnungssubjekt von Verantwortung in globalen Netzwerken	271
b) Der unendliche Diskurs über Gemeinwohl und Staatsaufgaben	273
2. Verwaltungswissenschaftliche Perspektive	275
a) Ordnung der Vielfalt arbeitsteiliger Prozesse: Typologisierungen und Skalierungen	275
b) Leitideen und Schlüsselbegriffe des Zusammen- wirkens zwischen öffentlichem und privatem Sektor	282
3. Europa- und verfassungsrechtliche Perspektive	286
a) Neukonzeption der staatlichen Daseinsvorsorge durch das Europarecht	286
b) Grenzen der Konstitutionalisierung des Gewähr- leistungsstaates	291

* Der vorliegende Text stimmt mit dem in St. Gallen gehaltenen Referat überein und ist einschließlich Fußnoten auf dem Stand vom 2. Oktober 2002. Auch Staatsrechtslehrerreferate entstehen nicht ausschließlich in Einsamkeit und Freiheit. Für kritische Diskussionen und Anregungen danke ich besonders *C. Bumke, W. Kahl, H. C. Röhl, R. Schmidt, F. Schoch, R. Sparwasser* und *R. Wahl*, sowie meinen Mitarbeitern *A.-K. Kaufhold* und *F. Reimer*.

4. Verwaltungsrechtliche Perspektive	299
a) Leistungsfähigkeit tradierter dogmatischer Institute . .	299
b) Notwendigkeit der Entwicklung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts	304
III. Systemlinien des Gewährleistungsverwaltungsrechts	307
1. Funktion und Eigenarten des Gewährleistungsverwaltungsrechts	307
a) Erhaltung der Eigenrationalität von Staat und Gesellschaft in arbeitsteiligen Arrangements	307
b) Aufbau einer Gewährleistungsstruktur	307
c) Produktive Verkoppelung privaten und öffentlichen Wissens	308
2. Regulierungskonzept	308
a) Kontextsteuerung und Prozeduralisierung	308
b) Ergänzungsverhältnis zwischen Öffentlichem und Privatem Recht	309
3. Grundbausteine einer Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts	310
a) Ergebnissicherung	311
b) Qualifikation und Auswahl privater Akteure	312
c) Schutz der Rechte Dritter	318
d) Lenkung und Kontrolle	320
e) Evaluation und Lernen	325
f) Effektive staatliche Rückholoptionen	326
IV. Ausblick: Kodifizierung oder Rechtsfortbildung?	327

I. Zeitlosigkeit und Zeitbedingtheit des Themas

Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stellt in freiheitlichen Ordnungen eine Alltäglichkeit dar.¹ Die Ursachen hierfür liegen auf der Hand: Der stets an der Grenze zur Überforderung agierende Staat kann sich auf diese Weise selbst entlasten und gleichzeitig das Problemlösungspotential der Gesellschaft für die Verfolgung öffentlicher Interessen nutzen. Beide Anliegen scheinen am Anfang des 21. Jahrhunderts angesichts der Weite und Tiefe des zu bewältigenden Aufgabenspektrums sowie eines stetigen Komplexitätszuwachses in allen zentralen Handlungsfeldern drängender geworden zu sein. Nicht zuletzt der in jüngerer Zeit deutlich vernehmbare Ruf nach der Entwicklung eines Privatorganisations-², Privatisierungsfolgen-³, Verwaltungskoope-

¹ Exemplarisch *J. Isensee* Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HStR III, 1988, § 57 Rn. 78, 81, 138. Dementsprechend hat sich die Vereinigung seit ihrem Bestehen mit dieser Thematik immer wieder aus ganz unterschiedlichen Perspektiven beschäftigt. Nähere thematische Bezüge bestehen zu folgenden Referaten: *J. Salzwedel* und *M. Bullinger* Staatsaufsicht in der Verwaltung und der Wirtschaft, VVDStRL 22 (1965), 206ff. bzw. 264ff.; *G. Leibholz* und *G. Winkler* Staat und Verbände, VVDStRL 24 (1966), 5ff. bzw. 34ff.; *F. Ossenbühl* und *H.-U. Gallwas* Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 137ff. bzw. 211ff.; *O. Bachof* und *W. Brohm* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 193ff. bzw. 245ff.; *D. Rauschning*, *W. Hoppe*, *K. Wenger* und *L. Wildhaber* Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), 167ff., 211ff., 318ff. bzw. 325ff.; *H.-C. Link* und *G. Ress* Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48 (1990), 7ff. bzw. 56ff.; *J. Burmeister* und *W. Krebs* Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 190ff. bzw. 248ff.; *J. Hengstschläger*, *L. Osterloh*, *H. Bauer* und *T. Jaag* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), 165ff., 204ff., 243ff. bzw. 287ff.; *D. Merten*, *W. Berka* und *O. Depenheuer* Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55 (1996), 7ff., 48ff., 90ff.; *M. Schmidt-Preuß* und *U. Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160ff. bzw. 235ff.; *F. Schoch* und *H.-H. Trute* Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), 158ff. bzw. 216ff.; *W. Löwer*, *T. Puhl* und *M. Holoubek* Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 416ff., 456ff. und 513ff.

² *R. Wahl* Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, 301, 325ff. Zust. *P. M. Huber* Die entfesselte Verwaltung, StWSiP 9 (1998), 423, 447. In dieselbe Richtung zielt die ältere Forderung nach einem „Verwaltungsgesellschaftsrecht“, vgl. erstmals *E. T. Kraft* Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982, 231–260. Aus jüngerer Zeit vgl. *T. v. Danwitz* Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht, AöR 120 (1995), 595ff.; *W. Krebs* Notwendigkeit und Struktur eines Verwaltungsgesellschaftsrechts, Die Verwaltung 29 (1996), 309ff.

³ *J. A. Kämmerer* Verfassungsstaat auf Diät?, JZ 1996, 1042, 1047–1050; ders. Privatisierung, 2001, 426–525. Vgl. ferner *M. Ruffert* Regulierung im System des Verwal-

rations⁴ oder Regulierungsverwaltungsrechts⁵ deutet darauf hin, dass sich Art und Umfang des Zusammenwirkens zwischen staatlichen und privaten Akteuren gewandelt haben⁶ und die rechtliche Bewältigung der damit verbundenen Herausforderungen weiterhin aussteht.⁷ Erhärtet werden soll diese Vermutung im ersten Teil meines Berichts durch die kritische Rekonstruktion der bisherigen Diskussion (II.).⁸ Die dort ange-

tungsrechts, AöR 124 (1999), 237, 239; Schoch (Fn. 1), 206f.; M. Burgi Kommunales Privatisierungsfolgenrecht, NVwZ 2001, 601 ff. Richtungsweisend Bauer (Fn. 1), 279: „Privatisierungsfolgenverantwortung“.

⁴ Der Begriff geht wohl zurück auf E. Schmidt-Aßmann Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktion als wechselseitige Auffangordnungen, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 7, 29, der auch von „Privatverwaltungsrecht“ (ebd., 28) spricht. Näher ausgeformt wird das dahinterstehende Konzept bei G. F. Schuppert Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung, in: C. Gusy (Hrsg.) Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, 72, 111 ff.; ders. Verwaltungswissenschaft, 2000, 443–452; ders. Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Gutachten im Auftrag des BMI, Juni 2001, und H. Bauer Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts, in: G. F. Schuppert (Hrsg.) Jenseits von Privatisierung und „schlankem Staat“, 1999, 251 ff.; ders. Public-Private-Partnerships als Erscheinungsformen der kooperativen Verwaltung, in: R. Stober (Hrsg.) Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften, 2001, 21, 29 ff. Vgl. ferner W. Kahl Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht, DÖV 2000, 793, 802; R. Pitschas Polizeirecht im kooperativen Staat, DÖV 2002, 221; W. Weiß Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, 1167, 1181 f.

⁵ J. Wieland Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung, Die Verwaltung 28 (1995), 315, 332–335; H.-H. Trute Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, 950, 954; T. Skoczny Stand und Entwicklungstendenzen eines Regulierungsverwaltungsrechts in Polen, und J. Masing Stand und Entwicklung eines Regulierungsverwaltungsrechts, beide in: H. Bauer u. a. (Hrsg.) Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen des Gewährleistungsstaates, 2002, 113 ff. bzw. 161 ff. Ähnlich J.-P. Schneider Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, 35–38, der für die Entwicklung eines „Wirtschaftsregulierungsrechts“ plädiert.

⁶ Zu möglichen Ursachen und Erklärungsansätzen vgl. auch Osterloh (Fn. 1), 219f., und A. Voßkuhle Das Kompensationsprinzip, 1999, 1–7 mwN.

⁷ Krit. O. Lepsius Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, 409–415: „Wiederbelebung traditioneller Debatten“.

⁸ Aus der Metaperspektive lassen sich mit aller gebotenen Vorsicht drei dominante Diskurse unterscheiden, die zeitlich versetzt und teilweise parallel zueinander verlaufen, letztlich aber dieselben Grundfragen zum Gegenstand haben: (1) Deregulierung und Privatisierung, (2) Reform der Verwaltung und des Verwaltungsrechts, (3) Stärkung bürgerschaftlichen Engagements. Zu Vernetzungen dieser Diskurslinien vgl. etwa G. F. Schuppert Aktivierender Staat und Zivilgesellschaft – Versuch einer Verhältnisbestimmung, in:

stellten Überlegungen münden in die zentrale These von der Notwendigkeit eines eigenständigen Rechts der Gewährleistungsverwaltung, dessen Systemlinien sodann im zweiten Teil näher entfaltet werden (III.).

II. Auf der Suche nach der staatlichen Verantwortung im Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung

Den Ausgangspunkt der Analyse bildet die Frage nach der Verantwortung⁹ des Staates im Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung. Juristisch präziser¹⁰ geht es um die Frage, in welchem Ausmaß staatliche

Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“, Deutscher Bundestag (Hrsg.) Bürgerschaftliches Engagement und Zivilgesellschaft, 2002, 185 ff.

⁹ Der Begriff der Verantwortung ist trotz oder gerade wegen seiner inflationären Verwendung in politischen, philosophischen, moraltheologischen und juristischen Diskursen stark ausfüllungsbedürftig und kontextabhängig geblieben, vgl. statt vieler zuletzt den materialreichen Überblick von H. Dreier Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, ARSP Beiheft 74 (2000), 9 ff. Bei näherem Hinsehen lassen sich aber sechs Elemente herauskristallisieren, die *Anknüpfungspunkte* für die *juristische Dogmatik* bieten und die zusammen die *formale Struktur* der Verantwortung kennzeichnen. Damit sinnvoll von Verantwortung gesprochen werden kann, bedarf es (1.) eines handlungsfähigen Subjekts (natürliche oder juristische Person), (2.) das aufgrund eines bestimmten Zurechnungsstatbestandes (3.) für etwas (ein Tun, ein Unterlassen, die daraus resultierende Folge, die Erreichung eines Zustands oder die Erfüllung einer Aufgabe) (4.) vor einer anderen Instanz (Gewissen, Gott, Öffentlichkeit, Gericht, Aufsichtsorgan etc.) einstehen muss, was immer nur dann zumutbar ist, wenn für den Verantwortlichen (5.) Handlungsspielräume bestehen und (6.) ein Maßstab existiert, an dem er sich bei seinen Handlungen orientieren kann. Die Zurechnung zwischen *Verantwortungssubjekt* und *Verantwortungsobjekt* lässt sich aus dem Begriff der Verantwortung selbst nicht begründen, sondern erfordert eine *Wertentscheidung*. Diese Wertentscheidung ist aus juristischer Sicht dem Gesetzgeber vorbehalten, der seinerseits an die Verfassung gebunden ist, vgl. A. Voßkuhle Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Fn. 4), 47, 52–56 mwN. Zust. Lepsius (Fn. 7), 403–406. Den Verantwortungsbegriff auf vier Elemente reduzierend U. Di Fabio Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 106–108. Wieder anders z.B. E. Schmidt-Aßmann Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), 221, 227 f. Im Übrigen fällt auf, dass diejenigen, die mit Verantwortungstypologien arbeiten (vgl. unten Fn. 63, 65), den Begriff der Verantwortung i.d.R. selbst nicht weiter definieren.

¹⁰ Verantwortung ist zunächst ein *heuristischer Begriff* (E. Schmidt-Aßmann Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 1998, 3. Kap., Rn. 88). Ein einheitlicher (verfassungs-)rechtlicher Verantwortungsbegriff existiert nicht (Kämmerer [Fn. 3], 435); der Gesetzgeber verwendet den Begriff der Verantwortung nicht von ungefähr in unterschiedlichen Zusammenhängen und mit unterschiedlicher Bedeutung (vgl. D. Wilke Über Verwaltungsverantwortung, DÖV 1975, 509, 510 f.; M. Sachs Bürgerverantwortung im Verfassungsstaat, DVBl. 1995, 873, 874–876; Dreier [Fn. 9], 12–17). Dementsprechend

Hoheitsträger rechtlich verpflichtet sind, für die Erfüllung bestimmter Aufgaben einzustehen.¹¹ Ihr wird im Folgenden aus verschiedenen Perspektiven nachgegangen¹², um die begrenzte Tragweite der jeweiligen Begründungsstränge besser herauszuarbeiten.

1. Staatstheoretische Perspektive

a) Hierarchie oder Heterarchie: Der Staat als Zurechnungssubjekt von Verantwortung in globalen Netzwerken

Aus staatstheoretischer Sicht ist zunächst zu klären, ob der „Staat“ überhaupt noch als sinnvolles Zurechnungssubjekt von Verantwortung angesehen werden kann.¹³ Angesichts der Internationalisierung des poli-

sollte seine *dogmatische* Leistungsfähigkeit nicht überschätzt werden. Sehr weitgehend: P. Saladin Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, 99: „Schlüssel zu einer Staatstheorie der Gegenwart und Zukunft“; R. Pitschas Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, 9: „grundlegende und systembildende wie ebenso handlungsanleitende Kategorie der Staats- und Verwaltungswissenschaften“; Di Fabio (Fn. 9), 105: kein „juristischer Begriff im engeren Sinne“, aber „Essenz der Verfassungsstaatlichkeit“ und „unsichtbare konstitutionelle Grundstruktur“; J. Schubert Das „Prinzip Verantwortung“ als verfassungsrechtliches Rechtsprinzip, 1998, 323: „Verantwortung als Schlüssel zu einer neu-orientierten Staatstheorie“; L. Michael Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, 294–317: „normative Kategorie“ und „verfassungsrechtlicher Legitimationsbegriff“. Nicht unproblematisch auch BVerfGE 98, 106, 121: „Das Zusammenwirken von öffentlicher und privater Hand betont die gemeinsame Verantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die von Wirtschaft und Gesellschaft nicht nur die Beachtung des Rechts fordert (...).“ Krit. zur Verwendung des Begriffs im juristischen Kontext z.B. H. C. Röhl Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 33 ff.; R. Schmidt Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch 91 (2000), 149, 157 f.; Kämmerer (Fn. 3), 433–439.

¹¹ Eine vorrechtliche Verantwortung des Staates existiert in einem freiheitlich-demokratisch verfassten Gemeinwesen ebenso wenig wie eine vorrechtliche, nicht gesetzemesdiatisierte Verantwortung des Bürgers, ähnlich Merten (Fn. 1), 16–24; Berka (Fn. 1), 53–55; Dreier (Fn. 9), 26–31 mwN. Unklar Art. 6 BV-Schweiz: „Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.“ Dazu eingehend Michael (Fn. 10), 301–312 mwN.

¹² Auf diese Weise soll gleichzeitig eine unproduktive Entgegensetzung von Theorie und Dogmatik vermieden werden, näher zu dieser differenziert-integrativen Arbeitsweise A. Voßkuhle Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.) Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, 171, 188–195.

¹³ Hinter dem technisch anmutenden Thema der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben verbirgt sich insofern eine „fundamentale Frage der Staatlichkeit und Staatsstruktur“, F. Ossenbühl Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), 283, 285. Zust. C. Gramm Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, 21–23; Kämmerer (Fn. 3), 525–561.

tischen Systems¹⁴ sowie der vielfältigen kooperativen Verflechtungen und Diffusionen zwischen öffentlichem und privatem Sektor bestehen hier zunehmend Zweifel. So mehren sich Stimmen, denen zufolge die frühliberale Vorstellung einer zentralistischen Staatstheorie ersetzt werden muss durch ein „postmodernes Modell der heterarchischen relationalen Ordnungsbildung im Fluss der Zeit“¹⁵. Ihnen mag man von juristischer Seite entgegenhalten, dass die Regelungskonzeption der Verfassung in vielfältiger Weise auf der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft beruht.¹⁶ Eine solche kontrafaktische Argumentationslinie sieht sich indes schnell dem Vorwurf ausgesetzt, keine realitätsgerechte Theoriekonzeption anbieten zu können und auf eine rein symbolische Ebene abzugleiten. Noch wichtiger dürfte daher die Einsicht sein, dass zur Zeit keine Instanz ersichtlich ist, die auch nur annähernd in der Lage wäre, mit derselben Legitimation verbindliche Entscheidungen herzustellen und durchzusetzen wie der mit dem Gewaltmonopol ausgestattete Nationalstaat. Selbst im globalen Netzwerk multipler Akteure verbleibt ihm eine

¹⁴ Vgl. statt vieler *U. Brand u.a.* Global Governance, 2000, insbes. 21–47; *D. Held/ A. McGrew* The Great Globalization Debate: An Introduction, in: dies. (Hrsg.) The Global Transformation Reader, 2000, 1–45; *T. Bernauer* Staaten im Weltmarkt, 2000; *A. v. Bogdandy* Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation – 1. Teil: Entkopplung von Recht und Politik, KJ 2001, 264 ff., jeweils mwN. Speziell aus verwaltungsrechtlicher Sicht vgl. die umfassende Bestandsaufnahme bei *C. Tietje* Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001. Vgl. des Weiteren auch das Weißbuch der Europäischen Kommission „Europäisches Regieren“, KOM (2001), 428 endg.

¹⁵ *T. Vesting* Subjektive Freiheitsrechte als Elemente von Selbstorganisations- und Selbstregulierungsprozessen in der liberalen Gesellschaft, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 21, 34. Vgl. ferner *ders.* Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann* (Hrsg.) Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 101, 111–125. In der Stoßrichtung ähnlich *K.-H. Ladeur* Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Freiheitsrechte, 2000, 171–250. Zum Nationalstaat als „Auslaufmodell“ vgl. ferner z.B. *H. Willke* Entzauberung des Staates, 1983, 9 ff., 105 ff.; *ders.* Ironie des Staates, 1992, 175 ff.; *ders.* Supervision des Staates, 1997; *K. Ohmae* The End of the Nation State, 1995; *J. M. Guéhenno* Das Ende der Demokratie, 1994; *M. Albrow* Abschied vom Nationalstaat, 1998; *M. van Creveld* Aufstieg und Untergang des Staates, 1999, 373 ff.

¹⁶ Eindringlich zuletzt wieder *W. Kahl* Gewährleistung öffentlicher und privater Aufgabenerfüllung durch „Staatsaufsicht“, in: *Bauer* (Fn. 5), 188, 190–195. Vgl. auch *ders.* Die rechtliche Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft, Jura 2002, 721 ff., sowie *H.-D. Horn* Staat und Gesellschaft in der Verwaltung des Pluralismus, Die Verwaltung 26 (1993), 545 ff., und *W. Weiß* Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, 13–21. Zur Genese der Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft und den unterschiedlichen Positionen vgl. nur die Beiträge bei *E.-W. Böckenförde* (Hrsg.) Staat und Gesellschaft, 1976, und *H.-H. Rupp* Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HStR I, 1987, § 28.

unersetzbare „Sonderrolle“¹⁷, die es rechtfertigt, von staatlicher Verantwortung zu sprechen.

b) *Der unendliche Diskurs über Gemeinwohl und Staatsaufgaben*

Worauf sich diese Verantwortung genau bezieht¹⁸ und was sie bedeutet, ist damit freilich noch offen. Der konturlose Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ stellt lediglich klar, dass nicht alle im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben durch den Staat selbst wahrgenommen werden müssen.¹⁹ Versuche, den Gegenstand staatlicher Verantwortung über die wiederentdeckten Kategorien des *Gemeinwohls*²⁰ oder der *Staatsauf-*

¹⁷ So überzeugend G. Hermes Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 148. An einer modifizierten Form von Staatlichkeit halten so unterschiedliche Autoren fest wie: P. Saladin Wozu noch Staaten?, 1995, 16–37; H. Siekmann Staat und Staatlichkeit am Ende des 20. Jahrhunderts, FS Stern, 1997, 341 ff.; Schoch (Fn. 1), 212; S. Breuer Der Staat, 1998, 272–300; N. Luhmann Der Staat des politischen Systems, in: U. Beck (Hrsg.) Perspektiven der Weltgesellschaft, 1998, 345, 373–380; S. Hobe Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, 183 ff.; Di Fabio (Fn. 9), 33 f.; A. Benz Der moderne Staat, 2001, 223–287, und R. Schmidt Der Verfassungsstaat im Wandel, FS Brohm, 2002, 535, 545. Zur „neuen Wertschätzung des Staates“ vgl. auch A. Dehnhard Der Staat: Auslauf- oder Zukunftsmodell?, in: C. Butterwege u. a. (Hrsg.) Herrschaft des Marktes – Abschied vom Staat?, 1999, 11, 13–25.

¹⁸ Den Zusammenhang zwischen Verantwortung und Staatsaufgaben betonen P. Saladin Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, 77, und T. Württenberger Wandlungen in den privaten und öffentlichen Verantwortungssphären, in: E. Lampe (Hrsg.) Verantwortlichkeit und Recht, 1989, 308, 322 Fn. 22.

¹⁹ Treffend C. Möllers Staat als Argument, 2000, 317–323. Nicht von ungefähr wurde der Begriff von Hans Peters Mitte der 1960er Jahre, in der Hochblüte des Wohlfahrtsstaates, wieder stärker in die Diskussion eingebracht, vgl. H. Peters Öffentliche und staatliche Aufgaben, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, 877 ff. Zumindest missverständlich BVerfGE 73, 301, 315 f.; 91, 186, 206. Zur umstrittenen Abgrenzung von der Staatsaufgabe vgl. überzeugend Isensee (Fn. 1), Rn. 136 f., und U. Bumke Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, 57–68, jeweils mwN. Zuletzt wieder für eine Gleichsetzung von öffentlichen Aufgaben und Staatsaufgaben plädierend U. Di Fabio Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585, 587 f., der aber nicht immer hinreichend zwischen der Aufgabe und den hoheitlichen Mitteln zur Erfüllung dieser Aufgabe trennt. Umgekehrt für ein aliud-Verhältnis zwischen Staatsaufgaben und öffentlichen Aufgaben plädierend P. Häberle Verfassungsrechtliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), 595, 604; ders. Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, 213 f.; W. Kahl Die Staatsaufsicht, 2000, 370 f., 532 f.

²⁰ Nach Wahl (Fn. 2), 326, ist der Begriff des Gemeinwohl(bezugs) „in dem Maße erforderlich, wie sich der Begriff der (öffentlichen und staatlichen) Aufgabe als wenig – oder nur mit beträchtlichen Einschränkungen versehen – tauglich erweist“. Zur Renaissance der Gemeinwohldebatte vgl. insbes. die Ergebnisse der interdisziplinären Arbeitsgruppe „Gemeinwohl und Gemeininn“ der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, die in vier Bänden zusammengefasst sind: H. Münkler/H. Blum (Hrsg.) Gemeinwohl und Gemeininn I. Historische Semantiken politischer Leitbegriffe, 2001;

gabe²¹ präziser zu erschließen, haben ebenfalls nur einen begrenzten Ertrag zutage gefördert.²² Gewiss fällt es nicht schwer, einzelne Gemeinwohlbelange zu identifizieren, ihre Gewichtung untereinander bleibt aber der Abwägung vorbehalten.²³ Die dadurch implizierte Offenheit des Ergebnisses spiegelt den Erkenntnisstand der Staatsaufgabenlehre wider: Praktisch jede Aufgabe kann im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben vom

H. Münkler/K. Fischer (Hrsg.) *Gemeinwohl und Gemeinsinn II. Rhetoriken und Perspektiven sozial-moralischer Orientierung*, 2002; *H. Münkler/K. Fischer* (Hrsg.) *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht III. Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen*, 2002; *H. Münkler/H. Blum* (Hrsg.) *Gemeinwohl und Gemeinsinn IV. Zwischen Normativität und Faktizität*, 2002. Vgl. ferner z.B. *U. v. Alemann/R. G. Heinze/U. Wehrhöfer* (Hrsg.) *Bürgergesellschaft und Gemeinwohl*, 1999; *P. Kosłowski* (Hrsg.) *Das Gemeinwohl zwischen Universalismus und Partikularismus*, 1999; *W. Brugger* *Gemeinwohl als Ziel von Staat und Recht*, FS Quaritsch, 2000, 45 ff.; *H. H. v. Arnim* *Wer kümmert sich um das Gemeinwohl?*, ZRP 2002, 223 ff.; *G. F. Schuppert/F. Neidhardt* (Hrsg.) *Gemeinwohl – Auf der Suche nach der Substanz*, 2002.

²¹ Zuletzt hat *Gramm* (Fn. 13), den beachtenswerten Versuch unternommen, über die Grenzen der Bereitstellung öffentlicher Güter durch Private eine Theorie notwendiger Staatsaufgaben zu entwickeln. Eher unergiebig dagegen *Weiß* (Fn. 16), 53–205, der über den Schutz der Menschenwürde als Staatszweck und grundrechtliche Gewährleistungspflichten den Bereich der Staatsaufgaben erschließen will. Grundlegende Vorarbeiten durch *H. P. Bull* *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2. Aufl. 1977, und *Isensee* (Fn. 1). Zur Unterscheidung zwischen Staatszwecken, Staatszielen, Staatsaufgaben und Verfassungsdirektiven vgl. etwa *Link* (Fn. 1), 17–19, und *H.-P. Sommermann* *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997, 364 f. Auf die Verwaltungsaufgabe als Unterfall der Staatsaufgabe abstellend *Osterloh* (Fn. 1), 222–226.

²² Statt vieler vgl. *R. Schmidt* *Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts*, in: S. Biernat u. a. (Hrsg.) *Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung*, 1994, 210, 219–221; *Hermes* (Fn. 17), 128–139; *S. Storr* *Der Staat als Unternehmer*, 2001, 103–106; *Kämmerer* (Fn. 3), 157–166. Grundsätzliche Kritik bei *Möllers* (Fn. 19), 192–213 mwN. Zust. *Lepsius* (Fn. 7), 406–415, ebenfalls mwN. Dogmatische Funktion übernimmt der formale Begriff der Staatsaufgabe dagegen bei *M. Burgi* *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999, 20–99. *Burgi* gibt jedoch keine Kriterien an, woran zu erkennen ist, ob sich der Staat eine bestimmte Aufgabe, an deren Wahrnehmung Private beteiligt sind, als eigene zugeschrieben hat, sondern behilft sich hier mit der zeitgebundenen Unterscheidung zwischen „Vor-der-Privatisierung-Szenarien“ und „Nach-der-Privatisierung-Szenarien“. Zu diesem Einwand bereits *O. Bachof* und *V. Götz* *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL 29 (1971), 249, 251 bzw. 261 f.

²³ Zur Abwägung von Gemeinwohlbelangen vgl. statt vieler *H. Hofmann* *Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls*, in: H. Münkler/K. Fischer III (Fn. 20), 25, 33–36; *G. F. Schuppert*, *Gemeinwohl*, das. Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen, in: G. F. Schuppert/F. Neidhardt (Hrsg.) *Auf der Suche nach der Substanz*, 2002, 19, 42–50, sowie *R. Uerpman* *Das öffentliche Interesse*, 1999, 269–315. Hier bewahrheitet sich einmal mehr das Diktum von *T. Wertenberger* *Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?*, VVDStRL 58 (1999), 139, 141: „Der moderne Staat ist ein Abwägungsstaat“.

Gesetzgeber zu einer „staatlichen“ gemacht werden.²⁴ Umgekehrt sind kaum Aufgaben vorstellbar, die der Staat zwingend mit eigenen „Bordmitteln“ erfüllen müsste.²⁵ Selbst Kernaufgaben des Staates, wie z.B. die Gewährleistung der inneren Sicherheit²⁶, sind der Mitwirkung Privater, etwa in Gestalt privater Sicherheitsdienste, keineswegs verschlossen.²⁷ Spätestens an dieser Stelle wird ein weiteres grundlegendes Defizit jeder gegenstandsbezogenen Betrachtungsweise sichtbar: Sie erlaubt keine nähere Aussage über die *Modalitäten* der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.²⁸

2. Verwaltungswissenschaftliche Perspektive

a) Ordnung der Vielfalt arbeitsteiliger Prozesse: Typologierungen und Skalierungen

Es gehört sicherlich zu den Verdiensten der Verwaltungswissenschaft, durch eine Bestandsaufnahme des vorhandenen Rechtsstoffes und der Verwaltungspraxis den Blick für die Vielfalt und Unterschiedlichkeit ar-

²⁴ Zur virtuellen Allzuständigkeit des Staates vgl. nur *Bull* (Fn. 21), 3 ff. und *Burgi* (Fn. 22), 48–61.

²⁵ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), 3. Kap., Rn. 62.

²⁶ Zur notwendigen Staatsaufgabe Sicherheit vgl. *Gramm* (Fn. 13), 395 ff.; *G. Nitz* Private und öffentliche Sicherheit, 2000, 51–52, und *M. Möstl* Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 44–73. Die schwache Determinationskraft der Verfassung bei der Bestimmung obligatorischer Staatsaufgaben wird herausgearbeitet bei *Bull* (Fn. 21), 211–400; *H. Schulze-Fielitz* Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: D. Grimm (Hrsg.) Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 11, 25–30, und *R. Wahl* Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, in: T. Ellwein/J. J. Hesse (Hrsg.) Staatswissenschaften. Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, 1990, 29, 37–40. Zur Staatsaufgabenkritik vgl. den Abschlussbericht der Expertenkommission „Staatsaufgabenkritik“ v. 23. 11. 2001 (abrufbar unter www.berlin.de), vorgestellt bei *R. Scholz* Staatsaufgabenkritik in Berlin, FS Brohm, 2002, 741 ff.

²⁷ Vgl. *C. Gusy* Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, 573, 581; *R. Pitschas* Polizei- und Sicherheitsgewerbe, 2000, 34 ff., 117 ff., 177 ff.; *F. Huber* Wahrnehmung von Aufgaben der Gefahrenabwehr durch das Sicherheits- und Bewachungsgewerbe, 2000, 127–178; *Nitz* (Fn. 26), 313–334; *Möstl* (Fn. 26), 290–363. Zu den rechtspolitischen Vorstellungen in diesem Bereich vgl. z.B. *B. Weiner* Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2001, 211–218. Aufgabenbereich und Modalitäten der Aufgabenwahrnehmung werden auch vom BVerwG nicht hinreichend getrennt, wenn es feststellt: Beim „Erhalt und Schutz des Wassers“ handelt es sich um eine „lebensnotwendige und letztlich auch nicht ‚privatisierbare‘ Staatsaufgabe. (...) Der demokratisch legitimierte Staat darf sich seiner Verantwortung für derart originäre wie auch essentielle Staatsaufgaben nicht – auch nicht teilweise – entziehen.“ (BVerwGE 106, 64, 77 f.).

²⁸ Statt vieler vgl. *Isensee* (Fn. 1), Rn. 138, und *R. Herzog* Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: HStR III, 1988, § 58 Rn. 32. Dagegen jetzt *Gramm* (Fn. 13), 340–394.

beitsteiliger Arrangements geschärft und diese im Wege verschiedener Typen- und Modellbildungen in eine erste Ordnung gebracht zu haben. Eine allgemein konsentrierte Terminologie oder Typologie fehlt jedoch weiterhin.²⁹ Jenseits aller Differenzierungen und begrifflichen Abgrenzungen wird man indes folgende Feststellungen treffen können:

- Unter die unspezifische Formulierung „Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlichen Aufgaben“ lassen sich alle Fälle subsumieren, in denen natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, die als Grundrechtsträger nicht dem Staat zuzuordnen sind, Aufgaben wahrnehmen, für deren Erfüllung der Staat aus Gründen des Gemeinwohls in einem gewissen Umfang eintreten muss oder will.³⁰

²⁹ Frühere Untersuchungen konzentrierten sich auf die *organisatorische Stellung* des Privaten, vgl. etwa die Systematisierungen bei *M. Krautzberger* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, 1971, 16–36, 115–123; *U. Steiner* Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, 106–200; *F. Kojan* Die Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben durch Private, FS Antonioli, 1979, 439 ff., und *S. v. Heimbürg* Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, 30–148. Später dominieren unterschiedliche *Privatisierungsbegriffe* als Zuordnungskriterien, die vom Begriff der *Staatsaufgabe* ausgehen, vgl. *A. v. Hagemeyer* Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1992, 33–43; *F. Schoch* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, 962 f.; *R. Wahl* Privatisierung im Umweltrecht, in: C. Gusy (Hrsg.) Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, 260, 263–268, und zuletzt wieder *Kämmerer* (Fn. 3), 16–53, und *Weiß* (Fn. 16), 28–52. Andere Autoren stellen dagegen die *Regulierungsstrategie* bei der Ordnungsbildung in den Vordergrund der Betrachtung, vgl. *W. Hoffmann-Riem* Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), 261, 300–303; *Trute* (Fn. 5), 952–954; *Schmidt-Preuß* (Fn. 1), 175 ff.; *Di Fabio* (Fn. 1), 242–251; *Voßkuhle* (Fn. 9), 68–83, und *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), 277–452. Wieder anders *ders.* Grundzüge (Fn. 4), 4–65; *J. Ziekow* Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wiss. Gutachten im Auftrag des BMI, Juni 2001, 72–99. Mitunter hat die deskriptiv-typologische Betrachtungsweise zu einer Vernachlässigung materieller Verwaltungsrechtsstrukturen geführt, vgl. *Voßkuhle* (Fn. 6), 83–86.

³⁰ So auch *v. Heimbürg* (Fn. 29), 20. Nicht in den vorliegenden Zusammenhang gehören daher die Konstellationen, in denen der Staat als Privatrechtssubjekt handelt, also bei fiskalischen Tätigkeiten, und jene Fälle, in denen er Verwaltungsaufgaben in der Form des Privatrechts erledigt, etwa nach der Organisationsprivatisierung. AA *Ossenbühl* (Fn. 1), 144, dessen rechtstechnisch-formale Betrachtungsweise die unterschiedlichen Problemlagen verkennt. Dagegen sind an *gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen* im Gegensatz zu gemischt-öffentlichen Unternehmen (vgl. *G. Spatz* Zulässigkeit von gemischt-öffentlichen Unternehmen unter staatlichen Aspekten, 1996), die ausschließlich der öffentlichen Hand gehören, deren Anteile aber von verschiedenen Trägern der öffentlichen Gewalt gehalten werden, zumindest auch private Grundrechtsträger beteiligt, vgl. nur *Storr* (Fn. 22), 49–51 mwN. Deshalb gehören sie systematisch zum „gesellschaftlich-administrativen Kooperationsbereich“, *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), 5. Kap., Rn. 53. Auf

- Beteiligung ist *nicht* gleichzusetzen mit Kooperation: Der Staat kann Private zur Erbringung von Dienstleistungen im öffentlichen Interesse *zwangsweise verpflichten*, sie *indirekt* dazu *veranlassen* oder lediglich entsprechende *Angebote* unterbreiten. Zur ersten Gruppe gehört die sog. „Indienstnahme Privater“³¹, die man trotz reichhaltigem Anschauungsmaterial³² gemeinhin an den Bevorratungspflichten der Energieversorgungsunternehmen³³ und den unentgeltlichen unternehmerischen Hilfsdiensten beim Steuereinbehalt³⁴ zu exemplifizieren pflegt. Typische Beispiele der indirekten Veranlassung³⁵ sind finanzielle Anreize in

die schwierige Frage der Grundrechtsfähigkeit der Unternehmen selbst (vgl. BVerfG, NJW 1990, 1783; E. Schmidt-Aßmann Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 Abs. 3 GG, BB 1990/Beilage 34, 1; T. Poschmann Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, 2000; S. Storr ebd., 238–254; H. D. Jarass Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, 489, 495 f.) kommt es daher für ihre Zugehörigkeit zur vorliegenden Fallgruppe nicht an.

³¹ Zur dogmatischen Einordnung als Pflicht vgl. unten Fn. 139.

³² Vgl. den Überblick bei M. Jani Die partielle verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme Privater zu Handlungs- und Leistungspflichten, 1992, 27–43, sowie aus neuerer Zeit z. B. K. Waechter Bereitstellungspflicht für Fernmeldeanlagen, VerwArch 87 (1996), 68 ff.; B. H. Schulte Schlanker Staat – Privatisierung der Bauaufsicht durch Indienstnahme von Bauingenieuren und Architekten als staatlich anerkannte Sachverständige, BauR 1998, 249 ff.; R. Zuck Geldwäsche – Die verfassungswidrige Indienstnahme des Rechtsanwalts für die Zwecke der Strafverfolgung, NJW 2002, 1397 f.

³³ In der einschlägigen Entscheidung zum damaligen Gesetz über Mindestvorräte an Erdölzeugnissen v. 9. 9. 1965, BGBl. I, 1217, hatte das BVerfG auf die Terminologie von H. P. Ipsen (Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, FG E. Kaufmann, 1950, 141 ff.) zurückgegriffen, BVerfGE 30, 292, 311. Bis zur zweiten Gesetzesänderung v. 6. 4. 1998, BGBl. I, 677, waren die Hersteller von Erdölzeugnissen gehalten, eine Mindestreserve von 15 Tagen anzulegen, §§ 25 ff. des Gesetzes über die Bevorratung mit Erdölzeugnissen – Erdölbevorratungsgesetz – v. 25. 7. 1978, BGBl. I, 1073, i. d. F. d. Bek. v. 8. 12. 1987, BGBl. I, 2509. Zur jetzigen Organisation über den Erdölbevorratungsverband Hamburg vgl. D. Ehlers/H. Pünder Energiewirtschaftsrecht, in: N. Achterberg/G. Püttner/T. Würtenberger (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2000, § 4 Rn. 141. Vorgesehen ist weiterhin eine Bevorratungspflicht für bestimmte Mengen an Brennstoff in der Verordnung über die Brennstoffbevorratung von Kraftwerken v. 11. 2. 1981, BGBl. I, 164, die sich jetzt auch auf § 17 EnWG stützen lässt.

³⁴ Ausführlich hierzu jetzt O. Geißler Der Unternehmer im Dienste des Steuerstaates, 2001, 26–73. Die Qualifikation des Lohnsteuerabzugs des Arbeitgebers als Indienstnahme ist aber nicht unbestritten, für die hM vgl. J. N. Stotterfoth Einwirkungen des Lohnsteuerrechts auf das Arbeitsverhältnis, in: ders. (Hrsg.) Grundfragen des Lohnsteuerrechts, 1986, 175, 191 ff. AA B. Heuermann Steuern erheben durch Beleihen?, StuW 1999, 349, 350 f.; Burgi (Fn. 22), 115–117.

³⁵ Zur indirekten Steuerung vgl. zuletzt wieder C. Franzius Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000.

Form von Subventionen, aber auch das Inaussichtstellen bestimmter gesetzlicher Regelungen als Motivationsfaktor für normvermeidende Absprachen und Selbstverpflichtungen der Wirtschaft.³⁶ Bei der öffentlichen Auftragsvergabe im Rahmen des „Contracting-Out“³⁷ oder der

³⁶ Übersichtliche Bestandsaufnahme über normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft bei *J. Knebel/L. Wicke/M. Gerhard* Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrument des Umweltschutzes, 1999, 291–303; *T. Köpp* Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, 21–63, und *Michael* (Fn. 10), 47–83, jeweils mwN. Auch andere Formen der gesellschaftlichen Selbstregulierung im Bereich der Presse, des Films und Fernsehens, des Internets, der Werbewirtschaft oder der sog. freien Berufe (vgl. dazu den Überblick bei *A. Faber* Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Selbstverpflichtungen, 2001, 18–28 mwN) sind regelmäßig staatlich induziert, da latent gesetzliche Regelungen drohen. Folglich belässt die indirekte Veranlassung den privaten Akteuren zwar Handlungsoptionen, es besteht hier aber tendenziell ein „struktureller Zwang zur Kooperation“, so zutreffend *Di Fabio* (Fn. 1), 254f.; *ders.* Selbstverpflichtungen der Wirtschaft – Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, in: *M. Klopfer* (Hrsg.) Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, 119ff. Deutlich herausgearbeitet ist dieser Umstand bereits bei *K. Biedenkopf* Zur Selbstbeschränkung auf dem Heizölmarkt, BB 1966, 1113ff., und *J. H. Kaiser* Industrielle Absprachen im öffentlichen Interesse, NJW 1971, 585ff. Vgl. aus neuerer Zeit etwa *C. Engel* Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung, StWSStP 1998, 535ff., sowie insbes. die differenzierte Analyse bei *Michael* (Fn. 10), 94–125. Nicht überzeugend dagegen *W. Frenz* Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, 2001, der einerseits Freiwilligkeit als „Kerngedanken“ der Selbstverpflichtungen bezeichnet (ebd., 44), andererseits aber feststellt, dass fast alle Selbstverpflichtungen staatlich veranlasst sind (ebd., 49–57). Der Gesetzgeber kann Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft auch nachträglich in Gesetzesform gießen, vgl. zu solchen normprägenden Absprachen am Beispiel des Energiekonsenses *U. Büdenbender* Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, DÖV 2002, 375ff.; *B. Pasemann/S. Baufeld* Verfassungsrecht und Gesetzgebung auf Grundlage von Konsensvereinbarungen, ZRP 2002, 119ff.

³⁷ Nach *G. F. Schuppert* Privatisierung und Regulierung – Vorüberlegungen zu einer Theorie der Regulierung im kooperativen Verwaltungsstaat, in: *M. Nettesheim/P. Schiera* (Hrsg.) Der integrierte Staat, 1999, 41, stellt das sog. Contracting-Out den „shooting star“ innerhalb des „Megatrends von Ausgliederung und Privatisierung“ dar. Im Mittelpunkt des „Contracting-Out“ stehen die Submission und Konzessionierung (zu weiteren Formen vgl. die Übersicht bei *Schuppert* ebd., 43). Als prominente Beispiele kann hier etwa auf die Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen (vgl. dazu *H. Hausner* Mitwirkung Privater am Rettungsdienst, Diss. Regensburg 1993; *M. Schulte* Rettungsdienst durch Private, 1999; *J. Iwers* Die Ausschreibung rettungsdienstlicher Leistungen, LKV 2002, 164ff.) und die Konzessionsmodelle im ÖPNV (vgl. § 13a PBefG i.V.m. der Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 S. 3 des PBefG v. 15. 12. 1995, BGBl. I, 1705) verwiesen werden. Weiteres interessantes Beispiel: Die Beteiligung von Versicherungsunternehmen an der Beihilfeaktenführung und der Beihilfebearbeitung (vgl. *A. Rapsch* Übertragung von Beihilfeaufgaben auf Private, ZBR 1987, 168ff.; *U. Battis/J. Kersten* Das Outsourcing der

Einbeziehung privaten Kapitals bei der Finanzierung staatlicher Infrastrukturvorhaben (sog. Finanzierungsprivatisierung)³⁸ nehmen Private dagegen Angebote des Staates zur Beteiligung an öffentlichen Aufgaben aus eigenem wirtschaftlichem Kalkül wahr.

- Der *Formalisierungsgrad* der Zusammenarbeit reicht von informellen Kooperationsformen³⁹, etwa zwischen Polizei, Bürgern und Kommunen in sog. Präventionsräten⁴⁰, über den Verwaltungsvertrag⁴¹ und den

Beihilfearbeitung, ZBR 2000, 145 ff.; abl. im Hinblick auf die abschließende Regelung in §§ 13, 15 BVO NW OVG Münster, NJW 1998, 1809).

³⁸ Hinzuweisen ist hier z.B. auf die private Finanzierung von Straßen nach dem Gesetz über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private v. 30. 8. 1994, BGBl. I, 2243, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1. 9. 2002, BGBl. I, 3442. Aus der Lit. vgl. K. Grupp Rechtsprobleme der Privatisierung von Verkehrsprojekten, DVBl. 1994, 140 ff.; W. Höfling Private Vorfinanzierung öffentlicher Verkehrsinfrastrukturprojekte – ein staatsschuldenrechtliches Problem?, DÖV 1995, 141 ff.; O. Reidt Verfassungsrechtliche Aspekte der Mautfinanzierung von Fernstraßen, NVwZ 1996, 1156 ff.; H.-J. Pabst Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau, 1997, 184–219; A. Bucher Die Privatisierung von Bundesfernstraßen, 1996, 64–79, 176–196. Die private Vorfinanzierung soll jetzt teilweise auf eine Nutzerfinanzierung durch Gebühren und das sog. Betreibermodell umgestellt werden, vgl. M. Uechtritz Mautfinanzierung des Albaufstiegs – Einstieg in die Nutzerfinanzierung des Fernstraßenbaus, VBIBW 2002, 317 ff. Weitere Beispiele der Finanzierungsprivatisierung aus dem kommunalen Bereich bei T. Schweisfurth Privatwirtschaftliche Formen kommunaler Investitionsfinanzierung, 1991. Vgl. ferner die Beiträge von R. Wendt Haushaltsrechtliche Probleme der Kapitalbeteiligung Privater, H. Rehm Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, S. Reichstein/J.-K. Fromme Private Finanzierung von Investitionen in der kommunalen Praxis, in: J. Ipsen (Hrsg.) Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, 37 ff., 93 ff., 115 ff., 127 ff., sowie den Bericht der Arbeitsgruppe „Private Finanzierung öffentlicher Infrastruktur“, Bonn 1991; R. Odenwald Privatfinanzierung staatlicher Bauaufgaben, in: D. Budäus/P. Eichhorn (Hrsg.) Public Private Partnership, 1997, 145 ff.; C. Zeiss Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, Diss. Bonn 2000, und S. Meder Public Private Partnership zur Finanzierung von Flughafenprojekten in Europa, 2000.

³⁹ Anschaulich H. Hill Partnerschaften und Netzwerke, BayVBl. 2002, 321 ff.

⁴⁰ Vgl. M. Schuler-Harms Regulierte Selbstregulierung im Polizei- und Versammlungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 159, 173–175. Zum sog. Brandenburger Modell vgl. Nitz (Fn. 26), 92 f. mwN. Zur Einordnung in andere Formen des sog. „Police Private Partnership“ übersichtlich Bauer Public-Private-Partnerships (Fn. 4), 39–41. Der dahinterstehende Begriff der „Sicherheitspartnerschaft“ geht wohl zurück auf G. Köhler Sicherheitsaufgaben durch private Unternehmen, Die Polizei 1994, 49, 54. Zu seiner Verbreitung hat R. Pitschas (Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste?, DÖV 1997, 393 ff., sowie ders. Verantwortungsteilung in der inneren Sicherheit, in: Schuppert [Fn. 4], 135 ff.) maßgeblich beigetragen.

⁴¹ Klassische Referenzgebiete sind hier das Baurecht, das Umweltrecht und das Sozialrecht. Im Vordergrund stehen sog. „Beleihungsverträge“, „Verwaltungshelferverträge“,

Zusammenschluss öffentlicher und privater Akteure in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen⁴² bis hin zur Inkorporierung des Privaten in die Verwaltungsorganisation durch Beleihung⁴³.

- Zwischen den privaten Akteuren und der jeweiligen öffentlichen Aufgabe besteht hinsichtlich der *Interessenlage* ein *unterschiedliches Näheverhältnis*⁴⁴: Während etwa die Vertreiber von Verpackungen beim Auf-

„öffentliche Aufträge“ sowie vertragliche Übertragungen von Verwaltungsaufgaben „zur Durchführung“, vgl. V. Schlette Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, 158–164, 266–295, 305 f., 312, 317 f., 363. H. C. Röhl Verwaltung durch Vertrag, Heidelberger Habilitationsschrift, 2001, § 3 A II 2, C, schlägt für Verträge, die die „Einbeziehung Privater in die Erledigung von Verwaltungsaufgaben“ zum Gegenstand haben, den Begriff des „Strukturvertrages“ vor, um Komplexität und Dauerelement solcher Verträge hinreichend zu erfassen.

⁴² Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen (vgl. zum Begriff oben Fn. 30) existieren vor allem im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge (vgl. die empirische Bestandsaufnahme von D. Bös/F. Schneider Public Private Partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, ZGR 1996, 519 ff.). Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat zuletzt die Übertragung nicht-hoheitlicher Sicherheits- und Kontrollaufgaben auf eine „Sicherheits- und Servicegesellschaft GmbH“, an der 51 % der Anteile die Stadt Dresden und 49 % der Anteile private Dienstleistungsunternehmen halten (dazu A. Peilert Police Private Partnership, DVBl. 1999, 282, 285). – Eine verwandte Form des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses stellen sog. *private Projektgesellschaften* auf kommunaler Ebene dar, in denen sich Kommunen, Wirtschaftsunternehmen, Verbände und andere Akteure zusammenschließen, um gemeinsame Projekte (Flughafen, Parkhaus, Tourismus, Kulturzentrum) zu verwirklichen, vgl. die empirische Studie zur Stadtentwicklung im Kasseler Raum von W. Gerstlberger Public Private Partnerships und Stadtentwicklung, 1999, sowie B. Böhm Öffentlich-rechtliche Partnerschaften in der kommunalen Stadtentwicklung, 1999. – Bei einer neuen Variante des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses wird die öffentlichrechtliche Rechtsform der Anstalt dagegen beibehalten und der Private an dem öffentlichen Unternehmen im Rahmen einer privaten Holding beteiligt, vgl. zur Zulässigkeit solcher hybriden Konstruktionen am Beispiel der Berliner Wasserbetriebe BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 ff., und dazu B. Wolfers Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform – Das „Berliner Modell“, in: M. Oldiges (Hrsg.) Daseinsvorsorge und Privatisierung – Wettbewerb und staatliche Gewährleistung, 2001, 105 ff.; L. Hecker Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts, VerwArch 92 (2001), 261 ff. Vorbild war hier die Zusammenführung der Bankbeteiligungen des Landes Berlin an der Berliner Bank AG, der Berliner Hypotheken- und Pfandbriefbank AG sowie der Landesbank Berlin, Anstalt des öffentlichen Rechts (LBB) unter dem Dach der Bankgesellschaft Berlin AG (BBG), ausführlich dazu T. Fett Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, 2000, 89–189. Vgl. auch die Nachw. in Fn. 152.

⁴³ Zu den Voraussetzungen der Beleihung unten Fn. 137.

⁴⁴ „Die natürliche Interessenbindung Privater darf insoweit nicht nur als Unparteilkeitsrisiko gedeutet werden. Vielmehr steht hinter der partiellen Aufgabenverlagerung auf Private oftmals gerade die Erwartung, privaten Eigennutz und privates Gewinnstre-

bau des Dualen Systems im Abfallrecht⁴⁵ oder der private Investor bei der Vorhaben- und Erschließungsplanung⁴⁶ als *Betroffene* agieren, nehmen Gutachter und Sachverständige idealiter die Position eines *neutralen Dritten* ein.⁴⁷ Mitglieder pluralistisch besetzter Gremien wie etwa der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften⁴⁸ *repräsentieren* dagegen ebenso wie die Mitglieder privater Normungsvereine⁴⁹ oder

ben als Anreize für eine möglichst effiziente Aufgabenwahrnehmung instrumentalisieren zu können.“, *M. Fehling* Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 354.

⁴⁵ Vgl. *A. Finckh* Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, und unten Fn. 214.

⁴⁶ Vgl. § 12 BauGB. Näheres dazu etwa bei *J. Pietzcker* Der Vorhaben- und Erschließungsplan, 1993; *H.-J. Birk* Der Vorhaben- und Erschließungsplan, NVwZ 1995, 665 ff.; *M. Maslaton* Privatisierungstendenzen im Baurecht unter besonderer Berücksichtigung des Vorhaben- und Erschließungsplans, und *H.-J. Koch* (Verfahrens-)Privatisierung im öffentlichen Baurecht, beide in: *W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider* (Hrsg.) Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, 125 ff., 170 ff.; *J.-P. Schneider* Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch 87 (1996), 38, 41 ff., 56 ff.; *A. Faber* Selbstregulierung und Kooperation bei der Bauleitplanung (Vorhaben- und Erschließungsplan § 12 BauGB), FS Hoppe, 2000, 425 ff.; *T. Burmeister* Der Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan, VBIBW 2002, 245 ff.

⁴⁷ Zu den verschiedenen Formen von Sachverständigen vgl. nur *W. Brohm* Sachverständige Beratung des Staates, in: HStR II, 2. Aufl. 1998, § 36 Rn. 12–29; *A. Seidel* Privater Sachverständiger und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000, 195–285.

⁴⁸ Vgl. § 9 Abs. 1 und Abs. 2 GjS und dazu BVerfGE 83, 130, 149 ff. – *Mutzenbacher*; BVerwG, NJW 1997, 602 f. – *Rosa Autostop*. Krit. z. B. *S. Vlachopoulos* Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, 241 ff. mwN. Grundsätzliche Kritik an der Kondominialverwaltung bei *M. Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 369–424.

⁴⁹ Die Literatur zu diesem Thema ist Legion, vgl. nur *I. Lamb* Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, 71 ff.; *P. Marburger/T. Gerhard* Gesellschaftliche Umweltnormierungen, in: *A. Endres/P. Marburger* (Hrsg.) Umweltschutz durch gesellschaftliche Selbststeuerung, 1993, 1 ff., und *H. Voelskow* Private Regierungen in der Techniksteuerung, 1996, insbes. 219 ff. und 261 ff. Zur europarechtlichen Perspektive vgl. *R. Rönck* Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1995; *U. Di Fabio* Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996; *H.-W. Rengeling* (Hrsg.) Umweltnormung, 1998; *S. Kadelbach* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, 320–325; *T. Zubke-von Thünen* Technische Normung in Europa, 1999. Eine neuere Form der maßstabsorientierten self-regulation stellen die nach angelsächsischem Vorbild in der Bundesrepublik eingeführten sog. codes of best practice dar, vgl. dazu unten Fn. 250. Nicht in den vorliegenden Zusammenhang gehören die Normenverträge im Sozialversicherungs- und Vertragsarztrecht, zu ihnen *P. Axer* Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 56–95; *A. Wahl* Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 1999, 346–357.

die in der Jugend- und Sozialhilfe tätigen Wohlfahrtsverbände⁵⁰ bestimmte *Gesellschafts- und Interessengruppen*.⁵¹

b) *Leitideen und Schlüsselbegriffe des Zusammenwirkens zwischen öffentlichem und privatem Sektor*

Angeleitet wird der Prozess der Ordnungsbildung durch Leitideen⁵² und Schlüsselbegriffe.⁵³ Die methodische Sprengkraft⁵⁴ solcher zwischen soziologischer Analyse und juristischer Dogmatik angesiedelter Großformeln lässt sich an der Wirkungsgeschichte der Forsthoffschen Daseinsvorsorge gut ablesen.⁵⁵ Dennoch greift der Einwand, es handle sich

⁵⁰ Zur Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht vgl. z. B. J. Schmitt Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, 1990; E. Goll Die freie Wohlfahrtspflege als eigener Wirtschaftsfaktor und Empirie ihrer Verbände und Einrichtungen, 1991; V. Neumann Freiheitsgefährdungen im kooperativen Sozialstaat, 1992; Röhl (Fn. 41), § 1 B III 2 a), § 3 C II.

⁵¹ Die Selbstlosigkeit gemeinnütziger Non-Profit-Organisationen (zu ihr zuletzt R. Walz Die Selbstlosigkeit gemeinnütziger Non-Profit-Organisationen im Dritten Sektor zwischen Staat und Markt, JZ 2002, 268 ff. mwN) ändert nichts an dem Umstand, dass solche Organisationen zunehmend dem Wettbewerb mit anderen gemeinnützigen Organisationen ausgesetzt sind und dabei auch wirtschaftliche Interessen durchsetzen wollen. In der Literatur wird im Übrigen zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass die Übertragung von Verantwortung auf Private nicht selten mit einem Kollektivierungsdruck verbunden ist, vgl. Engel (Fn. 36), 551 f.; ders. Regulierung durch Organisation und Verfahren, FS Mestmäcker, 1999, 119, 123–125. Krit. „zur Zulässigkeit sog. Selbstentsorgungsgemeinschaften als Alternative zum Dualen System“ im Abfallrecht der gleichnamige Beitrag von M. Schmidt-Preuß DB 2002, 775 ff.

⁵² Zu ihrer Funktion vgl. statt vieler T. Groß Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 57, 74–77 mwN. Zu den davon zu unterscheidenden Leitbildern vgl. S. Baer Der „Bürger“ im Verwaltungsrecht zwischen Obrigkeit und aktivierendem Staat, Berliner Habilitationsschrift, Manuskript 2001, I C., III; J. Karstens Rechtliche Steuerung von Umweltinnovationen durch Leitbilder: Leitbilder als materieller Kern von regulierter Selbstregulierung, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, 50 ff. Speziell zu Gefahren und Nutzen von Staatsbildern A. Voßkuhle Der Dienstleistungsstaat, Der Staat 40 (2001), 495 ff.

⁵³ Krit. Bestandsaufnahme zuletzt bei A. Voßkuhle Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch 92 (2001), 184 ff. Zum Arbeiten mit Schlüsselbegriffen vgl. auch W. Hoffmann-Riem Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433, 438–442; Schuppert Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), 46–48.

⁵⁴ Grundsätzliche Kritik bei Röhl (Fn. 10), 33 ff.; C. Möllers Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch 93 (2002), 22, 34–38, 44–46, und Lepsius (Fn. 7), 402: „Synkretismus von Heuristik, Deskription und Normativität“; ders. Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 18–20. Diff. M. Jestaedt Selbstverwaltung als „Verbundbegriff“, Die Verwaltung 35 (2002), 293 ff.

⁵⁵ Vgl. zuletzt die krit. Aufarbeitung der Diskussion um die Daseinsvorsorge bei Hermes (Fn. 17), 94–118, und Storr (Fn. 22), 109–115, jeweils mwN. Zur Unterscheidung zwi-

lediglich um „juristische Feuilletonistik“ und „ästhetisierende Wortspiele“⁵⁶, zu kurz. In ihnen kommen übergeordnete Grundvorstellungen zum Ausdruck, die notwendig sind, um das bestehende Repertoire an Rechtsinstituten und Regelungsmodellen im Hinblick auf veränderte Realbedingungen neu zu durchdenken und fortzuentwickeln.⁵⁷ Das sagt freilich noch nichts aus über die konkrete Tauglichkeit einzelner Konstrukte und ihre dogmatische Anschlussfähigkeit.⁵⁸ Während sich im vorliegenden Zusammenhang das „Kooperationsprinzip“⁵⁹ und die Bezeichnung „Public-Private-Partnership“⁶⁰ als eher konturschwach erwiesen haben,

schen dem Begriff des „service public“ und dem der Daseinsvorsorge vgl. ferner G. Püttner Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, in: H. Cox (Hrsg.) Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 2000, 45–55, und J.-C. Pielow Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, 353–400, der ebenfalls für eine Aufgabe des Begriffs und seine Ersetzung durch „öffentliche Versorgung“ plädiert, ebd., 399f.

⁵⁶ Masing (Fn. 5), 161.

⁵⁷ Vgl. neben den in Fn. 53 Genannten auch H. Schulze-Fielitz Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber, FS Vogel, 2000, 311, 312–319; W. Kahl Der Nachhaltigkeitsgrundsatz im System der Prinzipien des Umweltrechts, in: Bauer (Fn. 12), 111, 139f. Zur Bildung von Institutionen ausgehend von übergreifenden Wertvorstellungen und Leitideen vgl. ferner Schuppert Grundzüge (Fn. 4), 99–108, unter Rückgriff auf die Arbeiten von M. Hauriou und R. M. Lepsius.

⁵⁸ „Begriffe, auch juristische Begriffe, werden oftmals zur Diskussion gestellt, wachsen ‚in der Zeit‘ (vielleicht) heran, verdichten sich oder auch nicht, und mit einigem Glück können sie am Ende der Entwicklung zur dogmatischen Kategorie mit mehr oder weniger weitreichenden Konsequenzen für die praktische Rechtsanwendung avancieren.“, Bauer Public-Private-Partnerships (Fn. 4), 25.

⁵⁹ Was sich hinter dem allgegenwärtigen Kooperationsparadigma genauer verbirgt, ist trotz der Adaption durch das BVerfG (BVerfGE 98, 83, 98ff.; 98, 106, 121f., 126ff.) weiterhin unklar, vgl. eingehend H. Rossen Vollzug und Verhandlung, 1999, 285–338, sowie D. Murswiek Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Prinzip des Umweltschutzes?, ZUR 2001, 7, 11ff., und A. Voßkuhle Das Kooperationsprinzip im Immissionsschutzrecht, ZUR 2001, 23ff. Krit. zum Begriff des „kooperativen Rechts“ (dazu die Beiträge in: N. Dose/R. Voigt [Hrsg.] Kooperatives Recht, 1995) auch H. Schulze-Fielitz Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, in: Dose/Voigt, ebd., 225; Schuppert Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), 420f.

⁶⁰ Während manche Autoren jegliche Form des kooperativen Zusammenwirkens von Hoheitsträgern und Wirtschaftssubjekten als „Public Private Partnership“ verstanden wissen wollen (vgl. etwa C. Strünnck/R. Heinze Public Private Partnership, in: B. Blanke u.a. [Hrsg.] Handbuch der Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001, 127, 129; P. J. Tettinger Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, 764; H. Schröder Vergaberechtliche Probleme bei der Public-Private-Partnership in Form der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmung, NJW 2002, 1831; vgl. auch Bericht der EG-Kommission für den Europäischen Rat in Laeken v. 17. 10. 2001, KOM [2001], 598 endg., Rn. 37), versuchen andere, bestimmte inhaltliche Anforderungen zu formulieren, etwa die Verfol-

kann auf das Leitbild des „Gewährleistungsstaates“⁶¹ und die mit ihm verbundenen Schlüsselbegriffe der „regulierten Selbstregulierung“⁶² und der

gung komplementärer Ziele und die vertragliche Formalisierung der Zusammenarbeit (vgl. z. B. D. Budäus/G. Grüning Public Private Partnership, in: D. Budäus/P. Eichhorn [Hrsg.] Public Private Partnership, 1997, 25, 46 ff.). Präziser Überblick über die verschiedenen Definitionen bei Ziekow (Fn. 29), 76–80 mwN. Zu Grundformen und Anwendungsbereichen vgl. neben den Genannten W. Heinz/C. Scholz Public Private Partnership im Städtebau, 1996; H. Bauer Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, 89 ff.; S. Roggenkamp Public Private Partnership, 1999, 31 ff.; C. Baron Public-private-partnership-Konzepte für den IT Markt, 1999; C. Konegen-Gremier/M. A. Winde Public Private Partnership in der Hochschullehre, 2000; B. Vogel/B. Stratmann Public Private Partnership in der Forschung, 2000; R. Kyrein Baulandentwicklung in Public Private Partnership, 2000; G. Freiherr von und zu Franckenstein Public Private Partnership in der Bauleitplanung – Möglichkeiten und Grenzen, UPR 2000, 288 ff.; Stober (Fn. 4). Krit. zur wissenschaftlichen Brauchbarkeit dieses Begriffs Kämmerer (Fn. 3), 58: „Insgesamt ist der Begriff ‚Public-Private-Partnership‘ von Unklarheit, ja Polyvalenz geprägt; ihn terminologisch zu fassen, ist der Rechts- und rechtspolitischen Lehre bislang nicht gelungen und dürfte ihr auch künftig nicht gelingen.“ Vgl. ferner Burgi (Fn. 22), 98 f.; F. Schoch Public-Private-Partnership, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.) Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, 101, 103; T. Mayen Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, 110, 111; M. Dreher Public-Private-Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245, 247. Positiver dagegen zuletzt wieder Bauer Public-Private-Partnerships (Fn. 4), 24–27.

⁶¹ M. Eifert Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, 18–22, 139 ff.; G. F. Schuppert Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat, in: K. König/A. Benz (Hrsg.) Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, 539 ff.; ders. Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat, FS Wollmann, 2001, 399 ff.; Kämmerer (Fn. 3), 474–525; W. Hoffmann-Riem Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, 24–34 und passim. Synonyme dafür sind „Steuerungsstaat“ (F.-X. Kaufmann Diskussionen über Staatsaufgaben, in: D. Grimm [Hrsg.] Staatsaufgaben, 1994, 15, 28–33) oder „Regulierungsstaat“ (G. Majone/A. La Spina Lo Stato Regolatore, Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione, 1991, 3–62; E. Grande Vom produzierenden zum regulierenden Staat: Möglichkeiten und Grenzen von Regulierung und Privatisierung, in: König/Benz ebd., 576 ff.; Schuppert [Fn. 40], 59 ff.). Zum „Gewährleistungsmodell“ aus Sicht der Public Choice Theory vgl. auch C. Reichert Institutionelle Wahlmöglichkeiten bei der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung, in: D. Budäus (Hrsg.) Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, 1998, 121, 122–125.

⁶² Zur Verbreitung des Begriffs hat vor allem W. Hoffmann-Riem beigetragen, vgl. die Nachw. bei A. Voßkuhle Regulierte Selbstregulierung – Karriere eines Schlüsselbegriffs, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 197, 198, Fn. 6. Vgl. ferner Schmidt-Preuß (Fn. 1) und Di Fabio (Fn. 1), sowie D. Weinreich Recht als Medium gesellschaftlicher Selbststeuerung, 1995; Finckh (Fn. 45); W. Schulz/T. Held Regulierte Selbst-Regulierung als Form modernen Regierens, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 7, 2001, und die Beiträge in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001).

„Verantwortungsteilung“⁶³ im Rahmen der Ordnungsbildung mit Ertrag zurückgegriffen werden. Alle drei Topoi richten die Aufmerksamkeit auf den Umstand, dass sich die staatliche Steuerung zunehmend auf die Initiierung und Anleitung der selbständigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Akteure im Sinne einer normativen Umhegung beschränkt.⁶⁴ An die Stelle der ehemals vollen staatlichen Erfüllungsverantwortung treten damit die staatliche Regulierungs-, Überwachungs-, Beobachtungs- und Auffangverantwortung.⁶⁵ Ihre normative Absiche-

⁶³ Unterschiedliche Ansätze und Systematisierungen bei Schuppert Vorüberlegungen (Fn. 4), 72 ff.; H.-H. Trute Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich ändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Fn. 4), 13 ff.; Voßkuhle (Fn. 9), 47 ff.; W. Hoffmann-Riem Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, FS Vogel, 2001, 47 ff.; Ziekow (Fn. 29), 2–5. Vgl. ferner die Beiträge in: K. Lange (Hrsg.) Gesamtverantwortung statt Verantwortungspartzellierung im Umweltrecht, 1997, und jüngst wieder Weiß (Fn. 16), 297–300. Krit. neben den in Fn. 54 Genannten z.B. auch Seidel (Fn. 47), 15 f., und Pitschas (Fn. 4), 226, da eine Abteilung partieller gesellschaftlicher Verantwortungssphären nicht möglich sei. Man müsse daher von „kooperativer Verantwortung“ oder dem „Verbund der Verantwortung“ sprechen, vgl. auch ders. Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, 276 ff., 280. Warum aber der Gesetzgeber nicht die Verantwortung für bestimmte Objekte auf private Akteure verlagern soll, bleibt unklar, vgl. G. Sommer Institutionelle Verantwortung, 1997, 41–45, und Voßkuhle (Fn. 9), 56. Vgl. auch die Forderung der Europäischen Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltbeihilfen vom 3. 2. 2001, ABL EG Nr. C. 37/3, 5: „Angesichts der Umweltprobleme gilt es, den Begriff der geteilten Verantwortung klarzumachen ...“, sowie z.B. § 79 Abs. 1 SGB VIII.

⁶⁴ Krit. Rossen (Fn. 59), 280: „heikler Balanceakt zwischen pragmatischer Selbstaufgabe und empirieferner – gewissermaßen ‚neonominalistischer‘ – Rechtsbehauptung“.

⁶⁵ Mittlerweile existiert eine Vielzahl von Verantwortungstypologien. Der maßgebliche Impuls ging hier aus von E. Schmidt-Aßmann Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, 1993, 11, 43 f.: Erfüllungsverantwortung, Beratungsverantwortung, Überwachungsverantwortung, Organisationsverantwortung, Einstandsverantwortung; zusammenfassend ders. (Fn. 10), 3. Kap., Rn. 88–91. Daran anknüpfend mit Erweiterungen und Modifikationen: G. F. Schuppert Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand, private Anbieter und Organisationen des Dritten Sektors, in: Ipsen (Fn. 38), 17, 26–32; ders. Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung. Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 31 (1998), 415 ff.; ders. Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), 400–419; Bauer (Fn. 1), 277–280; H.-H. Trute Verzahnungen von öffentlichem Recht und privatem Recht – anhand ausgewählter Beispiele, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), 117, 198–206; W. Hoffmann-Riem Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, in: ders./Schneider (Fn. 46), 9, 22–30; E.-H. Ritter Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 2), 231–233; Hermes (Fn. 17), 337–340; C. Gusy Der Wandel präventiver Schutzgewährung in der staatlichen Finanz-

rung und weitere dogmatische Ausformung stehen freilich erst am Anfang.

3. Europa- und verfassungsrechtliche Perspektive

a) Neukonzeption der staatlichen Daseinsvorsorge durch das Europarecht

Konkrete Ansätze zu einer Neujustierung staatlicher Verantwortung finden sich auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts. Unter seiner Ägide und zur Verwirklichung des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 2, 3 Abs. 1 lit. g, 4 Abs. 1, 98, 105 Abs. 1 S. 3 EG)⁶⁶ wurden seit Anfang der 1980er Jahre bekanntlich viele Bereiche der ehemals staatlichen Daseinsvorsorge schrittweise liberalisiert⁶⁷; zu nennen sind hier der Telekommunikations-,⁶⁸ Post-,⁶⁹ Energie-⁷⁰ und Verkehrssektor⁷¹. Als Begleitmaßnahme zur ange-

krise, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, 175, 190 ff.; Kahl (Fn. 19), 534–536, vgl. ferner die in Fn. 63 Genannten. Der häufig verwendete Begriff der *Verantwortungsstufung* erscheint insofern missverständlich, als zwischen den meisten Verantwortungstypen gerade kein irgendwie geartetes Stufenverhältnis besteht, sondern sie erst in der Zusammenschau ein bestimmtes staatliches *Verantwortungsniveau* garantieren.

⁶⁶ Aus dem deutschsprachigen Schrifttum vgl. statt vieler E.-J. Mestmäcker *Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, FS Böhm, 1965, 345 ff.; J. Basedow *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992, 26 ff.; P.-C. Müller-Graff *Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?*, EuR 1997, 433, 439 ff. Zur verbleibenden hoheitlichen Verantwortung vgl. die Bestandsaufnahme von E. Steindorff *Markt und hoheitliche Verantwortung in der EG*, ZHR 164 (2000), 223 ff.

⁶⁷ Zu den „Privatisierungshebeln“ im Gemeinschaftsrecht R. Schmidt *Privatisierung und Gemeinschaftsrecht*, Die Verwaltung 28 (1995), 281, 291 ff., sowie Bauer (Fn. 1), 259–263; W. Kahl *Die öffentlichen Unternehmen im Gegenwind des europäischen Beihilferegimes*, NVwZ 1996, 1082 ff.; T. Helm *Rechtspflicht zur Privatisierung*, 1999, 82–131, und Kämmerer (Fn. 3), 90–152. Zum Einfluss des Sekundärrechts vgl. auch den Überblick bei Weiß (Fn. 16), 390–404.

⁶⁸ Vgl. Eifert (Fn. 61), 139 ff.; T. Vesting *Prozedurales Rundfunkrecht*, 1997, 256–262.

⁶⁹ Vgl. Pfeffermann *Einführung*, in: P. Badura u. a. (Hrsg.) *Beck'scher PostG-Kommentar*, 2000, 1–53.

⁷⁰ Vgl. Hermes (Fn. 17), 14–127; Schneider (Fn. 5), 384–440; Pielow (Fn. 55), 31–39, 566–624.

⁷¹ Vgl. M. Ronellenfitsch *Privatisierung und Regulierung des Eisenbahnwesens*, DÖV 1996, 1028 ff.; ders. *Die Umsetzung des Eisenbahninfrastrukturpakets*, DVBl. 2002, 657 ff.; W. Frotscher/U. Kramer *Sechs Jahre nach der Bahnreform – Das Allgemeine Eisenbahngesetz auf dem Prüfstand*, NVwZ 2001, 24 ff.; M. Fehling *Zur Bahnreform – eine Zwischenbilanz im Spiegel erfolgreicher „Schwesterreformen“*, DÖV 2002, 793 ff.

strebten Öffnung der bisher staatlich kontrollierten und monopolisierten Märkte sehen neuere Verordnungen und Richtlinien durchgehend die Möglichkeit vor, private Anbieter zur Erbringung bestimmter gemeinwohlorientierter Dienstleistungen⁷² zu verpflichten, um auf diese Weise die Grundversorgung der Bevölkerung sicherzustellen.⁷³ Als „zukunftsweisend“⁷⁴ gilt insofern das sog. *Universaldienstmodell*.⁷⁵ Es soll „allen Benutzern den Zugang zu einem festgelegten Minimalsdienst mit einer spezifizierten Qualität zu einem erschwinglichen Preis, basierend auf den

⁷² Die Europäische Kommission versteht unter „Leistungen der Daseinsvorsorge“ einerseits *marktbezogene Tätigkeiten*, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden (sog. „Dienste“ bzw. „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ iSv Art. 16 bzw. Art. 86 Abs. 2 EG), und andererseits *nichtmarktbezogene Tätigkeiten*, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden. *Nichtmarktbezogene Leistungen* unterliegen aber nicht dem europäischen Wettbewerbsrecht (vgl. Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ v. 20. 9. 2000, KOM [2000], 580 endg., ABLEG 2001 Nr. C 17, Rn. 28–30 mwN). Zur Definition der einzelnen Begriffe vgl. Anlage II der Mitteilung v. 20. 9. 2000, sowie F. Löwenberg *Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa*, 2001, 33–36.

⁷³ Sehr klar nachgezeichnet ist die Entwicklung z.B. bei Löwenberg (Fn. 72), 186–207.

⁷⁴ Trute (Fn. 1), 252f.

⁷⁵ Ausdrücklich vorgesehen sind Universaldienstleistungen im Postsektor (Art. 3 RL 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 12. 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABLEG 1998 Nr. L 15/14) und im Telekommunikationssektor. Die dort bisher auf mehrere Richtlinien verteilten Bestimmungen (vgl. die Nachw. bei J. Scherer *Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket – Teil III*, K&R 2002, 385 Fn. 3) sind nun zusammengefasst und präzisiert in RL 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABLEG 2002 Nr. L 108/51. Explizit ermöglicht wird die Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ferner im Verkehrssektor (Art. 1 Abs. 4, 14 Verordnung [EWG] Nr. 1191/69 des Rates vom 28. 6. 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffverkehrs, ABLEG Nr. L 156/1, geändert durch Verordnung [EWG] Nr. 1893/91 des Rates vom 20. 6. 1991, ABLEG Nr. L 169/1; Art. 4 Abs. 1a Verordnung [EWG] Nr. 2408/92 des Rates vom 23. 7. 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABLEG L 240/8) und im Energiesektor (Art. 3 Abs. 2 und 3 RL 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 12. 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABLEG 1997 Nr. L 27/20; Art. 3 Abs. 2 RL 98/30/EG des Parlaments und des Rates vom 22. 6. 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABLEG 1998 Nr. L 204/1).

Grundsätzen der Allgemeinheit, Gleichheit und Kontinuität“⁷⁶ gewährleisten. Soweit der Markt diese Grundversorgung nicht von sich aus bereitstellt, können Universaldienstverpflichtungen entweder allen oder nur einzelnen Anbietern⁷⁷ am Markt auferlegt werden⁷⁸, wobei die damit jeweils verbundenen besonderen Lasten in der Regel auszugleichen sind⁷⁹. Entgegen mancher Befürchtungen, die aus der plakativen Gegenüberstellung von Markt und Staatsmonopol herrühren, führt die europäische Liberalisierungspolitik folglich nicht zu einer Verflüchtigung staatlicher Infrastrukturverantwortung⁸⁰, sondern lediglich zu veränderten Modi ihrer Wahrnehmung unter wettbewerblichen Rahmenbedingungen.⁸¹ Wel-

⁷⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch über die Liberalisierung der Telekommunikationsstruktur und der Kabelfernsehnetze (Teil 2), KOM (94), 682 endg., 133. S. auch Mitteilung der Kommission v. 20. 9. 2000 (Fn. 72), Rn. 14, 39, und Anlage II. Ausführlich zur US-amerikanischen Herkunft und zum Inhalt des Begriffs des Universaldienstes, der über das Europarecht in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eingeflossen ist, K. Windthorst Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, 1998, insbes. 112–118, 144–147, 168–188; ders. Regulierungsansätze im deutschen und US-amerikanischen Telekommunikationsrecht (II), CR 1998, 340, 343–345 mwN. Vgl. ferner H. Kubicek Universaldienstregelungen in den USA und in Deutschland, CR 1997, 1 ff.; M. A. Pohl Universaldienst in der Telekommunikation, 1998, 35–77.

⁷⁷ Krit. zu der damit einhergehenden Durchbrechung des Marktprinzips z.B. E.-J. Mestmäcker Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, FS Zacher, 1998, 635, 645–651; M. Herdegen Die Regulierung des Postuniversaldienstes: Abschied vom Markt?, ZRP 1999, 63 ff. Die teilweise vorgesehene Koppelung der Universaldienstverpflichtung mit einem Bieterverfahren (vgl. § 14 PostG, § 19 Abs. 5 TKG) ändert im Übrigen nichts daran, dass es sich bei dem Universaldienstmodell um einen Markteingriff handelt; das erkennt C. Koenig Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!, EuZW 2001, 481.

⁷⁸ Vgl. Art. 8 UniversaldienstRL (Fn. 75). Speziell zu den verschiedenen denkbaren Vergabemodi bei Universaldienstleistungen H. Cox Das Angebot von Universaldienstleistungen und Probleme ihrer Vergabe im öffentlichen Bieterwettbewerb, in: ders. (Fn. 55), 73, 82–92.

⁷⁹ Die Finanzierung dieser „Entschädigungen“ kann nach Art. 13 Abs. 1 UniversaldienstRL (Fn. 75) durch öffentliche Mittel oder durch Aufteilung der Nettokosten unter den Betreibern im Rahmen von sog. Fondslösungen erfolgen. Krit. zur Universaldienstabgabe nach § 16 PostG und § 21 TKG z.B. R. Schütz/M. Cornils Universaldienst und Telekommunikation, DVBl. 1997, 1146, 1152–1155; Masing (Fn. 5), 183 f. mwN.

⁸⁰ Begriffsprägend Hermes (Fn. 17), 334–342 und passim.

⁸¹ So auch J. Schwarze Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbs, EuZW 2001, 334, 335. Vgl. ferner P. Badura „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ unter der Aufsicht der Europäischen Gemeinschaft, FS Oppermann, 2001, 571, 572 f. Durchaus zutreffend spricht z.B. M. Nettesheim Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, 253, von einem „neuen Modell der Daseinsvorsorge“. Cox (Fn. 78), 81, erkennt sogar weltweit einen „Paradigmenwechsel vom klassischen öffentlichen Unternehmen weg und hin zur aufgabenregulierten bzw. öffentlich gebundenen Privatunternehmung“. Prägnant ferner M. Bullinger Von der admi-

chen zentralen Stellenwert das Gemeinschaftsrecht den Diensten der Daseinsvorsorge mittlerweile einräumt⁸², zeigt der durch den Vertrag von Amsterdam eingeführte Art. 16 EG⁸³, mit dem eine *positive Verpflichtung* von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zur *Gewährleistung funktionieren der Grundstrukturen der Daseinsvorsorge* in den EG-Vertrag aufgenommen wurde.⁸⁴ Sie wird dogmatisch abgesichert⁸⁵ durch eine neuerdings sehr extensive Interpretation des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG⁸⁶, der damit eine

nistrativen Daseinsvorsorge zu privatwirtschaftlicher Leistung unter staatlicher Rahmen-garantie, FS Zacher, 1998, 85 ff.

⁸² Die Europäische Kommission spricht von einem „Schlüsselement des europäischen Gesellschaftsmodells“ (Mitteilung v. 20. 9. 2000 [Fn. 72], 1) und bezeichnet Leistungen der Daseinsvorsorge als „eines der wesentlichen Fundamente des Europäischen Gesellschaftsmodells“ (Bericht für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. 10. 2001 [Fn. 60], Rn. 1). Vgl. auch Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 2. 10. 1997, 13. Erklärung zur Schlussakte, Erklärung zu Art. 16 EG, ABLEG 1997 Nr. C 340/1, 133, 137; Erklärung zur Schlussakte, Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, ABLEG 1997 Nr. C 340/1, 138. Dementsprechend gehört die Daseinsvorsorge zu den zentralen Fragen des Europarechts in den letzten Jahren, vgl. nur die Sammelbände von Cox (Fn. 55); J. Schwarze (Hrsg.) Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001; H. Brede (Hrsg.) Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 2001, und R. Hrbe/M. Nettesheim (Hrsg.) Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, sowie die monographische Aufarbeitung durch S. Rumpff Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union?, 2000; Löwenberg (Fn. 72) und J. Harms Daseinsvorsorge im Wettbewerb, 2001. Weitere Nachw. bei Nettesheim (Fn. 81), 253 Fn. 2.

⁸³ Der rechtsdogmatische Gehalt dieser Kompromissformel (zur Entstehungsgeschichte vgl. nur P. J. Tettinger Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?, DVBl. 1997, 341 ff.; W. Frenz Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, EuR 2000, 901–903) ist unklar, krit. z.B. Pielow (Fn. 55), 98–100; S. Magiera Gefährdungen der öffentlichen Daseinsvorsorge durch EG-Beihilfenrecht, FS Rauschning, 2001, 269, 273; R. Schmidt Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, Der Staat 41 (2002) i.E., II. 2. d). Vgl. auch A. Hatje in: J. Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar, 2000, Art. 16 EGV Rn. 7; C. Jung in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.) EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 16 EGV Rn. 13.

⁸⁴ Deutlich Pielow (Fn. 55), 100 f.; Badura (Fn. 81), 579. Eine eigenständige Kompetenz der EU zur Förderung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse lässt sich Art. 16 EG aber nicht entnehmen, so statt vieler Hatje (Fn. 83), Art. 16 EGV Rn. 8; Nettesheim (Fn. 81), 254.

⁸⁵ Art. 16 EG verweist auf Art. 86 EG und sieht selbst keine „Auflockerung der Wettbewerbsregeln“ vor. Der dort niedergelegte Grundsatz kann aber bei der systematischen Vertragsauslegung des Art. 86 Abs. 2 EG herangezogen werden, vgl. Frenz (Fn. 83), 915 f.; Magiera (Fn. 83), 271; Badura (Fn. 81), 578; zögernd Jung (Fn. 83), Art. 86 EGV Rn. 49.

⁸⁶ Die Wende wurde eingeleitet durch EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 (Corbeau), und EuGH, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477 (Almelo). Vgl. ferner EuGH, Rs. C 159/94, Slg. 1997, I-5815 (Kommission/Frankreich); EuGH, Rs. C-157/94, Slg.

zentrale Stellung im Gefüge des Gemeinschaftsrechts erhält.⁸⁷ Auf Unternehmen, die mit der Erbringung marktbezogener Tätigkeiten im Interesse der Allgemeinheit betraut⁸⁸ sind, finden danach die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln keine Anwendung, soweit dadurch die „Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich behindert wird“. Die „Definitionshoheit“⁸⁹ darüber, welche Unternehmen unter diese „Escape-Klausel“⁹⁰ fallen, liegt nach Auffassung der Kommission⁹¹ und des EuGH⁹² im wesentlichen bei den Mitgliedstaaten; ihre Entscheidung kann von den Gemeinschaftsorganen nur auf „offenkundige Fehler“ überprüft werden.⁹³ Eine Bestandsgarantie für öffent-

1997, I-5699 (Kommission/Niederlande); EuGH, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789 (Kommission/Italien); EuGH, Rs. C-209/98, Slg. 2000, I-3743 (Sydhavnens Sten&Grus); EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109 (TNT Traco/Poste Italiane); EuGH, Rs. C-475/99, EuZW 2002, 25 (Ambulanz Glöckner); EuGH, Rs. C-53/00, NVwZ 2002, 193 (Ferring/Acos). Die Forderung, Art. 86 Abs. 2 EG sei als Ausnahmenvorschrift restriktiv auszulegen (statt vieler *Jung* [Fn. 83], Art. 86 EGV Rn. 35 mwN), findet in dieser Entscheidungspraxis keinen Niederschlag mehr. Folgerichtig für die Fortentwicklung des Art. 86 Abs. 2 EG zu einem „von den Mitgliedstaaten nach ihrer eigenen Tradition auszufüllenden ‚service-public‘-Vorbehalt“ plädierend *F. v. Burchard* in: Schwarze (Fn. 83), Art. 86 EGV Rn. 55; *M. Fehling* Zu Möglichkeiten und Grenzen identischer Wettbewerbsbedingungen für öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge und private Konkurrenten, in: Schwarze (Fn. 82), 195, 205.

⁸⁷ So auch GA S. Alber Schlussantrag zu EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rn. 94 (TNT Traco/Poste Italiane): „grundlegende Wertentscheidung des Gemeinschaftsrechts“; R. Dohms Die Vorstellung der Kommission zur Daseinsvorsorge, in: Schwarze (Fn. 82), 41, 57: „das zentrale Instrument der Konfliktlösung und Konfliktvermeidung“; Pielow (Fn. 55), 75: „schlechthin ‚die‘ thematische Zentralnorm auf dem Gebiet der öffentlichen Versorgung“.

⁸⁸ Zu den geringen Anforderungen an das Merkmal der Betrauung vgl. zuletzt EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Rn. 98–111 (Albany). Vgl. auch V. Götz Die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG) als Akt der öffentlichen Gewalt, FS Maurer, 2001, 921, 931–933.

⁸⁹ H. Lecheler/J. Gundel Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt, RdE 1998, 92, 93; S. Albin Daseinsvorsorge und EG-Beihilfenrecht, DÖV 2001, 890, 894f. Krit. Schmidt (Fn. 83), II. 2 a) a.E. unter Hinweis auf die von der Kommission unterstrichene Option eines gemeinsamen Konzepts der Daseinsvorsorge.

⁹⁰ V. Emmerich in: Dauses (Hrsg.) HdbEuWR, H II Rn. 142.

⁹¹ Mitteilung der Europäischen Kommission v. 20. 9. 2000 (Fn. 72), Rn. 22. Vgl. ferner RL 2000/52/EG der Kommission v. 26. 7. 2000 zur Änderung der RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABlEG 2000 Nr. L 193/75, 4. Erwägungsgrund.

⁹² Vgl. die Nachw. in Fn. 86.

⁹³ Zu Einzelheiten der Interpretation des Art. 86 Abs. 2 EG vgl. neben den einschlägigen Kommentaren z.B. Pielow (Fn. 55), 75–95; Kämmerer (Fn. 3), 120–138.

liche Monopolunternehmen folgt daraus freilich nicht.⁹⁴ Im Gegenteil: Die Befreiung von den wettbewerbssichernden Vorschriften des EG-Vertrags ist als *ultima ratio* nur dann gerechtfertigt, wenn andere technisch mögliche und wirtschaftlich wie rechtlich zumutbare Wege, die im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen, nicht ersichtlich sind.⁹⁵ Der Dispens darf in Intensität und Umfang nicht weitergehen als unbedingt erforderlich.⁹⁶ Dementsprechend besteht weiterhin ein grundsätzlicher *Vorrang des regulierten Wettbewerbs*⁹⁷ vor einer einseitigen Privilegierung einzelner (privater oder öffentlicher) Unternehmen.⁹⁸

b) Grenzen der Konstitutionalisierung des Gewährleistungsstaates

Die durch das Gemeinschaftsrecht in die Wege geleitete Neukonzeption der staatlichen Daseinsvorsorge hat auch Eingang in das Grundgesetz gefunden.⁹⁹ Dort ist das Gewährleistungsparadigma für den Bereich

⁹⁴ So aber wohl Schmidt (Fn. 83), II 2 d) unter Hinweis auf Art. 16 EG.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-159/94, Slg. 1997, I-5815, Rn. 52, 59, 96, 101, 102 (Kommission/Frankreich); EuGH, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699, Rn. 53 (Kommission/Niederlande); EuGH, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789, Rn. 53, 54 (Kommission/Italien). Ähnlich bereits EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rn. 16 (Corbeau). Vgl. neuerdings EuGH, Rs. C-147 u. 148/97, Slg. 2000, I-825, Rn. 49–52 (Deutsche Post AG/GZS u. Citicorp); EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rn. 54 (TNT Traco/Poste Italiane); EuGH, Urt. v. 25. 10. 2001, Rs. C-475/99, EuZW 2002, 25, Rn. 57 f. (Ambulanz Glöckner). Aus der Lit. vgl. nur Jung (Fn. 83), Art. 86 EGV Rn. 46 mwN.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rn. 14 (Corbeau); EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rn. 56–58. (TNT Traco/Poste Italiane); EuG, Rs. T-106/95, Slg. 1997, II-229, Rn. 175–178. Vgl. ferner Mitteilung der Europäischen Kommission v. 20. 9. 2000 (Fn. 72), Rn. 23. Aus der Lit. vgl. G. Wilms Das Europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen, 1996, 139–141; J. Basedow Dienstleistungsmonopole und Netzzugang in der europäischen Wirtschaftsverfassung, Jahrb. für neue politische Ökonomie 15 (1997), 121, 131 f.; I. Pernice in: Grabitz/Hilf, EU, Art. 90 EGV Rn. 54; Jung (Fn. 83), Art. 86 EGV Rn. 47. Speziell zur Erforderlichkeit von Ausgleichsmaßnahmen auch Europäische Kommission Bericht für den Europäischen Rat in Laeken v. 17. 10. 2001 (Fn. 60), Rn. 12–32. Übersichtliche Analyse der Rechtsprechung ferner bei Nettesheim (Fn. 81), 257–263 mwN.

⁹⁷ Zu unterschiedlichen Regulierungsmodellen aus ökonomischer Sicht vgl. vor diesem Hintergrund C. B. Blankart Modell der Daseinsvorsorge aus EG-rechtlicher und ökonomischer Sicht, WuV 2002, 340, 345 ff.

⁹⁸ Wie hier S. Storr Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, DÖV 2002, 357, 360.

⁹⁹ Übersichtlich zu den europarechtlichen Einflüssen H. Gersdorf in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG, 4. Aufl. 2001, Art. 87e Rn. 5–10; Art. 87f Rn. 3–12. Indes wäre es verfehlt, z. B. die Postreform als reinen Vollzug gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zu verstehen. Die EU hat vielmehr den Trend zur Privatisierung in Deutschland verstärkt, so zutreffend J. Wieland in: H. Dreier (Hrsg.) GG III, 2000, Art. 87f Rn. 6.

der netzbasierten Daseinsvorsorge jetzt in Art. 87e Abs. 4, 87f Abs. 1 und Art. 143b Abs. 2 GG verankert. Über diese speziellen und ihrerseits konkretisierungsbedürftigen Vorschriften¹⁰⁰ hinaus lassen sich dem Grundgesetz jedoch nur wenige gehaltvolle Aussagen über Art und Ausmaß der verbleibenden staatlichen Verantwortung in arbeitsteiligen Strukturen entnehmen.¹⁰¹ Ursächlich dafür ist nicht allein der Rahmencharakter der Verfassung, sondern diese ist schon vom Ansatz her auf ein „Mixtum von Staat und Gesellschaft nicht eingerichtet“¹⁰². Das heißt nicht, dass sich die Verfassung im Grundsatz gegen arbeitsteilige Arrangements sperrt.¹⁰³ Die notwendige Umstellung ihrer Schutzmechanismen von der Abwehr in zweipoligen Staat-Bürger-Beziehungen auf die Gewährleistung eines gemeinwohlorientierten Interessenausgleichs in komplexen multipolaren Beziehungsgefügen bedingt aber einen deutlichen *Verlust an Direktionskraft*¹⁰⁴, der durch neue dogmatische Konstruktionen nur begrenzt aufgefangen werden kann.¹⁰⁵

Das Kernproblem¹⁰⁶ besteht darin, dass die vielfältigen Bindungen der Verfassung, die aus dem Erfordernis der demokratischen Legitima-

¹⁰⁰ Zu den verbleibenden Auslegungsschwierigkeiten vgl. neben den einschlägigen Kommentierungen in den jeweiligen Grundgesetzkommentaren nur *P. Lerche* Infrastrukturelle Verfassungsaufträge, FS Friauf, 1996, 251 ff.; *E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl* Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), DÖV 1994, 577 ff.; *K. Stern* Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung, DVBl. 1997, 309, 312 ff.; *Windthorst* (Fn. 76), 247–387; *F. Brosius-Gersdorf* Wettbewerb auf der Schiene?, DÖV 2002, 275 ff.

¹⁰¹ Das könnte der Grund sein, warum die Existenz einer staatlichen „Garantenstellung“ weithin unbestritten ist, ihre dogmatische Ableitung aber oft im Dunkeln bleibt, so auch *Seidel* (Fn. 47), 38.

¹⁰² *D. Grimm* Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 9, 19.

¹⁰³ So aber in der Tendenz *Di Fabio* (Fn. 1), 264: „entweder effektive parlamentarische Kontrolle (...) oder (...) klare Separierung zwischen gesellschaftlicher Freiheit und staatlichem Herrschaftsanspruch“.

¹⁰⁴ Das Bild der „dirigierenden Verfassung“ prägend *P. Lerche* Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999 (1961), 61–96.

¹⁰⁵ *Kämmerer* (Fn. 3), 463, spricht von einem „privatisierungsbedingten Grundrechtschwund“.

¹⁰⁶ Zu weiteren verfassungsrechtlichen Direktiven vgl. im Überblick *Voßkuhle* (Fn. 9), 63–68 mwN. Insbesondere bieten die Grundrechte der Privaten, für die sich die Übertragung von öffentlichrechtlichen Pflichten regelmäßig als Eingriff darstellt, keine durchschlagende Abwehr; an dem Befund von *Ossenbühl* (Fn. 1), 175–185, hat sich insofern wenig geändert, vgl. auch *Burgi* (Fn. 22), 253–271, und *Pielow* (Fn. 55), 456–458. Gleichwohl dürfte gerade im Bereich der gesetzlichen Indienstnahme Privater die Grenze der Zumutbarkeit mittlerweile erreicht sein (zur ökonomischen Belastungswirkung vgl. z.B.

tion, dem beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt (Art. 33 Abs. 4 GG), den Grundrechten und rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien resultieren, nur dort unmittelbare Wirkung entfalten, wo die jeweiligen Akteure *Staatsgewalt* ausüben.¹⁰⁷ Dazu reicht es nicht aus, dass sie eine wichtige öffentliche Aufgabe wahrnehmen¹⁰⁸ oder gesellschaftliche Macht nutzen¹⁰⁹, vielmehr muss ihr Handeln dem Staat jeweils als eigenes

die Analyse von S. Halldorn *Der Unternehmer als Erfüllungsgehilfe des Staates*, 1996, 62–226). Das gilt insbesondere, aber nicht nur für die steuerrechtlichen Pflichtdienste kleinerer und mittlerer Unternehmen (so auch das Ergebnis der differenzierten verfassungsrechtlichen Aufarbeitung der Problematik vor dem Hintergrund des sog. Halbtteilungsgrundsatzes [BVerfG 93, 121, 138] durch Geißler [Fn. 34], 224). Für verfassungsmäßig erachtet wurden bisher von den Gerichten die Mitwirkungspflicht von Arbeitnehmern beim Lohnsteuereinbehalt (BFH BStBl III 1996, 468, 469) und beim Kirchenlohnsteuereinbehalt (BVerfGE 44, 103 ff.; krit. G. Felix Unentgeltliche private Steuervollstreckungshilfe für entgeltliche staatliche Steuervollstreckung zugunsten der Kirchen?, BB 1995, 1929 ff.) sowie die Verpflichtung der Banken zur Einbehaltung und Abführung der Kuponsteuer (BVerfGE 22, 280 ff.). Vom Gesetzgeber wieder beseitigt wurde dagegen u. a. wegen der Belastungswirkung die Inanspruchnahme der Arbeitgeber für die Auszahlung des Kindergeldes (§ 73 EStG a.F.) durch das Steuerentlastungsgesetz v. 19. 12. 1998, BGBl. I, 3779 (vgl. die berechtigte Kritik von O. Depenheuer Arbeitgeber als Zahlstelle des Sozialstaats, BB 1996, 1218 ff.; J. Pelka/F. Balmes Kindergeldauszahlungspflicht durch die Arbeitgeber, DStR 1997, 1309 ff.).

¹⁰⁷ Damit ist gleichzeitig gesagt, dass sich aus den genannten Bestimmungen kein Privatisierungsverbot ergibt; diese setzen staatliche Hoheitstätigkeit voraus, schreiben aber keine staatlichen Aufgaben fest. Zumindest in Bezug auf Art. 33 Abs. 4 GG ist dieser Befund freilich nicht unbestritten, wie hier StGH Bremen, NordÖR 2002, 60, 64, sowie R. Schmidt *Rechtliche Möglichkeiten für Privatisierungen im Bereich der Deutschen Bundespost*, FS Lerche, 1993, 965, 976–978; G. Lübke-Wolff in: H. Dreier (Hrsg.) GG II, 1998, Art. 33 Rn. 55; Gramm (Fn. 13), 74; A. Bree *Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*, 1998, 220 f.; Huber (Fn. 27), 152–155; T. Strauß *Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum*, 2000, 199–206; Nitz (Fn. 26), 397–399 mwN in Fn. 479. AA zB A. Krölls *Privatisierung der öffentlichen Sicherheit in Fußgängerzonen*, NVwZ 1999, 233, 235; V. Haug *Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranken*, NVwZ 1999, 816, 817. Zur Polarität von Staatsgewalt und grundrechtlicher Freiheit vgl. J. Isensee *Grundrechte und Demokratie – Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen*, 1981, sowie Jestaedt (Fn. 48), 238–247, und daran anschließend H. Gersdorf *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, 2000, 60–63 mwN in Fn. 136.

¹⁰⁸ Statt vieler zuletzt Gersdorf (Fn. 107), 105–108 mwN. Vgl. aber zB Art. 35 Abs. 2 BV-Schweiz: „Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.“

¹⁰⁹ Vgl. W. Martens *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969, 125 f.; L. Mahlberg *Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen*, 1988, 90; Huber (Fn. 27), 165. Anders aber W. Hoffmann-Riem *Übergang der Polizeigewalt auf Private*, ZRP 1977, 277, 278 f.

zugerechnet werden können.¹¹⁰ Das ist unschwer zu bejahen im Fall der Beleihung.¹¹¹ Eine breite Palette von Beteiligungsformen entzieht sich aber einer eindeutigen Zuordnung.¹¹² Außer an verschiedene Varianten der sachverständigen Beratung und privater Teilbeiträge in Planungsverfahren¹¹³ ist hier etwa an den Einsatz behördlicher Verfahrensbevollmächtigter¹¹⁴, Normsetzungsakte privater Normungsver-

¹¹⁰ Nach der Rspr. des BVerfG fällt unter den Begriff der Staatsgewalt „jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“ (BVerfGE 83, 60, 73; 93, 37, 68). Dem Gebot demokratischer Legitimation unterliegt aber auch das privatrechtliche und fiskalische staatliche Handeln. Von der ganz hM wird ein umfassender Begriff der Staatsgewalt zugrunde gelegt, der sich auf das gesamte Handlungsinstrumentarium bezieht, unabhängig von den Entscheidungsqualitäten im juristischen Sinne, vgl. E.-W. Böckenförde Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR I, 1987, § 22 Rn. 12f.; E. Schmidt-Aßmann Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329, 338–347; H. Dreier in: ders. (Hrsg.) GG II, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn. 79–82 mwN. Ausführlich zur Problematik zuletzt wieder am Beispiel öffentlicher Unternehmen Gersdorf (Fn. 107), 47–166.

¹¹¹ Zur Sicherung der demokratischen Legitimation bei der Beleihung vgl. jüngst StGH Bremen, NordÖR 2002, 60, 61–62. Der Regelvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG setzt einer Beleihung Privater ebenfalls nur bescheidene Grenzen, vgl. überzeugend Nitz (Fn. 26), 399–431, sowie Huber (Fn. 27), 155–161. Enger dagegen B. Remmert Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, Berliner Habilitationsschrift, Manuskript, Jan. 2002, 504–513; M. Burgi Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, FS Maurer, 2001, 581, 590f.

¹¹² Statt vieler vgl. W. Krebs Verwaltungsorganisation, in: HStR III, 1988, § 69 Rn. 10, sowie zuletzt M. Burgi Privat vorbereitete Verwaltungsentscheidungen und staatliche Strukturschaffungspflicht, Die Verwaltung 33 (2000), 183 ff.; G. Britz Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, VerwArch 91 (2000), 418, 425–430; V. Mehde Ausübung von Staatsgewalt und Public Private Partnership, VerwArch 91 (2000), 540, 541–545; Weiß (Fn. 16), 319–322.

¹¹³ Zur Vorbereitung der Standortauswahl durch private Projektplanungsbüros im Rahmen von Planungsentscheidungen vgl. zB B. Bender/R. Pfaff Zur Standortproblematik im Recht der Abfallentsorgung, DVBl. 1992, 181 ff.; W. Hoppe Rechtsprobleme bei Standortauswahlverfahren für Abfallentsorgungsanlagen durch private Auftragnehmer, DVBl. 1994, 255 ff.; H. Bleicher Standortauswahlverfahren bei der Planung von Abfallentsorgungsanlagen durch private Gutachter, 1996. Zu Planungsvorarbeiten im Rahmen des Straßenbaus vgl. § 16a Abs. 1 S. 1 FStrG sowie Bucher (Fn. 38), 59–64. Eingehend zu diesem Problembereich jetzt unter Einbezug eigener empirischer Erhebungen zum Bauleitplanverfahren in Brandenburg Remmert (Fn. 111), 38–41, 73–75 u. passim mwN.

¹¹⁴ Vgl. § 4b BauGB und §§ 35 ff. der Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und Ingenieure i.d.F. v. 4. 3. 1991, BGBl. I, 533, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. 11. 2001, BGBl. I, 2992 (dazu O. Reidt § 4b BauGB – Die Einschaltung Dritter in die Bauleitplanung, NVwZ 1998, 592 f.; G. Schmidt-Eichstaedt Der Dritte im Baugesetzbuch, BauR 1998, 899 ff.; F. Stollmann Die Einschaltung Dritter im neuen Städtebaurecht, NuR 1998, 578 ff.; B. Köster Die Privatisierung des Bauleitplanverfahrens und der Einsatz von Mediation in den Beteiligungsverfahren, 2002, 55–57; Remmert [Fn. 111], 42–51); § 2 Abs. 2 S. 3 Nr. 5 der 9. BImSchVO (dazu M. Böckel Projektmanagement in Verwaltungs-

bände¹¹⁵ oder die Beteiligung von Privaten im Rahmen der Überwachung von Anlagen im Umwelt- und Technikrecht¹¹⁶ zu denken. Formal gesehen bleibt in den genannten Konstellationen die Letztentscheidungskompetenz bei der staatlichen Verwaltungsbehörde; realistisch betrachtet verfügen die jeweiligen Amtsträger aber regelmäßig weder über das notwendige Wissen noch die erforderlichen personellen und zeitlichen Ressourcen, die privaten Aufgabenbeiträge zu überprüfen und – wenn nötig – zu korrigieren.¹¹⁷ Der Sache nach erscheint es deshalb geboten, den privaten Akteuren ebenfalls bestimmte inhaltliche, organisatorische und verfahrensrechtliche Pflichten aufzuerlegen.¹¹⁸ Die verfassungsrechtliche Herleitung dieser Pflichten stößt aber auf nicht unerhebliche Schwierigkeiten.¹¹⁹ Plädiert man für die möglichst vollständige Etatisierung der privaten Aufgabenträger¹²⁰, hat dies zur Konsequenz, dass die auf die klassische Vollzugsverwaltung zugeschnittenen Anforderungen an das Handeln staatlicher Organisationseinheiten eins zu eins auf diese übertragen werden müssen. Folge wäre nicht nur ein erheblicher Verlust an individueller Freiheit, der in der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Bürgers kulminieren würde¹²¹; auch die durch diese Freiheit ermöglichte

verfahren, DÖV 1995, 102, 106ff.; R. Schwarz „Entliehene“ Rechtsanwälte in der staatlichen Immissionsschutzverwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schneider [Fn. 46], 188, 194–200; F. Ludwig Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, 1998, 198–215) und § 71c Abs. 2 S. 2 VwVfG. Vgl. ferner § 98 UGB-KomE und dazu BMU (Hrsg.) Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998, 640ff.

¹¹⁵ Vgl. Fn. 49.

¹¹⁶ Vgl. z.B. M. Reinhardt Die Überwachung durch Private im Umwelt- und Technikrecht, AöR 118 (1993), 617, 626–634; Ludwig (Fn. 114), 165–263, jeweils mwN.

¹¹⁷ Den Finger in die Wunde gelegt hat hier sehr früh Brohm (Fn. 1), 292. Vgl. zuletzt wieder H. C. Röhl Staatliche Verantwortung in Kooperationsstrukturen, Die Verwaltung 29 (1996), 487, 497–499; Burgi (Fn. 112), 194f.

¹¹⁸ Darauf und auf die Notwendigkeit der „Begründung einer konkreten ‚Garantenstellung‘ des Staates“ hat in aller Klarheit bereits Gallwas (Fn. 1), 225–232, hingewiesen.

¹¹⁹ Burgi (Fn. 112), 196f., sieht hier zu Recht eine „Begründungslücke zwischen den abstrakten Verfassungsgeboten und der Postulierung konkreter Formalanforderungen.“

¹²⁰ So etwa im Hinblick auf die Sachverständigenbeteiligung Brohm (Fn. 1), 292; ders. (Fn. 47), Rn. 38; U. Di Fabio Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverständig, VerwArch 81 (1990), 193, 217–219.

¹²¹ Für eine unmittelbare Grundrechtsverpflichtung faktisch einflussreicher privater Akteure, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, plädieren etwa W. Däubler Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, 126f.; R. Scholz/J. Aulehner Grundfragen zum Dualen System, BB 1993, 2250, 2252ff.; K. Kiethe/H.-D. Sproll Die Privatisierung der Abfallentsorgung am Beispiel der Verpackungsentsorgung, ZIP 1994, 275, 280f., und H. Meyer Diskussionsbeitrag VVDStRL 56 (1997), 333f. Vgl. auch Ossenbühl (Fn. 1), 192f., der aus der Staatsfunktion des Verwaltungshelfers seine Grundrechtsbindung herleitet. Zu Recht ablehnend unter Hinweis auf die state action doctrine des amerikanischen Supreme

und gerade erwünschte gesellschaftliche Handlungsrationalität ginge verloren.¹²² Mehr Überzeugungskraft besitzen deshalb solche Ansätze, die auf eine Eingliederung des Privaten in das staatliche Handlungsgefüge verzichten und auf den verbleibenden hoheitlichen Anteil an der Aufgabenerfüllung abstellen, um im Sinne einer vor- und nachwirkenden „Legitimationsverantwortung“ des Staates¹²³ und einer damit einhergehenden „staatlichen Strukturschaffungspflicht“¹²⁴ das Rechtsfolgenregime zu erweitern. Für die Bereiche der funktionalen Privatisierung lässt sich auf diesem Wege eine verfassungsrechtliche Verpflichtung begründen, den Mangel an tatsächlicher inhaltlicher Entscheidungsbeherrschung durch entsprechende Sicherungsvorkehrungen adäquat auszugleichen. Diese Verpflichtung trifft bei einer nicht ganz unerheblichen und auf Dauer angelegten Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben wegen der faktischen Auswirkungen auf das verfassungsrechtliche Verantwortungsgefüge den Gesetzgeber.¹²⁵

Court *Trute* (Fn. 63), 42f., sowie *Burgi* (Fn. 22), 331–335 mwN. Von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten geht aber neuerdings der EuGH aus. Zunächst war diese Rspr. auf „kollektive“ Regelungen beschränkt, vgl. EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 17f. (Walrave); EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 80f.; EuGH, Rs. C-176/96, Slg. 2000, I-2681, Rn. 35 (Lethonen); EuGH, Rs. C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549, Rn. 60ff. (Deliège). Weitergehend nun EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 36 (Angonese). Zust. i. E. *T. O. Ganten* Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000, 94–119; *D. Schiek* Differenzierte Gerechtigkeit – Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, 2000, 87–89; *C. Tsiliotis* Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, 2000, 704–706. Vgl. ferner *S. Wernicke* Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, 225–270, der die unmittelbare Bindung Privater an das Primärrecht aus der Ergebnisverpflichtung des EG-Vertrages herleitet. Die Grundfreiheiten haben eine andere Funktion als die Grundrechte. Insofern lassen sich die berechtigten Einwände gegen die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte auf diese Diskussion nicht unmittelbar übertragen, vgl. aber Kritik an der Rspr. des EuGH durch *C.-W. Canaris* Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer u. a. (Fn. 12), 29, 42–54, sowie ferner *W. Kluth* Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), 557, 581; *T. Kingreen* Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, 195–200; *R. Streinz/S. Leible* Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459ff., und *T. Körber* Innerstaatliche Anwendung und Drittwirkung von Grundfreiheiten?, EuR 2000, 932ff.

¹²² Krit. *Gallwas* (Fn. 1), 222.

¹²³ Grundlegend dazu *Trute* (Fn. 5), 955f.; *ders.* Funktion der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Fn. 2), 288–294, und *Röhl* (Fn. 117), 500–503. Zust. *Michael* (Fn. 10), 346–352; *Fehling* (Fn. 44), 360f.

¹²⁴ *Burgi* (Fn. 22), 378–385; *ders.* (Fn. 112), 200–206.

¹²⁵ Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für die Beteiligung von Verwaltungshelfern verneinen dagegen z. B.: *Ossenbühl* (Fn. 1), 163f.; *W. Rudolf* Ver-

Entgegen übertriebener Hoffnung in der Literatur¹²⁶ dürfte es aber angesichts des weiten gesetzgeberischen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums außerordentlich schwer fallen, handhabbare Kriterien zu entwickeln, die es erlauben würden, das gesetzgeberische Tun oder Unterlassen im konkreten Fall auch dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit auszuliefern. Nicht zuletzt die vom Bundesverfassungsgericht aus den objektiv-rechtlichen Gehalten der Grundrechte entwickelte *Schutzpflichtendogmatik* mahnt hier zu Recht zur Zurückhaltung. Zwar obliegt dem Gesetzgeber danach die Aufgabe, möglichen Verletzungen und Gefährdungen individueller Rechtspositionen entgegenzuwirken¹²⁷, die sehr leicht dort entstehen, wo Bürger von gemeinwohlrelevanten Erfüllungsbeiträgen mächtiger privater Organisationen abhängig sind.¹²⁸ Wie der Gesetzgeber diesem verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag aber konkret nachkommt, ob durch handverlesene Auswahl der Privaten, detaillierte gesetzliche Ausgestaltung ihrer Betätigungsfelder oder inten-

waltungsorganisation, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 52 Rn. 26; Bauer (Fn. 1), 267; G. Lübke-Wolff Modernisierung des Umweltordnungsrechts, 1996, 32; C. Gramm Schranken der Personalprivatisierung bei der inneren Sicherheit, VerwArch 90 (1999), 329, 335. Wie hier mit unterschiedlichen Nuancierungen: W. Erbuth Die funktionale Privatisierung im Genehmigungsrecht, DÖV 1995, 369, 375 f.; Pitschas (Fn. 40), 398 ff.; M. König Privatisierung im Landesorganisationsrecht, DÖV 1999, 322, 324 f., und Burgi (Fn. 22), 289–291.

¹²⁶ Exemplarisch Trute (Fn. 63), 43: „Zudem sind Grundrechte als objektiv-rechtliche Normen wirksam genug, um (...) Maßstäbe für die Gestaltung von Regelungsstrukturen abzugeben, die sicherstellen, daß keine verfassungsrechtlich unzutraglichen Asymmetrien der Interessenwahrnehmung entstehen.“ Vgl. ferner Schmidt-Preuß (Fn. 1), 172; C. Groß Die Privatisierung ordnungsrechtlicher Genehmigungs- und Aufsichtsverfahren auf der Grundlage des Öko-Audit-Systems, 2000, 89–93; Weiß (Fn. 4), 1179, 1181.

¹²⁷ Das BVerfG leitet die verfassungsrechtliche Schutzpflicht aus der Funktion der Grundrechte als objektive Wertordnung ab, vgl. BVerfGE 39, 1, 41 f.; 52, 214, 220 f.; 53, 30, 57; 56, 54, 78; 77, 170, 214 f.; 77, 381, 403; 79, 174, 201; 92, 26, 46. In anderen Entscheidungen wird (zusätzlich) auf den Schutz der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG abgestellt, siehe BVerfGE 46, 160, 164; 49, 89, 132; 90, 145, 195. Für eine rein abwehrrechtliche Konstruktion treten dagegen ein: J. Schwabe Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, 231 ff.; D. Murswiek Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 62 ff.; G. Lübke-Wolff Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 178 ff. u. passim; M. Holoubek Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997, 251–265. Berechtigte Kritik dazu bei R. Alexy Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1985, 415–420, sowie J. Dietlein Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, 38 f., und J. Isensee Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR V, 1992, § 111 Rn. 118 f.

¹²⁸ Reiches Anschauungsmaterial bietet hier der Bereich des Medienrechts, vgl. nur Schoch (Fn. 1), 178–181, und B. Holznagel Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 81, 90 ff.

sive nachträgliche staatliche Kontrollen, bleibt ihm weitgehend selbst überlassen.¹²⁹ Die getroffenen Regelungen und Maßnahmen dürfen lediglich nicht „gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich“ sein, das Schutzziel zu erreichen.¹³⁰ Allenfalls¹³¹ dem *Rechtsstaatsprinzip*¹³² sind nähere Vorgaben hinsichtlich der Erfüllungsmodalitäten zu entnehmen. Aus dem dort beheimateten *Gewaltenteilungsprinzip* resultiert das Gebot einer rationalen, effizienten und vor allem transparenten Staatsorganisation.¹³³ Diese Anforderungen verlangen gerade in den Bereichen Beachtung, in denen die vom Staat selbst bewirkte Übertragung bestimmter Aufgabenteile auf private Akteure der Verflüchtigung staatlicher Verantwortung Vorschub leistet, weil die disziplinierenden Vorgaben des Grundgesetzes für die staatliche Binnenorganisation nicht mehr unmittelbar greifen. Zumindest die *Offenlegung* und *Dokumentation* der Zusammenarbeit dürfte dementsprechend aus Sicht des Grundgesetzes zwingend sein.¹³⁴

¹²⁹ Die geringe Direktionskraft der Schutzpflichten betonen im vorliegenden Zusammenhang z.B.: *Burgi* (Fn. 22), 201–204; *Seidel* (Fn. 47), 83–88; *Nitz* (Fn. 26), 334–396; *Kämmerer* (Fn. 3), 449–459; *Möstl* (Fn. 26), 84–118.

¹³⁰ Vgl. BVerfGE 79, 175, 202; ähnlich BVerfGE 46, 160, 164; 56, 54, 80f.; 77, 170, 215; 85, 191, 212. Enger dagegen auf den ersten Blick BVerfGE 88, 202, 254. Die dort aufgenommene Figur des sog. Untermaßverbots hat aber in der Folge zu keiner höheren verfassungsrechtlichen Kontrolldichte geführt, vgl. BVerfGE 92, 26, 46, und zuletzt wieder BVerfG, NJW 1995, 2343; NJW 1996, 651, 652; NJW 1997, 2509; UPR 1998, 145; DÖV 2002, 521f. Eingehend dazu *M. Ruffert* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 210–237; *C. Calliess* Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, 322–325. Krit. zum dogmatischen Ertrag des Untermaßverbots *A. Scherzberg* Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, 1989, 208ff.; *ders.* Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), 484, 509; *J. Dietlein* Das Untermaßverbot, ZG 10 (1995), 131, 139f.; *Voßkuhle* (Fn. 6), 384f.; *E. Denninger* Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, FS Mahrenholz, 1994, 561ff.; *C. Bumke* Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, 78f., und *Lepsius* (Fn. 7), 394–398.

¹³¹ Auch aus dem *Sozialstaatsprinzip* folgt lediglich die generelle Verpflichtung des Staates, eine ausreichende soziale Infrastruktur sicherzustellen, nicht aber, auf welche Weise diese Pflicht realisiert werden muss, vgl. nur *Osterloh* (Fn. 1), 208; *Bauer* (Fn. 1), 269 Fn. 130 mwN.

¹³² Dazu *Trute* (Fn. 5), 956f.

¹³³ Statt vieler *K. Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 484–499, und *A. Voßkuhle* Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, 34–50 mwN.

¹³⁴ Abl. zur amtlichen Publikationspflicht von normativen Absprachen jüngst aber *Michael* (Fn. 10), 480–483, der indes nur auf Art. 82 Abs. 1 GG abstellt. AA die hM, vgl. *W. Brohm* Rechtsgrundsätze für normvertretende Absprachen, DÖV 1992, 1025, 1031; *U. Dempfle* Normvertretende Absprachen, 1994, 139; *Knebel/Wicke/Michael* (Fn. 36), 266.

4. Verwaltungsrechtliche Perspektive

a) Leistungsfähigkeit tradierter dogmatischer Institute

Angesichts der insgesamt schwachen Determinationskraft des Verfassungsrechts obliegt die rechtliche Domestizierung der Arbeitsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im nationalen Recht weiterhin in erheblichem Umfang den tradierten dogmatischen Instituten des Verwaltungsrechts.¹³⁵ Neben der kooperativen Handlungsform des Verwaltungsvertrags¹³⁶ verdienen hier namentlich die Rechtsfiguren der *Beleihung*¹³⁷, der *Verwaltungshilfe*¹³⁸ und der *Indienstnahme Privater*

¹³⁵ Vgl. *Di Fabio* (Fn. 1), 269, und die Diskussionsbeiträge von *P. Badura* VVDStRL 56 (1997), 303, 304, und *Hufen* VVDStRL 56 (1997), 326, 327. Deutlich ferner *Pielow* (Fn. 55), 467: „Auch unter den Vorzeichen eines nach unterschiedlichen Verantwortungsebenen differenzierenden Staatsaufgabenverständnisses erscheint die Konzentration auf die skizzierten Grundtypen staatlich-gesellschaftlicher Kooperation – Beleihung, Verwaltungshilfe und Indienstnahme – durchaus geeignet, als Orientierungsraster für die weitere Entwicklung fallgruppenbezogener und funktionsadäquater Unterformen staatlich-gesellschaftlichen Zusammenwirkens einschließlich des hierauf im Einzelfall anzuwendenden Rechtsregimes zu dienen.“

¹³⁶ Zu seiner Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang vgl. die Nachw. oben in Fn. 41.

¹³⁷ Die Voraussetzungen der Beleihung und ihre Abgrenzung zu anderen Instituten waren lange Zeit umstritten, vgl. *K. Vogel* Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, 46–90; *R. Michaelis* Der Beliehene, 1969; *E. V. Heyen* Das staatstheoretische und rechtstheoretische Problem des Beliehenen, 1973; *F. Bansch* Die Beleihung als verfassungsrechtliches Problem, 1973; *Steiner* (Fn. 29); *J. Snuible-Treder* Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss. Tübingen 1986. Zusammenfassend zum alten Streit zwischen Aufgaben- und Rechtsstellungstheorie v. *Heimburg* (Fn. 29), 31–34; *W. Frenz* Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, 1992, 23–31. Mittlerweile hat sich die Rechtsstellungstheorie (teilweise in Kombination mit der Aufgabentheorie) weitgehend durchgesetzt. Danach liegt eine Beleihung vor, wenn der Private (1) Verwaltungsaufgaben erfüllt und ihm zu diesem Zweck (2) spezielle hoheitliche Befugnisse durch einen anderen Hoheitsträger übertragen wurden, was durch Auslegung der entsprechenden Gesetze zu ermitteln ist, vgl. zuletzt BVerwGE 97, 117, 119; 97, 282, 285f.; 98, 280, 297; 106, 272, 274; BVerwG, NJW 1999, 882, 883; OVG Münster, BauR 2000, 1322, 1323f.

¹³⁸ Während z. B. *Ossenbühl* (Fn. 1), 147f. und passim, diesen Terminus noch als Oberbegriff für alle denkbaren Formen der privaten Mitwirkung an Verwaltungsaufgaben einschließlich der Beleihung verwendete, reift die Verwaltungshilfe langsam zu einer relativ fest umrissenen Organisationsform heran. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass der Private (1) freiwillig, (2) im hoheitlichen Auftrag und (3) ohne Einräumung von Hoheitsbefugnissen die Verwaltung bei der (4) Wahrnehmung der ihr gesetzlich weiterhin zugewiesenen Aufgaben unterstützt. Das in der Literatur häufig zusätzlich bemühte Kriterium der Unselbstständigkeit (vgl. statt vieler *H. Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 23 Rn. 60; *F. Stollmann* Aufgabenerledigung durch Dritte im öffentlichen Gesundheitsdienst, DÖV 1999, 183, 186f.; *H. Fertig* Die Aufgabenwahrnehmung

ter¹³⁹ besondere Aufmerksamkeit. Ihre – trotz verbleibender Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall¹⁴⁰ – unverminderte Praxistauglich-

durch Dritte in der Tierkörperbeseitigung, DÖV 1994, 99, 102–104) bleibt dagegen inhaltlich vage und ist weder für die Abgrenzung zu anderen Instituten (Tatbestandsebene) noch zur Sicherung der Einflussmöglichkeiten des hoheitlichen Aufgabenträgers auf den Verwaltungshelfer (Rechtsfolgenebene) nötig. Insofern bedarf es auch keiner Erweiterung der bestehenden Beteiligungsformen um ein Institut der „Verwaltungssubstitution“ (v. Heimburg [Fn. 29], 139–146; daran anknüpfend z. B. J. Kloweit Die Beteiligung Privater an der Abfallentsorgung, 1995, 100f., 116f.) oder um die Figur des „Verwaltungsmittlers“ (C. Brining Der Verwaltungsmittler – eine neue Figur bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben, NWVBl. 1997, 286ff.). Ähnlich im Ergebnis Burgi (Fn. 22), 145–174, demzufolge die Verwaltungshilfe das Ergebnis einer funktionalen Privatisierung darstellt, bei der die Vorbereitungs- und/oder Durchführungsverantwortung für eine Aufgabe abgespalten wird, die Leistungsverantwortung indes beim Staat bleibt. Vgl. ferner auch Schoch (Fn. 29), 963; Osterloh (Fn. 1), 223f.; Wahl (Fn. 29), 283–285; Pielow (Fn. 55), 448f.; Röhl (Fn. 41), § 3 C I. 1. Zu potentiellen Einsatzfeldern der Verwaltungshilfe vgl. ferner A. Kumanoff/A. Schwarzkopf/A. Fröse Die Verwaltungshilfe als Variante der Hoheitsverwaltung durch die Gemeinde, SächsVBl. 1997, 73, 77.

¹³⁹ Das Institut der „gesetzlichen Indienstnahme Privater“ geht auf Ipsen zurück (Fn. 33) und bezeichnet letztlich nichts anderes als die Auferlegung öffentlicher Pflichten zur Sicherung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so H. Dreier Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 248 mwN. Vgl. ferner nach eingehender Aufarbeitung der bisherigen Diskussion Jani (Fn. 33), 175–177. Damit ist aber nicht geklärt, was die Indienstnahme von Pflichten des Betroffenen in eigenen Angelegenheiten unterscheidet (vgl. bereits Ossenbühl [Fn. 1], 155f.). Von einer Indienstnahme im öffentlichen Interesse sollte nur dann gesprochen werden, wenn dem Privaten (1) gegen seinen Willen (2) anlässlich einer grundrechtlich geschützten Freiheitsbetätigung die (3) Erfüllung einer gemeinwohlbezogenen Pflicht auferlegt wird, (4) deren Beachtung die Freiheitsbetätigung als solche nicht notwendig erfordert. Zu den verschiedenen Formen der gesetzlichen Indienstnahme vgl. oben Fn. 32. In der neueren Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Fallgruppe einen Ausschnitt aus dem heute als staatlich veranlasste gesellschaftliche Selbstregulierung bezeichneten Spektrum darstellt, vgl. Burgi (Fn. 22), 90–96. Zust. Pielow (Fn. 55), 451f. In Anbetracht der Vielgestaltigkeit und der verschiedenen Abstufungen regulierter Selbstregulierung (vgl. Fn. 62) folgen aus dieser Einordnung aber noch keine dogmatischen Konsequenzen.

¹⁴⁰ Umstritten ist z. B. die rechtliche Einordnung folgender arbeitsteiliger Arrangements: Aufbau und Verwaltung von „Juris“ (vgl. J. Berkemann Juris als öffentlich-rechtlicher „beliehener Unternehmer“, VerwArch 97 [1996], 362ff.), die Rechtsstellung der Vertrags(zahn)ärzte (vgl. H. Sodan Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, 102–136), die Übertragung der Abfallbeseitigungspflicht auf Dritte nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG (vgl. W. Kahl Die Privatisierung der Entsorgungsordnung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, DVBl. 1996, 1327, 1329; N. Pippke Die Übertragung von Entsorgungspflichten auf Dritte nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG, ZUR 1999, 309–314; W. Frenz Privatisierung in der Abfallwirtschaft, in: J. Ziekow [Hrsg.] Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft, 2000, 137, 146–148), die Übertragung der Abwasserbeseitigung auf Dritte nach § 18a

keit¹⁴¹ lässt sich gerade anhand der Beleihung anschaulich demonstrieren, die wie Phönix aus der Asche¹⁴² zum neuen Hoffnungsträger für die dogmatische Bewältigung staatlich-gesellschaftlicher Kooperation aufgestiegen ist.¹⁴³ Der Grund für diese Entwicklung dürfte die gelungene Verschmelzung von privatem Status und staatlicher Funktion sein, die eine Nutzbarmachung privater Ressourcen erlaubt, ohne auf hoheitliche Handlungsbefugnisse und Einflussmöglichkeiten sowie eindeutige Zuordnungen innerhalb der herkömmlichen verfassungsrechtlichen Systemzäsuren verzichten zu müssen.¹⁴⁴ Beliehene agieren mittlerweile in so unterschiedlichen Aufgabefeldern¹⁴⁵ wie der Betreuung von Zi-

Abs. 2a WHG (vgl. *P. Nisipeanu* § 18a Abs. 2a WHG – Oder: Alles ist anders, aber nichts ändert sich wirklich!, NuR 1998, 467 ff.; *C. Brüning* Steht das alte Rechtsinstitut der Beleihung vor einer neuen Zukunft?, SächsVBl. 1998, 201 ff.; *P.-M. Schulz* Privatisierung der kommunalen Abwasserbeseitigung durch Beleihung?, ZfW 37 [1998], 277 ff.), die Tätigkeit von „Benannten Stellen“ im Produktsicherheitsrecht (vgl. *K.-C. Scheel* „Benannte Stellen“: Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes, DVBl. 1999, 442 ff.; *Seidel* [Fn. 47], 172, 269–271), die Unfalluntersuchungen im Bereich der Eisenbahn (vgl. *M. Ronellenfitsch* Schranken einer Privatisierung der staatlichen Untersuchung im Bereich der Eisenbahn, NVwZ 1998, 1021, 1023), die Stellung des Sachverständigen für Altfahrzeugverwertung (vgl. *U. Nummerger* Der Sachverständige für Altfahrzeugverwertung, UPR 2000, 11–15).

¹⁴¹ Kein dogmatisch eigenständiges Profil hat das Institut der „Beauftragung“ erlangt (vgl. die Systematisierungen bei *M. Fuchs* „Beauftragte“ in der öffentlichen Verwaltung, 1985).

¹⁴² Lange Zeit schien die Beleihung lediglich von akademischem Interesse, vgl. z. B. die Einschätzung von *Ossenbühl* (Fn. 1), 138–143.

¹⁴³ Dieser Befund ist in der neueren Literatur weitgehend unstreitig, vgl. *U. Steiner* Fragen der Beleihungsdogmatik aus österreichischer und deutscher Sicht, FS Koja, 1998, 603, 607: „gewaltiger Anwendungsschub“; *Wahl* (Fn. 29), 285: „großer Bedeutungszuwachs“; *R. Stober* Police-Private-Partnership aus juristischer Sicht, DÖV 2000, 261, 268: „... ist die Beleihung ein Zukunftsmodell“; *ders.* Private Sicherheitsdienste als Dienstleister für die öffentliche Sicherheit?, ZRP 2001, 260, 266: „wichtigste Entwicklungsperspektive innerhalb von Sicherheitspartnerschaften“; *Burgi* (Fn. 22), 79: „Renaissance“; *ders.* (Fn. 111), 581: „Breitband-Institut“; *Britz* (Fn. 112), 432–434. Zurückhaltende Einschätzung dagegen noch bei *R. Schmidt* Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, 416.

¹⁴⁴ Ähnlich das Resümee von *Steiner* (Fn. 143), 617: „Denn der Staat, der hier wie dort in Zukunft mehr steuern als rudern will (*David Osborne/Ted Gable*), hat in der Beleihung eine pragmatische Alternative zur behördlichen und körperschaftlichen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben entdeckt. Sie kommt seinen Vorstellungen von der Entlastung öffentlicher Ressourcen ohne gleichzeitigen Verlust der verfassungsrechtlich und politisch unverzichtbaren Standards der Aufgabenerfüllung in vielen Fällen entgegen.“ Zu den Motiven der Beleihung vgl. auch prägnant *F.-J. Peine* Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, 353, 361 mwN.

¹⁴⁵ Weitere Beispiele bei *G. Stadler* Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, 2002, 39–131, und *D. Ehlers* in: *F. Schoch/E. Schmidt-Abmann/R. Pietzner* (Hrsg.) VwGO,

vildienstleistenden¹⁴⁶, der förmlichen Zustellung von Schriftstücken¹⁴⁷, der Errichtung von Anlagen zur Endlagerung radioaktiver Abfälle¹⁴⁸, der Fluggastkontrolle¹⁴⁹ oder der Überwachung von Kasernen¹⁵⁰. Im

Loseblattkommentar, § 40 Rn. 440. Diskutiert wird der Einsatz von Beiliehenden darüber hinaus zur Zeit zB in folgenden Bereichen: Durchführung von Häftlingstransporten und Übernahme von Überwachungstätigkeiten im Strafvollzug (vgl. dazu A. Kulas Privatisierung hoheitlicher Verwaltung – Zur Zulässigkeit privater Strafvollzugsanstalten, 2. Aufl. 2001, 25–31; J. Nibbeling Die Privatisierung des Haftvollzugs, 2001, 249–253, 259–262; M. Burgi Statement „Beleihung“ im Strafvollzug, in: R. Stober [Hrsg.] Privatisierung im Strafvollzug?, 2001, 43 ff.; C. Wagner Privatisierung im Justizvollzug – Ein Konzept der Zukunft, ZRP 2000, 169, 170 f.; M. Lange Privatisierungspotentiale im Strafvollzug, DÖV 2001, 898, 901–903; C. Waldhoff Der Verwaltungszwang, Münchner Habilitationsschrift, Manuskript 2002, D. III. 3 c), aa) (2), 966. Abl. z.B. Gramm [Fn. 125], 342 f.; A. Krölls Die Privatisierung der inneren Sicherheit, GewArch 1997, 445, 453; K. Kruis Haftvollzug als Staatsaufgabe, ZRP 2000, 1, 2, 4; H.-J. Bonk Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug, JZ 2000, 435, 441 f.; allgemein zu diesem Problembereich auch A. Augustin Gefängnisse als Privatbetrieb und Staatsverständnis, ARSP Beiheft 83 [2002], 109 ff.; W. Hoffmann-Riem Justizleistungen im kooperativen Staat, in: Schuppert [Fn. 4], 159, 184–188), Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Zusammenhang mit der Überwachung des ruhenden Verkehrs (Parkraumüberwachung) und fließenden Verkehrs (Geschwindigkeitskontrolle); zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Schaffung einer Beleihungsgrundlage im StVG vgl. bejahend R. Scholz Verkehrsüberwachung durch Private?, NJW 1997, 14, 17; R. Stober Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, NJW 1997, 889, 893; F. Schnekenburger Rechtsstellung und Aufgaben des privaten Sicherheitsgewerbes, 1999, 117 f.; G. Nitz Neuere Rechtsprechung zur Privatisierung der Verkehrsüberwachung, NZV 1998, 11, 14 f.; C. Waldhoff ebd., D. III. 3 c), aa) (1), 961. Abl. AG Alsfeld, NJW 1995, 1503, 1506; AG Berlin-Tiergarten, DAR 1997, 326 f., sowie U. Steiner Möglichkeiten und Grenzen kommunaler und privater Parküberwachung, DAR 1996, 272, 275; C. Steegmann Verkehrsüberwachung durch Private, NJW 1997, 2157, 2159; M. Ronellenfisch Allgemeine Betrachtungen zur Verkehrsüberwachung durch Private, DAR 1997, 147, 151.

¹⁴⁶ Die Anerkennung einer privaten Beschäftigungsstelle für Zivildienstleistende nach § 4 ZDG stellt einen Akt der Beleihung dar, vgl. BGHZ 118, 304, 307; BVerwGE 90, 320, 329; 106, 272, 274; BSG, NJW 1994, 77, 78. Zur Beleihung mit der Ausübung von Dienstherrenbefugnissen nach Art. 143b Abs. 3 GG vgl. BVerwGE 103, 375, 377; 108, 274, 278, und H. Benz Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung einer Aktiengesellschaft mit Dienstherrenbefugnissen, 1995.

¹⁴⁷ § 33 Abs. 1 PostG. Zur Diskussion im Vorfeld und zur verfassungswidrigen Privilegierung der Deutschen Post AG durch den neu in § 195 Abs. 2 ZPO eingefügten Satz 3 vgl. P. Badura in: Beck'scher PostG-Kommentar (Fn. 69), § 33 Rn. 10–13 mwN.

¹⁴⁸ § 9a Abs. 3 AtG. Vgl. dazu ausführlich J. K. Menzer Privatisierung der atomaren Endlagerung, 1998, sowie M. Schmidt-Preuß Das neue Atomrecht, NVwZ 1998, 553, 557. Zur alten Rechtslage H.-W. Rengeling Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, 23–59.

¹⁴⁹ Vgl. § 29c Abs. 1 S. 3 LuftVG. Krit. Gramm (Fn. 125), 333–339; Verwaltungshelfer. Dagegen Burgi (Fn. 111), 582, 589 Fn. 56.

Zuge dieser Entwicklung hat sich das Spektrum der übertragungsfähigen Hoheitsbefugnisse, das lange Zeit auf den Erlass von Verwaltungsakten konzentriert schien¹⁵¹, deutlich erweitert, wie nicht zuletzt die im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der öffentlich-rechtlichen Landesbanken in Bayern vorgesehene Beleihung einer Aktiengesellschaft mit der Trägerschaft einer öffentlich-rechtlichen Anstalt belegt.¹⁵²

Selbst wenn man daher davon ausgeht, dass sich das Gros arbeitsteiliger Arrangements über das herkömmliche Arsenal an Beteiligungsformen einfangen lässt¹⁵³, bleiben diese aber doch in ganz erheblichem Umfang auf weitere *rechtliche Ausgestaltung* angewiesen. Der schlichte Hinweis (im Gesetz) auf die Möglichkeit der Beleihung, der Verwaltungshilfe oder des Abschlusses eines Verwaltungsvertrags¹⁵⁴ hilft in der Praxis

¹⁵⁰ Nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Anwendung des unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen vom 12. 8. 1965, BGBl. I, 796 (UZwGBw) können Personen, die nicht Soldaten sind und mit militärischen Wachaufgaben der Bundeswehr beauftragt sind (zivile Wachpersonen), die Befugnisse nach diesem Gesetz übertragen werden. 1996 stammten ca. 13 % des Umsatzvolumens des deutschen Sicherheitsgewerbes aus Aufträgen der Bundeswehr zur Bewachung ihrer Kasernen und militärischen Anlagen, vgl. *Huber* (Fn. 27), 56. Krit. zur Erlaubnis des Schusswaffengebrauchs *Gramm* (Fn. 125), 329, 356.

¹⁵¹ Zu möglichen Gründen vgl. nur die krit. Analyse von *W. Brohm* Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, 210–216. Das *Di Fabio* ([Fn. 1], 271–273) zufolge herrschende enge Beleihungsverständnis, das schlicht-hoheitliches Handeln von der Beleihung ausschließt, findet in der neueren Rspr. und Literatur keine Stütze mehr, vgl. nur BVerwG, DÖV 1972, 500, 501; OVG Lüneburg, GewArch 1983, 85, 87, sowie v. *Heimburg* (Fn. 29), 34; *Frenz* (Fn. 137), 32; *Steiner* (Fn. 143), 604; *Wahl* (Fn. 29), 286; *Schnekenburger* (Fn. 145), 110. Der Streit zwischen Aufgaben- und Rechtsstellungstheorie (vgl. Fn. 137) wirkt hier nicht präjudizierend.

¹⁵² Vgl. Art. 3 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale v. 25. 7. 2002, GVBl. Nr. 17, 332, und dazu *B. Wolfers/M. Kaufmann* Private als Anstaltsträger, NVwZ 2002, 507 ff.

¹⁵³ Skeptisch: *Trute* (Fn. 63), 31; *Gusy* (Fn. 65), 194; *Schoch* (Fn. 1), 209 mit Fn. 257; *E. Schmidt-Aßmann* Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 253, 265; *Bauer* Public-Private-Partnerships (Fn. 4), 25, 48.

¹⁵⁴ Die bisherige Verwaltungsvertragsdogmatik wird zu stark von den rechtlichen Grenzen her entwickelt, vgl. nur die Arbeiten von *W. Spannowsky* Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994; *Schlette* (Fn. 41), 371–579, und *E. Gurlit* Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, 245–406. Die Notwendigkeit einer „gesetzesdirigierten Vertragsgestaltung“ betont dagegen zu Recht *E. Schmidt-Aßmann* Verwaltungsverträge im Städtebaurecht, FS Gelzer, 1991, 117, 122–124. Weiterführend ferner *Krebs* (Fn. 1), 277–279, und *H. Bauer* Die negative und positive Funktion des

bei der Entscheidung über die Auswahl des privaten Akteurs oder der Sicherung von Qualitätsstandards wenig weiter, sofern nicht gleichzeitig auf ein entsprechendes Rechtsregime zurückgegriffen werden kann, das sich aus europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben eben nicht ohne weiteres ergibt.¹⁵⁵

b) Notwendigkeit der Entwicklung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts

Die damit in den Vordergrund rückende *Regulierungsperspektive*¹⁵⁶ sensibilisiert einmal mehr für den Umstand, dass eine langfristige Koordina-

Verwaltungsvertragsrechts, FS Knöpfle, 1996, 11, 14–21. Zur nur beschränkten Entlastungsfunktion von Privatisierungsmusterverträgen in der Praxis vgl. ders. Privatisierungsimpulse und Privatisierungspraxis in der Abwasserversorgung, VerwArch 90 (1999), 561, 572f.

¹⁵⁵ So auch *Osterloh* (Fn. 1), 235f. Sehr weitgehende Normierungen bestehen bereits im Sozialrecht, programmatisch § 3 Abs. 1 SGB VIII und § 4 SGB VIII; vgl. ferner §§ 78a-f SGB VIII, §§ 10, 93–93d BSHG. Vorbildlich vom Regulierungsansatz her zB auch der Entwurf der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft über die Übertragung der Wasserversorgungs- und der Abwasserbeseitigungspflicht (WPÜbVO) vom 19. 2. 2001, abgedruckt in: *Oldiges* (Fn. 42), 205–217.

¹⁵⁶ Eine konsentierte Definition von „Regulierung“ fehlt bisher (vgl. *Schmidt* [Fn. 143], 48f.; *Kämmerer* [Fn. 3], 479–489 mwN). Vorliegend wird unter Regulierung eine spezifische Form rechtlicher Steuerung gesellschaftlicher Prozesse verstanden, mit der ein über den Einzelfall hinausgehender Ordnungszweck verfolgt wird. Andere fassen den Begriff enger und reservieren ihn für „alle staatlichen Instrumente zur Beeinflussung oder Konstituierung von Märkten, die nicht allein der Festlegung und Durchsetzung allgemein gültiger Spielregeln der Marktwirtschaft dienen, sondern spezifische öffentliche Bindungen der konkret ausgeübten Wirtschaftstätigkeit vermitteln“ (*Schneider* [Fn. 5], 37. Ähnlich *Skoczny* [Fn. 5], 146–155; *Masing* [Fn. 5], 163–166). An ein solches Begriffsverständnis knüpfen offensichtlich auch § 2 PostG und §§ 2, 3 Nr. 13 TKG an, vgl. nur *Ruffert* (Fn. 3), 242f. Nicht identisch damit ist der aus den USA stammende und ebenfalls nicht eindeutige Begriff der „Regulation“, mit dem zumindest ursprünglich eher wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen gegenüber monopolartigen Privatunternehmen bezeichnet wurden (vgl. *J. Müller/I. Vogelsang* Staatliche Regulierung, 1979, 21–29; *E. Kaufer* Theorie der öffentlichen Regulierung, 1981; *K. Kühne* Die Regulierungsdebatte in den USA in ihrer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland, in: T. Thiemeyer/C. Böhrer/G. Himmelmann [Hrsg.] Öffentliche Bindung von Unternehmen, 1983, 97ff.). Erst aus dieser ökonomisch inspirierten Begriffstradition heraus wird das politische Ziel der „Deregulierung“ richtig verständlich. So kennzeichnet die Deregulierungskommission (Marktöffnung und Wettbewerb, 1991, Nr. 1) Deregulierung als „jede wohlbegründete Veränderung der Spielregeln, die der wirtschaftlichen Freiheit dient“. Näheres zur Deregulierungsdebatte bei *R. Stober* Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1996, 1–16 mwN.

tion von öffentlichen Aufgaben und privater Interessenverfolgung allein durch vereinzelte dogmatische Anbauten kaum zu bewältigen sein wird.¹⁵⁷ Weder das auf Gefahrenabwehr ausgerichtete klassische Ordnungsrecht noch die dem modernen Leistungsstaat verpflichteten Rechtsinstitute¹⁵⁸ einschließlich der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht¹⁵⁹ bieten hier eine hinreichende Entwicklungsperspektive.¹⁶⁰ Vielmehr bedarf es als „dritter Säule“ der systematischen¹⁶¹ Entfaltung eines eigenständigen Rechts der *Gewährleistungsverwaltung*¹⁶², das ausgehend von den bestehenden Beteiligungsformen in der Lage ist, den Prozess arbeitsteiliger Aufgabenerfüllung in jeder Phase unter dem Blickwinkel größtmöglicher Gemeinwohlrealisierung anzuleiten, und das nicht nur der Verwaltung, sondern auch dem Gesetz- und Verordnungsgeber bei der

¹⁵⁷ Eindringlich K.-H. Ladeur Privatisierung öffentlicher Aufgaben und die Notwendigkeit der Entwicklung eines neuen Informationsverwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 15), 225, 251.

¹⁵⁸ Zu ihnen hier nur Brohm (Fn. 151), 257–263.

¹⁵⁹ Neuere Kritik etwa bei H. C. Röhl Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht?, VerwArch 86 (1995), 531, 573–578.

¹⁶⁰ Die „dogmatische Unterbilanz“, die F. Ossenbühl (Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, 513, 515) ehemals für das Recht der Leistungsverwaltung rügte, offenbart sich heute bezogen auf das Recht der Gewährleistungsverwaltung.

¹⁶¹ Zur Bedeutung der Systembildung vgl. nur E. Schmidt-Aßmann Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: D. Ehlers/W. Krebs (Hrsg.) Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, 1 ff. Den „Modellcharakter“ des Allgemeinen Verwaltungsrechts im Unterschied zum Besonderen Verwaltungsrecht hebt hervor M. Schmidt-Preuß Das Allgemeine Verwaltungsrecht, FS Maurer, 2001, 777, 778. Zur Entstehung des Allgemeinen Verwaltungsrechts vgl. übersichtlich zuletzt Groß (Fn. 52), 58–64 mwN.

¹⁶² Zur Abgrenzung eines Rechts der Gewährleistungsverwaltung von bestehenden Ordnungskonzepten vgl. auch Masing (Fn. 5), 185–187. Für H. Faber Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, FS Ridder, 1989, 291, 292, geht die „Entwicklung vom Zwang (Eingriffverwaltung) über den Konsens (Leistungsverwaltung) zur Planung (Infrastrukturverwaltung)“. Zum letzten dieser von ihm sog. „Funktionskreise“ der Verwaltung grundlegend ders. Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1995, 347–398. Dagegen ergänzt Schmidt-Aßmann (Fn. 10), 3. Kap., Rn. 79–87, den Typus der Ordnungs- und Leistungsverwaltung um die „Lenkende“ und „Vermittelnde Verwaltung“. Bereits die „strukturelle Eigentümlichkeit“ von Ordnungs- und Leistungsverwaltung, die maßgeblich von E. Forsthoff herausgearbeitet wurde (ders. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, 22–30; ders. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, 368–373), verneint indes Bachof (Fn. 1), 227 f. Dass bei der hier vorgenommenen Typenbildung fließende Übergänge bestehen, versteht sich freilich von selbst.

Auswahl¹⁶³ zwischen verschiedenen Lösungsstrategien¹⁶⁴ Orientierung bietet.¹⁶⁵

¹⁶³ Diese Auswahlentscheidungen zu erleichtern ist insbes. Aufgabe der („Public“, „Institutional“ und „Regulatory“) Choice Theory, vgl. dazu im vorliegenden Kontext G. F. Schuppert Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 201, 223–247, sowie allgemein ders. Institutional Choice im öffentlichen Sektor, in: Grimm (Fn. 61), 647 ff.; C. Reinhard Institutionelle Wahlmöglichkeiten, in: F. Naschold u. a. (Hrsg.) Leistungstiefe im öffentlichen Sektor, 1996, 101 ff.

¹⁶⁴ Anschaulich der nunmehr in der „Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien“ vom 20. 7. 2000 in Anlage 7 aufgenommene:

„Prüfkatalog zur Feststellung von Selbstregulierungsmöglichkeiten

Bei der Abwägung nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 GGO dient der folgende Fragenkatalog als Hilfestellung:

1. Welches Regulierungssystem ist dem Problem angemessen? Reicht eine gesellschaftliche Selbstregulierung aus – etwa durch Selbstbeschränkungsabkommen oder Selbstverpflichtungen? Welche Strukturen oder Verfahren sollten staatlicherseits bereitgestellt werden, um Selbstregulierung zu ermöglichen? Besteht die Möglichkeit, eine gesellschaftliche Selbstregulierung vorzuschreiben?
2. Sofern die Aufgabe von nicht-staatlichen Trägern oder Privaten erfüllt werden kann:
 - Wie wird sichergestellt, daß die nicht-staatlichen Leistungsanbieter ihre Leistungen gemeinwohlverträglich erbringen (flächendeckendes Angebot etc.)?
 - Welche Regulierungsmaßnahmen und welche Regulierungsinstanzen sind dafür erforderlich?
 - Wie kann im Falle der Schlechterfüllung sichergestellt werden, dass die Aufgabe auf staatliche Stellen rückübertragen werden kann?
3. Kann das Problem in Kooperation mit Privaten gelöst werden? Welche Anforderungen sind an die rechtliche Ausgestaltung solcher Kooperationsbeziehungen zu stellen? Welche praktische Ausgestaltung ist geeignet und erforderlich, um solche Kooperationsbeziehungen organisatorisch zu ermöglichen oder zu begleiten?
4. Wenn nur eine Zweck- oder Programmsteuerung dem Problem angemessen erscheint: Welche rechtsstaatlich gebotenen Mindestgehalte der rechtlichen Regelung sind zu beachten? (z.B. Vorgaben über Zuständigkeit, Ziel, Verfahren etc.).“

¹⁶⁵ In dieselbe Richtung zielen die Beiträge in Fn. 2–5. Der Begriff „Gewährleistungsverwaltungsrecht“ erscheint gegenüber den dort verwendeten Termini einerseits präziser, weil er den Kerngedanken der Regelungsstrategie aufnimmt, und andererseits umfassender. So teilt der Begriff des „Privatisierungsfolgenrechts“ mit der Umverteilungsschiffre der Privatisierung nicht nur deren unscharfen Konturen (vgl. Fn. 29), er umfasst vor allem nicht den Bereich der (Re-)Publizierung. Von „Verwaltungskooperationsrecht“ wiederum wird man nur in solchen Konstellationen sinnvoll sprechen können, in denen die gemeinsame Aufgabenerfüllung tatsächlich auf der Grundlage freiwilliger Kooperation beruht (so auch Ziekow [Fn. 29], 82); damit sind wichtige Beteiligungsformen wie die Indienstnahme oder das Universaldienstmodell aber von vornherein nicht umfasst. Ganz abgesehen davon wurde der Begriff in einem anderen Kontext eingeführt, nämlich in Bezug auf die Zusammenarbeit der nationalen mit der europäischen Verwaltungsebene (vgl. E. Schmidt-Aßmann Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der

III. Systemlinien des Gewährleistungsverwaltungsrechts

Versucht man vor diesem Hintergrund die Systemlinien des Gewährleistungsverwaltungsrechts näher herauszuarbeiten, so bietet es sich an, sich zunächst seiner Funktion (1.) und im Anschluss daran dem zugrunde liegenden Regulierungskonzept zu versichern (2.). Erst in einem dritten Schritt sollen dann die Grundbausteine der Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts näher konturiert werden (3.).

1. Funktion und Eigenarten des Gewährleistungsverwaltungsrechts

a) Erhaltung der Eigenrationalität von Staat und Gesellschaft in arbeitsteiligen Arrangements

Von seiner *Funktion* her ist das Gewährleistungsverwaltungsrecht darauf angelegt, die endogenen Potentiale der Gesellschaft für die Verfolgung öffentlicher Zwecke nutzbar zu machen.¹⁶⁶ Soll die hierzu angestrebte Parallelschaltung von privaten und öffentlichen Interessen dauerhaft gelingen, müssen die *Funktionsfähigkeit* von Staat und Gesellschaft sowie die *Eigenrationalität* beider Subsysteme erhalten bleiben.¹⁶⁷ Damit scheidet eine durchgehende Etatisierung privater Akteure ebenso aus wie die weitreichende Publizifizierung privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen.¹⁶⁸

b) Aufbau einer Gewährleistungsstruktur

Anders als das Ordnungsrecht zielt das Gewährleistungsverwaltungsrecht nicht auf die am Einzelakt orientierte Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses. Intendiert sind vielmehr die Verwirklichung eines *Gesamtkonzepts*¹⁶⁹ und der Aufbau einer permanent wirkenden *Gewährleistungsstruktur*, die über verfahrensrechtliche Anforderungen, organisa-

Europäischen Gemeinschaft, EuR 1996, 270ff.; T. v. Danwitz Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, 493–516; J. Ziekow Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft, in: ders. [Fn. 140], 9, 22–27). Der Begriff „Regulierungs(verwaltungs)recht“ schließlich bewegt sich nahe an der Tautologie, da Regulierung, Steuerung und Regelung im Deutschen häufig als Synonyme gebraucht werden (erhellend zu Sprachgebrauch und bestehenden Distinktionen W. Schulz Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 4 [2001], 101–105 mwN). Vgl. ferner oben Fn. 156.

¹⁶⁶ Zu diesen und anderen Zielen Voßkuhle (Fn. 9), 49–51 mwN.

¹⁶⁷ Schmidt-Aßmann (Fn. 153), 264.

¹⁶⁸ Ähnlich in der Tendenz Gallwas (Fn. 1), 222–225.

¹⁶⁹ In diesem Sinne auch Lübke-Wolff (Fn. 125), 28 f.

torische Elemente und inhaltliche Vorgaben staatliche und private Aufgabenbeiträge dauerhaft vernetzt.¹⁷⁰

c) *Produktive Verkoppelung privaten und öffentlichen Wissens*

Die wohl größte Herausforderung besteht dabei in der *Bewältigung des Wissensproblems*.¹⁷¹ In dem Maße, in dem der Staat auf privates Wissen zurückgreift und die Vorteile einer dezentralen Informationsverarbeitung nutzt¹⁷², verliert er selbst an Handlungswissen, das er aber weiterhin benötigt, um den Regelungsrahmen zu formulieren, Ergebnisse zu beurteilen und um im Fall der „gesellschaftlichen Schlechterfüllung“ (E. Schmidt-Aßmann) selbst die Aufgabe wahrnehmen zu können.¹⁷³ Zwingend erforderlich ist folglich die Entwicklung geeigneter *Informations- und Kommunikationsregeln*, die es ermöglichen, privates und öffentliches Wissen auf Dauer produktiv zu verkoppeln und Prozesse *kollektiven Lernens* zu institutionalisieren.¹⁷⁴

2. Regulierungskonzept

a) *Kontextsteuerung und Prozeduralisierung*

Die Nutzung des so gewonnenen gemeinsamen Wissens setzt voraus, dass es gelingt, ausreichende *Handlungsspielräume*, *Optionen*¹⁷⁵ und *Flexibilitätsreserven* in die Verwaltungsrechtsordnung zu integrieren.¹⁷⁶ Als

¹⁷⁰ Zur Netzbildung in diesem Zusammenhang vgl. auch K.-H. Ladeur Von der Verwaltungshierarchie zum administrativen Netzwerk?, Die Verwaltung 26 (1993), 137, 152–165; ders. Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer Logik der Netzwerke, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 59, 64–69.

¹⁷¹ Die „unhintergehbaren Wissensprobleme“ moderner Regulierung betonen M. Eifert Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 137, 138 ff.; Ladeur (Fn. 170), 62–76, und Vesting (Fn. 15).

¹⁷² Zu ihnen statt vieler V. Vanberg Kulturelle Evolution und die Gestaltung von Regeln, 1994.

¹⁷³ Diese Informationsasymmetrien kennzeichnen das klassische Principal-Agent-Problem, vgl. für den vorliegenden Kontext statt vieler A. Benz/K. König Privatisierung und staatliche Regulierung – eine Zwischenbilanz, in: dies. (Fn. 61), 606, 632–639.

¹⁷⁴ Weiterführend W. Hoffmann-Riem Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 9, 63–66; Eifert (Fn. 171), 142–157.

¹⁷⁵ Zum optionalen Recht vgl. W. Hoffmann-Riem Verwaltungsreform, in: ders./Schmidt-Aßmann (Fn. 65), 115, 131 f.; Voßkuhle (Fn. 6), 88–90, 174–176, 206 f., 312 f.

¹⁷⁶ Zu Instrumenten und Möglichkeiten vgl. z.B. Hoffmann-Riem (Fn. 174), sowie R. Schmidt Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 174), 67 ff.

übergreifende *Regulierungsstrategie* des Gewährleistungsverwaltungsrechts bietet sich insofern die *Kontextsteuerung* an.¹⁷⁷ Vorzugswürdig gegenüber einer *permanent-weichen rechtlichen Steuerung* durch Aufgabenbeschreibungen, Leitlinien und Optimierungsgebote¹⁷⁸ erscheint dabei aus der Sicht des Vollzugs eine *selektiv-harte Programmierung*, mit- hin die Konzentration auf einige subsumtionsstarke Regelungen, die zusammen einen festen Rahmen vorgeben, die privaten Akteure im Übrigen aber von rechtlichen Vorgaben weitgehend freistellen. Den Kern bilden insofern *prozedurale Normen*, mit denen die Art und Weise der Zusammenarbeit gelenkt werden kann.¹⁷⁹ Das gilt für vertragliche Vereinbarungen ebenso wie für die Anerkennung von Selbstverpflichtungserklärungen der Wirtschaft oder die Rezeption privater Normbestände.¹⁸⁰

b) Ergänzungsverhältnis zwischen Öffentlichem und Privatem Recht

Bei der Ausgestaltung des Gewährleistungskonzepts wirken Öffentliches Recht und Privatrecht¹⁸¹ vielfältig zusammen; die spezifischen

¹⁷⁷ Zusammenfassend zu diesem Steuerungskonzept *Schmidt-Preuß* (Fn. 1), 185–192 mwN.

¹⁷⁸ Zu ihren Erscheinungsformen vgl. nur *Würtenberger* (Fn. 23), 143–147.

¹⁷⁹ Nach *E. Hagenah* Neue Instrumente für eine neue Staatsaufgabe: Zur Leistungsfähigkeit prozeduralen Rechts im Umweltschutz, in: Grimm (Fn. 61), 487, 492, liegt das Spezifikum prozeduraler Regelungen darin, „mittels Verfahren, mit verringerten inhaltlichen Vorgaben oder gänzlich ohne Vorgaben, Entscheidungen zu konstituieren und dabei die Inhalte der Entscheidungen mit zu determinieren“. Die spezifische Leistung des prozeduralen Rechts stellt insofern „die Lösung der Koordination individueller bzw. kollektiver Akteure in einer sich differenzierenden und zunehmend antagonistischen Welt“ dar, so *K. Eder* Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts, in: Grimm (Fn. 26), 155, 156. Auch insofern bleiben inhaltliche Bindungen aber unverzichtbar, vgl. *Voßkuhle* (Fn. 6), 7, 65f., 80–83, 88–90.

¹⁸⁰ Dazu bereits *Voßkuhle* (Fn. 6), 404–406. Eine Rücknahme rechtlicher Optimierungsgebote befürwortet vor dem Hintergrund ihrer entscheidungstheoretischen Problematik auch *Würtenberger* (Fn. 23), 168–170.

¹⁸¹ Die Geschichte der Entwicklung von Öffentlichem Recht und Privatrecht (übersichtlich zuletzt *M. Stolleis* Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Fn. 4], 41–61 mwN; vgl. ferner *J. Schröder* Privatrecht und öffentliches Recht – zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 19. Jahrhunderts, FS Gernhuber, 1993, 961 ff.) zeigt, „dass es sich bei der Unterscheidung nicht um eine zeitlos gültige, allem Recht vorgegebene Zweiteilung handelt, sondern um den zeitbedingt wechselnden Ausdruck sehr verschiedener, begrenzter Sachanliegen“; so immer noch grundlegend *M. Bül-linger* Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, 75. Zu den bestehenden Abgrenzungstheorien vgl. etwa *D. Schmidt* Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985.

Steuerungsleistungen beider Teilrechtsordnungen¹⁸² stehen in einem *Ergänzungsverhältnis*.¹⁸³ Das Recht der Gewährleistungsverwaltung entzieht sich deshalb einer einheitlichen Qualifikation. Aufgrund der verbleibenden hoheitlichen Anteile an der Aufgabenerfüllung ist aber eine gewisse *Dominanz des Öffentlichen Rechts* nicht zu übersehen.¹⁸⁴

3. Grundbausteine einer Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts

Nähere *dogmatische Konturen* gewinnt das Gewährleistungsverwaltungsrecht, wenn man sich die eingangs aufgezeigten verfassungsrechtlichen Zielvorgaben und die daraus resultierenden grundsätzlichen Regelungsbedürfnisse¹⁸⁵ erneut vergegenwärtigt. Aus ihnen lassen sich zusammen mit dem bereits vorhandenen Fundus an einfachgesetzlichen Normen und einschlägigen Judikaten in einem Wechselspiel aus Deduktion und Induktion systemprägende Grundbausteine destillieren¹⁸⁶, die

¹⁸² Zu ihnen *D. Ehlers* Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, *Die Verwaltung* 20 (1987), 373, 378–385; *M. Bullinger* Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Fn. 4), 239 ff., und *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), 6. Kap., Rn. 13–19.

¹⁸³ Als Idee der „Auffangordnungen“ (*W. Hoffmann-Riem*) näher entfaltet in den Beiträgen von *Schmidt-Aßmann* (Fn. 4), *Trute* (Fn. 65) und *Hoffmann-Riem* (Fn. 29). Schon von Haus aus ist dem Privatrecht der Schutz öffentlicher Interessen keineswegs fremd, vgl. nur *C. Joerges* Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat, in: *D. Simon* (Hrsg.) *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, 311, 345–363 mwN.

¹⁸⁴ Die Vorrangfrage sollte indes nicht ideologisch aufgeladen werden, vgl. aus neuerer Zeit aber einerseits *F. Rittner* Über den Vorrang des Privatrechts, *FS Müller-Freienfels*, 1986, 509 ff.; *E.-J. Mestmäcker* Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), 177 ff., und andererseits *T. Vesting* Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts?, in: *H. Schlosser* (Hrsg.) *Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996*, 1997, 183 ff. Privatrecht ist wie Öffentliches Recht staatliches Recht. Der Gesetzgeber hat also unter pragmatischen Gesichtspunkten darüber zu entscheiden, welche Regelungstechnik er verwendet, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, so auch *Möllers* (Fn. 19), 302 f.

¹⁸⁵ Auf den Zusammenhang zwischen öffentlicher Aufgabe und der Herausbildung bestimmter Verwaltungsstrukturen weisen zu Recht hin: *G. F. Schuppert* Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft, *VerwArch* 71 (1980), 309, 337–344, und *R. Wahl* Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Fn. 65), 177, 180–187.

¹⁸⁶ Nicht behandelt werden im weiteren Rechtsschutz- und vor allem Haftungsfragen, die sich zwar auch bei der Beteiligung Privater in besonderer Weise stellen (vgl. z. B. *Frenz* [Fn. 137]; *Burgi* [Fn. 22], 388–409), die aber nur im Zusammenhang mit einer Reform des Staatshaftungsrechts sinnvoll diskutiert werden können, vgl. dazu die Analysen von

handlungsanleitende Kraft besitzen¹⁸⁷, ohne sachbereichsspezifische Differenzierungen zu versperren.¹⁸⁸

a) *Ergebnissicherung*

Als erstes¹⁸⁹ müssen die Privaten rechtlich verpflichtet werden, Leistungen in einer bestimmten Quantität und Qualität zu erbringen. Dieser *Ergebnisverantwortung*¹⁹⁰ können Gesetzgeber und Verwaltung je nach Sachbereich auf verschiedene Weise gerecht werden:

- durch gesetzliche Überleitung bestehender hoheitlicher Leistungspflichten auf einen Beliehenen¹⁹¹,
- durch gesetzliche Auferlegung öffentlich-rechtlicher Leistungspflichten, wie sie etwa im Rahmen des Universaldienstmodells bestehen¹⁹²,

F. Schoch Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes zur Überwindung des Entwicklungsrückstands des deutschen Staatshaftungsrechts, *Die Verwaltung* 34 (2001), 261 ff., und *W. Höfling* Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, *VVDStRL* 61 (2002), 260, 263–284.

¹⁸⁷ Es wäre wohl verfrüht, von „allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts“ zu sprechen (zu ihrer Rechtsnatur statt vieler *F. Ossenbühl* Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, in: *Erichsen* [Fn. 125], § 6 Rn. 87–94 mwN); die Entwicklung geht aber in diese Richtung.

¹⁸⁸ Die Notwendigkeit sachbereichsspezifischer Regelungsstrategien wird auch hervorgehoben von *Lepsius* (Fn. 7), 429–436.

¹⁸⁹ Vorgelagert ist die Entscheidung, ob Private überhaupt an Aufgaben, die bisher der Staat alleine wahrgenommen hat, beteiligt werden sollen. Ihre Beantwortung hängt von einem Bündel unterschiedlichster Motive, Faktoren und Einschätzungen ab, das sich, wie die Privatisierungsdebatte gezeigt hat (vgl. die Nachw. in Fn. 29), einer vollständigen rechtlichen Determinierung nicht selten entzieht. Das mitunter aus der Verfassung destillierte Postulat einer größtmöglichen Aktivierung gesellschaftlicher Handlungsressourcen (vgl. zuletzt *Schmidt-Preuß* [Fn. 1], 171 u. H. auf *J. Isensee* Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, 220 ff., 295 ff.) vermag hier jenseits des auf wirtschaftliche Betätigungen beschränkten gemeinschaftsrechtlichen Zieles des freien Binnenmarkts (vgl. oben II. 3. a)) nur eine sehr grobe Leitlinie vorzugeben, wenngleich ein tendenzieller Rückzug des Staates aus dem „operativen Geschäft“ unverkennbar ist. Schon aus Gründen des Gesetzesvorbehalts und zur Klarstellung bedarf es aber in jedem Fall der gesetzlichen Regelung der Zulässigkeit der Beteiligung Privater an staatlichen Aufgaben.

¹⁹⁰ *Masing* (Fn. 5), 181, sieht hierin zu Recht ein „zentrales Strukturelement“ des von ihm sog. „Regulierungsverwaltungsrechts“. Die „Ergebnisverantwortung“ setzt keine Erfüllung der Aufgabe in eigener Regie voraus und ist insofern von der sog. „Erfüllungsverantwortung“ klar zu unterscheiden, wie hier *Fehling* (Fn. 44), 355 Fn. 17. Unschärf dagegen *Schuppert* Kooperationspektrum (Fn. 65), 423.

¹⁹¹ Vgl. z. B. § 4 Abs. 4 TierKBG.

¹⁹² Vgl. §§ 18f. TKG i.V.m. § 1 Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV) v. 30. 1. 1997, BGBl. I, 141, sowie §§ 12f. PostG i.V.m. §§ 1–4 Post-Uni-

- durch Vereinbarung bestimmter Leistungsverpflichtungen in gesetzlich¹⁹³ vorstrukturierten Verwaltungsverträgen¹⁹⁴, oder
- durch Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens bzw. der Beteiligung an einem bestehenden, dessen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck¹⁹⁵ auf die Erbringung bestimmter Leistungen der Daseinsvorsorge gerichtet ist.

Im Hinblick auf den kontextbezogenen Steuerungsansatz des Gewährleistungungsverwaltungsrechts sollte es den privaten Leistungserbringern möglichst selbst überlassen werden, wie sie das vorgegebene Leistungsziel realisieren. Gleichzeitig sollten sie selbst an der „Produktdefinition“ in gewissem Umfang beteiligt sein, da der Leistungserbringer in der Regel sein Leistungsvermögen bzw. das der Branche am besten einschätzen kann.¹⁹⁶

b) *Qualifikation und Auswahl privater Akteure*

Ob die vorgegebenen Leistungsstandards erfüllt werden, hängt maßgeblich von der *Qualifikation* der ausgewählten privaten Akteure ab, mit-

versaldienstleistungsverordnung (PUDLV) v. 15. 12. 1999, BGBl. I, 2418. Vgl. ferner die Nachw. in Fn. 75.

¹⁹³ Vgl. z.B. § 93a Abs. 1 BSHG, §§ 78b Abs. 1 Nr. 1 und 2, 78c Abs. 1 SGB VIII. Vgl. auch Ziekow (Fn. 29), 192f.; Schuppert Grundzüge (Fn. 4), 125.

¹⁹⁴ Zu ihrem notwendigen Inhalt am Beispiel der Übertragung der Abwasserentsorgung auf Dritte vgl. C. Brüning Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben, 1997, 163–165, und Bauer Kooperationsverträge (Fn. 60). Zur Ausgestaltung der Einwirkung auf Verwaltungshelfer im Gesundheitswesen vgl. Stollmann (Fn. 138), 188–190. Für den Fall des Vertragsschlusses können die öffentlichrechtlichen Leistungspflichten auch gesetzlich auf den Privaten übergeleitet werden, vgl. z.B. § 11 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

¹⁹⁵ Vgl. nur M. Habersack Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, ZGR 25 (1996), 544, 551–554 mwN; R. Becker Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, 1997, 100–107.

¹⁹⁶ Auf dieser Überlegung basiert auch das sog. *Neue Steuerungsmodell*. Als zentraler Informations- und Kostenträger bildet die Produktdefinition das Herzstück der Zielvorgabe in den Leistungsvereinbarungen zwischen übergeordneter und nachgeordneter Einheit und die unentbehrliche Grundlage für die darin vorgenommene Budgetzuweisung, das anschließende Controlling und die Einführung von Wettbewerbselementen, vgl. A. Hoffan/C. Junga Produkte als Kernelemente des Neuen Steuerungsmodells, Verwaltung & Management 1996, 43 ff.; J.-P. Schneider Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 2), 103, 128–130; V. Mehde Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 93–95, 153f.

hin von ihrer fachlichen Kompetenz, ihrer Zuverlässigkeit und ihrem Leistungsvermögen. Die diesbezüglichen Regelungen bilden ein weiteres konstituierendes Strukturelement des Gewährleistungsverwaltungsrechts.¹⁹⁷

Vertraut sind personenbezogene Anforderungen seit längerem aus dem Öffentlichen Wirtschaftsrecht¹⁹⁸ und aus einzelnen Beleihungstatbeständen¹⁹⁹. Die dort vorgesehenen Qualifikationsnachweise beschränken sich aber in der Regel auf eher pauschale Vorgaben.²⁰⁰ So vermisst man in den jeweiligen Gesetzen zB häufig aufgabenspezifische Regelungen über Prüfungserfordernisse, die Notwendigkeit von Fortbildungen oder den Einsatz von weiterem Personal.²⁰¹ Als wegweisend für eine *nachhaltige Qualifikationssicherung* darf insofern die differenzierte gesetzliche Ausge-

¹⁹⁷ Statt vieler *Peine* (Fn. 144), 357f.; *Gramm* (Fn. 13), 430f.

¹⁹⁸ Vgl. z.B. § 13 Abs. 1 PBefG; § 31d LuftVG; § 16 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG.

¹⁹⁹ Vgl. z.B. § 9a Abs. 3 S. 2 AtG; § 44 Abs. 3 S. 1 BHO; § 29c Abs. 1 S. 3 LuftVG; § 1 Abs. 2 S. 2 UZwGBw.

²⁰⁰ Treffend *Osterloh* (Fn. 1), 235: „Über das situationsgerechte Maß seiner öffentlich-rechtlichen Sorgfaltspflichten bei Auswahl oder auch Kontrolle des Verwaltungshelfers wird er [der Verwaltungsträger] im Zweifel in nachträglichen Amtshaftungsprozessen informiert werden.“ Zum Beurteilungsspielraum der Behörde bei der Beurteilung der Eignung eines Beliehenen vgl. VG Augsburg, AgrarR 2001, 81f.

²⁰¹ Vgl. auch § 18a Abs. 2a Nr. 1 WHG; § 4b BauGB; § 9a Abs. 3 S. 2 AtG; § 4 Abs. 1 S. 2 TierKBG. Beispielhaft kann hier ferner auf die aktuelle Qualifizierungsdebatte im Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen hingewiesen werden, die zurückgeht auf die negativen Erfahrungen mit privaten Sicherheitsdienstleistern in der Vergangenheit, die häufig ihr nur unzureichend ausgebildetes Personal untertariflich bezahlten und auf dem Arbeitsmarkt der nur schwer vermittelbaren Kräfte rekrutierten (vgl. statt vieler *H. Bernhardt* Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit von Polizei/Behörden mit privaten Sicherungsdiensten – aus Sicht der Polizei, in: R. Stober [Hrsg.] Jahrbuch des Sicherheitsgewerberechts, 1999/2000, 23, 31). Im Zuge der Novellierung des § 34a der Gewerbeordnung durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. 10. 1994, BGBl. I, 3475, wurde daher zunächst ein Unterrichtsnachweis eingeführt (§ 34a Abs. 1 Nr. 3 GewO), dessen nähere Ausgestaltung in der Verordnung über das Bewachungsgewerbe (BewachVO) v. 7. 12. 1995, BGBl. I, 1602, erfolgte, die auch verschiedene Grundsätze der Berufsausübung enthält (vgl. dazu *Huber* [Fn. 27], 95–114; *Schnekenburger* [Fn. 145], 53–77). Diese Anforderungen werden ganz überwiegend als nicht ausreichend eingestuft (vgl. nur *B. Jeand'Heur* Von der Gefahrenabwehr als staatliche Angelegenheit zum Einsatz privater Sicherheitskräfte, AöR 119 (1994), 107, 124–127; *Stober* [Fn. 143], 267; *Bauer* Public-Private-Partnerships [Fn. 4], 47 mwN. AA *F. Hammer* Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und „schlanker Staat“, DÖV 2000, 613, 621). Das Bundeswirtschaftsministerium hat nun am 25. 7. 2001 einen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bewacherrechts vorgelegt, der u.a. die Einführung einer differenzierten Sachkundeprüfung und die fortlaufende Überprüfung der Zuverlässigkeit vorsieht, vgl. dazu diff. *R. Stober* Die Qualifizierung der privaten Sicherheitsdienste, GewArch 2002, 129ff.

staltung des Akkreditierungsverfahrens²⁰² im Produktsicherheits-²⁰³ und im Sachverständigenrecht²⁰⁴ gelten.²⁰⁵

Noch nicht geklärt ist damit die *Auswahl* des privaten Akteurs in solchen Konstellationen, in denen aufgrund der Liberalisierung der Daseinsvorsorge eine Überzahl von nicht-staatlichen Bewerbern um die Übertragung einer wirtschaftlich lukrativen öffentlichen Aufgabe konkurriert. Der Staat selbst tritt hier als regulierender Nachfrager von gemeinwohl-relevanten Dienstleistungen auf, der knappe Ressourcen in Form von Marktchancen verteilt.²⁰⁶ Neben speziellen Verteilungsverfahren wie das

²⁰² Instrukтив H. C. Röhl Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, 70 ff. Vgl. ferner A. Voßkuhle Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 277, 310–317 mwN.

²⁰³ Vgl. z. B. § 9 Abs. 2 S. 3 GSG. Allgemein zur europarechtlich geprägten Konzeption des Produktsicherheitsrechts vgl. neben den in Fn. 202 Genannten übersichtlich T. Klindt Der „new approach“ im Produktrecht des europäischen Binnenmarktes: Vermutungswirkung technischer Normung, EuZW 2002, 133 ff. Dort auch eine erste Einschätzung zu RL 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3. 12. 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. EG L 11/4 v. 15. 1. 2002.

²⁰⁴ Näher dazu Seidel (Fn. 47), 171–180. Im Mittelpunkt des Interesses steht zur Zeit die Akkreditierung von Umweltgutachtern im Zusammenhang mit dem Umwelt-Audit-Verfahren. Die einschlägigen Akkreditierungsvoraussetzungen ergeben sich aus Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 761/2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) vom 19. 3. 2001 (EG-UAVO) i.V.m. §§ 4 ff. UAG, sowie der Verordnung über das Verfahren zur Zulassung von Umweltgutachtern und Umweltgutachterorganisationen sowie zur Erteilung von Fachkenntnisbescheinigungen nach dem Umweltauditgesetz (UAGZVV) v. 18. 12. 1995, BGBl. I, 2200. Vgl. ausführlich dazu T. Erbrath Der Umweltgutachter nach der EMAS-Verordnung als Vollzugsorgan des europäischen und nationalen Umweltrechts, 2001, 151–172; U. Kämmerer Die Umsetzung des Umwelt-Audit-Rechts, 2001, 49–51.

²⁰⁵ Vorbildlich auch § 10 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

²⁰⁶ Wie hier M. Burgi Verwalten durch öffentliche Unternehmen im europäischen Institutionenwettbewerb, VerwArch 93 (2002), 255, 269–271 mwN. Aus diesem Grund sind die den Vergabevorschriften unterliegenden Rechtsverhältnisse dem Öffentlichen Recht zuzuordnen. Entweder findet die Zwei-Stufen-Theorie Anwendung, oder man sieht den öffentlichen Auftrag als öffentlichrechtlichen Vertrag an, so überzeugend Kadelbach (Fn. 49), 360–365. Vgl. auch F. v. Zezschwitz Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, NJW 1983, 1873, 1877; M. Zuleeg Rechtsschutz und Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, WuV 1984, 112, 113 ff.; Burmeister (Fn. 1), 229, und G. Hermes Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, 909, 915. AA die hM, vgl. BVerwGE 14, 65, 68; 38, 281; F. Rittner Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, 1988, 46 ff.; M. Dreher Perspektiven eines europa- und verfassungsrechtskonformen Vergaberechtschutzes, NVwZ 1996, 345, 346; J. Pietzcker Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR

der Versteigerung knapper Funkfrequenzen nach dem TKG²⁰⁷ verlangt insoweit insbesondere²⁰⁸ das kartellrechtliche Vergabeverfahren Beachtung,²⁰⁹ dem bei der Bewältigung der Privatisierungsfolgen mehr und mehr eine Schlüsselrolle zuwächst.²¹⁰ Mit ihm verbinden sich qualifizierte Anforderungen an die materiellen Vergabevoraussetzungen sowie vor allem Neutralitäts- und wettbewerbssichernde Verfahrenspflichten²¹¹, auf

162 (1998), 427, 457 f.; *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober* Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 23 Rn. 25.

²⁰⁷ Vgl. § 57 Abs. 5 S. 2 TKG i.V.m. § 11 Abs. 4 TKG. Obwohl die Liberalisierung der verschiedenen Infrastrukturbereiche (Energie, Post, Telekommunikation etc.) zu einem „Wettbewerb im Markt“ führen soll, konkurrieren die Bewerber hier zunächst auch „um den Markt“ (diese Unterscheidung geht wohl zurück auf *H. Demsetz* Why Regulate Utilities?, *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, 1968, 55–65). Zum Ablauf des Versteigerungsverfahrens und den damit zusammenhängenden Rechtsfragen vgl. nur *Ruffert* (Fn. 3), 259–265; *O. Klöck* Rechtliche Probleme der Versteigerung von UMTS-Lizenzen, *RTKom* 2000, 280 ff.; *F. Schuster/U. Müller* Rechtliche Grundlagen und Praxis der Frequenzteilung durch die RegTP, *MMR* 2000, 26 ff.; *C. Koenig/A. Neumann* Telekommunikationsrechtliche Optimierung künftiger Lizenz- und Frequenz-Versteigerungen, *ZRP* 2001, 252 ff.; *R. Breuer* Verfassungsrecht und Versteigerungsverfahren nach § 11 Telekommunikationsgesetz, *FS Maurer*, 2001, 24 ff.; *K. Ritgen* Versteigerung von Funkfrequenzen und Vergabe von Telekommunikationslizenzen, *AöR* 127 (2002), 351 ff.

²⁰⁸ Umstritten ist auch nach wie vor, ob bei Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit einem privaten Anbieter von öffentlichen Dienstleistungen auf die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zurückgegriffen werden kann. Da das öffentliche Auftragswesen insgesamt als öffentlichrechtlich zu qualifizieren ist (vgl. oben Fn. 206), sind die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens zumindest analog heranzuziehen, vgl. auch *D. Ehlers* Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 226–232; *Röhl* (Fn. 159), 559; *Stober* (Fn. 143), 266.

²⁰⁹ Nach der tief greifenden Reform des deutschen Vergaberechts aufgrund verschiedener europäischer Richtlinien (vgl. jetzt auch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge v. 30. 8. 2000 KOM [2000], 275 endg.) ist lediglich die Vergabe von Aufträgen oberhalb der EG-rechtlich festgelegten Schwellenwerte (vgl. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 1 f. VgV) im vierten Teil des GWB und in der am 1. 2. 2001 in Kraft getretenen neu gefassten Vergabeverordnung (VgV) geregelt, die ihrerseits auf die von den Verdingungsausschüssen erarbeiteten Verdingungsordnungen verweisen (sog. Kaskadenprinzip), vgl. zur Situation des Vergaberechts nach Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes zum 1. 1. 1999 statt vieler *Pietzcker* (Fn. 206), 456 ff.; *Puhl* (Fn. 1), 457 ff., und *E. Pache* Der Staat als Kunde – System und Defizite des neuen Vergaberechts, *DVBl.* 2001, 1781 ff. Unterhalb der Schwellenwerte können sich vergaberechtliche Anforderungen in den hier interessierenden Konstellationen unter Umständen aus dem Gemeindehaushaltsrecht ergeben.

²¹⁰ Ähnlich *Burgi* (Fn. 3), 604. Vgl. auch zuletzt die breit angelegte Analyse bei *Dreher* (Fn. 60), 247–257.

²¹¹ Zentrale Bedeutung kommt insofern § 13 Vergabeverordnung n.F. zu, der eine Informationspflicht des Auftraggebers gegenüber Bietern vorsieht, deren Angebote im Verga-

deren Einhaltung ein subjektiver Anspruch des Bieters besteht.²¹² Auch die Beauftragung privater Verwaltungshelfer fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Vergaberechts.²¹³ Wird dem Dritten aber mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe zusätzlich die Möglichkeit eingeräumt, selbst mit den Nutzern der zu erbringenden Dienstleistung abzurechnen, wie z. B. im Rahmen der Übertragung der Abfall- und Abwasserwasserbeseitigung²¹⁴, so soll das Vergaberecht mangels entgeltlichen Auftrags²¹⁵ nach ganz h.M. keine Anwendung finden.²¹⁶ Das stößt auf

beverfahren nicht berücksichtigt werden sollen, damit diese rechtzeitig um Rechtsschutz nachsuchen können. Der Gesetzgeber reagierte mit dieser Regelung auf die Münzplättchen-II-Entscheidung der Vergabekammer des Bundeskartellamtes, NJW 2000, 151, und das Alcatel-Urteil des EuGH, Rs. C-81/98, Slg. 1999, I-7671. Zu Einzelheiten *E. Putzier* Die Informationspflicht nach dem neuen § 13 Vergabeverordnung, DÖV 2002, 517ff.

²¹² Vgl. § 97 Abs. 7 GWB.

²¹³ Vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1129; *W. Frenz/A. Kafka* Vergaberechtliche Grenzen bei der Einbeziehung Privater in die Abfallentsorgung, GewArch 2000, 129, 131 mwN; *Burgi* (Fn. 3), 604. Zur Anwendung des Vergaberechts bei Beauftragung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen vgl. OVG Schleswig, NordÖR 1998, 314; Vergabekammer Düsseldorf, NZBau 2001, 46f.; Vergabekammer Lüneburg, NZBau 2001, 51; *S. Tomerius* Kommunale Abfallwirtschaft und Vergaberecht, NVwZ 2000, 727, 731; *W. Jaeger* Public Private Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, 6, 7; *Burgi* (Fn. 3), 606.

²¹⁴ Vgl. § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG bzw. § 18a Abs. 2a WHG und dazu *F. Schoch* Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, DVBl. 1994, 1ff.; *Bree* (Fn. 107); *N. Pippke* Öffentliche und private Abfallentsorgung, 1999; *Bauer* (Fn. 154), 561 ff.; *D. Zacharias* Privatisierung der Abwasserbeseitigung, DÖV 2001, 454 ff.; *W. Kahl* Privatisierung der Abfallentsorgung: Rahmenbedingungen, Konfliktfelder und Perspektiven, i. E. Zum Spezialfall der Tierkörperbeseitigung vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 TKG und *Fertig* (Fn. 138), 99ff.

²¹⁵ Vgl. § 99 Abs. 1 GWB.

²¹⁶ Vgl. *Frenz/Kafka* (Fn. 213), 132; *H.-P. Kulartz/F. Niebuhr* Sachlicher Anwendungsbereich und wesentliche Grundsätze des materiellen GWB-Vergaberechts, NZBau 2000, 6, 9; *T. Stickler* in: O. Reidt/T. Stickler/H. Glahs, Vergaberecht, 2000, § 99 Rn. 33; *Burgi* (Fn. 3), 604. Zur Anwendung der Vergabevorschriften bei Beleihungsverträgen vgl. *diff. Dreher* (Fn. 60), 254–257 mwN. Zur Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts bei der Beauftragung Privater mit Rettungsdienstleistungen vgl. OVG Lüneburg, NdsVBl. 1999, 285; OLG Celle, NZBau 2000, 2999ff.; *Iwers* (Fn. 37), 165f. mwN. Krit. OVG Frankfurt (Oder), VerwRR 1998, 18ff. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht handelt es sich in diesen Fällen um sog. *Dienstleistungskonzessionen*, die nach Auffassung des EuGH (EuGH, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Rn. 57f. [Telaustria]) und der Kommission (Mitteilung der EG-Kommission zu „Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht“ vom 12. 4. 2000, Nr. 2.4, abgedruckt in: NZBau 2000, 413 ff., 458ff.) von den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe ausgenommen sind, weil nicht über öffentliche Finanzmittel verfügt wird, vgl. auch *H. Ullrich* Dienstleistungskonzessionen und europäisches Vergaberecht, ZVgR 2000, 85, 88; OLG Brandenburg, ZVgR 2002, 45, 47f. Konzeptionell in gewissem Widerspruch dazu steht freilich der

grundsätzliche Bedenken. Bei realistischer Einschätzung erscheint es mehr als fraglich, ob es gelingt, ohne rechtlich vorformulierte und verfahrensrechtlich abgesicherte rationale Auswahlkonzepte den geeignetsten Anbieter für eine öffentliche Dienstleistung auszuwählen. Aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG resultiert des weiteren ein verfassungsrechtlicher Anspruch des Anbieters von öffentlichen Dienstleistungen auf „grundrechtssichernde Mangelverwaltung“.²¹⁷ Will man diesen Anspruch nicht dauerhaft leer laufen lassen und zugleich marktwidrigen Privilegierungen Tür und Tor öffnen, dann besteht trotz der damit einhergehenden Verkomplizierung der Abläufe zur *durchgehenden Etablierung eines fairen, transparenten und wettbewerbsorientierten Verteilungsverfahrens*²¹⁸ keine Alternative.²¹⁹

aktuelle Vorschlag der EG-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen v. 26. 7. 2000, KOM (2000), 7 endg. In Art. 6 des RL-Entwurfs werden die Mitgliedsstaaten bis auf wenige Ausnahmen (vgl. Art. 7 f. RL-Entwurf) verpflichtet, die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen auf fünf Jahre befristet auszuschreiben und sodann dem „siegreichen“ privaten Bieterunternehmen zu übertragen, vgl. dazu D. Meyer Hoffnung auf mehr Wettbewerb im ÖPNV, ZöGU 2001, 53 ff.; M. Fehling Zur Reform der Daseinsvorsorge am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, Die Verwaltung 34 (2001), 25 ff., und M. Ronellenfitsch Der ÖPNV im europäischen Binnenmarkt – 2. Teil, VerwArch 92 (2001), 293, 310 ff. Auch die Auswahl von Unternehmen, denen die Erbringung von Universaldienstleistungen im Bereich der Telekommunikation obliegt, soll nach Art. 8 Abs. 2 Universaldienst-RL (Fn. 75) „unter Anwendung eines effizienten, objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Benennungsverfahrens“ erfolgen, wobei kein Unternehmen von vornherein von der Benennung ausgeschlossen werden darf. Schließlich betont die Kommission im Bericht für den Europäischen Rat in Laeken v. 17. 10. 2001 (Fn. 60), Rn. 36, dass die Vergabe von Aufträgen, die nicht unter das öffentliche Auftragswesen fallen, nach den Grundsätzen der Transparenz, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und gegenseitigen Anerkennung zu erfolgen habe. Voraussetzung dafür sei ein angemessener Grad von Öffentlichkeit, die Öffnung des Dienstleistungsmarktes für den Wettbewerb und die Möglichkeit der Nachprüfung, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde.

²¹⁷ A. Voßkuhle „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!“ – Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus in einer modernen Rechtsordnung, Die Verwaltung 32 (1999), 21, 34–36.

²¹⁸ Zum Auswahlverfahren bei staatlicher Beauftragung privater Krankentransportunternehmen vgl. BVerwGE 97, 79, 88. Vgl. ferner zur Auswahl von Notaren BVerfGE 78, 280, 287; BVerfG, NJW 2002, 3090 f. Zu den wesentlichen Strukturelementen eines solchen Verteilungsverfahrens vgl. Voßkuhle (Fn. 202), 306–309.

²¹⁹ Das zeigt auch der Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155). Dort sind die Auswahl der Pflichtenübernehmer für die Wasserversorgung und die Abwasserbeseitigungspflicht in Anlehnung an das Vergabekartellrecht detailliert geregelt (§ 9 des Entwurfs).

c) *Schutz der Rechte Dritter*

Auch unabhängig von der Frage der Auswahl des Privaten verlangt der Schutz der Rechte Dritter bei der Ausgestaltung des Gewährleistungskonzepts besondere Aufmerksamkeit. Zum einen muss sichergestellt sein, dass die *Verwaltung selbst* bei der Kooperation mit Privaten Rechte Dritter wahrt.²²⁰ Das ist keine Selbstverständlichkeit, denn jeder Form von Kooperation wohnt die Tendenz inne, die „Kosten“ der Einigung zu externalisieren. Freilich dürfen die Anforderungen an den Drittschutz auch nicht zu hoch geschraubt werden, ansonsten verlieren kooperative Handlungsformen schnell ihren praktischen Wert. So hat sich z.B. § 58 Abs. 1 VwVfG, demzufolge ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, der in Rechte Dritter eingreift²²¹, schwebend unwirksam ist, solange der Dritte nicht zustimmt, für die Realisierung komplexer Beleihungs- oder Verwaltungshelferverträge als eher hinderlich erwiesen.²²² Dem prozeduralen Charakter des Gewährleistungsverwaltungsrechts würde es mehr entsprechen, Konflikten mit Dritten im Vorfeld durch die Pflicht zu Transparenz und aktivem Interessenmanagement unter Leitung der zuständigen Behörde oder privater Konfliktmittler zu begegnen.²²³ Es läge in der

²²⁰ Vgl. nur A. Benz *Kooperative Verwaltung*, 1994, 96–99, und zuletzt wieder V. Mehde *Vertragliche Absprachen im Baurecht – Rechtliche Perspektiven eines privat-öffentlichen Interessenausgleichs*, BauR 2002, 876, 880.

²²¹ Allgemein dazu C. Staudenmayer *Der Verwaltungsvertrag mit Drittwirkung*, 1997. Durch eine restriktive Auslegung des Eingriffsbegriffs kann der Anwendungsbereich des § 58 Abs. 1 VwVfG deutlich eingeschränkt werden, vgl. zu dieser trotz ihrer weitreichenden praktischen Folgen bisher kaum erörterten Rechtsfrage W. Krebs in: E. Schmidt-Aßmann/W. Krebs *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, 2. Aufl. 1992, 227–229, und eingehend nun Röhl (Fn. 41), § 6 C III.

²²² So zutreffend Ziekow (Fn. 29), 144. Vgl. auch Schlette (Fn. 41), 435f. Zust. Beirat *Verwaltungsverfahrenrecht* beim Bundesministerium des Innern, NVwZ 2002, 834, 835.

²²³ Ansätze in diese Richtung enthalten etwa § 71c Abs. 2 S. 2 VwVfG und § 5 S. 4 UVPG, die eine Vorfeldkommunikation mit Dritten in größeren Genehmigungs- und Planungsverfahren vorsehen, vgl. dazu aus der übergeordneten Perspektive der Entwicklung eines „Verwaltungskommunikationsrechts“ A. Voßkuhle *Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informationsgesellschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 15), 349, 367f. mwN. Verfehlt ist aber der Vorschlag, die im formalen Verwaltungsverfahren gewährleisteten Verfahrensrechte Dritter (vgl. § 13 Abs. 2 VwVfG) auf den gesamten Kooperationsprozess auszudehnen (vgl. U. Beyerlin *Schutzpflichten der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens*, NJW 1987, 2713, 2720; E. Bohne *Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes*, VerwArch 75 [1984], 343, 352ff.). Die für eine einvernehmliche Lösung notwendige Vertraulichkeit und Beschränktheit der Zahl der Beteiligten wäre auf diese Weise nicht mehr gewährleistet, was zu neuen Vor-Vorverhandlungen führen würde, vgl. nur W. Brohm *Verwaltungsverhandlungen mit Hilfe von*

Konsequenz einer solchen Lösung²²⁴, dem Drittbetroffenen bestimmte Kooperationslasten aufzuerlegen, indem er z.B. durch Präklusionsregelungen gezwungen wird, Einwände gegen eine vertragliche Lösung innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen.²²⁵

Andere Gefährdungslagen entstehen in solchen Situationen, in denen *nicht-staatliche Leistungserbringer* dem Bürger bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in der Form des Privatrechts gegenüberreten. Da die verfassungsrechtlichen Bindungen, denen Hoheitsträger unterliegen, hier nicht unmittelbar greifen²²⁶, muss der verfassungsrechtlich gleichwohl weiterhin gebotene Schutz der Rechte Dritter *indirekt* über den *Einfluss der öffentlichen Hand* auf den privaten Leistungserbringer realisiert werden. Analog zur Ergebnissicherung bestehen hier wieder verschiedene Lösungswege, nämlich:

- die gesetzliche Verpflichtung privater Unternehmen zur Gewährung von Zugangsrechten²²⁷, zum Abschluss von Verträgen zu bestimmten Konditionen²²⁸ und zur Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahrensstandards²²⁹,
- entsprechende Vereinbarungen in Verwaltungsverträgen²³⁰ oder
- die Einwirkung auf gemischt-wirtschaftliche Unternehmen mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts. Allerdings stoßen die insofern vorgesehenen Möglichkeiten zB bei einer Aktiengesellschaft aufgrund der

Konfliktmittlern, DVBl. 1990, 321, 323; G. Dauber Möglichkeiten und Grenzen kooperativen Verwaltungshandelns, in: Becker-Schwarze u. a. (Hrsg.) Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, 1991, 67, 86.

²²⁴ Vgl. auch § 10 Abs. 3 BImSchG; §§ 71d Abs. 2, 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG, sowie H. C. Röhl/C. Ladenburger Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht, 1997.

²²⁵ In diesem Sinne auch der Vorschlag von Staudenmeyer (Fn. 221), 172, und Ziekow (Fn. 29), 146–150, zur Änderung des § 58 VwVfG. Zust. *Beirat Verwaltungsverfahrenrecht* (Fn. 222), 835.

²²⁶ Vgl. oben II. 3. b).

²²⁷ Vgl. § 17 Abs. 1 TKG, § 11 Abs. 1 PostG. Weiterführend dazu W. Hoffmann-Riem Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag, M & K 2002, 173, 184ff.

²²⁸ Zum Kontrahierungszwang als zentrales Regulierungsinstrument im Energiewirtschaftsrecht vgl. z.B. G. Hermes Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, ZHR 166 (2002), 433, 441 ff.

²²⁹ Im Produktsicherheitsrecht sind diese Verfahrensrechte häufig lediglich in den technischen Normen der Europäischen Normungsorganisationen vorgesehen, vgl. zB zur Beratungspflicht der privaten Zertifizierungsstellen im Vorfeld der Antragstellung Nr. 8.1.2. und 8.1.4. DIN EN 45011; zur Festlegung einzelner Verfahrensregeln Nr. 4.6. DIN EN 45011 und zur Verpflichtung, den Datenschutz zu wahren Nr. 4.10 DIN EN 45011. Zur Begründungspflicht bei ablehnenden Entscheidungen vgl. auch zB Anh. II Nr. 3.3. und 3.4. RL 93/42/EWG (Medizinprodukte) v. 14. 6. 1993, ABLEG Nr. L 169; zur Anhörungspflicht vgl. ferner zB § 4 Abs. 3 MPV.

²³⁰ Vgl. oben Fn. 41.

Weisungsunabhängigkeit des Vorstandes (§ 76 AktG) schnell an Grenzen²³¹, die im Hinblick auf die gerade angestrebten Vorteile einer eigenverantwortlichen privatwirtschaftlichen Bewältigung öffentlicher Aufgaben nicht über ein vorrangiges „Verwaltungsgesellschaftsrecht“ eingebeutet werden dürfen.²³²

d) Lenkung und Kontrolle

Als eigentliche *Achillesferse* des Gewährleistungsverwaltungsrechts erweist sich damit die organisatorische und verfahrensrechtliche Absiche-

²³¹ Zu Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung öffentlicher Unternehmen am Beispiel unterschiedlicher Gesellschaftsformen vgl. Ehlers (Fn. 208), 132–151; W. Spannowsky Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf Beteiligungsunternehmen, DVBl. 1992, 1072 ff.; R. Schmidt Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsform, ZGR 1996, 345, 356–363, und ausführlich nunmehr wieder Gersdorf (Fn. 107), 267–353 mwN. Aus den begrenzten externen Einwirkungsmöglichkeiten auf die AG folgt nach hM ein „Vorrang der GmbH“, vgl. nur M. Paschke Die kommunalen Unternehmen im Lichte des GmbH-Konzernrechts, ZHR 152 (1988), 263, 265 f.; T. Koch Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994, 167; R. Schmidt ebd., 358; M. Brenner Gesellschaftliche Ingerenzmöglichkeiten von Kommunen auf privatrechtlich ausgestaltete kommunale Unternehmen, AöR 127 (2002), 222, 237–250. Zu Einschränkungen bei der mitbestimmten GmbH vgl. nur R. Schmidt Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen, FS Knöpfle, 1996, 303 ff., und H.-J. Pabst/R. Schwartmann Privatisierte Staatsverwaltung und staatliche Aufsicht, DÖV 1998, 315, 321–323. Ausführlich zu dem gesamten Fragenkreis jetzt wieder D. Ehlers Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, Gutachten E zum 64. DJT 2002; R. Stober Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?, NJW 2002, 2357 ff.; bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen verstärken sich die Steuerungsprobleme erheblich, vgl. z.B. §§ 103, 103a, 105, 106 GO BW; Art. 92, 94 BayGO; §§ 108, 111 f. GO NW, sowie Becker (Fn. 195), 95–107, und Storr (Fn. 22), 88 f.

²³² Gegen eine Modifizierung des Gesellschaftsrechts durch ein aufgrund verfassungsrechtlicher Bindungen vorrangiges „Verwaltungsgesellschaftsrecht“ (dazu die Nachw. oben in Fn. 2) auch Ehlers (Fn. 208), 144; Habersack (Fn. 195), 555 f.; Schmidt (Fn. 231), 351; Schmidt-Aßmann (Fn. 10), 5. Kap. Rn. 53; Kahl (Fn. 19), 388 f.; Gersdorf (Fn. 107), 259–266, und Brenner (Fn. 231), 234–236. Aus demselben Grund bieten Konzernlösungen keine funktionsadäquate Alternative zur Aktiengesellschaft, da aufgrund des Beherrschungsvertrages (§ 291 AktG) die Eigen- und Beteiligungsgesellschaften eine den Eigenbetrieben im kommunalen Wirtschaftsrecht vergleichbare Stellung einnehmen. Es besteht dann aber kein Grund, warum die Gemeinde diese Aufgabe nicht gleich in eigener Regie ausführen sollte, so auch W. Leisner Der Vorrang des Gesellschaftsinteresses bei den Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, WiVerw 1983, 212, 220. Vgl. ferner statt vieler Gersdorf (Fn. 107), 352 mwN. Im Übrigen verbietet die Rechtsstellung der privaten Miteigentümer eine Modifikation des Gesellschaftsrechts, vgl. BGHZ 69, 334, 340 f., und J. Hellermann Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, 241 f.

nung der *Einhaltung der einschlägigen Vorgaben* durch die privaten Akteure. Ihre Beteiligung an öffentlichen Aufgaben führt unweigerlich zu staatlichen Lenkungs- und Kontrollverlusten²³³, deren Abbau aber in der Regel mit den ursprünglichen Zielen der Zusammenarbeit kollidiert. Dieses Dilemma tritt vollends zutage, wenn der Private nicht als Beliehener²³⁴ in die staatliche Verwaltungsorganisation eingebunden ist und folglich nicht der Staatsaufsicht unterliegt²³⁵. Allein mit dem herkömmlichen, primär am Ziel der Gefahrenabwehr und -vorsorge²³⁶ ausgerichteten Instrumentarium der Wirtschaftsaufsicht²³⁷ lässt sich eine gemeinwohlsichernde Einflussnahme kaum bewerkstelligen. Dementsprechend sollte die bisherige *duale Aufsichtsdogmatik*²³⁸ um eine dritte Grundkategorie der „*Gewährleistungsaufsicht*“ ergänzt werden, die den Besonderheiten arbeitsteiliger Aufgabenerfüllung Rechnung trägt.²³⁹ Neben der „Einwirkungsaufsicht“²⁴⁰ über gemischtwirtschaftliche Unternehmen und „Ver-

²³³ Anschaulich statt vieler *Galtwas* (Fn. 1), 220, und zuletzt wieder *H. Dreier* Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung, DÖV 2002, 537, 543.

²³⁴ Der Beliehene unterliegt nicht zwingend der Fachaufsicht, vgl. *Krebs* (Fn. 112), Rn. 42f.; *Kahl* (Fn. 16), 197f.; *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 145), § 104 Rn. 7. AA aber BVerwG, VerwRspr. 28, 214, 220; *U. Steiner* Der „beliehene Unternehmer“, JuS 1969, 69, 71; *Pabst/Schwartmann* (Fn. 231), 317–321.

²³⁵ Mit *Maurer* (Fn. 138), § 23 Rn. 19–20a, lassen sich im Rahmen der Rechtsaufsicht drei Gruppen unterscheiden: (1) Information, (2) repressive Aufsichtsmittel (Beanstandung, Anordnung, Ersatzvornahme, Bestellung eines Staatskommissars), (3) präventive Aufsichtsmittel (Genehmigungsvorbehalt, Anzeigenvorbehalt).

²³⁶ Zu ihnen *D. Ehlers* Ziele der Wirtschaftsaufsicht, 1997, 33–67.

²³⁷ Zur Entwicklung *R. Gröschner* Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, 52ff. Vgl. ferner *Bullinger* (Fn. 1), 264ff., 285ff.; *H. Mösbauer* Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, und *Schmidt* (Fn. 143), 338–344.

²³⁸ Zur „Staatsaufsicht“ und „Wirtschaftsaufsicht“ als Grundtypen der Aufsicht vgl. eingehend *Kahl* (Fn. 19), 349–422; *ders.* (Fn. 16), 195–201 mwN.

²³⁹ Ähnlich *G. F. Schuppert* Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, in: *ders.* (Fn. 4), 299, insbes. 326–329, der aber anders differenziert zwischen „klassischer Staatsaufsicht“, „Steuerungsaufsicht“ und „Gewährleistungsaufsicht“, unterteilt in „Regulierungsaufsicht“ und „Überwachungsaufsicht“, sowie „Wirtschaftsaufsicht“. Für eine Reformulierung der Aufsichtsdogmatik auch *W. Hoffmann-Riem* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), 291, 293f.; *R. Pitschas* Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, 907, 911; *Trute* (Fn. 63), 37f., und *Kahl* (Fn. 19), 393f., der aber an der dualen Konzeption zwischen Staats- und Wirtschaftsaufsicht festhalten möchte. Zust. *E. Schmidt-Aßmann* Verwaltungskontrolle: Einleitende Problemskizze, in: *ders./W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.) Verwaltungskontrolle, 2001, 9, 13f., 29f., der jedoch ebenfalls einräumt, dass die funktionale Privatisierung „neue Kontrollformen“ notwendig macht.

²⁴⁰ *Kahl* (Fn. 19), 386–389.

waltungshelfer“²⁴¹ kann unter die Gewährleistungsaufsicht insbesondere auch die sog. Regulierungsaufsicht in privatisierten Infrastrukturbereichen rubriziert werden.²⁴² Die Mittel der Gewährleistungsaufsicht divergieren je nach Sachbereich und Gefährdungspotential der Aufgabe. Dessen ungeachtet sind prägende Gemeinsamkeiten und übergreifende Entwicklungslinien unverkennbar, die größtenteils auf den Einfluss des Europarechts zurückgehen. Hingewiesen sei hier nur auf:

- die Verstärkung *präventiver und begleitender Aufsichtselemente*, etwa durch die obligatorische Einführung von Vorfeldkonsultationen, die Einrichtung von Beiräten²⁴³ oder die Auferlegung von Konzeptpflichten²⁴⁴,
- den Ausbau der unternehmerischen *Eigenüberwachung*²⁴⁵ durch Auditierungsverfahren²⁴⁶, Betriebsbeauftragte²⁴⁷ sowie²⁴⁸ die Einführung

²⁴¹ Vgl. *Stollmann* (Fn. 138), 188–190.

²⁴² Für die Qualifikation als Wirtschaftsaufsicht dagegen *P. Badura* Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich der Post und der Telekommunikation, FS Großfeld, 1999, 35, 40, und *Kahl* (Fn. 16), 205 f., der aber zugleich den „relativen Selbststand der Regulierungsaufsicht“ betont. In dieselbe Richtung gehend *H. Gramlich* Entwicklung der staatlichen Wirtschaftsaufsicht: Das Telekommunikationsrecht als Modell?, *VerwArch* 88 (1997), 598, 624–642. Zu den typischen Elementen der Regulierungsaufsicht vgl. *ders.* ebd., 636–640 mwN.

²⁴³ Zum Beirat nach § 67 TKG vgl. *Ruffert* (Fn. 3), 278. Ähnliche Funktionen kommen dem Umweltgutachterausschuss zu, vgl. §§ 21–27 UAG und eingehend dazu *W. Ewer* Der Umweltgutachterausschuss, 1999.

²⁴⁴ Vgl. z. B. § 16 Abs. 3 KrW-/AbfG, demzufolge der entsorgungspflichtige Dritte ein Abfallwirtschaftskonzept vorzulegen hat. Instruktiv auch am Beispiel des Gemeindefischwirtschaftsrechts *M. Ruffert* Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, *VerwArch* 92 (2001), 27, 37 f., 46 f., 49, 55 f. Allgemein zu Konzeptpflichten ferner *Schmidt-Aßmann* (Fn. 4), 39 f.; *Ritter* (Fn. 65), 233 f.

²⁴⁵ Materialreicher Überblick bei *S. R. Laskowski* Duale Verantwortungsstrukturen in Umweltrecht und Umweltpolitik: Privatisierungstendenzen im Recht der Anlagenüberwachung, in: *Schuppert* (Fn. 4), 93 ff.

²⁴⁶ Zur Übertragbarkeit des Öko-Audit-Systems auf weitere Bereiche der staatlichen Wirtschaftsüberwachung vgl. z. B. *Groß* (Fn. 126), 142–230.

²⁴⁷ Allgemein dazu *R. Weber* Der Betriebsbeauftragte, 1988; *F. Fischer* Der Betriebsbeauftragte im Umweltschutzrecht, 1996. Für den vorliegenden Kontext vgl. auch *Fehling* (Fn. 44), 375–379 mwN.

²⁴⁸ Dabei ist insbes. zu beachten, dass außerhalb des öffentlichen Sektors häufig ebenfalls größere Organisationseinheiten agieren. Jenseits gesellschaftsrechtlicher Vorgaben muss hier sichergestellt sein, dass Handlungspflichten auf bestimmte Organe und individuelle Personen zurückgeführt werden können. So sind etwa Kapitalgesellschaften gem. § 52a BImSchG verpflichtet, gegenüber der Aufsichtsbehörde einen Geschäftsführungs-

- von Qualitätsmanagementsystemen²⁴⁹, die kombiniert werden können mit branchenspezifischen „Codes of best practice“²⁵⁰,
- die Ausweitung von *Publizitätsgeboten*²⁵¹ sowie *Dokumentations-*²⁵², *Informations-*²⁵³ und *Berichtspflichten*²⁵⁴,

befugten zu benennen, der für die Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Pflichten zuständig ist. Auf diese Weise soll die Eigenverantwortlichkeit von Unternehmen gestärkt werden, indem diese gezwungen werden, durch betriebsinterne Verantwortungsstrukturen Reaktionsmechanismen für Gefahrensituationen zu schaffen, vgl. *M. Kloepper* Betrieblicher Umweltschutz als Rechtsproblem, DB 1993, 1125, 1127, sowie *H. D. Jarass* BImSchG, 5. Aufl. 2002, § 52a Rn. 1, 5. Weitergehend wird z.B. die gesetzliche Einführung eines Umweltschutzdirektors für Kapitalgesellschaften als gleichberechtigtes Mitglied der vertretungsberechtigten Organe gefordert, der für die Leitung der umweltbezogenen Betriebsorganisation und die Mitwirkung an der Entwicklung und Einführung umweltrechtlicher Verfahren und Produkte verantwortlich ist, vgl. *BMU* (Hrsg.) Umweltgesetzbuch (Fn. 114), 735 ff. mwN. Erst auf diese Weise erhält private Verantwortung ein konkretes Gesicht.

²⁴⁹ Vgl. z.B. § 78b Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII. Allgemein zu ihrer Bedeutung *R. Stober* Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12. Aufl. 2000, 316 f.

²⁵⁰ Vgl. z.B. Art. 8 Abs. 2 Hs. 1 RL 2001/95/EG (Fn. 203), der die Förderung der Ausarbeitung privater „Verhaltenskodizes“ im Rahmen des Produktsicherheitsrechts unterstützt. Allerdings ist darauf zu achten, dass über solche Formen der privaten Standardsetzung nicht demokratische Anforderungen überspielt werden, vgl. zu diesem Problemkreis *F. Kirchhof* Private Rechtsetzung, 1987, 124–126; *E. Denninger* Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990, 136 ff.; *G. F. Schuppert/C. Bumke* Verfassungsrechtliche Grenzen privater Standardsetzung, in: *D. Kleindiek/W. Oehler* (Hrsg.) Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, 2000, 71, 113–126, und die Vorschläge der Sachverständigenkommission zum UGB (Fn. 114) in §§ 17 ff., §§ 31 ff. UGB-KomE. Krit. zur Einbeziehung privater Standards der Rechnungslegung im Konzernbilanzrecht nach §§ 292a Abs. 2 Nr. 2 a), 342 HGB z.B. *P. Kirchhof* Gesetzgebung und private Regelungssetzung als Geltungsgrund für Rechnungslegungspflichten, ZGR 2000, 681 ff.; *J. Hellermann* Private Standardsetzung im Bilanzrecht – öffentlich-rechtlich gesehen, NZG 2000, 1097, 1100–1103 mwN. AA *M. Heintzen* Zur Verfassungsmäßigkeit von § 292a Abs. 2 Nr. 2a) HGB, BB 1999, 1050, 1054. Krit. zum geplanten Corporate Governance-Kodex für Aktiengesellschaften *M. Wolf* Corporate Governance, ZRP 2002, 59 ff.

²⁵¹ Vgl. z.B. § 6 NetzzugangsVO. Für ein Publizitätsgebot im Hinblick auf die Einschaltung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bereits *Gallwas* (Fn. 1), 231; *Brohm* (Fn. 47), Rn. 47; *Trute* (Fn. 63), 37. Diff. *Burgi* (Fn. 22), 382 f., der nur den Übertragungsakt, nicht aber den Vorgang der Erfüllungshilfe und die gewonnenen Ergebnisse der Publikationspflicht unterwerfen will. Er verkennet insofern aber die allgemeine Tendenz zur Ausweitung der verwaltungsrechtlichen Publizitätsgebote, vgl. *Voßkuhle* (Fn. 223), 378–386, sowie *A. Scherzberg* Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 385–405.

²⁵² Vgl. z.B. § 15 Abs. 2 UAG; § 10 Abs. 1 SiG.

²⁵³ Vgl. z.B. § 4 NetzzugangsVO.

²⁵⁴ Vgl. z.B. § 22 TKG.

- die Etablierung *paralleler privater Kontrollstrukturen*²⁵⁵, z.B. durch die Verpflichtung der privaten Akteure, eine private Haftpflichtversicherung abzuschließen²⁵⁶,
- die Einbeziehung Dritter²⁵⁷ in die Überwachung, etwa durch Informationszugangsrechte²⁵⁸, und
- die *organisatorische Verselbständigung* der *aufsichtsführenden Verwaltungseinheiten*, z.B. durch die Errichtung spezieller *Regulierungsbehörden*, die sich durch besondere Unabhängigkeit und Sachverstand auszeichnen²⁵⁹, oder durch die Übertragung der Aufsicht auf Beliehene.²⁶⁰

²⁵⁵ Vgl. H. Schulze-Fielitz *Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 239), 291, 317; Pitschas (Fn. 239), 910.

²⁵⁶ Vgl. z.B. § 12 SigG; § 9 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GSG; §§ 10f. BewachVO (Fn. 201). Die Versicherungsgesellschaften versichern die Unternehmen i.d.R. nur nach sorgfältiger Risikoprüfung. Um eine Erhöhung des Versicherungsbeitrags zu vermeiden, wird das Unternehmen darauf achten, dass kein Haftungsfall eintritt, vgl. zu diesem aus dem Umweltrecht bekannten ökonomisch begründeten Kontrollkonzept z.B. E. Bohne *Versicherungsmodell zur Investitionsbeschleunigung und zum Abbau von Vollzugsdefiziten im Anlagenzulassungsrecht*, DVBl. 1994, 195, 200ff.; C. Herbst *Risikoregulierung durch Umwelthaftung und Versicherung*, 1996, 135ff.; P. Döring *Haftung und Haftpflichtversicherung als Instrument einer präventiven Umweltpolitik*, 1999.

²⁵⁷ Zusätzlich unterstützt wird dieses Konzept durch die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, vgl. oben Fn. 121.

²⁵⁸ Vgl. zuletzt Art. 16 Abs. 1 RL 2001/95/EG (Fn. 203). Vgl. auch Art. 10 Abs. 2 *UniversaldienstRL* (Fn. 75), der *Universaldienstunternehmen* bestimmte technische Pflichten auferlegt, damit die Kunden die Leistungen überwachen können. Allgemein zu dieser „Mobilisierung Dritter“ (J. Masing) für öffentliche Belange durch Informationszugangsrechte M. Kloepfer *Informationsrecht*, 2002, 400–402, 410ff.; F. Schoch/M. Kloepfer *Informationsfreiheitsgesetz*, 2002, 35–41.

²⁵⁹ Zur Zeit existiert lediglich die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, §§ 66, 71–84 TKG, vgl. dazu Ruffert (Fn. 3), 277f.; J.-P. Schneider *Flexible Wirtschaftsregulierung durch unabhängige Behörden im deutschen und britischen Telekommunikationsrecht*, ZHR 164 (2000), 513ff., sowie ausführlich K. Oertel *Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66ff. TKG, 2000*. Geplant ist die Umgestaltung des ebenfalls neu geschaffenen Eisenbahn-Bundesamtes (zu seinen Aufgaben S. Stutenroth *Aufgaben und Befugnisse des Eisenbahn-Bundesamtes*, VerwArch 87 [1996], 97ff.; K. Grupp *Eisenbahnaufsicht nach der Bahnreform*, DVBl. 1996, 591ff.) in eine Regulierungsbehörde für Bahnfragen (vgl. Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 14/6929 v. 20. 9. 2001; Fehling [Fn. 71], 7f.) und die Einrichtung einer Regulierungsbehörde für leitungsgebundene Energiewirtschaft (vgl. U. Büdenbender *Die Entwicklung des Energierechts seit In-Kraft-Treten der Energierechtsreform von 1998*, DVBl. 2001, 952, 954f.; H. Lecheler/J. Gundel *Staatliche Regulierung des Energiemarktes?*, EWS 2001, 249ff.). Zu dieser Entwicklung auch C. Koenig/J. Kühling *Institutionelle Regulierung in der Eisenbahn- und Energiewirtschaft – sektor-*

Verfehlt wäre es freilich, jedes einzelne dieser Instrumente auf seine funktionelle Äquivalenz hin am Idealbild der Fachaufsicht²⁶¹ als Archetypus staatlicher Vollaufsicht zu überprüfen. Erst zusammen mit den dargelegten Anforderungen an Qualifikation und Auswahl der privaten Akteure sowie bei sektorspezifisch angepassten Kombinationen ergibt sich ein *angemessenes Kontrollniveau*.

e) *Evaluation und Lernen*

Nichtsdestotrotz können sich im Laufe der Zeit Anzeichen für Schwachstellen in der konkreten Aufgabenbewältigung ergeben, die nicht nur auf ein individuelles Versagen der privaten Leistungserbringer zurückzuführen sind, sondern auf „Fehler im System“. Um diese Schwachstellen herauszufinden, um sie abstellen zu können und um die Gesamtfunktionsfähigkeit des Beteiligungskonzepts zu gewährleisten, bedarf es seiner *periodischen Evaluierung*, die in die Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts integriert werden muss.²⁶² Dazu ist es u.a. notwendig, alle beteiligten Akteure zu verpflichten, am Anfang der Zusammenarbeit *Methoden und Maßstäbe der Leistungsmessung* festzulegen.²⁶³ Ferner müssen ausreichende Möglichkeiten bestehen, im Hinblick auf die gewonnenen Erkenntnisse die rechtlichen Grundlagen der Beteiligung zu modifizieren, etwa durch die *Befristung* der Zusammenarbeit²⁶⁴ oder die

spezifische Regulierungsbehörden oder Bundeskartellamt?, WuV 2001, 810ff. In ihrem 14. Hauptgutachten v. 8. 7. 2002 fordert die Monopolkommission jetzt die Schaffung einer allgemeinen Regulierungsbehörde für alle Netzbranchen, vgl. FAZ v. 9. 7. 2002, 9. Allgemein zur „Steuerung durch Organisation“ zuletzt der gleichnamige Beitrag von M. Schmidt-Preuß DÖV 2001, 45ff.

²⁶⁰ So obliegt z.B. die Aufsicht über die im Umweltauditverfahren tätigen privaten Umweltgutachter der Zulassungsstelle, deren Aufgaben wiederum auf Beliehene übertragen werden können, vgl. § 28 UAG i.V.m. der Verordnung über die Beleihung der Zulassungsstelle nach dem Umweltauditgesetz (UAG-Beleihungsverordnung – UAGBV) v. 18. 12. 1995, BGBl. I, 2013, geändert durch VO v. 13. 9. 2001, BGBl. I, 2427.

²⁶¹ Auch ihre Konturen sind freilich nicht einheitlich, vgl. jüngst T. Groß Was bedeutet „Fachaufsicht“?, DVBl. 2002, 793ff.

²⁶² Weiß (Fn. 4), 1181, spricht in diesem Zusammenhang von einer „Marktbeobachtungspflicht“.

²⁶³ Vgl. z.B. § 78b Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII. Die Schwierigkeiten der „Produktdefinition“ sollen damit nicht bestritten werden (vgl. auch oben Fn. 196). Gerade Leistungen der Daseinsvorsorge zeichnen sich dadurch aus, dass (rechtlich) vorgegebene Maßstäbe und „objektive“ Qualitäten jenseits absoluter Minimalstandards kaum existieren. Deshalb kann die Produktdefinition sinnvoll nur politisch und unter Mitwirkung der Leistungserbringer erfolgen.

²⁶⁴ Vgl. § 7 Abs. 1 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

Verpflichtung, *Nachverhandlungsklauseln* in Erfüllungsverträgen vorzusehen²⁶⁵.

f) *Effektive staatliche Rückholoptionen*

Sollte sich herausstellen, dass die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch den jeweiligen privaten Leistungserbringer in der vorgesehenen Weise dauerhaft nicht gesichert ist, lebt die unmittelbare Erfüllungsverantwortung des Staates wieder auf. Für diese Situation hat das Gewährleistungsverwaltungsrecht ebenfalls geeignete dogmatische Lösungen anzubieten. Einerseits muss rechtlich sichergestellt sein, dass die Zusammenarbeit mit dem privaten Leistungserbringer, der in der Regel größere Investitionen getroffen hat, wieder beendet werden kann. Dieses Ziel lässt sich über Widerrufsvorbehalte²⁶⁶ oder bei Verwaltungsverträgen durch Vereinbarung von Rückfallklauseln²⁶⁷ und Kündigungsrechten²⁶⁸ erreichen. Die Beendigung der Zusammenarbeit bleibt indes eine gänzlich unrealistische Handlungsoption, wenn der Staat nicht notfalls aus dem Stand heraus in der Lage ist, die Aufgabe selbst zu erfüllen, was bei längerer Aufgabenabstinenz indes kaum zu erwarten ist. Abhilfe können hier zB gesetzlich auferlegte oder vertraglich vereinbarte *Überleitungspflichten* schaffen, durch die der private Leistungserbringer gezwungen wird, für einen bestimmten Zeitraum nach Beendigung seines Engagements weiter Betriebsmittel und Know-how zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus ist an eine gesetzliche Verpflichtung des originären staatlichen bzw. kommunalen Aufgabenträgers zu denken, sich an zentralen privaten Daseinsvorsorgeunternehmen in einem gewissen Umfang *finanziell zu beteiligen*; dadurch bleibt die Nähe zum operativen Geschäft erhalten. Schließlich dient auch der *Aufbau dualer Daseinsvorsorgestrukturen*, wie sie gegenwärtig etwa im Bereich des Rettungsdienstes, der Krankenhausvorsorge und der universitären Ausbildung bestehen, dem Zweck, die unabdingbare *Reservefunktion des Staates*²⁶⁹ zu erhalten.

²⁶⁵ Vgl. § 7 Abs. 2 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

²⁶⁶ Vgl. §§ 36 Abs. 2 Nr. 3, 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

²⁶⁷ Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

²⁶⁸ Vgl. § 8 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

²⁶⁹ Zur Erhaltung dieser Reservefunktion vgl. auch *Waldhoff* (Fn. 145), D III. 3. d), 977–986.

IV. Ausblick: Kodifizierung oder Rechtsfortbildung?

Damit komme ich zum Ende meiner Ausführungen und zu einer letzten, rechtspolitisch motivierten Frage: Sollten die vorgestellten Bauelemente eines Gewährleistungsverwaltungsrechts nicht zumindest teilweise kodifiziert werden? Staatliche Verantwortung realisiert sich im freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaat in erster Linie durch Rechtsetzung.²⁷⁰ Neben der Schaffung eines eigenständigen Rahmengesetzes zur Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben²⁷¹, für das es wohl noch zu früh sein dürfte, würde sich insbesondere eine entsprechende Ergänzung der Verwaltungsverfahrensgesetze anbieten, die zur Zeit unter dem etwas verengten Blickwinkel der Modifikation der Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Vertrages diskutiert wird²⁷². Zu denken wäre ferner an sektorspezifische Teilkodifikationen, etwa im Rahmen eines Umweltgesetzbuches, dessen vorläufiges politisches Scheitern nicht gegen die Sinnhaftigkeit des Vorhabens spricht.²⁷³ Ebenfalls aus dem Blick geraten, aber

²⁷⁰ Deutlich Gusy (Fn. 65), 191: „Staatliche (Mit-)Verantwortung ist zunächst Rechtssetzungsverantwortung“; W. Hoffmann-Riem Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, DVBl. 1999, 125, 126: „Die dem Staat verbliebene Gewährleistungsverantwortung ist zunächst Regelungsverantwortung.“; Schuppert (Fn. 163), 221: „Der moderne Gewährleistungsstaat ist also (...) Regulierungsstaat.“ Für eine grundsätzliche Neuorientierung der Rechtssetzungslehre vor dem Hintergrund der dargelegten Entwicklungstendenzen vgl. neben G. F. Schuppert ebd. z.B. H. Schulze-Fielitz Gesetzgebungslehre als Soziologie der Gesetzgebung, ZG 2000, 295, 301 ff.; Schulz (Fn. 165), 108–121.

²⁷¹ Die Schaffung eines „Verwaltungskooperationsgesetzes“ zieht z.B. der Beirat Verwaltungsverfahrenrecht (Fn. 222), 834, in Betracht.

²⁷² Der Beirat Verwaltungsverfahrenrecht (Fn. 222), 834, hat sich gegen die allgemeine Regelung von Kooperationsverhältnissen im Verwaltungsverfahrensgesetz ausgesprochen, wie sie von Schuppert (Fn. 4), 124–133, vorgeschlagen wurde. Vgl. auch Ziekow (Fn. 29), und J. Becker Rechtsrahmen für Public Private Partnership, ZRP 2002, 303 ff. Grundsätzlich zu den Möglichkeiten einer Kodifikation heute A. Voßkuhle Kodifikation als Prozeß, in: Schlosser (Fn. 184), 77 ff.; W. Kahl Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Fn. 202), 67 ff.

²⁷³ So auch R. Schmidt Einführung in das Umweltrecht, 6. Aufl. 2001, § 1 Rn. 41; B. Bender/R. Sparwasser/R. Engel Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, I, Rn. 27; M. Kloepper Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 1 Rn. 40. Der damals gegen den Entwurf der Sachverständigenkommission (Fn. 114) vorgebrachte Einwand des BMI und des BMJ, der Bund verfüge nicht über die entsprechende Gesetzgebungskompetenz, vermag letztlich nicht zu überzeugen, vgl. nur H.-W. Rengeling Die Bundeskompetenz für das Umweltgesetzbuch I, DVBl. 1998, 997 ff.; M. Kloepper ebd., § 1 Rn. 43, § 3 Rn. 86. Damit sollen die kompetenzrechtlichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung integrativer Steuerungsansätze im Umweltrecht freilich nicht bestritten werden, vgl. nur E. Reh binder/R. Wahl Kompetenzprobleme bei der Umsetzung von europäischen Richtlinien, NVwZ 2002, 21 ff. mwN.

weiterhin angezeigt erscheint z.B. eine Kodifizierung des Rechts des Privaten Sicherheitsgewerbes.²⁷⁴ Wie auch immer der Gesetzgeber sich entscheidet, eines steht jedenfalls schon jetzt fest: Die Fortentwicklung der Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts wird der „Beruf unserer Zeit“ bleiben!

²⁷⁴ Der vom BMWi am 25. 7. 2001 vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bewacherrechts muss wohl als Absage an das ursprünglich in der Koalitionsvereinbarung zwischen SPD und Bündnis 90/Die Grünen aus dem Jahre 1998 vorgesehene sog. Aufgaben- und Befugnisgesetz gewertet werden, so *Stober* (Fn. 201), 132. Zur rechtspolitischen Diskussion vgl. die Beiträge in: ders. (Hrsg.) *Empfiehl es sich, das Recht des Privaten Sicherheitsgewerbes zu kodifizieren?*, 2000. Krit. zu einer Kodifikation auch *Huber* (Fn. 27), 120f.; *Hammer* (Fn. 201), 621; *Waldhoff* (Fn. 145), D. III. 3 b), bb) (4), 945f.; *P. Beinhofer* *Brauchen wir ein Gesetz über private Sicherungsdienste?*, BayVBl. 1997, 481, 483. AA aber *Pitschas* (Fn. 40), 393, 396f.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung

I. Zeitlosigkeit und Zeitbedingtheit des Themas

(1) Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stellt in freiheitlichen Ordnungen eine Alltäglichkeit dar.

(2) Art und Umfang des Zusammenwirkens zwischen staatlichen und privaten Akteuren haben sich gewandelt. Die rechtliche Bewältigung der damit verbundenen Herausforderungen steht weiterhin aus.

II. Auf der Suche nach der staatlichen Verantwortung im Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung

(3) Hinter der heuristischen Frage nach der „staatlichen Verantwortung“ im Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung verbirgt sich die juristische Frage nach dem verbleibenden Ausmaß der rechtlichen Verpflichtung staatlicher Hoheitsträger, für die Erfüllung bestimmter Aufgaben einzustehen.

1. Staatstheoretische Perspektive

a) Hierarchie oder Heterarchie: Der Staat als Zurechnungssubjekt von Verantwortung in globalen Netzwerken

(4) Zur Zeit ist keine Instanz ersichtlich, die auch nur annähernd in der Lage wäre, mit derselben Legitimation verbindliche Entscheidungen herzustellen und durchzusetzen wie der mit dem Gewaltmonopol ausgestattete Nationalstaat. Selbst im globalen Netzwerk multipler Akteure verbleibt ihm eine unersetzbare Sonderrolle, die es rechtfertigt, weiterhin von staatlicher Verantwortung zu sprechen.

b) Der unendliche Diskurs über Gemeinwohl und Staatsaufgaben

(5) Versuche, Gegenstand und Ausmaß staatlicher Verantwortung über die wiederentdeckten Kategorien des Gemeinwohls oder der Staatsaufgaben präziser zu erschließen, haben nur begrenzten Ertrag zutage gefördert.

2. Verwaltungswissenschaftliche Perspektive

a) Ordnung der Vielfalt arbeitsteiliger Prozesse: Typologisierungen und Skalierungen

(6) Unter die unspezifische Formulierung „Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ lassen sich alle Fälle subsumieren, in denen natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, die als Grundrechtsträger nicht dem Staat zuzuordnen sind, Aufgaben wahrnehmen, für deren Erfüllung der Staat aus Gründen des Gemeinwohls in einem gewissen Umfang eintreten muss oder will.

(7) Die praktizierten Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichem und privatem Sektor weisen hinsichtlich des Verpflichtungs- und Formalisierungsgrades sowie hinsichtlich der ihnen zugrunde liegenden Interessenlagen deutliche Unterschiede auf.

b) Leitideen und Schlüsselbegriffe des Zusammenwirkens zwischen öffentlichem und privatem Sektor

(8) Der Prozess der Ordnungsbildung ist auf Leitideen und Schlüsselbegriffe angewiesen.

(9) Während sich das „Kooperationsprinzip“ und die Bezeichnung „Public-Private-Partnership“ als eher konturschwach erwiesen haben, kann auf das Leitbild des „Gewährleistungsstaates“ und die mit ihm verbundenen Schlüsselbegriffe der „regulierten Selbstregulierung“ und der „Verantwortungsteilung“ im Rahmen der Ordnungsbildung mit Ertrag zurückgegriffen werden. Alle drei Topoi richten die Aufmerksamkeit auf den Umstand, dass sich die staatliche Steuerung zunehmend auf die Initiierung und Anleitung der selbstständigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Akteure im Sinne einer normativen Umhegung beschränkt.

3. Europa- und verfassungsrechtliche Perspektive

a) Neukonzeption der staatlichen Daseinsvorsorge durch das Europarecht

(10) Entgegen mancher Befürchtungen führt die europäische Liberalisierungspolitik nicht zu einer Verflüchtigung staatlicher Infrastrukturverantwortung, sondern lediglich zu veränderten Modi ihrer Wahrnehmung unter wettbewerblichen Rahmenbedingungen.

(11) Ungeachtet des Art. 16 EG und trotz der extensiven Interpretation des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG durch den EuGH und die Europäische Kommission besteht weiterhin ein grundsätzlicher Vorrang des regulierten Wettbewerbs vor einer einseitigen Privilegierung einzelner (privater oder öffentlicher) Unternehmen.

b) Grenzen der Konstitutionalisierung des Gewährleistungsstaates

(12) *Die Verfassung ist schon im Ansatz auf ein „Mixtum von Staat und Gesellschaft“ nicht eingerichtet. Das führt zu einem deutlichen Verlust an Direktionskraft, der durch neue dogmatische Konstruktionen nur begrenzt aufgefangen werden kann.*

(13) *In den Bereichen der funktionalen Privatisierung lässt sich über den Gedanken der „vor- und nachwirkenden staatlichen Legitimationsverantwortung“ und die damit einhergehende „staatliche Strukturschaffungspflicht“ eine verfassungsrechtliche Pflicht der staatlichen Hoheitsträger begründen, den Mangel an tatsächlicher inhaltlicher Entscheidungsbeherrschung der Verwaltung durch entsprechende Sicherheitsvorkehrungen adäquat auszugleichen.*

(14) *Aufgrund der Schutzpflichtdimension der Grundrechte trifft den Gesetzgeber zwar die Pflicht, möglichen Verletzungen und Gefährdungen individueller Rechtspositionen durch private Aufgabenwahrnehmung entgegenzuwirken; wie er diesem verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag aber konkret nachkommt, ob durch handverlesene Auswahl der Privaten, detaillierte gesetzliche Ausgestaltung ihrer Betätigungsfelder oder intensive nachträgliche Kontrollen, bleibt ihm weitgehend selbst überlassen.*

4. Verwaltungsrechtliche Perspektive

a) Leistungsfähigkeit tradierter dogmatischer Institute

(15) *Für die rechtliche Domestizierung der vielfältigen Phänomene der Arbeitsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor kommt der Handlungsform des Verwaltungsvertrages sowie*

- der Beleihung (Privaten werden [1] zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben [2] spezielle hoheitliche Befugnisse durch einen Hoheitsträger übertragen),*
- der Verwaltungshilfe (Private unterstützen [1] freiwillig, [2] im hoheitlichen Auftrag und [3] ohne Einräumung von Hoheitsbefugnissen die Verwaltung bei der [4] Wahrnehmung der ihr gesetzlich weiterhin zugewiesenen Aufgaben) und*
- der Indienstnahme Privater im öffentlichen Interesse (Privaten wird [1] gegen ihren Willen [2] anlässlich einer grundrechtlich geschützten Freiheitsbetätigung die [3] Erfüllung einer gemeinwohlbezogenen Pflicht auferlegt, [4] deren Beachtung die Freiheitsbetätigung als solche nicht notwendig erfordert)*

weiterhin zentrale Bedeutung zu.

(16) *Die unverminderte Praxistauglichkeit dieser Institute lässt sich am Beispiel der Beleihung anschaulich demonstrieren, die eine Nutzbarmachung privater Ressourcen erlaubt, ohne auf hoheitliche Handlungsbefugnisse und*

Einflussmöglichkeiten sowie eindeutige Zuordnungen innerhalb der herkömmlichen verfassungsrechtlichen Systemzäsuren verzichten zu müssen.

(17) Das bestehende Arsenal an Beteiligungsformen bleibt aber in ganz erheblichem Umfang auf weitere rechtliche Ausgestaltung angewiesen.

b) Notwendigkeit der Entwicklung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts

(18) Weder das auf Gefahrenabwehr ausgerichtete klassische Ordnungsrecht noch die dem modernen Leistungsstaat verpflichteten Rechtsinstitute der Leistungsverwaltung bieten im Hinblick auf eine langfristige Koordination von öffentlichen Aufgaben und privater Interessenverfolgung eine hinreichende Entwicklungsperspektive.

(19) Vielmehr bedarf es als „dritter Säule“ der systematischen Entfaltung eines eigenständigen Rechts der „Gewährleistungsverwaltung“, das ausgehend von den bestehenden Beteiligungsformen in der Lage ist, den Prozess arbeitsteiliger Aufgabenerfüllung in jeder Phase unter dem Blickwinkel größtmöglicher Gemeinwohlrealisierung anzuleiten, und das nicht nur der Verwaltung, sondern auch dem Gesetz- und Verordnungsgeber bei der Auswahl zwischen verschiedenen Lösungsstrategien Orientierung bietet.

III. Systemlinien des Gewährleistungsverwaltungsrechts

1. Funktion und Eigenarten des Gewährleistungsverwaltungsrechts

a) Erhaltung der Eigenrationalität von Staat und Gesellschaft in arbeitsteiligen Arrangements

(20) Die Funktion des Rechts der Gewährleistungsverwaltung besteht im Grundsatz darin, die endogenen Potentiale der Gesellschaft für die Verfolgung öffentlicher Zwecke nutzbar zu machen. Das kann nur gelingen, wenn die Funktionsfähigkeit von Staat und Gesellschaft sowie die Eigenrationalität beider Subsysteme erhalten bleiben.

b) Aufbau einer Gewährleistungsstruktur

(21) Anders als das Ordnungs- und Leistungsrecht zielt das Gewährleistungsverwaltungsrecht nicht auf die am Einzelakt orientierte Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses. Intendiert sind die Verwirklichung eines Gesamtkonzepts und der Aufbau einer permanent wirkenden Gewährleistungsstruktur, die über verfahrensrechtliche Anforderungen, organisatorische Elemente und inhaltliche Vorgaben staatliche und private Aufgabenbeiträge vernetzt.

c) *Produktive Verkopplung privaten und öffentlichen Wissens*

(22) *Zur Bewältigung des Wissensproblems bedarf es geeigneter Informations- und Kommunikationsregeln, die es ermöglichen, privates und öffentliches Wissen auf Dauer produktiv zu verkoppeln und Prozesse kollektiven Lernens zu institutionalisieren.*

2. *Regulierungskonzept*

a) *Kontextsteuerung und Prozeduralisierung*

(23) *Vorzugswürdig gegenüber einer permanent-weichen rechtlichen Steuerung durch Aufgabenbeschreibungen, Leitlinien und Optimierungsgebote erscheint als Regulierungsstrategie eine selektiv-harte Programmierung, mithin die Konzentration auf einige subsumtionsstarke Regelungen, die einen festen äußeren Rahmen bilden, die privaten Akteure im Übrigen aber weitgehend von rechtlichen Vorgaben freistellen.*

b) *Ergänzungsverhältnis zwischen Öffentlichem und Privatem Recht*

(24) *Bei der Ausgestaltung des Gewährleistungskonzepts wirken Öffentliches Recht und Privatrecht vielfältig zusammen; die spezifischen Steuerungsleistungen beider Teilrechtsordnungen stehen in einem Ergänzungsverhältnis.*

3. *Grundbausteine einer Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts*

(25) *Aus den verfassungsrechtlichen Zielvorgaben einerseits und mit dem bereits vorhandenen Fundus an einfachgesetzlichen Normen und einschlägigen Judikaten andererseits lassen sich in einem Wechselspiel aus Deduktion und Induktion systemprägende Grundbausteine des Gewährleistungsverwaltungsrechts destillieren, die handlungsanleitende Kraft besitzen, ohne sachbereichsspezifische Differenzierungen zu versperren.*

a) *Ergebnissicherung*

(26) *Ihrer Ergebnisverantwortung können Gesetzgeber und Verwaltung je nach Sachbereich auf verschiedene Weise gerecht werden:*

- *durch gesetzliche Überleitung bestehender hoheitlicher Leistungspflichten auf einen Beliehenden,*
- *durch gesetzliche Auferlegung öffentlich-rechtlicher Leistungspflichten (wie z.B. beim Universaldienstmodell),*
- *durch Vereinbarung bestimmter Leistungsverpflichtungen in gesetzlich vorkonstruierten Verwaltungsverträgen, oder*

- *durch Gründung bzw. Beteiligung an einem bestehenden gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, dessen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck auf die Erbringung bestimmter Leistungen der Daseinsvorsorge gerichtet ist.*

b) Qualifikation und Auswahl privater Akteure

(27) Als wegweisend für eine nachhaltige Qualifikationssicherung darf die differenzierte gesetzliche Ausgestaltung des Akkreditierungsverfahrens im Produktsicherheits- und im Sachverständigenrecht gelten.

(28) Im Rahmen der Auswahl des privaten Akteurs bei einer Überzahl von Bewerbern tritt der Staat als regulierender Nachfrager von gemeinwohlrelevanten Dienstleistungen in spezifischen Märkten auf. Das verfassungsrechtliche Gebot „grundrechtssichernder Mangelverwaltung“ verlangt im Grundsatz die durchgehende Etablierung eines fairen, transparenten und wettbewerbsorientierten Verteilungsverfahrens.

c) Schutz der Rechte Dritter

(29) Um zu vermeiden, dass die Kooperation der Verwaltung mit Privaten zu Lasten Dritter geht, bedarf es besonderer Vorkehrungen. Zu rigide Anforderungen, wie z.B. in § 58 Abs. 1 VwVfG, führen aber zu einer Entwertung kooperativer Handlungsformen.

(30) Soweit der Private dem Dritten in der Form des Privatrechts gegenübertritt, muss der verfassungsrechtlich weiterhin gebotene Schutz der Rechte Dritter indirekt über den Einfluss der öffentlichen Hand auf den privaten Leistungserbringer realisiert werden. Hier bestehen verschiedene Lösungswege analog zur Ergebnissicherung (Ziff. 26).

d) Lenkung und Kontrolle

(31) Die duale Aufsichtsdogmatik aus Staats- und Wirtschaftsaufsicht ist um eine dritte Grundkategorie der „Gewährleistungsaufsicht“ zu ergänzen, die den Besonderheiten arbeitsteiliger Aufgabenerfüllung Rechnung trägt.

(32) Ein angemessenes Kontrollniveau lässt sich nur durch die Kombination einer Vielzahl verschiedener Instrumente gewährleisten.

e) Evaluation und Lernen

(33) Zur Sicherung der Gesamtfunktionsfähigkeit des Beteiligungskonzepts ist eine periodische Evaluierung notwendig, die in die Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts integriert werden muss.

f) Effektive staatliche Rückholoptionen

(34) Für den Fall der Schlechterfüllung der Aufgabe durch Private, die in der Regel größere Investitionen getroffen haben, muss sichergestellt sein, dass ihre Mitwirkung beendet werden kann.

(35) Die Auflösung der Zusammenarbeit bleibt eine unrealistische Handlungsoption, wenn der Staat nicht notfalls aus dem Stand in der Lage ist, die Aufgabe selbst zu erfüllen, was bei längerer Aufgabenabstinenz auf ganz erhebliche Schwierigkeiten stößt. Abhilfe können hier z.B. Überleitungspflichten, staatliche Beteiligungspflichten und der Aufbau von dualen Daseinsvorsorgestrukturen schaffen.

IV. Ausblick: Kodifizierung oder Rechtsfortbildung?

(36) Die vorgestellten Bauelemente eines Gewährleistungsverwaltungsrechts sollten zumindest teilweise kodifiziert werden.

3. Aussprache und Schlussworte

Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung

Vorsitzender (Schuppert): Verehrte Kolleginnen und Kollegen! Bevor wir mit der Diskussion der beiden Referate von Herrn *Heintzen* und Herrn *Voßkuhle* beginnen, möchte ich noch drei Dinge kurz ansprechen. Zunächst einmal möchte ich der Freude Ausdruck geben, dass Herr Kollege *Papier* zu uns gestoßen ist und trotz seiner gestrigen Teilnahme am Tag der Deutschen Einheit in Berlin den Weg zu uns gefunden hat. Zweitens möchte ich noch einmal auf unser knapp bemessenes Zeitbudget hinweisen und in diesem Zusammenhang folgendes bemerken: Wenn sogar dem Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland und – wem diese Bezugsperson lieber ist – dem Ministerpräsidenten des Freistaates Bayern in einem Fernsehduell angesonnen wird, einen Gedankengang in anderthalb Minuten darzustellen, sollte es einem Mitglied unserer Vereinigung möglich sein, in den zur Verfügung stehenden vier Minuten sein Argument zu entfalten und abzuschließen. Ich möchte Sie daher bitten, die unvermeidliche Zeitbegrenzung weiterhin nicht als lästige Beschränkung, sondern als Herausforderung zu betrachten. Drittens schließlich möchte ich anmerken, dass auch der Vorstand zum sparsamen Umgang mit der knappen Ressource der Diskussionszeit etwas beitragen will und deswegen alle Diskutanten davon entbindet, den Vorstand wegen seiner Themen- und Referentenwahl zu loben; wir haben uns – dessen mögen Sie versichert sein – mit beidem viel Mühe gegeben. – Nunmehr möchte ich Herrn *Gallwas* bitten, die Diskussion zu eröffnen.

Gallwas: Herr *Voßkuhle*, Sie haben dankenswerter Weise eine breite Konkretisierung für das geliefert, was schon auf der Speyerer Tagung eine Rolle gespielt hat, nämlich die Garantenstellung des Staates bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private. Ich habe meinem aus naheliegendem Grund besonderen Dank dafür allerdings einen Wermutstropfen beizufügen, nämlich: Ich möchte meinen, dass Ihrer letzten These, man solle den Bereich der Gewährleistungsverwaltung durchkodifizieren, zu widersprechen ist. Und zwar deswegen, weil dem Gedankengebilde und den Instrumenten der Garantenstellung damit die gerade heute angestrebte Flexibilität genommen wird. Ich wäre im Übrigen dafür, an

einer früheren Stelle Ihrer Darlegungen, und zwar beim Aufbau einer Gewährleistungsstruktur, ein zusätzliches Element einzubauen, nämlich die Organisation entsprechender Wahrnehmungskompetenzen des Staates. Sie haben mit Recht in einer der späteren Thesen den Rettungsdienst angesprochen. Eben dieser liefert ein eindrucksvolles Beispiel für eine Gewährleistungsstruktur ohne entsprechende Wahrnehmungskompetenz: Der Staat überlässt den Rettungsdienst als Sicherstellungsaufgabe den Rettungszweckverbänden, sieht vor, dass die Aufgabe von den sog. „Durchführenden“ erfüllt werden soll, und kümmert sich dann überhaupt nicht mehr um das, was geschieht, u.a. nicht um die Erfüllbarkeit seiner eigenen Vorgaben. Dies führt unter anderem wegen der aktuellen Spannung zwischen Beitragsstabilität und flächensicherndem Rettungsdienst zu ausgemachten Defiziten bei den Trägern des Rettungsdienstes, weil was für den Rettungsdienst vorgegeben und erforderlich ist angesichts der Gebote der Beitragsstabilität von den Kassen nicht mehr bezahlt wird. Konsequenz: Ich stimme Ihren Ausführungen weitgehend zu, allerdings mit der Bitte, vielleicht doch auf die Wahrnehmungskompetenz, auf Ausbau und Gestaltung der Wahrnehmungskompetenz, etwas mehr Rücksicht zu nehmen. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Gallwas*! Vorbildlich mit dem Zeitbudget!

Wahl: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen! Die Schwierigkeit des heutigen Themas liegt darin, dass es als Thema des allgemeinen Verwaltungsrechts die ganze Fülle der Erscheinungsformen erfasst und gleichzeitig aktuelle Probleme von heute zur Sprache bringen soll. Die beiden Referenten haben diese vorgegebene Schwierigkeit in unterschiedlicher und eindrucklicher Weise gelöst. Herr *Heintzen* ist dem allgemeinen Aspekt nachgegangen und hat das Thema der Einschaltung Dritter in den verschiedenen Anwendungsbereichen systematisierend entfaltet; er hat sich der Fülle und der Breite des Themas angenommen. Herr *Voßkuhle* hat typisiert, und zwar hat er eine exemplarische Typisierung angestrebt und einen neuen aktuellen Typ zu entwickeln versucht. Nun ist es in den letzten Jahren im theoretisch orientierten Verwaltungsrecht üblich geworden, dass man neue Überlegungen mit dem Begriff des „Referenzgebiets“ versieht. Dahinter steckt die richtige Vorstellung, dass sich Neuerungen an bestimmten Sachbereichen entwickeln, dort ihre erste Form finden, und dass man daraus auch die neueren Strukturen entnehmen kann. Der Begriff ist heute nicht gefallen; Herr *Voßkuhle* hat seinen neuen Typ eines Gewährleistungsverwaltungsrechts anders abgeleitet und begründet. Meine erste kleine Frage an Herrn *Voßkuhle* ist: Ist

dieser Begriff deshalb weggeblieben, weil es vielleicht den klaren Sachbereich nicht gibt, der typbildend ist, so dass Sie eine mittlere Art der Typisierung gegangen sind, was aber wiederum heißt, dass ein Teil des Sachbezugs dann nicht so stark ausgeprägt war?

Wenn ein neues Gebiet vorgestellt wird, drängt sich die Frage auf, warum etwas Neues vorgestellt wird und warum die alten Konzepte nicht ausreichen? Im Ausgangspunkt scheint es mir sicher zu sein, dass die neuen Überlegungen zur Beteiligung Dritter durch die Privatisierungsvorgänge ausgelöst und verknüpft sind. Der Begriff der Gewährleistungsverantwortung als solcher ist durch die Privatisierung veranlasst worden. Ich habe es immer so verstanden, dass er ein rechtspolitischer Begriff, oder ein rechtspolitisches Postulat war und ist, um den Staat zu ermahnen, dass er etwas behalten und zurückbehalten muss. Das alles hatte eine klare rechtspolitische Stoßrichtung. Herr Voßkuhle hat heute einen weiteren und notwendigen Schritt getan, indem er ausdrücklich den rechtlichen Status und Gehalt zu klären unternahm. Sein Ergebnis war, dass Gewährleistungsverantwortung auch ein verfassungsrechtlicher Begriff sein kann, wenn auch mit einer sehr schwachen Direktionskraft. Er hat dabei im vergleichenden Blick auf die Schutzpflichtdogmatik auch gezeigt, dass mit dem – verfassungsrechtlichen – Begriff der Gewährleistungsverantwortung wenig ausgesagt oder gesteuert ist. Daran knüpft sich nun meine weitere Frage: Was macht den neuen verwaltungsrechtlichen Typ der Gewährleistungsverwaltung aus, warum erklärt und begreift man die neuen Erscheinungsformen nicht als Wirtschaftsverwaltungsrecht alter Vorstellung mit einer neuen inhaltlichen Zielsetzung etwa der Regulierung? Wo ist das Besondere und Typische des Gewährleistungsverwaltungsrechts? Der Hintergrund meiner Überlegungen ist die Frage: Ist das Post-Privatisierungsrecht was völlig Neues als bekannte Formen des Wirtschaftsverwaltungsrecht oder ist das Post-Privatisierungsrecht das Prä-Privatisierungsrecht mit neuen Beispielen und neuen Zielen? Sind die Beispiele der Privatisierung nur neue Beispiele für ein Wirtschaftsverwaltungsrecht alter Art oder wirklich etwas Neues, und wenn es wirklich etwas Neues ist, wie Sie gesagt haben, warum ist das nicht ein Teil von Regulierungsverwaltungsrecht? Dies erschien mir als ein Typ, vielleicht auch ein neuer, aber ein Typ, der sich auch in den Gesetzen und Sachaufgaben findet.

Ich mache einen Sprung und frage: Ist das Besondere des Gewährleistungsverwaltungsrechts gegenüber anderen Formen der Beteiligung Dritter an Verwaltungsaufgaben, dass es dort zu einem der Dauerkontakte zwischen Verwaltung und dem Privaten kommt, anstelle von mehr punktuellen Kontakten in anderen Beispielen? Daran schließt sich die letzte Frage an: Wird es in Zukunft genug Gebiete geben, wo dieser Dauerkon-

takt stattfinden wird, oder gibt es nicht eine Reihe von Gebieten, wo das als Gewährleistungsverwaltung Beschriebene ein Übergangsstadium zu Formen ist, wo die Privaten die eigentliche Tätigkeit viel stärker allein in die Hand nehmen und nicht mit dem Staat zusammen handeln und dann endgültig als Private für sich handeln?

Pernice: Ich habe eigentlich nur eine Frage, und zwar eine eher rhetorische: Ist bei beiden Referenten das Problem nicht zu sehr vom Staat her gedacht und vom Staat her behandelt worden? Ich möchte es kurz erläutern. Herr *Voßkuhle* sprach davon: Der Staat kann sich selbst entlasten, etwa durch die Privatisierung, und Herr *Heintzen* sprach davon, dass es möglicherweise eine Ausgrenzung der öffentlichen Verantwortung oder ein Eindringen Privater in Aufgaben des Staates gebe. Ich möchte nun vorschlagen: Sollte man nicht die ganze Geschichte stärker vom Bürger her aufziehen in dem Sinne, dass es doch der Bürger ist, der durch die Verfassung, letztlich dann auch durch den Gesetzgeber, bestimmt, welches öffentliche Aufgaben sein sollen und was eben private Aufgabe oder privater Bereich bleibt. Und wenn öffentliche Aufgaben und die Art ihrer Wahrnehmung bestimmt werden, kann man sich vorstellen, dass da nicht jede öffentliche Aufgabe durch Träger öffentlicher Verwaltung wahrgenommen werden muss, sondern eben auch zum Teil durch Private in einer bestimmten Art und Weise. Der Bürger bestimmt ja auch, ob Aufgaben auf nationaler oder auf europäischer Ebene wahrgenommen werden. Und dann gibt es von der europäischen Ebene wieder Rückwirkungen, wie sie Herr *Voßkuhle* mit Blick auf Art. 86 EG schon dargestellt hat. Meine Frage richtet sich darauf, ob dieser Perspektivwechsel in Ihren Augen irgendwelche anderen, neuen Konsequenzen oder Einsichten befördern könnte etwa für den Begriff und die Gestaltung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts. Nur zwei Stichworte dazu: Zum einen die Public-Private-Partnership, wo auch die Finanzierung in gemeinsamer Verantwortung steht. Zum anderen das öffentliche Auftragswesen, das Sie auch angesprochen haben. In beiden Fällen ist der Bürger als Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbezogen. Auch sonst könnte in unterschiedlicher Weise stärker auf die Eigenverantwortung des Bürgers geachtet werden. Beispiel könnte die Schweiz sein. Ich denke, hier wird der Bürger viel mehr beteiligt und der Staat mit seinen Aufgaben viel weniger als vorgegeben betrachtet, sondern nur als Instrument für Gemeinwohlaufgaben, und die Eigenverantwortung des Bürgers ist m.E. stärker betont. Vielen Dank!

Hermes: Meine Damen und Herren, ich will nur ganz kurz auf eine mir doch ziemlich groß erscheinende Lücke hinweisen, die nach meiner

Einschätzung in dem Gesamtkonzept der Gewährleistungsverantwortung und des Gewährleistungsverwaltungsrechts noch klafft. Und zwar betrifft diese Lücke m.E. den Status desjenigen, der unter staatlicher Kontrolle, unter staatlicher Regulierung, in staatlichem Auftrag, aber als Privater öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Dazu drei Beispiele: Die Stadt Frankfurt beabsichtigt, die größte Einkaufsstraße an die anliegenden Geschäftsleute zu verpachten, und es steht zu erwarten, dass anschließend nicht mehr jeder diese Geschäftsstraße so benutzen kann, wie er das will und wie es ihm das Institut des Gemeingebrauchs mit seinen grundrechtlichen Überlagerungen erlaubt. Es lässt sich leicht vorstellen, dass diese Straße sauberer und ein attraktives Einkaufszentrum werden soll. Die Konsequenz wird sein, dass der private Aufgabenträger sich von grundrechtlichen Bindungen – hier insbesondere Art. 3 GG – befreit. Zweites Beispiel: Ein Energieversorgungsunternehmen möchte eine neue Leitung bauen. Die Frage, ob diese Leitung erforderlich ist oder nicht, beurteilt das private Unternehmen nicht oder jedenfalls nicht allein nach einer nationalen oder regionalen Energieversorgungskonzeption, sondern danach, wie es sich selber am besten im Wettbewerb behaupten kann. Und dennoch will dieses Energieversorgungsunternehmen fremdes Eigentum mit Zwang in Anspruch nehmen. Es will zur Realisierung dieser Leitung enteignen und tritt deshalb als Garant des Allgemeinwohls auf. Drittes Beispiel: Die Postunternehmen setzen sich mit Unterstützung aus unserer Zunft dagegen zur Wehr, dass sie nach dem von Herrn *Vofskuhle* erläuterten Modell zur Finanzierung des Universaldienstes dann herangezogen werden, wenn sich herausstellt, dass irgendwo auf dem Land die ausreichende Versorgung nicht mehr gewährleistet ist. Sie berufen sich auf ihren Status als private Unternehmen und fragen, warum sie zur Mitfinanzierung einer Allgemeinwohlaufgabe herangezogen werden sollen, anstatt diese Aufgabe aus Steuermitteln zu finanzieren. Die Konsequenz aus diesen drei Beispielen ist die Grundsatzfrage nach dem Status desjenigen, der in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbezogen wird, nach einer genaueren Standortbestimmung dieser privaten Erfüller öffentlicher Aufgaben zwischen Staat und Wirtschaft, zwischen Gemeinwohlbindung und unternehmerischer Freiheit. Diese Grundsatzfrage muss auf der Ebene des Verfassungsrechts beantwortet werden. Das Gewährleistungsverwaltungsrecht wird ohne verfassungsrechtliche Begleitung nicht auskommen. Nun hat Herr *Vofskuhle* in These 12 die vorläufige Antwort gegeben, dass die Verfassung auf ein Mixtum zwischen Staat und Privat nicht eingestellt sei. Das ist sicher richtig. Richtig erscheint mir allerdings auch, dass wir bei dieser Feststellung nicht stehen bleiben können, sondern die Lücke füllen müssen.

Bullinger: Herr *Heintzen* hat uns einen guten Überblick über die geltende Rechtslage gegeben, Herr *Voßkuhle* über die künftige Rechtslage. Fragen wirft natürlich das zweite mehr auf als das erste. Herr *Voßkuhle*, Sie haben im Ausmalen der Regelungsmöglichkeiten des Gewährleistungsverwaltungsrechts den Eindruck erweckt, als gehe es nur darum, eine Aufgabe anderes zu regeln als bisher, aber auf allen Stufen das Gemeinwohl genauso gut wachend. Ist das nicht eine Überforderung? Ist die Gesamtheit noch eine öffentliche Aufgabe, oder nur ein Teil, in dem bestimmte Anliegen zur Geltung gebracht werden sollen, und genügt es nicht, dafür Vorkehrungen zu treffen? In den Mitgliedstaaten der EU gibt es Versuche, einen in den Markt entlassenen service public im Ganzen durch Gewährleistungs-Regulierungen zu umarmen, und das kann meines Erachtens nicht gut gehen. Wenn dem so ist, dann ergibt sich auch die Frage, ob nicht etwas mit der Marktfunktion Unvereinbares als Gewährleistung verbunden werden soll. Das zeigt sich, wenn der Staat ein Unternehmen, das nunmehr im Wettbewerb tätig werden soll, verkaufen will. Er erhält dafür umso weniger, je mehr marktfremde Regulierung er sich vorbehält.

Fromont: Herr Vorsitzender, ich möchte zuerst zum Begriff des Gewährleistungsstaates Stellung nehmen. Dieser Begriff ist notwendig, um neue Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung zu bezeichnen, wie z.B. Förderung von Privatwirtschaft, makroökonomische Entscheidungen usw. Die traditionelle Unterscheidung zwischen Polizei- bzw. Ordnungsverwaltung bzw. Regulierung einerseits und Leistungsverwaltung andererseits ist heute obsolet. In Frankreich wurde schon etwa seit den 60er Jahren der Begriff des „*État promoteur*“ entwickelt, der zum großen Teil ähnlich ist. Aber mit dem neuen Begriff des Gewährleistungsstaates wird auch die traditionelle Unterscheidung von Staat und Gesellschaft obsolet, was wiederum zum Verzicht auf den Begriff der öffentlichen Aufgabe führt, der sowieso unbestimmt und grenzenlos war.

Zweitens möchte ich mich zu den Mitteln des Gewährleistungsstaates äußern. Selbstverständlich sind zuerst die Mittel der Regulierung zu nennen, nämlich Auswahl von privilegierten Privaten und polizeilichen Mitteln (Rechtsetzung, Aufsicht, Sanktionen). Aber meines Erachtens gibt es noch weitere zahlreiche Mittel. Zu nennen sind zuerst Privilegien, wie Enteignungen zugunsten Privater, Zubilligung von Monopolstellungen (ich denke an das deutsche Duale Entsorgungssystem), dann finanzielle Hilfen wie Subventionen. In Frankreich z.B. können Privatschulen Subventionen erhalten, aber wenn sie Subventionen erhalten wollen, müssen sie mit dem Staat einen „Assoziierungsvertrag“ (*contrat d'association*) schließen, der ihnen besondere Verpflichtungen hinsichtlich des Lehrbetriebs auferlegt. Zu nennen sind auch weitere finanzielle Hilfen wie Betei-

lungen an privatwirtschaftlichen Gesellschaften; hier sei der ganze Bereich der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erwähnt, wie manche Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge und die Landesbanken in Deutschland.

Drittens eine kurze Bemerkung zum Privatrecht. Das Privatrecht ist nicht nur, wie es gesagt wurde, ein Recht der Gleichstellung; es ist auch ein Recht der Beherrschung, der Verteilung der Macht (Verbraucherrecht, Mietrecht, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht usw.). Gerade deshalb kann der Staat seinen Einfluss mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts ausüben. Zu diesem Zweck kann sogar das Privatrecht transformiert werden, wie das Beispiel des Volkswagengesetzes zeigt. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Engel: Ich möchte Ihrer Ausgangsthese widersprechen, Herr *Voßkuhle*. Ich habe sie so gehört: Der Gemeinwohldiskurs ist für unser Thema irrelevant. Das entscheidende Argument lautete: Er lässt jedenfalls keine Aussage über die Modalitäten der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben zu. Sie sagen also: Über Funktionalität brauchen wir nicht nachzudenken. Dem möchte ich an einem Beispiel widersprechen. Ich will das Beispiel dann auch gleichzeitig als Testfall für die Elemente der Dogmatik nutzen, die Sie uns vorgetragen haben.

Das Beispiel ist eines, das bei Ihnen häufig vorkommt, nämlich der Universaldienst nach dem Telekommunikationsgesetz. Zunächst können wir hier, glaube ich, sehr genau sagen, was der staatliche Zweck ist. Man will in einer bestimmten Hinsicht die Ergebnisse des Marktes gerade nicht. Stattdessen möchte man das, was man Versorgungssicherheit nennen kann. Ein privates Unternehmen soll also Leistungen ohne Rücksicht auf Zahlungsbereitschaft erbringen. Dass der Staat dieses Ziel prinzipiell verfolgen darf, scheint mir nicht zweifelhaft. In welchen Arrangements kann er das tun? Zunächst fällt auf, dass das staatliche Gewaltmonopol für sich allein wirkungslos wäre. Versorgungssicherheit kann man nicht befehlen. Man braucht dazu Unternehmen, die die Leistung erbringen. Was helfen würde, ist die alte Lösung. Dann müsste der Staat wieder selbst unternehmerisch tätig werden, also ein öffentliches Unternehmen errichten. An dieser Stelle kann ich gleich testen, was Sie so stark gemacht haben und was auf den ersten Blick auch so überzeugend wirkt: den Selbstwahrnehmungsvorbehalt. Er ist in unserem Beispielsfall völlig illusorisch. Wenn die Telekommunikation einmal privatisiert ist, müsste der Selbstwahrnehmungsvorbehalt bedeuten, dass der Staat eine Zweit-Telekommunikation errichtet. Das wäre blanker wirtschaftlicher Unsinn. Der Vorbehalt wäre nur noch durch Verstaatlichung zu realisieren. Das zweite, was Sie vorschlagen, ist ein privates Unternehmen unter Ge-

währleistungsverantwortung. Ich versuche einmal, diesen Vorschlag zu übersetzen. Sie plädieren also für privates Handeln unter staatlichem Lenkungsvorbehalt oder, noch etwas deutlicher, für eine staatliche Mitdefinition des Unternehmenszwecks. Das mag man theoretisch wollen. Praktisch schießt man bei aber kräftig über das Ziel hinaus. Der Staat müsste sich dann ja permanent in die unternehmerische Entscheidungsfindung einmischen. Das schafft ein Prinzipal-Agent-Problem, das er niemals bewältigen könnte. Kontextsteuerung haben Sie als nächstes vorgeschlagen. Sie nützt in unserem Zusammenhang aber gar nichts, weil der vorgefundene Kontext zu starr ist, in dem die Telekommunikationsunternehmen agieren. Es ist ein scharfer unternehmerischer Wettbewerb. Solange der Staat nicht zuvor den Wettbewerbsdruck erheblich abmildert, werden Versuche der Kontextsteuerung wirkungslos bleiben. Um des Wettbewerbsdrucks willen ist die Telekommunikation ja aber gerade privatisiert worden. Damit bleibt nur ein ganz altmodischer Weg. Der Staat muss den privaten Unternehmen mit Befehl und Zwang eine Betriebspflicht auferlegen. In diesem Verwaltungsakt muss er dann auch noch festlegen, zu welchem Preis und zu welchen Konditionen die Unternehmen ihre Leistungen künftig abgeben müssen. Anschließend muss er überlegen, wie das finanziert werden soll. Da mag man einen Universaldienstfonds vorsehen. Oder man mag es stattdessen aus der Staatskasse finanzieren. Das ist aber sekundär. Zum Schluss bleibt also nur etwas übrig, wofür man die neue Kategorie des Gewährleistungsverwaltungsrechts gar nicht braucht.

Auch dabei können wir allerdings bestenfalls verhalten optimistisch sein. Die Vorschriften über den Universaldienst haben den Praxistest ja noch nicht bestanden. Aus theoretischer Perspektive ist mehr als zweifelhaft, ob die vorhandenen Regeln ihr Ziel erreichen würden. Denn der Staat muss ja dafür sorgen, dass die verpflichteten Telekommunikationsunternehmen den Universaldienst auch wirklich erbringen. Die Gefahr eines drastischen Vollzugsdefizits ist groß. Denn auch hier gibt es ein Prinzipal-Agent-Problem. Die verpflichteten Unternehmen hätten eine Fülle von Möglichkeiten, um den staatlichen Befehl zu unterlaufen.

Vorsitzender: Vielen Dank! Ich bin froh, dass ich diese Fragen nicht beantworten muss. Eine kurze Intervention von Herrn *Gallwas*!

Gallwas: Herr *Engel*, ich glaube, dass sie damit das Problem verlagern, nämlich in die Frage des Entschließungsermessens. Sie können das natürlich mit Befehl und Zwang machen, aber sie müssen dann eine Dogmatik des Entschließungsermessens eröffnen, und dann sind wir wieder bei *Voßkuhle*.

Schmidt-Preuß: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Der Befund, der dem Beratungsgegenstand und auch den beiden ausgezeichneten Referaten zugrunde liegt, scheint mir doch der zu sein: Der Staat bedient sich auf immer mehr Feldern der privaten Initiative und des Know-Hows privater Akteure, um öffentliche Aufgaben effizient zu erfüllen. Das kann man auf vielfältigen Gebieten verfolgen. Ein Paradebeispiel ist das Bauordnungsrecht, wo bis zur Hochhausgrenze – ich brauche das hier nicht auszuführen – eine Kontrollerlaubnis entfallen ist, weil private Akteure nunmehr die Kontrolle übernehmen und nicht staatliche Beamte. Der Ausgangsbefund einer Mobilisierung selbstregulativer Beiträge zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben lässt sich über das Beispiel des Bauordnungsrechts hinaus in einer wachsenden Zahl von Sektoren nachweisen. Das reicht etwa vom Produktsicherheitsrecht über das Öko-Audit und die Normung bis hin zum Telekommunikationsrecht. Die Frage ist zwar nicht an mich gestellt worden, aber Herr *Wahl* hatte gesagt, das sei vielleicht nur ein „Übergangsphänomen“. Da würde ich schon meinen, dass wir es mit einem Prozess von struktureller Natur zu tun haben. Und es geht ja auf vielen Feldern – wie etwa dem Multimediarecht – offenkundig auch noch weiter. Ich kann das jetzt aus Zeitgründen nicht ausführen. Insgesamt scheint es mir – mit den beiden Referenten – so zu liegen, dass die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben grundsätzlicher Art ist. Und hier würde ich den Impetus der Selbstregulierung, wenn ich das so sagen darf, nachhaltig unterstreichen. Es trifft zu, dass sich der Staat auch entlastet – und bei knappen Ressourcen und leeren Haushaltskassen ist das ja durchaus nachvollziehbar. Rechtlich gebilligt werden kann dieser Prozess, wenn und soweit bestimmte Kautelen gewahrt sind, und darum geht's! Deshalb gefiel mir gut, dass Herr *Voßkuhle* – und in der Sache kam das bei Herrn *Heintzen* ebenso zum Tragen – von der Aufgabe an unsere Zukunft gesprochen hat, eine Art – wie immer man es nennen will – Gewährleistungsverwaltungsrecht zu entwickeln. Es geht um die Herausbildung von rechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer sich der Staat bei der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben in der Tat legitimerweise der Initiative und des Know-Hows der privaten Akteure bedienen darf. Und in dieser Hinsicht sind in beiden Referaten wertvolle Bausteine genannt worden. Ich erinnere nur an Schutzpflichten, Demokratieprinzip, Legitimationsgebot und Rechtsstaatsprinzip. Das erscheint mir alles sehr wichtig. Ich will das mit einem Stichwort benennen. Die Letztentscheidungskompetenz – ich glaube da gehen wir auch konform – muss beim Staat bleiben! Er hat eine Beobachtungspflicht, und er muss durch die Zugriffsoption sicherstellen, dass er bei Schlechterfüllung der privaten Akteure sozusagen das Mandat wieder an sich ziehen und notfalls das Ordnungsrecht reinstallieren kann.

Dies alles muss gewährleistet sein. Wenn dies der Fall ist, dann trage ich keine Sorge, hier auch strukturell dem Staat die Möglichkeit einzuräumen, sich zu seiner Entlastung der Privaten bei der Aufgabenerfüllung zu bedienen, aber eben auch im Interesse der Privaten selber. Denn Selbstregulierung ist ja nichts anderes als die Wahrnehmung von privaten Interessen auf der Grundlage grundrechtlicher Freiheiten zum legitimen Eigennutz. In dieser Weise kombiniert sich beides glücklich. Es geht immer nur darum, die Rahmenbedingungen so auszutarieren, dass die notwendige Balance gewahrt ist. Und die Kontextsteuerung ist ja nichts anderes als ein Versuch, die normativen Vorgaben so zu justieren, dass hinreichend private Initiative induziert wird, aber umgekehrt auch sichergestellt ist, dass – falls die Privaten die Gemeinwohlerwartungen nicht bestätigen – der Staat selbstverständlich jederzeit Zugriff nehmen kann. Herzlichen Dank!

Gröschner: Herr Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen – wie ich im Geiste helvetischer Kommunikationskultur sagen möchte, ohne die deutsche Distanz des „Sie“ zu unterschreiten! Ich habe eine Frage zum Verhältnis der Leitsätze 2, 11 und 12 des ersten Referates. In Leitsatz 2 heißt es: Die Kategorie des Gemeinwohls sei „zu abstrakt“ für eine juristisch aussagekräftige Dogmatik; in Leitsatz 11: „das“ Gemeinwohl werde „von Staat und Gesellschaft zusammen angestrebt“. Leitsatz 12 schließlich lautet: Eine Verantwortung Privater für das Gemeinwohl erfordere „rechtliche Konkretisierung“ durch den Staat. Da die Leitsätze 11 und 12 unter der Überschrift „staatsrechtliche Grundlagen“ stehen, erlaube ich mir eine auf diese Grundlagen bezogene kritische Rückfrage. Beweist nicht die Notwendigkeit einer Konkretisierung des Gemeinwohls die Notwendigkeit der Voraussetzung und der Verwendung eines abstrakten Gemeinwohlbegriffs? Immerhin ist ein solchermaßen abstrakter Gemeinwohlbegriff ein Begriff des Grundgesetzes, prominent in Artikel 14 Abs. 2 Satz 2, und ein Begriff der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, exemplarisch seit dem Apothekenurteil. Dieser Gemeinwohlbegriff ist gerade in jüngster Zeit in der staatsrechtlichen und insbesondere staatsrechtlichen Literatur wiederentdeckt worden, wie Herr *Voßkuhle* in Leitsatz 5 zu Recht sagt. In dieser Situation kommt alles darauf an, den Status eines solchen abstrakten Begriffs – Herr *Voßkuhle* spricht von „Leitidee“ – näher zu bestimmen.

Man braucht kein Kantianer zu sein oder zu werden, um insoweit auf den Unterschied zwischen regulativen und konstitutiven Ideen zu verweisen. Regulativ wirkt eine Idee immer dann, wenn sie – so *Kant* – nur einen „focus imaginarius“ liefert für den richtigen empirischen Gebrauch der Vernunft; und die Rechtsprechung zu den vernünftigen Erwägungen

des Gemeinwohls scheint mir genau dies zu bestätigen, dass eine Leitidee, ein focus imaginarius, vorausgesetzt werden muss, der die Argumentationslast im konkreten Einzelfall auf diesen Focus ausrichtet und damit dessen Abstraktheit zur Bedingung seines Gebrauchs macht. Anders als abstrakt kann das Gemeinwohl, denke ich, gar nicht erfasst werden. Wir brauchen einen solchen abstrakten Focus. Das zeigt ein – natürlich nur metaphorischer, aber eben doch bildhafter – Vergleich mit einem Leitstern. Wie wir bei einer Wanderung in den Schweizer, österreichischen oder deutschen Alpen (seit gestern Abend brauchen wir ja dank des Humors unseres Vorsitzenden nicht mehr besorgt zu sein, dass sie verschwinden!), wie wir uns also bei einer solchen Wanderung an einem Leitstern orientieren können und dabei wissen, dass wir den Leitstern nie erreichen werden, auch auf dem höchsten Alpengipfel nicht, so gibt er uns doch Orientierung. Meine Frage an Herrn *Voßkuhle* wäre, ob er „Leitidee“ etwa in diesem Sinne versteht.

Lege: Ich kann, das ist der erste Punkt, an vieles von dem anknüpfen, was Herr *Hermes* und Herr *Engel* schon angesprochen haben. Herr *Voßkuhle*, Sie haben in den Thesen 23, 26 und 32 – um diese einmal herauszugreifen – einerseits gefordert, dass es eine harte Programmierung geben müsse, andererseits, dass zur Ergebnissicherung eine Vielzahl von Instrumenten zur Verfügung stehen müsse. Meine Frage ist nun, ob man bei diesem Instrumentarium nicht die *Sanktionen* etwas stärker beleuchten müsste. Herr *Engel* hat schon darauf hingewiesen, dass es für den Staat kaum möglich ist, Aufgaben, die er einmal abgegeben hat, wieder an sich zu ziehen. Ist es dann aber nicht geradezu nötig, durch Sanktionen sicherzustellen – Sanktionen, die man in einem neuen Rechtsgebiet durchaus phantasievoll entwickeln könnte –, dass die Privaten bei der Aufgabenerfüllung ihre Pflichten nicht vernachlässigen? Man müsste also an Haftungsvorschriften denken, vielleicht auch an eine Art Vertragsstrafenmodell. Derartige Sanktionen würden natürlich dazu führen, dass sich das wirtschaftliche Risiko der Privaten erhöht. Auf der anderen Seite würden dadurch jedoch diejenigen Kosten internalisiert, die aufgrund der Gemeinwohlgebundenheit der Aufgabe entstehen oder entstehen könnten. Und es könnte verhindert werden, dass diese Kosten letztlich dem Staat zur Last fallen, dass *er* auf den schlechten Risiken sitzen bleibt – das Stichwort „Universaldienstabgaben“ hat Herr *Hermes* schon genannt.

Der zweite Punkt – das ist nur eine kleine Anmerkung zum Stichwort „Evaluation“, These 33. Im Hinblick darauf stellt sich doch sehr stark ein Wissensproblem. Denn in Bereichen neuer Verwaltungstätigkeit und neuer Technologien entwickeln sich Handlungsmaßstäbe und damit auch Erfolgskriterien letztlich erst dadurch, dass man das Neue verwirklicht.

Und da wird sich dann der Wissensvorsprung der Privaten, wenn sie von vornherein die Führung übernehmen, kaum je aufholen lassen. Um es auf den Punkt zu bringen: Gründe dafür zu finden, dass Versprechen nicht eingehalten werden können, wird Privaten nicht schwerer fallen als Politikern.

Lorz: Da uns die Komplimente an Vorstand und Referenten untersagt worden sind, möchte ich mich zunächst auf die ganz wertneutrale Feststellung beschränken, dass die Themen der beiden Tage dieser Tagung selten so gut zusammengepasst haben. Denn die Debatte, die wir heute morgen über die Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben führen, erinnert mich von der Struktur her sehr an das, was wir gestern Morgen schon zum Thema Informalisierung und Entparlamentarisierung diskutiert haben. Und das Dilemma, in dem wir uns dabei befinden, ist meines Erachtens für unsere Wissenschaft typisch. Wir können die Pole, die Extrempositionen, relativ klar bestimmen. Klar ist, dass der Staat sich nicht völlig aus seiner Verantwortung für Gemeinwohlaufgaben – wie immer er sie definiert – herauslösen kann; klar ist ebenso, dass er nicht alle diese Aufgaben in eigener Verantwortung erfüllen kann. Er braucht die Privaten, und das ist zum Teil auch die wesentlich sinnvollere Lösung. Die Musik aber – das haben die beiden Referenten im Detail herausgearbeitet – spielt in der Mitte zwischen diesen beiden Polen. Und diese Mitte ist dadurch gekennzeichnet, dass dort die Aufstellung klar umrissener Vorgaben auf Schwierigkeiten stößt und dass stattdessen eine hohe Flexibilität benötigt wird. Der Punkt, auf den es mir dabei ankommt, ist der: Worin besteht die Rolle des Gesetzes, und zwar gerade, wenn ich mit Herrn *Vofßkuhle* daran gehe, ein neues Gewährleistungsverwaltungsrecht zu entwickeln? Ich möchte dazu eine These aufstellen, ausgehend von unserer klassischen Vorstellung, dass das Gesetz verbindliche Vorgaben enthält und verbindliche Grenzen zieht. Meine These ist die: Im Bereich der Gewährleistungsverwaltung hat das Gesetz zumindest zusätzlich, vielleicht sogar vorrangig, die Aufgabe, modellhaft Vorgaben zu liefern und Standards zu setzen, nicht im Sinne eines verpflichtenden Korsetts, sondern eher im Sinne eines Maßstab setzenden Angebots. Die Frage, die ich daran knüpfen möchte, lautet: Brauchen wir nicht eine normativ festgelegte Typologie zumindest der immer wiederkehrenden öffentlich-rechtlichen Kooperationsverhältnisse zwischen Staat und Privaten? Um das am Beispiel des Verwaltungsvertragsrechts zu exemplifizieren: Wir leben seit vielen Jahren mit den relativ dünnen Paragraphen der §§ 54 ff. VwVfG für den öffentlich-rechtlichen Vertrag. Wir leben damit relativ gut, denn wir haben hierzu eine ausgefeilte Dogmatik entwickelt. Die brauchen wir aber auch dringend, denn wir packen ja immer mehr und immer kom-

plexere Vertragsgestaltungen unter diese Paragraphen. Spezialgesetzliche Kodifizierungen, soweit sie – wie zum Beispiel in § 11 BauGB zu den städtebaulichen Verträgen – überhaupt erfolgen, bleiben rudimentärer und punktueller Natur. Die Frage ist daher die: Müssen wir nicht auch und gerade auf gesetzlicher Ebene darangehen, modellhafte Vorgaben für diese typischerweise immer wiederkehrenden Vertragsgestaltungen zu entwickeln? Zugespißt formuliert: Brauchen wir ein Besonderes Schuldrecht der Gewährleistungsverwaltung? Danke schön!

Masing: Das Referat von Herrn *Voßkuhle* hat dem Thema ja eine sehr grundsätzliche Perspektive abgewinnen können und eine weitreichende Verschiebung des modernen Verwaltungshandelns präzise erfasst. Ich glaube in der Tat, dass es wichtig ist, dass wir dieses verwaltungsrechtlich nun aufgreifen und systematisieren. Ich möchte hierzu aber eine grundsätzliche Frage stellen: Ist das Konzept der Rücknahme des Staates auf eine Gewährleistungsverantwortung als Alternative zu begreifen – und damit auch ein großes Programm der Transformation – oder ist es eine Erweiterung des bisherigen Handlungsinstrumentariums des Staates? Diese Frage zielt natürlich zugleich auf die Einflüsse aus dem Europarecht und deren Verarbeitung. Das Europarecht hat mit dem Modell der „Gewährleistungsverwaltung“, oder, wie ich es genannt habe, der „Regulierungsverwaltung“, sicher neue effiziente Wege aufgezeigt. Soll damit aber umgekehrt das Modell der Erfüllungsverantwortung überhaupt in Frage gestellt werden? Man kann ja praktisch jede Verwaltungsleistung, die gegen Geld erbracht werden kann, einem Gewährleistungsregime unterstellen, d.h. den Prinzipien von Ausschreibung und anschließendem Wettbewerb um Auftragskonzession oder Subvention. Das gilt nicht nur für die Bereiche, in denen man mit einer solchen Umstrukturierung bereits angefangen hat, wie zum Beispiel dem öffentlichen Personennahverkehr – auch die Wasserversorgung ist in der Diskussion –, sondern lässt sich weiterdenken: Schwimmbäder, Feuerwehren, Schulen, Universitäten. Soll also das Modell der alten Erfüllungsverantwortung, wo der Staat die Möglichkeit eines unmittelbaren politischen Wirtschaftens wahrnimmt, abgelöst werden, oder soll es als Ergänzung daneben gestellt werden? Das führt zum einen zu Art. 86 Abs. 2 EG, dessen Regelung ich nicht zu schnell als ultima ratio bezeichnen würde, führt aber auch zu Gestaltungsanforderungen an das deutsche Verwaltungsrecht. Ich meine, hier ist es vielleicht tatsächlich an der Zeit, verschiedene Formen verwaltungsrechtlicher Aufgabenwahrnehmung deutlicher zu typisieren, damit bewusste rationale Entscheidungen getroffen werden, nach welchem Regime man verfahren will. Das derzeitige Verwaltungsrecht lässt den Modus der Aufgabenwahrnehmung, insbesondere bei der Erbringung von

Dienstleistungen, ja weitestgehend offen – zu offen, denn es bleibt oft unklar, nach welchen Prinzip überhaupt verfahren wird. Gerade deshalb aber erscheint mir eine Systematisierung verschiedener Verantwortungsformen weiterführend, und ich glaube, dass wir hieran noch weiterarbeiten und zu einer größeren Formenklarheit kommen müssen. Danke schön.

Zacher: Herr Vorsitzender, Sie haben untersagt, den Vorstand zu loben. Dem komme ich gerne nach, aber Sie haben nicht untersagt, den Vorstand zu kritisieren. Und davon mache ich Gebrauch, indem ich sage, dass Sie zu Unrecht unterlassen haben, die Referenten zu drängen, in den Bereich des Sozialrechts hineinzugehen, mit den Beispielen, denn dann hätte die Einseitigkeit der Postprivatisierungs-Problematik ein starkes Gegengewicht bekommen. Die Vielfalt der Phänomene könnte auch die Abgrenzungen in Frage stellen, die von den Referenten vorgeschlagen wurden; denn nirgendwo ist der moderne Staat und sein Verwaltungsrecht so sehr mit der Beteiligung Privater aufgewachsen wie im Sozialrecht. Ich will dieses Defizit der Referate hier nicht kompensieren, indem ich mit Beispielen anfange. Lassen Sie mich aber auf ein zentrales Problem aufmerksam machen, das von einem Einzelphänomen her Herr *Gallwas* schon angesprochen hat und das mit der Gewährleistungspflicht zusammenhängt. Es gibt Situationen, in denen Politik und Gesellschaft Leistungen oder Standards zusagen und auf der anderen Seite Politik und Gesellschaft darin übereinstimmen, sie nicht einzuhalten. So gut wie in allen Bereichen der sozialen Dienste haben wir Programme und Rechte, aber die Gesellschaft und der Staat sind nicht bereit, die Mittel bereit zu stellen, und die Gesellschaft – genauer: die Individuen, Gemeinschaften und Schichten, aus denen sie sich zusammensetzt – ist nicht bereit, die personalen Dienste aufzubringen, weil es die Dienstleister nicht gibt, die die Dienste erbringen sollten. Deshalb bleibt ein großer Graben zwischen dem Zugesagten und dem Erbrachten. Ich möchte hier eine kurze Veteranengeschichte aus meiner sozialrechtlichen Erfahrung skizzieren: Bei den Arbeiten am Sozialgesetzbuch in den 70er Jahren habe ich mit großer Energie für den Satz gekämpft, dass, wenn ein Sozialleistungsträger Aufgaben an Private überträgt, er dem Leistungsempfänger gegenüber verantwortlich bleibt. Dagegen gab es große Widerstände. Und in einer dieser Auseinandersetzungen sagte eine Verbandsvertreterin auf meine drängende Frage, warum Sie denn das nicht will: Wenn wir gegenüber den Aufgabenübernehmern darauf bestehen, dass sie die Leistungen erbringen, wie der Staat sie erbringen müsste, wenn er sie selbst erbringen würde, dann würden wir keine Leistungserbringer mehr finden. Das zeigt die tiefe Kluft, in der die Schizophrenie Wirkung zeigt. Sie wissen, unser

Sozialstaat wird seit den 60er Jahren unablässig von der Rede von einem Pflegeproblem begleitet. Es wird und wird nicht gelöst. Das ist sehr weitgehend Ausdruck dieser Schizophrenie. Deshalb ist es sehr verdienstlich, dass über die Gewährleistung gesprochen wird. Aber ich möchte betonen: Diese Notwendigkeit besteht gerade für den Sozialstaat!

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Zacher! Ich glaube sagen zu können, dass der Vorstand wegen Ihrer fundamentalen Kritik keine schlaflose Nacht haben wird, weil wir unseren Referenten überhaupt keine Vorgaben gemacht haben; die Aufgabe der Kreation eines Gewährleistungsverwaltungsrechts ist schwer genug. – Jetzt haben sich zwei Kollegen bereit erklärt, das wirklich schwierige Problem zu meistern, uns zu erklären, was vom Begriff der öffentlichen Aufgabe zu halten ist. Das machen Herr Bull und Herr *Schachtschneider*, und trotz der Größe des Problems nicht länger als vier Minuten.

Bull: Ich bitte um Verzeihung, dass ich die terminologische Frage noch einmal aufwerfe. Der Begriff der Staatsaufgabe wird vielfach in einer Weise verwendet, die von den grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Fragen eher wegführt. Der Begriff sollte nach meiner Vorstellung höher angesiedelt werden, also etwas abstrakter verstanden werden, nämlich ausgerichtet auf *Ziele*: als Verpflichtung des Staates, auf die Erreichung bestimmter sozialer, wirtschaftlicher und politischer Ziele hinzuwirken und dafür einzustehen. Wenn man diesen Begriff so versteht, ist man schon in ziemlich großer Nähe zu dem als neue Variante erkannten oder bezeichneten Verständnis der zentralen Staatsaufgaben als Gewährleistungsaufgaben. Man braucht nur in Herrn *Voßkuhles* Thesen ein paar Worte auszutauschen und kommt dann zu dieser, wie ich finde genaueren Bezeichnung. Dann kommt man aber auch nicht dazu, nach Art detaillierter Geschäftsverteilungspläne selbst kleinste Teilschritte der Aufgabenerfüllung bis hin zum Versand von Einladungen oder zur Auszahlung der Sozialhilfe als „Staatsaufgaben“ zu bezeichnen, sondern benennt damit umfassende Ziele wie die Sicherung des Existenzminimums und ähnliche Ausprägungen der Sozialstaatlichkeit; nicht die Errichtung und den Betrieb eines Klärwerkes, sondern die Schaffung und Erhaltung einer sauberen Umwelt. Wenn man das auseinander hält, gelingt auch eine klarere Bestimmung der Verantwortlichkeit.

Private haben keine Aufgaben in diesem Sinne. Sie nehmen Freiheiten wahr, Grundrechte und andere Rechte, und es ist fragwürdig, ob man die Kategorie der „öffentlichen Aufgaben“ zur Kennzeichnung des „mittleren“ Bereichs zwischen staatlichen Aufgaben und rein privater Tätigkeit wirklich beibehalten soll. Es geht bei privater Erfüllung selbstgesetzter,

vereinbarter oder gesetzlich auferlegter „Aufgaben“ um etwas anderes als um die Wahrnehmung staatlicher (oder kommunaler) Aufgaben. Das sind ganz verschiedene Dinge, und in der Betonung des Aspektes, dass die Privaten (nur) das Ihre tun, liegt ein Stück Freiheitsgarantie für die Art und Weise der „Aufgaben“-Wahrnehmung. Es ist also nicht verkehrt, wenn man hier mit Herrn *Pernice* und anderen auf die Grundrechtswahrnehmung abstellt als Gegenpol, als anderen Teil des Themas. Es ist auch nicht so, wie Herr *Engel* sagt, dass der Staat dann das Unternehmensziel mitdefiniere, sondern das Unternehmensziel ist selbst gestellt, aber seine Erfüllung steht unter der Rechtsordnung. Und ganz ohne Hilfsbegriffe wie „öffentliche Aufgabe“ können wir doch sagen: Rechte und Pflichten aus der Rechtsordnung sind zu erfüllen, damit die Verantwortung des Staates für die Erreichung bestimmter Ziele wahrgenommen werden kann. – Die *Mittel* der Durchführung bilden dann ein anderes Thema, zu dem wir sehr interessante, weiterführende Überlegungen gehört haben.

Schachtschneider: Ich sehe das ganz anders als Herr *Bull*. Unser aller Aufgabe ist unsere Lebensbewältigung. Das machen wir staatlich oder im Rahmen der Gesetze, die wir uns geben, privat. Alle Tätigkeiten in unserem Gemeinwesen, das letztlich die ganze Welt ausmacht, sind weitestgehend öffentliche Aufgaben. Wenn diese staatlich bewältigt werden sollen, dann bedarf das eines Gesetzes. Durch das Gesetz werden öffentliche zu staatlichen Aufgaben. Auch alles private Handeln vollzieht Gesetze, und mit den Gesetzen verwirklicht alles private Handeln nicht anders als das staatliche Handeln das Gemeinwohl. Wenn die Gesetze dem Staat Aufgaben zuweisen (nur dann hat er Aufgaben, entweder schon durch das Grundgesetz oder durch einfache Gesetze), materialisieren diese Gesetze auch die Befugnisse und die Instrumente des Staates. Nur ein formaler Begriff sowohl des Gemeinwohls als auch der staatlichen Aufgabe kann hilfreich sein, wie wir schon in vielen Tagungen hier erkannt haben. Ich möchte vornehmlich gegen das Institut der Beleihung opponieren. Es gibt von Rechts wegen keine Beleihung. Der Ausgangspunkt der ganzen Beleihungsdoktrin ist der Mythos, jedenfalls der Argumentationstopos, vom Gewaltmonopol. Es gibt kein Gewaltmonopol des Staates. Wir alle üben Gewalt aus. Alles Handeln ist Gewaltausübung. Wir haben alle Gewaltmöglichkeiten. Es geht nur um die Legalität der Gewaltausübung. Ich erinnere an *Georg Jellinek*, der das noch wusste. Die Hoheitsbefugnisse des Staates können nicht auf Private übertragen werden. Der Staat und das Staatliche können organisiert werden, z.B. europarechtlich organisiert werden. Das ist etwas ganz anderes. Die Hoheit ist letztlich nichts anderes als die gemeinschaftliche Gewalt des Volkes, besser: Die Hoheit ist die Freiheit des Volkes. Staatliche Aufgaben und Befugnisse können nur de-

mokratisch begründet werden und nur demokratisch ausgeübt werden. Wenn Aufgaben von Privaten nicht wahrgenommen werden können, ohne dass bestimmte Private privilegiert werden, dann ist die Privatisierung nicht tragfähig. Solche Aufgaben müssen staatlich bewältigt werden. Im Übrigen ist klar, dass privates Handeln im Interesse des Gemeinwohls bestmöglich durch die Gesetze gesteuert werden und durch den Gesetzesvollzug sichergestellt werden muss. Der Topos der mittelbaren Staatsverwaltung, der mit der privatistischen Erfüllung von staatlichen Aufgaben zusammenhängt, ist verheerend. Herr *Zacher* hat dankenswert auf einige sozialrechtliche Aspekte hingewiesen. Dass die Kassenärztlichen Vereinigungen als mittelbare Staatsverwaltung eingestuft werden, ist absurd. Das ist ja nun wirklich Hilfe von Privaten. Die freiberuflichen Ärzte sind Private und verwirklichen privatheitlich das Gemeinwohl. Mit dem Topos mittelbarer Staatsverwaltung werden ihnen weitgehend die Grundrechte entzogen. Das ist unter demokratierechtlichen Gesichtspunkten unhaltbar. Danke schön.

Meyer: Herr *Schachtschneider*, wenn ich ein Haus baue, vollziehe ich weder die Bauordnung noch das Baugesetzbuch, sondern die Verwaltung vollzieht mir gegenüber diese Gesetze. Ich glaube, daran sollten wir doch festhalten.

Sachs: Mein Bedenken richtet sich nur gegen eine These, These 14 von Herrn *Voßkuhle*. Ich hatte in der Pause schon mit ihm darüber gesprochen, hätte das hier vielleicht sogar weggelassen, wenn nicht in der Zwischenzeit die Schutzpflichtendimension als eine besonders wichtige Basis der weiteren dogmatischen Entwicklung genannt worden wäre. Ich denke, die Grundrechte wirken in dem Bereich, über den wir reden, als Abwehrrechte, weil sich nämlich hier nicht Private gegenseitig Übles antun, sondern der Staat tätig wird, seine privaten Mittler losschickt; und damit sind wir bei den Abwehrrechten. Die sind weniger grobmaschig, stellen höhere Anforderungen als nur die Schutzpflichtendimension, und deswegen meine ich, müsste neu darüber nachgedacht werden, vor allem wenn man an Würzburg zurückdenkt und überlegt, dass aus der abwehrrechtlichen Wirkung ja unmittelbar die Haftung folgen könnte. Vielen Dank!

Wendt: Herr *Heintzen*, ich beziehe mich auf Ihre These 16. Sie führen dort aus, Adressat öffentlich-rechtlicher Bindungen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen sei nicht die privatrechtliche Organisation, sondern der „staatliche Anteil“, und zwar ohne Rücksicht auf seine Höhe. Auf den ersten Blick scheint Ihnen mit dieser Differenzierung die Quadratur des Kreises gelungen zu sein. Man könnte meinen, dass Sie auf der einen

Seite den berechtigten Belangen des Staates, nämlich seinem Interesse am wirksamen Fortbestehen gemeinwohlorientierter Bindungen auch dort, wo er sich in Organisationsformen des Privatrechts in eine Kooperation mit Privaten begibt, ausreichend Rechnung tragen. Auf der anderen Seite scheinen Sie dem Freiheitsinteresse und der Autonomie des Privatrechtssubjekts so weit wie möglich Raum zu lassen. Ich frage mich nur, ob sich diese Trennung, die Sie gleichsam mit der Präzision des Chirurgen vornehmen, wirklich durchhalten lässt. Betrachten wir beispielsweise die öffentlich-rechtlichen Bindungen, die in Gestalt des Haushaltseinschließlich des Haushaltsverfassungsrechts bestehen. So binden etwa Art. 115 GG und entsprechende Bestimmungen der Landesverfassungen die Kreditaufnahme des Staates an eine materielle Obergrenze, nämlich die Summe der im betreffenden Haushaltsjahr vorgesehenen Investitionen. Man könnte nun sagen, diese Schranke gelte für gemischtwirtschaftliche Unternehmen nicht, da es sich bei ihnen um Rechtssubjekte des Privatrechts handle. Als solchen komme ihnen von Haus aus eine prinzipiell unbegrenzte, jedenfalls durch öffentlich-rechtliche Bindungen nicht eingeschränkte Fähigkeit zur Aufnahme von Krediten zu. Konsequenz wäre, dass der Staat, indem er gemischtwirtschaftliche Unternehmen mit größerer oder geringerer Kapitalbeteiligung Privater (mit) aus der Taufe höbe und/oder (mit-)unterhalte, auf dem Kreditwege sehr wohl zusätzliches Kapital, etwa für öffentliche Investitionsmaßnahmen, mobilisieren könnte. Geht Ihnen dies, Herr *Heintzen*, zu weit? Sie sagen, für den „staatlichen Anteil“ an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bestünden die öffentlich-rechtlichen Bindungen fort. Wie soll das aussehen? Sollen die Vertreter des Staates in den Organen der Gesellschaft des Privatrechts mit „Nein“ stimmen müssen, wenn die durch Art. 115 GG und entsprechende Vorschriften der Länder bezeichnete Obergrenze der Kreditaufnahme berührt ist, sich sodann aber von den an der Gesellschaft beteiligten Privaten mit klammheimlichem Vergnügen übereinstimmen lassen? Das ist meine Frage. Danke!

Georg Müller: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Sie haben gestern von meinem Namensvetter *Jörg Paul Müller* gehört, dass die Schweizer Stimmberechtigten vor vierzehn Tagen sämtliche Vorlagen in der Volksabstimmung abgelehnt haben. Darunter befand sich auch ein Elektrizitätsmarktgesetz. Was hätte dieses Elektrizitätsmarktgesetz gebracht? Vor allem Durchleitungsrechte für die Stromversorger, Durchleitungspflichten für die Netzbetreiberinnen, also eine Art Umsetzung des europäischen Rechts, das bekanntlich die Liberalisierung des Strommarktes vorsieht. Für diejenigen unter Ihnen, die das noch nicht wissen: Wir setzen auch in der Schweiz, obwohl wir nicht Mitglied der EU sind,

europäisches Recht um, und manchmal pedantischer als die Mitgliedstaaten. Wir sprechen dabei etwas verbrämend vom „autonomen Nachvollzug“. Bei diesem Elektrizitätsmarktgesetz wäre es um ein typisches Gewährleistungsgesetz gegangen, denn es sah nicht nur Durchleitungsrechte und -pflichten vor, sondern auferlegte den Netzbetreiberinnen auch Anschlusspflichten, Versorgungspflichten und zahlreiche Auflagen im Interesse des Umweltschutzes, insbesondere Privilegierungen der erneuerbaren Energien. Diese Konzeption ist gescheitert. Warum? Die Analyse des Abstimmungsergebnisses steht noch aus. Ich glaube aber, es war eigentlich nicht der wirkliche Inhalt des Gewährleistungsgesetzes, der zur Ablehnung führte, sondern eine diffuse Angst vor der Privatisierung der Stromwirtschaft, die im Gesetz gar nicht vorgesehen war. Wir haben in der Abstimmungsdiskussion – ich war bei den unterlegenen Befürwortern des Gesetzes – nicht primär darüber gestritten, ob es sich bei der Elektrizitätsversorgung um eine Staatsaufgabe, um eine öffentliche Aufgabe oder um eine Aufgabe der Privaten handeln soll. Die Diskussion lief vielmehr unter dem diffusen Stichwort der Gewährleistung des service public, wohl vor allem deshalb, weil die Opposition hauptsächlich aus dem französischsprachigen Teil der Schweiz kam. Die Frage ist: Was machen wir jetzt nach der Ablehnung des Gesetzes? Auch da gibt es noch keine definitiven Antworten. Wir können sicher nicht einfach weiterfahren wie bisher mit den Netz- und Stromversorgungsmonopolen, welche die heute überwiegend öffentlichrechtlich organisierten Elektrizitätsunternehmen haben. Das Thema Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft ist nicht vom Tisch. Wir müssen Formen der Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Unternehmen suchen. Dazu brauchen wir wahrscheinlich privatrechtliche Formen, also Privatisierungen mindestens der Form nach. Da wird es große Probleme politischer Art geben, und wir müssen Sicherungen einbauen, wie uns das von den Referenten aufgezeigt worden ist. Als Sicherung kann zum Beispiel eine Gesetzesbestimmung dienen, welche eine Mehrheitsbeteiligung des Staates bei den Elektrizitätsunternehmen vorschreibt, so dass man eben materiell nicht privatisieren kann. Es sind auch so genannte Rückkaufsrechte für die Stromverteilungsnetze vorgesehen, welche die öffentlichrechtlichen Elektrizitätsunternehmen in ein fusioniertes, privatrechtlich organisiertes Grossunternehmen einbringen würden. Das halte ich allerdings mit den Referenten für eine unrealistische Sicherung der Gewährleistungsfunktion: Stellen Sie sich vor, die Netze werden in eine neue Stromholding eingebracht und nach zehn Jahren sagt der Staat dann, so, das hat nicht funktioniert, ich nehme die Netze zurück und betreibe sie selber wieder. Der Staat verfügt nach so langer Zeit nicht mehr über die Fähigkeit, diese Leistungen selbst zu erbringen. Danke.

Pitschas: Meine Damen und Herren! Zwei Punkte erlaube ich mir in allem Respekt vor den Referaten kritisch hervorzuheben. Zu Herrn *Voßkuhle* würde ich gerne anmerken: Was ist eigentlich der Gewährleistungsstaat, wenn wir ihn als „Leitstern“ bezeichnen? Eigentlich müssten wir ja von der Verantwortungsverteilung in der Bürgergesellschaft ausgehen. Dann wären wir aber bei der Eigenverantwortung der Bürger, und wenn wir bei dieser sind, müssen wir begründen, was dann Gewährleistung heißt. Müssten wir das nicht nach Referenzgebieten tun? Müssten wir nicht sagen, Verantwortungsverteilung heißt dann im Sozialrecht etwas anderes als im Wirtschaftsrecht? Interessanterweise tun Sie das offenbar, indem Sie von Rückholoptionen in These 34 sprechen und von einer sehr weitgehenden Wirtschaftslenkung oder Lenkung und Kontrolle. Ich habe den Eindruck, Sie sprechen im Grunde nicht von einem Gewährleistungsverwaltungsrecht, sondern von einem Regulierungsverwaltungsrecht, das uns zurückführt in die Formenwelt der Wirtschaftslenkung, aber jetzt unter einem anderen Begriff, nämlich dem der Gewährleistung.

An dem Referat, wen wird es wundern, von Herrn *Heintzen* macht mir die These 18 Sorgen. Sie sagen, im einfachen Verwaltungsverfahren wäre die Mitwirkung Privater auch ohne gesetzliche Regelung zulässig. Ich möchte hiergegen opponieren. Stellen Sie sich vor, in die Sachverhaltsermittlung würden Sie Private einschalten, weil die es billiger machen. Dann kommen vielleicht fehlerhafte Ergebnisse mit Eingriffscharakter heraus. Wir können aber nicht von einer Zäsur dieser Ergebnisse, wie Sie es sagen, zum Entscheidungsergebnis ausgehen, sondern es fließt in den einheitlichen Verlauf des einfachen Verwaltungsverfahrens die private Sachverhaltsermittlung in das Schlussergebnis ein. Wie soll ich diese Wirkung unter eine Zäsur stellen?

Rupp: Herr Vorsitzender, meine Kolleginnen und Kollegen! Ich möchte mich zu zwei Punkten äußern. Erster Punkt: Gewährleistungsverwaltung: Ich teile die Bedenken der Herren *Bullinger*, *Engel* und *Hermes*. Wenn wirklich die Gewährleistungsverwaltung gewährleisten soll, dass die dem Privaten zu eigenem grundrechtlichen Engagement überlassenen öffentlichen Aufgaben ordnungsgemäß durchgeführt und erfüllt werden, muss sie nicht nur intensive Aufsicht ausüben, sondern im Falle des Versagens des Kooperationsmodells wieder voll einspringen, also ständig eine Reservekapazität bereithalten – viel ist dadurch nicht gewonnen. Herr *Zacher* und Herr *Hermes* weisen meines Erachtens zu Recht darauf hin, dass das Privatrecht, nach dem die privaten Grundrechtsträger die öffentlichen Aufgaben erfüllen, angereichert ist mit ganz bestimmten Vorgaben, Auflagen und Verfahrensprinzipien, so dass ein Privatrecht mit einem relativ dichten dirigierenden Netzwerk entsteht, das gewiss kein Nährboden

für grundrechtlichen Entfaltungsreichtum und phantasievolle Innovation ist.

Zweiter Punkt: Bisher ist die Frage nach der Außenverantwortlichkeit und Haftung der privaten Kooperationspartner ausgespart worden, obwohl dies ein zentrales Problem ist. Nehmen Sie als Beispiel den Luftverkehr. Nach Art. 87d Abs. 1 GG wird die Luftverkehrsverwaltung als Bundeseigenverwaltung geführt. Ursprünglich hatte der Bund unter dem zuständigen Bundesministerium zwei Institutionen geschaffen, nämlich das Luftfahrtbundesamt und das Bundesamt für Flugsicherung. Die Aufgaben des Bundesamts für Flugsicherung sind durch Rechtsverordnung auf die Flugsicherung GmbH übertragen worden. Dazu war bemerkenswerterweise nicht nur ein einfaches Gesetz, sondern eine förmliche Verfassungsänderung in Gestalt des jetzigen Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG Voraussetzung. Sämtliche Aufgaben des Bundesamtes für Flugsicherung sind damit auf eine GmbH übergegangen. Stellen Sie sich nun bitte vor, die Bürger bestimmter Umlandregionen eines Flughafens fühlen sich durch unerträglichen Fluglärm belastet und wollen sich dagegen zur Wehr setzen. Wie soll das geschehen? Da die genaue Festsetzung der Flugrouten durch das Luftfahrtbundesamt erfolgt, und zwar durch Rechtsverordnung, liegt es nahe, dass die betroffenen Bürger die vom Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht kreierte Feststellungsklage gegen die Routenfestlegung vor dem Oberverwaltungsgericht nutzen, aber zu ihrem Erstaunen darauf verwiesen werden, dass Flugsicherheit und Abwägungsverantwortung hinsichtlich der in Betracht stehenden Interessen bei der GmbH lägen. Kämpfen sie dagegen mit der ohnedies höchst problematischen Lärmschutzklage des bürgerlichen Rechts gegen die Flugsicherung GmbH an, riskieren sie, mit dem Hinweis abgefertigt zu werden, die Flugrouten seien durch Rechtsverordnung des Luftfahrtbundesamtes festgelegt, die GmbH habe damit nichts zu tun. Das Resultat ist – anders als bei Beliehenen, In-Dienst-Genommenen oder Verwaltungshelfern – ein heilloser Irrgarten, der nach meiner Meinung eindeutig gegen das Rechtsstaatsprinzip verstößt. Bei der Kooperation von Gewährleistungsverwaltung und grundrechtlich-privater Erfüllung öffentlicher Aufgaben entstehen also Probleme, die kaum zu meistern sind. Vielen Dank.

Streinz: Herr Vorsitzender, meine lieben Kolleginnen und Kollegen! Herr *Voßkuhle* hat sich ja dankenswerterweise um dieses Gewährleistungsverwaltungsrecht bemüht, und das Problem der Gewährleistungsverantwortung stellt sich ja sowohl bei der sog. Leistungsverwaltung – dass nämlich notwendige Leistungen erbracht werden, als auch bei der sog. Eingriffsverwaltung – dass die notwendige Kontrolle zur Erfüllung

der Schutzpflicht des Staates erfolgt. Nun haben wir im Sozialrecht und im Luftverkehrsrecht gesehen, dass Referenzgebiete auf Probleme hinweisen. Darum möchte ich ein Beispiel aus dem Lebensmittelrecht bringen. Es ist zwar zur Zeit aus den Schlagzeilen: BSE, von Schlagzeile auf Seite eins auf Gemischtes, auf Seite 50, aber es ist nur die Wahrnehmung, die sich geändert hat, nicht die Realität. Ungeachtet des generell tatsächlich hohen Sicherheitsstandards in der Lebensmittelüberwachung stellen sich Probleme, und zwar bei der bereits aus tatsächlichen Gründen notwendigen Privatisierung, schon angeregt durch die Überwachungsrichtlinie der EG (1989). Wir haben hier zwei Bereiche. Der eine ist die Reduktion auf die Kontrolle der Kontrolle, und der andere Bereich, auf den ich jetzt eingehen möchte, ist die Übertragung von Kontrollaufgaben des Staates auf private Institutionen. Und hier zeigt sich ein Problem, nämlich die mögliche wirtschaftliche Abhängigkeit der Kontrolleure von den Kontrollierten, ein Phänomen, das wir von der Wirtschaftsprüfung von Gesellschaften kennen, wo man sagt, „Prüfst du nicht, wie ich will oder zumindest liberal, so gehe ich zu einem anderen Prüfer“, was dann die Tendenz „Keiner prüft mehr genau“ evident in sich trägt. Erhöht wird diese Gefahr, wenn wir Verflechtungen haben zwischen den Kontrollierten und den Kontrolleuren, mittelbare oder unmittelbare wirtschaftliche Verflechtungen, und hier ist meines Erachtens die Aufgabe des Staates, die Unabhängigkeit durch zwingende Prüfvorgaben zu regeln, ggf. sogar durch eine Regelung der Gebühren, denn wir hatten Fälle, wo evident war, dass mit der erhobenen Gebühr gar nicht geprüft werden konnte, weil sich das nicht rechnete; dann auch durch Transparenz und wohl auch durch eine Vielfalt, ggf. durch Differenzierung oder durch den Wechsel der Kontrolleure. Warum soll, was für Bauämter erwogen wird, nicht auch für Private gelten? Zugegeben, es stellt sich dann das Problem: Brauchen wir nicht eine größere Kontrollverwaltung als die jetzige Verwaltung? Ist der Entlastungseffekt weg? Aber das ist nur ein Teilbereich der Frage, ob die Regulierung der Deregulierung nicht ein höheres Regulierungsmaß als die Regulierung selbst herbeiführt, aber da muss man den richtigen Weg finden. Danke schön!

Ronellenfisch: Herr Vorsitzender, ich kann Ihnen nicht recht geben. Es wurde hier kein Gewährleistungsrecht kreiert; es wurde nur die Aufmerksamkeit auf Entwicklungen im Besonderen Verwaltungsrecht gerichtet, das schon immer das Gewährleistungsverwaltungsrecht kannte. Die Entwicklungen sind in so vielen Spezialmaterien zugange, dass jeder sein Exotengebiet in die Diskussion hätte einbringen können. Dankenswerterweise ist das nicht geschehen. Fixiert sind wir freilich auf das Telekommunikationsrecht, wie sich das heutzutage gehört. Deshalb konzent-

rierte sich alles auf die Universaldienstleistung. Aber das ist nur eine Facette der Betrachtung, die schon im ursprünglichen Daseinsvorsorgekonzept *Forsthoffs* angelegt war, als dieser die Daseinsvorsorge auf die existenznotwendigen Leistungen beschränkt hatte. Später erkannte *Forsthoff*, dass das zu eng war, und hat sich berichtigt. In diesem Zusammenhang formulierte er: „Daseinsvorsorge und Wettbewerb schließen sich aus.“ Das hat zu Missverständnissen geführt. *Forsthoff* wollte nämlich nicht zum Ausdruck bringen, dass Daseinsvorsorge und Wettbewerb sich immer ausschließen, sondern nur, dass Wettbewerb insoweit ausgeschlossen ist, als er die Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben gefährdet. Mein Anliegen ist es hier klarzustellen, was Daseinsvorsorge und kontrollierter Wettbewerb bedeuten. Zur Daseinsvorsorge: Wenn wir den Rechtsbegriff Daseinsvorsorge von Anfang an ernst genommen hätten, hätten wir heute viele Schwierigkeiten nicht. Aber dummerweise haben ja manche geglaubt, den Begriff „Daseinsvorsorge“ auf einen soziologischen Befund reduzieren zu müssen. Zum Glück hat sich das jetzt durch die Berichte der Europäischen Kommission zur Daseinsvorsorge geändert. Als Reimport ist die Daseinsvorsorge plötzlich als Rechtsbegriff in der Bundesrepublik en vogue, allerdings als Daseinsvorsorge im kontrollierten Wettbewerb. Was soll nun „kontrollierter Wettbewerb“ bedeuten? Wettbewerb ist nie unkontrolliert frei. Der Wettbewerb wird um seiner selbst willen durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kontrolliert – einen völlig freien Wettbewerb gibt es nicht. Also kann der durch das GWB reglementierte Wettbewerb nicht der kontrollierte Wettbewerb bei der Daseinsvorsorge sein. Beim kontrollierten Wettbewerb im Zusammenhang mit der Daseinsvorsorge handelt es sich vielmehr um Wettbewerb, der von Hause aus gar kein echter Wettbewerb ist. Das sollte man ehrlicherweise zugeben. Es geht nicht um privatautonome Gewinnmaximierung, es geht nicht um die Verdrängung eines anderen vom Markt, sondern es geht um die Indienstnahme des privaten Wettbewerbs zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Wo Daseinsvorsorgeaufgaben, wo öffentliche Aufgaben erfüllt werden, macht sich der Staat den Wettbewerb zunutze. So etwas wird seit langem etwa durch § 13a Personenbeförderungsgesetz vorgesehen. Danach werden im Wettbewerb Verkehre ausgeschrieben. Die Verkehrsleistung ist in der Weise zu erbringen, dass die verkehrlichen und finanziellen Rahmenbedingungen vorgegeben sind. Wer die vorgegebene Leistung am günstigsten erbringt, erhält den Zuschlag. Um es konkret zu sagen: Der Wettbewerb dient dem öffentlichen Aufgabenträger dazu, den Billigsten zu finden. Es geht darum, die staatlichen Kassen zu entlasten und um sonst nichts. Dient der Wettbewerb dazu, die öffentlichen Zuwendungen zu minimieren, sind wir bei Art. 86 Abs. 2 EG angelangt. Dort diskutieren wir gerade, ob es zu-

lässig ist, im Rahmen der Gewährleistungsverwaltung Beihilfen zu leisten. Sind Zahlungen zum Defizitausgleich überhaupt rechtfertigungsbedürftige Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG oder ist der Daseinsvorsorge-, der Gewährleistungsstaat von vornherein berechtigt, Unternehmen zu subventionieren, wenn diese öffentliche Aufgaben erfüllen? Ich wollte Herrn *Voßkuhle* nur bitten klarzustellen: Wettbewerb ist bei der Daseinsvorsorge nicht, wie man annehmen könnte, privatautonomer Wettbewerb, sondern kontrollierter Wettbewerb. Kontrollierter Wettbewerb bedeutet nicht nur reglementierter und eingeschränkter Wettbewerb, sondern Wettbewerb, um die staatlichen Kassen zu entlasten unter Gewährleistung der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Vielen Dank!

von Danwitz: Ich möchte darauf hinweisen, dass wir bereits heute im Recht der Regulierung, namentlich im Telekommunikationsrecht, eine Eingriffstiefe und -intensität feststellen können, welche die hier vorgetragenen Warnungen vor einer übermäßigen Regulierung zu rechtfertigen vermögen. Namentlich geschieht dies über den Rechtsbegriff der „effizienten Leistungsbereitstellung“ im Bereich der Entgeltregulierung. Dieser hat ganz konkret zur Folge, dass die Regulierungsbehörde über die Möglichkeit verfügt, Kosten, die ein Unternehmen tatsächlich hat, für die Entgeltberechnung anzuerkennen oder nicht. Das hat natürlich intensive Steuerungseffekte auf die Organisation und das wirtschaftliche Verhalten eines Unternehmens zur Folge. In diesem Zusammenhang möchte ich weitergehend auf These 21 von Herrn *Voßkuhle* kommen. Ich glaube, wenn Sie dort von einem Gesamtkonzept sprechen, so wäre dies eine erhebliche Weiterentwicklung des bisherigen Regulierungsrechts, in dem solche gesamtheitlichen Effekte lediglich durch Einzelentscheidungen vermittelt werden. Als – vielleicht untypisches – Beispiel ist die Entgeltregulierung im Bereich der Post zu nennen. Mit der Entscheidung, die in diesem Sommer ergangen ist, wurde der einzige Verwaltungsakt erlassen, der für die nächsten fünf Jahre im Bereich der Entgeltregulierung erforderlich ist. Dabei handelte es sich zwar um ein gigantisches Verfahren, jedoch prägt es über fünf Jahre diesen gesamten Markt.

Ein zweiter Punkt, der vielleicht ein Detail ist, betrifft die These 11 von Herrn *Voßkuhle*. Ich kann zumindest nach Einfügung von Art. 16 EG nicht erkennen, dass der Gerichtshof Art. 86 Abs. 2 EG extensiv auslegen würde, denn immerhin ist Art. 16 EG eine Grundsatznorm, die natürlich auf die Auslegung der Ausnahmenvorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG ausstrahlt. Ich glaube auch nicht, dass man primärrechtlich einen Vorrang des regulierten Wettbewerbs feststellen kann. Wir gehen eigentlich davon aus, dass es sich beim Art. 86 Abs. 2 EG um eine Bestimmung handelt, die in ein Regel-Ausnahme-Verhältnis eingebettet ist. Wird sie in Anspruch ge-

nommen, gewährt sie natürlich insoweit auch eine vollständige Wettbewerbsausnahme. Das erfolgt durch einen Betrauungsakt der Mitgliedstaaten im Rahmen des Gemeinschaftsrechts. Insofern sind also nur noch die Wettbewerbsbestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, also des GWB auf nationaler Ebene und der Art. 81 und 82 EG auf europäischer Ebene, anzuwenden. Im Übrigen findet aber eine Regulierung nicht statt. Recht haben Sie allerdings, wenn Sie die sekundärrechtliche Ebene einbeziehen, aber unter dem Vorbehalt, dass in dem betroffenen Gebiet entsprechende Regelungen erlassen worden sind. Im Telekommunikations- und Postsektor haben wir derartige Wettbewerbsbestimmungen jedoch nur in einem gewissen Umfang. Selbst dort gibt es Bereiche, in denen keine sekundärrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen bestehen. Deshalb sind wir auch dort auf den Art. 86 Abs. 2 EG und seine Inanspruchnahme durch die Mitgliedstaaten zurückgeworfen. Das macht einen feinen, aber in vielen Fällen sehr bedeutsamen Unterschied. Danke schön!

Kämmerer: Ich pflichte beiden Referenten hinsichtlich vieler Teile ihrer Vorträge bei, möchte aber nochmals auf den Begriff der Gewährleistung zurückkommen, mit dem ich doch die eine oder andere Schwierigkeit habe. Insbesondere frage ich mich, ob es möglich ist, die Gewährleistungsverwaltung als konsistentes und einheitliches Modell eines Verwaltungsmodus zu definieren. Ich befürchte, dass der Spagat, zu dem Sie, Herr *Voßkuhle*, das Verwaltungsrecht hier zwingen, sehr breit und vielleicht deswegen etwas schmerzhaft ist. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, sagen Sie, dass die Gewährleistungsverwaltung auch für privatisierte Unternehmen ein Modell sein kann. Diese sind aber kraft grundgesetzlicher Wertung Grundrechtsträger. Ihre Dienstleistungen sind nur in manchen Fällen – etwa im Post- und Telekommunikationsbereich – von staatlicher Gewährleistung geprägt. Die Gewährleistungspflichten sind im Grundgesetz bereits angelegt und zeigen damit, dass Gewährleistung schon kraft verfassungsrechtlicher Wertung eine klassische Verwaltungsaufgabe ist. Auf der anderen Seite nennen Sie die Beliehenen, die aber im Rahmen ihrer Beleihung keine Grundrechtsträger, sondern grundrechtsverpflichtet und dem Staat zugewiesen sind. Hier haben wir also im Grunde einen ganz anderen Verwaltungskontext. Meine Frage lautet daher: Wie bringen Sie all das auf einen Nenner?

Zweiter Punkt: Rückfall von Aufgaben. Hier will ich mich kurz fassen, da in der Diskussion darauf bereits eingegangen worden ist. Aufgabenrückfall halte ich in vielen Bereichen nicht für praktikabel, da der Staat sich ja gerade durch die Überantwortung an Private der Dienstleistungsstrukturen entäußert. Müsste anstatt von Rückfall nicht von Erfüllungssicherung die Rede sein?

Dritter und letzter Punkt: Ihr Postulat nach einer Gewährleistungsverwaltung. Verkörpert es nicht das ganze Dilemma der Privatisierung, die im Ergebnis dazu führt, dass ein Zuwachs an Verwaltungstätigkeit an die Stelle dessen tritt, was man sich erhofft hat, nämlich „lean management“? Bereiche, die an sich in die Freiheit entlassen werden sollten, werden durch das Verwaltungsrecht gleichsam an den Staat rückangebunden. Es kommt zu einem Anwachsen der Normenflut. Sehen Sie einen Ausweg aus diesem Dilemma? Vielen Dank.

Vorsitzender: Meine Damen und Herren! Auf meinem kleinen Spickzettel steht jetzt: „Kompliment an die Kollegen“. Der Vorstand möchte sich bei Ihnen allen noch sehr herzlich bedanken für Ihre vorbildliche Zeitdisziplin! Von 23 Diskussionsteilnehmern hat nur einer der roten Lampe bedurft, um auf den Weg zurückgebracht zu werden, den wir erhofft haben. Ich finde, das ist ein großartiges Ergebnis. Sie haben es dem Vorstand wirklich leicht gemacht, die neue Tagungsstruktur zu einem Erfolg werden zu lassen. Dafür bedankt sich der Vorstand von Herzen. Da wir zu dritt sind, macht es keinen Sinn, wenn wir viel klatschen – das geht einfach unter. Ich sage es deswegen einfach so. – Jetzt kommen wir zu den Schlussworten – fast die schwierigere Aufgabe als das Referat selbst, denn in diesen wenigen Minuten auf diese doch zum Teil sehr schwierigen und fundamentalen Fragen einzugehen, ist sicher nicht einfach. Wir praktizieren das ja in umgekehrter Reihenfolge, also zunächst Herr *Voßkuhle* bitte.

Voßkuhle: Sehr verehrter Herr Vorsitzender, sehr verehrte Kollegen! Herzlichen Dank! Leider bin ich in der unglücklichen Lage, nicht auf alle diese vielen Anregungen und Fragen in der gebotenen Breite einzugehen. Ich möchte mich auf vier größere Punkte beschränken. Der erste Punkt ist die Frage: Warum ein Gewährleistungsverwaltungsrecht? Ist das nicht ein altes Regulierungsrecht, ist das nicht ein klassisches Ordnungsrecht, das da lediglich in anderem Gewand daherkommt? Herr *Engel* und Herr *Wahl* haben diese Frage aufgeworfen und Herr *Masing* hat sie zugespitzt, indem er gefragt hat: Ist das Gewährleistungsverwaltungsrecht eine Alternative zum Bisherigen oder eine Erweiterung? Ich verstehe das Gewährleistungsverwaltungsrecht tatsächlich als dritte Säule. Es stellt keine Alternative dar, sondern es tritt neben die bestehenden Regulierungskonzeptionen; das Ordnungsrecht behält seine Position, und auch das Leistungsverwaltungsrecht mit seinen verschiedenen Instituten wird nur ergänzt um eine dritte Struktur. Diese Struktur ist deshalb notwendig, weil trotz der Vielfalt der Phänomene bestimmte Probleme immer wiederkehren. Das sind die Probleme, die wir mit einem Privaten haben, der zu-

mindest ursprünglich Grundrechtsträger war – auch der Beliehene ist zunächst einmal ein Grundrechtsträger gewesen – und der sich entschlossen hat, an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken, oder der aufgefordert wird mitzuwirken: Probleme der Kontrolle, Probleme der Auswahl, Probleme der effektiven Rückholoption usw. Herr *Engel* hat Recht, dass diese Probleme ganz grundsätzlicher Natur sind. Ich konnte nur anreißern, wie problematisch sich in bestimmten Bereichen eine Verlagerung der Aufgabe in den privaten Sektor darstellt, und man kann tatsächlich zweifeln, ob in jedem Fall eine realistische Rückholoption noch besteht. Ein Gewährleistungsverwaltungsrecht wäre der Auftrag, darüber nachzudenken, so etwas zu sichern, und ich glaube insofern, dass die Regulierungsperspektive etwas zu isoliert ist, weil man dort in der Regel nur das Telekommunikationsrecht als Referenzgebiet vor Augen hat. Es war mein Versuch, eine Vielzahl von unterschiedlichen Phänomenen zusammenzufassen und einen Erkenntnisrahmen zu formulieren, der dann wieder weiter ausdifferenziert werden kann. Ich denke, man braucht eine größere Leitidee, einen größeren Blickwinkel, und mir scheint der Gedanke der Gewährleistung und einer Gewährleistungsverwaltung hier die adäquate Perspektive zu sein.

Der zweite Punkt kreist um die Begriffe Gemeinwohl und Staatsaufgaben. Herr *Bull* hat vorgeschlagen, auf den Begriff der öffentlichen Aufgabe zu verzichten; Herr *Gröschner* hat gefragt, ob nicht das Gemeinwohl als regulative Idee im Hintergrund des Gewährleistungsverwaltungsrechts steht. Zunächst zu Herrn *Gröschner*. Ich möchte antworten, sie steht tatsächlich im Hintergrund. Wir brauchen immer das Gemeinwohl als Legitimation für staatliche Eingriffe, und wenn wir nicht sagen können, das ist gemeinwohlrelevant, dann können wir dem Bürger keine Pflichten auferlegen, dann können wir ihn nicht zu einer bestimmten Aufgabe heranziehen. Insofern brauchen wir auch weiter den Begriff der öffentlichen Aufgabe, der aber nichts anderes bedeutet, als dass es Aufgaben gibt, die der Staat nicht selbst wahrnehmen muss, die aber einen Gemeinwohlbezug aufweisen. Der dogmatische Ertrag der Gemeinwohldiskussion bleibt indes relativ gering; letztlich wird das Gemeinwohl im politischen Prozess konkretisiert.

Der dritte Punkt erscheint mir ein ganz wichtiger zu sein, nämlich die Frage nach dem Bürger, nach der Position des Bürgers im Gewährleistungsverwaltungsrecht. Hier hatten verschiedene Kollegen – ich nenne nur die Herren *Pernice*, *Hermes*, *Sachs*, *von Danwitz* und *Kämmerer* – angemahnt, man müsste doch das gesamte Gewährleistungsverwaltungsrecht vom Bürger her konstruieren und vom Grundrechtsberechtigten her denken. Nun war es ja zunächst einmal aufgrund der Themenstellung unsere Aufgabe, die *staatliche* Verantwortung deutlich zu machen. In vie-

len Bereichen haben Sie aber vielleicht bemerkt, dass ich versucht habe, den Bürger immer wieder in die Betrachtung mit einzubeziehen, etwa bei der Kontrolle des Bürgers durch den Bürger. Ferner erleben wir zur Zeit Entwicklungen im Europarecht, das hat Herr *Pernice* angedeutet, die auf eine Grundrechtsbindung Privater herauslaufen. Ich wäre nur vorsichtig mit einer Vermengung der Kategorien Staat und Gesellschaft. Ich glaube, dass wir diese zwei Kategorien weiterhin brauchen, dass wir von diesem Fundament aus überlegen müssen, inwiefern wir dem Bürger als Grundrechtsberechtigtem Pflichten auferlegen können und inwieweit wir ihn einbeziehen können in ein Gewährleistungskonzept.

Der vierte Punkt ist die Frage der Kodifikation. Hier wurde eingangs von Herrn *Gallwas* freundlich moniert, dass so eine Kodifikation vielleicht doch zu unflexibel sei. Auch Herr *Bullinger* und Herr *Pitschas* hatten Sorge, dass der Private zu sehr gegängelt würde und dass wir einer Überregulierung Vorschub leisten würden. Ich denke, wir müssen uns davon verabschieden, dass eine Zeit kommt, in der wir mit wenigen Gesetzen komplexe Gegenstände steuern können. Wir werden weiterhin mit einem komplizierten Recht leben und arbeiten müssen, und wir sollten versuchen, es so zu gestalten, dass es funktioniert. Was wir brauchen, ist – wenn sie mir diese am Zeitgeist orientierte Formulierung erlauben – ein intelligentes Recht; das ist unsere Aufgabe. Des Weiteren bin ich der Überzeugung, dass die Kodifikation einen Erkenntnisrahmen darstellt, der auch heute weiterhin sinnvoll ist. Auch der Weg hin zu einer Kodifikation, das hat das Umweltgesetzbuch gezeigt, besitzt rationalisierenden Charakter für die Diskussion und führt dazu, dass einzelne Institute neu ausgebildet werden. Mit aller Vorsicht und mit großem Problembewusstsein würde ich daher weiterhin für eine Kodifikation des Gewährleistungsverwaltungsrechts plädieren. – Jetzt habe ich noch eine knappe Minute auf meiner Uhr. Die möchte ich nutzen, um mich ganz herzlich beim Vorstand zu bedanken für die Möglichkeit, hier vor Ihnen sprechen zu dürfen. Es war für mich sehr bereichernd. Ich habe die Breite des Themas als Möglichkeit gesehen, im letzten Dreivierteljahr mit innerer und äußerer Legitimation all die Bücher zu lesen, die ich immer schon lesen wollte, und dafür bin ich sehr dankbar. Vielen Dank!

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Voßkuhle*! Es handelt sich um einen Vorgang gegenseitiger Bereicherung, von der ich nicht weiß, wie man ihn kondiktionsrechtlich auflöst, aber das wollen wir jetzt nicht vertiefen. Herr *Heintzen*!

Heintzen: Vielen Dank, Herr *Schuppert*! Sie haben eben gesagt: 23 Diskussionsbeiträge! Wenn ich zu jedem etwas sagen würde, hätte ich jeweils

weniger als 30 Sekunden Zeit. Das geht nicht, darum versuche ich es erst gar nicht. Vielmehr möchte ich mein Schlussstatement in zwei Teile aufteilen. Ich möchte einmal festhalten, was mir als gemeinsam erschienen ist in den Referaten von Herrn *Voßkuhle* und von mir, und dann, als zweites, auf den Hauptunterschied eingehen, der mit „Gewährleistungsverwaltungsrecht“ zu umschreiben ist. Eine erste Gemeinsamkeit sehe ich in der Frage, welche Rolle der Staat spielen soll. Man kann, das ist vielleicht etwas übertrieben, sagen, dass zwei ziemlich etatistische Referate gehalten worden sind, weil beide Referenten dem Staat die maßgebende Rolle bei der Formulierung der öffentlichen Aufgaben zugewiesen haben, bei der Konkretisierung des Gemeinwohls als regulatives Prinzip (*Gröschner*). Beide Referenten haben wenig vom „Bürger“ gesprochen, auf den Herr *Pernice* hingewiesen hat. Allerdings heißt es in unserem Thema „der Private“, und das ist ein Unterschied. Eine zweite Gemeinsamkeit beider Referate sehe ich darin, dass sie aus Verfassungsrecht wenig abgeleitet haben. Das betrifft etwa die Staatsaufgaben, das betrifft grundrechtliche Schutzpflichten. Verfassungsrecht bleibt hier so abstrakt, dass wenig juristisch Handgreifliches daraus abzuleiten ist. Eine dritte Gemeinsamkeit sehe ich darin, dass beide Referate Staat und Private klar gegenüber gestellt haben und dass eine Vermischung, etwa eine Integration von Privaten in staatliche Gremien, von beiden eher skeptisch eingeschätzt wird. Eine vierte Gemeinsamkeit sehe ich bei der Rolle des Privatrechts – des Privatrechts, das, vielleicht bei mir etwas stärker akzentuiert, ein Forum für Kooperation des Staates mit Privaten ist und in dem grundrechtliche Freiheit und wirtschaftliche Kompetenz zum Ausdruck kommen.

Nach diesen wichtigen Gemeinsamkeiten möchte ich überleiten zum Hauptunterschied beider Referate. Der Hauptunterschied ist das Gewährleistungsverwaltungsrecht. Als ich mein Referat konzipiert habe, habe ich auch überlegt, ob man so etwas fordern solle. Ich habe diese Überlegungen dann verworfen. Sie erscheinen mir schon als nicht praktikabel; man muss hier nur an die föderale Spaltung der Gesetzgebungskompetenzen im Allgemeinen Verwaltungsrecht denken. Sodann habe ich an das sog. Privatisierungsfolgenrecht gedacht, über das vor wenigen Jahren noch so viel geschrieben worden ist; und wenn man heute nachschaut, wird man ein Privatisierungsfolgenrecht als kompaktes, kohärentes Gebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts nicht finden. Der Hauptgrund für mich, ein Gewährleistungsverwaltungsrecht nicht zu fordern, ist ein Leitmotiv, das über der Bearbeitung des gesamten Themas steht. Dieses Leitmotiv lautet schlicht: „Wer A sagt, muss auch B sagen.“ Wer „Privater“ sagt, der kann nicht zugleich volle staatliche Kontrolle verlangen; wer „Private“ einbezieht, muss eben in Kauf nehmen, dass die Rolle des Staates kleiner wird und sollte nicht versuchen, dies mit dem dehn-

baren Wort „Gewährleistung“ zu verdecken. Es besteht bei einem solchen Versuch die Gefahr, dass dem Staat letztlich doch das auferlegt wird, dessen Nichterfüllung eben durch den Staat zur Einschaltung Privater geführt hat. Aus diesen Gründen bin ich optimistisch, dass es ein Gewährleistungsverwaltungsrecht als kohärentes Rechtsgebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts in zehn Jahren nicht geben wird. Vielen Dank!

Vorsitzender: Vielen Dank! Damit ist unsere Vormittagssitzung geschlossen.

Zweiter Beratungsgegenstand:
Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel

**Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung
und Ökonomisierung**

1. Bericht von Prof. Dr. *Janbernd Oebbecke*, Münster*

Inhalt

	Seite
I. Ökonomisierung und Europäisierung als Entwicklungsmomente der Selbstverwaltung	367
II. Elemente einer Empirie und Theorie der Selbstverwaltung .	371
1. Funktionen der Selbstverwaltung	371
2. Selbstverwaltung und Staat	375
3. Handlungsbedingungen	378
a) Innere Verfassung	378
b) Aufgabenzuschnitt	380
c) Aufgabenerfüllung	382
d) Finanzen	387
III. Elemente einer Dogmatik der Selbstverwaltung	389
1. Verfassungsrechtliche Gewährleistungen	389
2. Die demokratische Legitimation	392
3. Die personelle Basis der Willensbildung	395
4. Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung	397
5. Vorüberlegungen zu einem Wettbewerbsrecht der öffentlichen Verwaltung	399

* Für ihre freundliche Bereitschaft, mir zur Vorbereitung dieses Vortrages zu Gesprächen zur Verfügung zu stehen, danke ich sehr herzlich: Herrn Ersten Direktor *Wilfried Gleitze*, Vorsitzender der Geschäftsführung der Landesversicherungsanstalt Westfalen-Lippe, Münster; Herrn Dr. *Winfried Haneklaus*, Leiter der Stabsstelle Recht des Ruhrverbandes, Essen; Herrn Dr. *Jürgen Heß*, Generalsekretär der Hochschulrektorenkonferenz, Bonn; Herrn Dr. *Günter Sokoll*, Hauptgeschäftsführer des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften, St. Augustin, sowie den Herren *Wehe*, Dr. *Christe-Zeyse* und Dr. *Ritsert* von der Polizei-Führungsakademie Münster.

I. Ökonomisierung und Europäisierung als Entwicklungsmomente der Selbstverwaltung

„Na, dann ist es ein Regierungsgletscher.“ So lässt *Mark Twain* Mr. Harris, seinen Landsmann und Reisegefährten in der Schweiz, auf die Mitteilung reagieren, dass sich der Gornergletscher so langsam, weniger als einen Zoll pro Tag, zu Tal bewegt. Harris fährt fort: „Hier drüben macht die Regierung alles – deshalb ist alles langsam; langsam und schlecht geführt. Aber bei uns wird alles durch privates Unternehmertum gemacht, und dann gibt's kein großes Herumtrödeln, darauf kannst du dich verlassen.“¹

Die Ökonomisierung der öffentlichen Verwaltung, verstanden als die Übernahme von Konzepten aus der Wirtschaft,² ist durchaus kein neues Phänomen³. Die Kritik des Mr. Harris an der Schweizer Gletscherorganisation läuft auf eine materielle Privatisierung⁴ und damit auf eine externalisierende Ökonomisierung⁵ hinaus, bei der die Erledigung einer Aufgabe nach privatwirtschaftlichen Prinzipien durch Verlagerung aus der Verwaltung auf private Unternehmen erreicht wird. Daneben lassen sich im Blick auf die Selbstverwaltung andere Formen der Ökonomisierung⁶ unterscheiden: bei der terminologischen sind es Begriffe,⁷ bei der prakti-

¹ Zitiert nach der Übersetzung von *Ana Maria Brock* (*Mark Twain, Bummel durch Europa*, Zürich 1990, 340); das Werk erschien 1880 unter dem Titel „A Tramp Abroad“.

² Zum Begriff s. die Nachweise bei *Schuppert VVDStRL* 42, 216, 224; *Gröpl Haushaltsrecht und Reform*, 2001, 328; *Battis DÖV* 2001, 309, 311 ff.; *J.-P. Schneider Die Verwaltung* 34 (2001), 317 ff.; in der Politikwissenschaft wird er recht unterschiedlich verstanden: So etwa bei *Grauhaar/Hickel* in: dies. (Hrsg.) *Krise des Steuerstaats*, 1978, 7, 21 als „staatliches Handeln in den Strukturen marktpreisvermittelter Produktion und Verteilung aufzulösen“; bei *Pilz Der Steuerungs- und Wohlfahrtsstaat Deutschland*, 1998, 15 deutlich weiter: „umfassende Ausrichtung aller individuellen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Verhaltensweisen und Handlungen auf ökonomische Kalküle“. Ähnlich wie hier *Oettle Die Verwaltung* 32 (1999), 291: „Vordringen ökonomischen Denkens im Verwaltungshandeln“.

³ Als Beispiele seien hier aus dem kommunalen Bereich die Eigenbetriebsverordnung vom 21. 11. 1938 (RGBl. I, 1650), welche die damals vor allem in Norddeutschland längst bestehende Praxis der kaufmännischen Buchführung in Verwaltungsbetrieben sanktionierte (dazu etwa *Storck Die Eigenbetriebsverordnung*, 1939, Erl. zu § 16) und der in das Kommunalabgabengesetz NW vom 21. 10. 1969 (GVBl. NW, 712) aufgenommene Verweis auf die nach „betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten“ genannt.

⁴ Zur Systematik der Privatisierungsformen s. etwa *Schoch DVBl.* 1994, 962 ff.; *Weiß Privatisierung und Staatsaufgaben*, 2002, 29 ff.

⁵ *Gröpl* (Fn. 2), 336 spricht von „externer Ökonomisierung“.

⁶ S. auch die abweichende Unterscheidung bei *Schneider* (Fn. 2), 320.

⁷ Etwa die Rede vom „Konzern“ oder vom Bürger als „Kunden“ (dazu *Wallerath* in: ders. [Hrsg.] *Verwaltungsenerneuerung – Eine Zwischenbilanz der Modernisierung öffentlicher Verwaltungen*, 2001, 49); *König DVBl.* 1997, 239, 240 konstatiert „eine gewisse Vor-

schen sind es Handlungsformen, bei der theoretischen Ökonomisierung schließlich sind es die Erklärungsmodelle, nach denen über die Entwicklung der Verwaltung entschieden wird, die von der Wirtschaft übernommen werden.

„Wirtschaft“ kann hier die private Wirtschaft und die dafür entwickelten Managementlehren ebenso meinen wie die Wirtschaftswissenschaft, gerade auch die Volkswirtschaftslehre; deshalb ist die so verstandene Ökonomisierung außerordentlich vielgestaltig. Dementsprechend wenig ist gewonnen, wenn man ein Phänomen als Erscheinungsform der Ökonomisierung charakterisiert.⁸

Allen Formen der Ökonomisierung liegt die Überzeugung zu Grunde, dass es bei dem, was der Staat tut, und dem, was die private Wirtschaft tut, handlungsrelevante Gemeinsamkeiten gibt⁹ und dass diese wenigstens in vielen Fällen eine Orientierung der Verwaltung an der Wirtschaft nahe legen.¹⁰ War zu Anfang des 20. Jahrhunderts der Offizier die auch für die Verwaltung maßstäbliche gesellschaftliche Leitfigur,¹¹ war es an seinem Ende der Konzernvorstand; der dunkle Geschäftsanzug war an die Stelle der Uniform getreten.

Die Ökonomisierung ist gegenwärtig – nicht nur in Deutschland¹² – eines der wichtigen Entwicklungsmomente für die Verwaltung und damit auch für die Selbstverwaltung. Der starke jüngste Schub ist vor allem am Neuen Steuerungsmodell¹³ in den Kommunen diskutiert worden. Noch

liebe für eher rhetorische Figurinen“. S. auch *Voßkuhle* Der Staat 40 (2001), 495f.; *König* DÖV 1995, 349, 354f.; zu ihrer Funktion *Pelizzari* Die Ökonomisierung des Politischen, 2001, 9f.

⁸ In diese Richtung wohl auch *Schoch* VBIBW 2000, 41, 42; *Schneider* (Fn. 2), 318 ff.

⁹ S. dazu *Mehde* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 137 ff.; die Unterschiede zwischen Wirtschaft und Verwaltung und ihrer Bedeutung betont *König* DÖV 2001, 617, 619.

¹⁰ Für eine Annäherung von Verwaltung und Wirtschaft im Bewusstsein der Bürger lassen sich seit Ende der sechziger Jahre Anzeichen nachweisen (*Oebbecke* NVwZ 2002, 1195, 1201). Für den jüngsten Schub der Ökonomisierung stellt *Wallerath* JZ 2001, 209 einen Zusammenhang mit der als Kennzeichen der Postmoderne verstandenen Betonung der „Zweckrationalität des Einzelnen“ her.

¹¹ S. dazu *Nipperdey* Deutsche Geschichte 1866 – 1918, Bd. 2, 230 ff.

¹² Dazu *König* (Fn. 7) DVBl. 1997, 240; *Voßkuhle* (Fn. 7), 512 mwN; *Reichard* in: *Wallerath* (Fn. 7), 13 ff.; *Pünder* Kommunales Haushaltsrecht im Umbruch, 2002, 30. Zur Schweiz s. *Pelizzari* (Fn. 7), passim.

¹³ Dazu KGSt-Bericht 5/1993; *Mehde* (Fn. 9), 26 ff.; s. auch *Groß* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 127 ff.; *J.-P. Schneider* in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.) Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 103, 114 ff.; *König* (Fn. 9), 618; *Reichard* (Fn. 12), 13 ff.; *Pünder* (Fn. 12), 324 (Charakteristika), dort (40 mit Fn. 145) auch umfangreiche Nachweise von Erfahrungsberichten aus der

mehr als über Ökonomisierung¹⁴ wurde und wird über die Europäisierung¹⁵ geschrieben und diskutiert, die schon 1993 auf der Mainzer Tagung der Vereinigung Thema war.¹⁶ Andere, für die (Selbst-)Verwaltung vielleicht ebenso wichtige Entwicklungsmomente, wie das Vordringen schneller Transportmittel oder der Kommunikations- und Informationstechnik¹⁷ und ihre Auswirkungen, etwa den dadurch bedingten Bedeutungsverlust des Raumes, sind bisher auf deutlich weniger Interesse gestoßen.¹⁸

Was Selbstverwaltung ist, darüber besteht in der Sache weitgehend Einigkeit:¹⁹ Selbstverwaltung üben neben den Kommunen die Träger der Sozialversicherung, die Kammern der Wirtschaft und der freien Berufe, die Universitäten und die öffentlich-rechtlichen Genossenschaften, etwa die Wasserverbände, aber auch die Rundfunkanstalten aus. Als begriffsnötig wird man den auf der Basis eigenständiger Willensbildung und unabhängig von staatlichen Vorgaben auszufüllenden Entscheidungsbe- reich einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ansehen können.²⁰

kommunalen Praxis; aus kommunalverfassungsrechtlicher Sicht von *Mutius* FS Stern, 1997, 685 ff.

¹⁴ S. etwa *Engel/Morlok* (Hrsg.) Öffentliches Recht als ein Gegenstand der ökonomischen Forschung, 1998; *Wolff/Bachof/Stober* Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 2 IV und die Beiträge von *J.-P. Schneider*, *Voßkuhle* und *Groß* Die Verwaltung 34 (2001), 317 ff., 347 ff., 371 ff. mwN.

¹⁵ Etwa *Zuleeg* FG von Unruh, 1983, 91 ff.; *Engel* Die Verwaltung 25 (1992), 437 ff.; *Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 ff., der, soweit ersichtlich, als erster den Begriff „Europäisierung“ benutzt; *Ehlers* in: *Erichsen* (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 3; *Kadelbach* Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999; *Schoch* VBIBW 1999, 241 ff.; s. auch die Nachweise zur Europäisierung der kommunalen Selbstverwaltung bei *Thomas Schäfer* Die deutsche kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union, 1998; *Hubert Meyer* Kommunalrecht, 2. Aufl. 2002, 85.

¹⁶ S. dazu die Beiträge von *Zuleeg* und *Rengeling* in: *VVDStRL* 53 (1994), 154 ff., 202 ff.

¹⁷ Man mag hier von „Informatisierung“ sprechen (*Hoffmann-Riem* DÖV 1997, 433). Verwaltung war aber schon immer eine informationsverarbeitende Tätigkeit; es wäre zu fragen, ob sich mit der gewachsenen Verfügbarkeit die Menge nicht nur der gespeicherten, sondern auch der effektiv verarbeiteten Informationen geändert hat.

¹⁸ Zu den Auswirkungen auf die Kooperationsintensität s. *Oebbecke* in: *Pieroth* (Hrsg.) Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, 113, 131.

¹⁹ Mit Abweichungen in der Formulierung *Hendler* Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, 284; *ders.* in: *HStR* IV, 2. Aufl. 1999, § 106 Rn. 12 ff.; *Emde* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 366; *Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 69; *Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 25; *von Unruh* VerwArch 92 (2001), 531, 536; *Kluth* Die Verwaltung 35 (2002), 349, 352 f.; *Groß* DVBl. 2002, 1182, 1191 f.

²⁰ S. etwa *Hendler* Selbstverwaltung (Fn. 19), 284; *Hufen* in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, *SDSRV* 34 (1991), 43, 54 hat für ein stärker materielles Verständnis

Als personelles Substrat dieser eigenständigen Willensbildung „die Betroffenen“²¹ zu bezeichnen, ist problematisch, weil regelmäßig durchaus nicht alle Betroffenen einbezogen werden und nicht selten erst die Einbeziehung die Betroffenheit begründet.²² Eher schon ließe sich von den mit der Selbstverwaltung „Betrachten“ sprechen. Die Rede von der Betroffenheit verdeckt zum Beispiel,²³ dass es Alternativen gab, als die Arbeitgeber in die Rentenversicherung, die nicht-wissenschaftlichen Mitarbeiter in der Universität oder die Erschwerer in die Wasserverbände,²⁴ nicht aber die Einwohner der Speckgürtel in die großstädtische Selbstverwaltung oder die Organisationen des Gesundheitswesens in die Willensbildung einer Rundfunkanstalt einbezogen wurden. Der jeweilige Träger der Selbstverwaltung wird nicht anhand einer tatsächlich unausweichlich vorgegebenen engen Sachbeziehung zum Gegenstand der Selbstverwaltung festgestellt,²⁵ sondern politisch bestimmt.²⁶

In dem Sinne, wie Selbstverwaltung etwa in Ansehung der Grundrechtsbindung staatliche Verwaltung ist,²⁷ sind die von ihr wahrgenommenen Aufgaben staatliche Aufgaben oder werden es mit der Zuweisung an die Selbstverwaltung. Die Beispiele der Rundfunkanstalten oder der Jagdgenossenschaften zeigen, dass es sich aber nicht um originär staatliche oder um dem Staat vorbehaltene Aufgaben handeln muss;²⁸ das staatliche Interesse kann sich in der Schaffung von angemessenen Bedingungen für die Wahrnehmung nicht staatlicher, öffentlicher oder privater, Interessen erschöpfen.

als „gemeinsame Wahrnehmung des Grundrechts freier Selbstbestimmung im Rahmen des öffentlichen Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ plädiert; kritisch *Schnapp StWissStPrax* 9 (1998), 149, 150f.

²¹ Etwa BVerfGE 33, 125, 159; *Hendler* in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 15ff.; *von Unruh* (Fn. 19), 536; *Groß* (Fn. 19), 1191f.

²² Kritisch auch *Jestaedt* Die Verwaltung 35 (2002), 293, 307ff.

²³ Weitere Unschärfen kommen hinzu; im Recht der Sozialversicherung sind zB auch nicht alle Versicherten Mitglieder (dazu etwa *Bieback* FS Gitter, 1995, 83, 87f.).

²⁴ S. dazu § 8 Abs. 1 Nr. 2 Wasserverbandsgesetz.

²⁵ Zu den Problemen einer Anknüpfung von Rechtsfolgen an den Betroffenenbegriff *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991), 329, 372.

²⁶ Plastisch aus der Geschichte der Sozialversicherung *Geis* in: Schnapp (Hrsg.) Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip am Beispiel der Sozialversicherung, 2001, 65, 66f.

²⁷ Dazu *Schmidt-Aßmann* GS Martens, 1987, 249, 258.

²⁸ *Schuppert* FG von Unruh, 1983, 183, 186 nennt hier auch die berufsständische Selbstverwaltung.

II. Elemente einer Empirie und Theorie der Selbstverwaltung

1. Funktionen der Selbstverwaltung²⁹

Wie andere Formen der Dezentralisierung³⁰ wirkt Selbstverwaltung freiheitssichernd,³¹ nicht nur durch die Verfassung grundrechtlicher Freiheit,³² sondern auch weil sie durch vertikale Gewaltenteilung³³ und die Etablierung einer Vielzahl selbständiger Entscheidungszentren Ausweichmöglichkeiten für die Klienten der Verwaltung wie für das Personal sichert³⁴ sowie unterschiedliche Problemwahrnehmungen und Lösungsperspektiven ermöglicht.³⁵

Die Selbstverwaltung hat es ähnlich wie andere Formen der Dezentralisierung mit Problemlagen zu tun, die in sachlicher, räumlicher oder personeller Hinsicht begrenzt sind. Wo die Probleme unterschiedlich sind, können ihre Lösungen deshalb besser an die jeweiligen Besonderheiten angepasst sein.³⁶ Auch wo nicht regionale oder andere Differenzen Berücksichtigung verlangen, reduziert die Sach- und Problemnähe die Menge der bei Entscheidungen zu verarbeitenden Informationen sowie die Kosten ihrer Erhebung und Verarbeitung. Diese Vorteile der Nähe gehen notwendig einher mit Nachteilen, etwa einem gewissen Risiko von Filz und Selbstbedienung,³⁷ immer und vor allem aber mit der deutlich erschwerten Rückkopplung zwischen Vollzug und Gesetzgeber.³⁸ Wo

²⁹ Dazu Geis (Fn. 26), 66 ff.; Bieback (Fn. 23), 91 ff.

³⁰ Dazu Schuppert (Fn. 28), 187; Hendler Selbstverwaltung (Fn. 19), 345 ff.; Schuppert AöR 114 (1989), 127, 129 ff.; Dreier in: ders. (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 28 Rn. 79; weil es sich bei der Selbstverwaltung wie beim Bundesstaat um einen „Unterfall staatlicher Dezentralisation“ (Isensee FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, 719, 747) handelt, decken sich die Funktionen von Selbstverwaltung und Föderalismus zu einem guten Teil.

³¹ Dazu Schnapp FG von Unruh, 1983, 881, 898; Oeter in: Engel/Morlok (Fn. 14), 119 ff.

³² Zum Beispiel der Hochschulen s. Hendler Selbstverwaltung (Fn. 19), 310; Schmidt-Aßmann (Fn. 25), 381 f.

³³ Etwa Hendler Selbstverwaltung (Fn. 19), 328, 347.

³⁴ Die Ökonomie spricht von der Option „exit“; dazu – auch zu den Problemen – Oeter (Fn. 31), 126 und Sauerland Föderalismus zwischen Freiheit und Effizienz, 1997, 59 ff.

³⁵ Zur Pluralitätssicherung Kühne DÖV 1997, 1, 2 mwN.

³⁶ Das System hat damit die Möglichkeit „ein differenziertes Gefüge unterschiedlicher politischer ‚Menüs‘ anzubieten, die den unterschiedlichen lokalen und regionalen Präferenzordnungen entsprechen“, Oeter (Fn. 31), 128.

³⁷ Dazu Schmidt-Aßmann (Fn. 27), 256; Frotzcher FG von Unruh, 1983, 127, 141; Hendler in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 74.

³⁸ Dazu Oebbecke in: Lhotta u. a. (Hrsg.) Deutsche und Europäische Verfassungsgeschichte: Sozial- und rechtswissenschaftliche Zugänge, 1997, 35, 37, 45 ff.

Selbstverwaltung zuständig ist, fehlen den Ministerien als Gesetzgebungsstäben³⁹ die Informationen, über die sie sonst als Spitze der staatlichen Verwaltungsorganisation verfügen.⁴⁰ Diese Schwierigkeiten der Rückkopplung werden zum Teil durch Verbände, wie sie für die Selbstverwaltung typisch sind,⁴¹ und ihre Mitwirkung an der staatlichen Gesetzgebung kompensiert.⁴² Die Verlagerung von Normsetzungsbefugnissen auf die europäischen Institutionen verkürzt die Freiräume der Selbstverwaltung nicht stärker als dies die nationale Gesetzgebung getan hat;⁴³ sie erschwert jedoch diese Einflussnahme auf die Normsetzung und damit die Einbringung von Vollzugserfahrungen.⁴⁴ Der Aufbau von Verbänden der Selbstverwaltung auf europäischer Ebene⁴⁵ wird in vielen Bereichen da-

³⁹ S. dazu *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 196.

⁴⁰ In Grenzen gelangen solche Informationen allerdings über die Aufsichtsbehörden an die Ministerien; dazu *Oebbecke* DÖV 2001, 406, 409.

⁴¹ Zu den kommunalen Spitzenverbänden: *Dittmann* in: *Achterberg/Püttner* (Hrsg.) *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 18 Rn. 105, 109 ff.; *Weinberger* in: *HdbKWP*, Bd. 2, 2. Aufl., 1982, 474 ff.; sowie www.staedtetag.de, www.dstgb.de und www.landkreistag.de. – Zu den Verbänden der Sozialversicherungsträger: *Hein* Die Verbände der Sozialversicherungsträger in der Bundesrepublik Deutschland, 1990; *Ruland* DRV 1988, 359; zur Rentenversicherung s. § 146 SGB VI; *Ruland* DRV 1994, 543 sowie www.vdr.de; zur Unfallversicherung *Bieback* (Fn. 23), 102 f.; *Watermann* in: *Lauterbach, Unfallversicherung Sozialgesetzbuch VII*, Loseblatt, Stand Oktober 2001, § 114 Rn. 18 ff. sowie www.hvbg.de, www.lsv-de.de und www.unfallkassen.de. – Zu den Hochschulen: *Erichsen* in: *Flämig u.a.* (Hrsg.) *HdbWissR*, Bd. 2, 2. Aufl. 1996, 1637 ff. sowie www.hrk.de; neben der Hochschulrektorenkonferenz hat sich eine Kooperation der Kanzler mit regelmäßigen Treffen und Ansätzen einer Organisation entwickelt. – Zu den Wasserverbänden: Mit rund 1000 Mitgliedern aus Bremen, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt ist der Wasserverbandstag mit Sitz in Hannover tätig (www.wasserverbandstag.de); ähnliche Organisationen bestehen in einigen anderen Ländern; als Dachorganisation wird der Deutsche Bund der verbandlichen Wasserwirtschaft tätig; Präsidium und Geschäftsführung liegen beim Wasserverbandstag Hannover. Die großen Wasserverbände Nordrhein-Westfalens pflegen eine nicht verbandlich organisierte Kooperation; es finden zweimal jährlich Treffen der Geschäftsführer und verschiedener Fachleute statt.

⁴² Zur Rolle der kommunalen Spitzenverbände im Gesetzgebungsverfahren *Leidinger* FS Schäfer, 1980, 162 ff.; *Meyer* ZG 1994, 262 ff.; *Riederle* Kommunale Spitzenverbände im Gesetzgebungsverfahren, 1995.

⁴³ Zur Bindung der Selbstverwaltung an das europäische Recht s. *Zuleeg* (Fn. 16), 188 f.

⁴⁴ S. *Oebbecke* (Fn. 38), 48.

⁴⁵ Zu den Trägern der Sozialversicherungen: *Terwey* ZSR 1999, 784; zur Europaarbeit der deutschen Sozialversicherungsträger: *Terwey* DRV 1993, 93; *Ruland* DRV 1994, 553 und das Schaubild bei *Glomdik* DRV 1994, 141, 142. – Zu den Hochschulen: *Erichsen* (Fn. 41), 1649. – Zu den Kommunen: *Dieckmann* DÖV 2000, 457 ff. mwN auch auf Internet-Quellen. Die deutschen kommunalen Spitzenverbände haben ihre Europaarbeit in einer am 1. 4. 2002 in Kraft getretenen Vereinbarung neu geregelt. – Die bestehenden Or-

durch erschwert, dass vergleichbare Selbstverwaltungsstrukturen in den anderen Mitgliedstaaten fehlen.⁴⁶

Wie der Föderalismus weist die Selbstverwaltung eine große Nähe zum Wettbewerb auf.⁴⁷ Dabei wirken verschiedene Mechanismen:⁴⁸ Marktlicher Wettbewerb findet um Personal statt, um Studierende, um Hörer und Zuschauer, um Ansiedlungen oder um Events wie Fußball-Weltmeisterschaftsspiele. Schon weil in weiten Bereichen ausschließliche Zuständigkeiten bestehen, die einen solchen marktlichen Wettbewerb verhindern,⁴⁹ ist eine andere Form des Wettbewerbs deutlich wichtiger, nämlich die kooperative Konkurrenz⁵⁰ um bessere Lösungen und bessere Leistungen.⁵¹ Dabei geht es nicht um Nullsummenspiele; alle Konkurrenten können profitieren. Die Teilnehmer an der Konkurrenz bilden eine Lerngemeinschaft; man kann sich am anderen messen, sich über dessen Praxis informieren und Know-how von einander übernehmen.⁵² So typisch im marktlichen Wettbewerb die Geheimhaltung von Lösungswissen vor den Wettbewerbern ist, so typisch ist für kooperative Konkurrenz der Informationsaustausch und seine mehr oder weniger stark formalisierte Ins-

ganisationen greifen in ihrem Mitgliederbestand häufig deutlich über die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft hinaus; keinesfalls darf man sie deshalb auf die Funktion der Interessenvertretung gegenüber den Organen der Gemeinschaft reduzieren.

⁴⁶ Zum Rechtsvergleich *Groß* (Fn. 19), 1184 ff. mwN.

⁴⁷ Aus der ökonomischen Literatur s. etwa *Sauerland* (Fn. 34), 16 ff.

⁴⁸ Zum folgenden s. *Oebbecke StWissStPrax* 8 (1997), 461 ff.; wenn *Ruffert DÖV* 1998, 897, 903 von „kompetitiver Selbstverwaltung“ spricht, bezeichnet „kompetitiv“ den Prozess des Ausgleichs gegenläufiger (Gruppen-)Interessen in der Sozialversicherung durch Verhandlungen und Verträge.

⁴⁹ *König DÖV* 1998, 963, 966. Anders als *Gröpl* (Fn. 2), 341 meint, verhindert nicht der pflichtige Charakter einer Aufgabe den Wettbewerb, sondern die Ausschließlichkeit der Zuständigkeit; es gibt Beispiele von Wettbewerb bei pflichtigen Aufgaben (s. etwa *Greife Wettbewerb zwischen Schulen*, 2001).

⁵⁰ *Adamaschek/Banner* zit. bei *Machura Die Verwaltung* 32 (1999), 403, 418, sprechen mit anderer Akzentuierung von „sportlichem Wettbewerb“. Die Bezeichnung „virtueller“ (*König* [Fn. 7] DVBl. 1997, 244 ff.; *Gröpl* [Fn. 2], 342) oder „potentieller Wettbewerb“ (*Sauerland* [Fn. 34], 17) erkennt, dass diese Konkurrenz sehr real ist. Jeder Verantwortliche gerät in Begründungsnot, wenn er auf Dauer erkennbar „schlechter ist“ als andere; auch abgesehen von diesem Druck wollen nach wie vor die meisten ihre Sache ohnehin möglichst gut machen; beim „Wettbewerb der Systeme“ (*Woll Reform der Hochschulbildung durch Wettbewerb*, 2001, 38 ff.) handelt es sich um eine Form des marktlichen Wettbewerbs, die entscheidend auf reale Mobilität angewiesen ist.

⁵¹ Dazu *Wallerath* (Fn. 10), 213; *Oeter* (Fn. 31), 135 ff., 146 f.; *Oebbecke* in: Henneke (Hrsg.) *Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet? Professorengespräch 1998 des Deutschen Landkreistages*, 1998, 47, 57; *Oates* in: Guy Kirsch (Hrsg.) *Föderalismus*, 1977, 15, 22.

⁵² Dazu *Oates* (Fn. 51), 21; *Mehde* (Fn. 9), 117.

titutionalisierung, meist in Verbandsform. Erst dieser Austausch schafft die Bedingungen dafür, dass sich Erfahrungen und Innovationen ausbreiten und damit von anderen genutzt und weiterentwickelt werden können.⁵³ Dergestalt kooperativ konkurrierende Aufgabenwahrnehmung erzeugt, verbreitet und optimiert Lösungswissen und beschleunigt die Anpassung der Verwaltung an veränderte Bedingungen.⁵⁴

Die Wahrscheinlichkeit, dass Neues gedacht und – wegen der kleineren trägen Massen – dass es dann auch umgesetzt wird, ist in der Selbstverwaltung schon wegen der größeren Zahl der Entscheidungszentren erhöht.⁵⁵ Normative Vorgaben verbessern zwar durch Angleichung der Problemlagen die Bedingungen für das gegenseitige Lernen,⁵⁶ sie reduzieren aber die Spielräume für die praktische Realisierung von Innovationen; zwischen diesen beiden Polen sind im Zuge der Diskussion um eine neue Steuerung durch die Schaffung von Experimentierklauseln⁵⁷ vor allem in der kommunalen Selbstverwaltung Spielräume zurück gewonnen worden.⁵⁸

Manche Formen der Ökonomisierung können Innovationen bei der Aufgabenerfüllung indessen abträglich sein. So ist der Nutzen des Neuen in einer Kosten- und Leistungsrechnung häufig erst nach Jahren ablesbar und ein qualitativ neuartiger Nutzen lässt sich quantitativ erst abbilden, wenn zusätzlich zur Neuerung selbst auch neue Mess- und Abbildungsverfahren durchgesetzt sind; honoriert wird er erst, wenn auch die Anreizverfahren entsprechend umgestellt sind. Je genauer bekannte Größen gemessen und belohnt werden, desto weniger wahrscheinlich entsteht im Rahmen des ökonomisch angestrebten rationalen Verhaltens Nutzen, der mit den etablierten Methoden nicht messbar ist. Das Problem lässt

⁵³ Es liegt auf der Hand, dass die Implantierung marktlicher Elemente – etwa des Wettbewerbs um begrenzte Haushaltsmittel – dem Informationsaustausch abträglich sein kann.

⁵⁴ Stärker den Gesichtspunkt der Koordination betont *Schwerdtfeger* in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, SDSRV 34 (1991), 123 ff.

⁵⁵ Zu den Innovationspotentialen der Dezentralisierung *Hauschildt* FG von Unruh, 1983, 79, 87; *Oebbecke* (Fn. 51), 57.

⁵⁶ Dazu *Oebbecke* (Fn. 48), 471 f.

⁵⁷ S. etwa § 7 Abs. 2 S. 1 HG NW oder die Bestimmungen der §§ 18a BSHG, 421d SGB III.

⁵⁸ Dazu etwa *Siedentopf* DÖV 1995, 193 ff.; *Lange* DÖV 1995, 770 ff.; *Jutzi* DÖV 1996, 25 ff.; *Brüning* DÖV 1997, 278 ff.; *Grzeszick* Die Verwaltung 30 (1997), 545 ff.; *von Mutius* (Fn. 13), 713 ff.; *Borchert* in: Ziekow (Hrsg.) Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, 161 ff.; *Mehde* (Fn. 9), 352 f.; sowie die Beiträge in *Hill/Klages* (Hrsg.) Jenseits der Experimentierklausel, 1996. Nachweise der Normen aus den Kommunalverfassungen der Länder bei *Strätker* in: Wallerath (Fn. 7), 195.

sich mit klug gewählten Summenparametern reduzieren, aber nicht beseitigen.

Selbstverwaltung schafft Freiräume für Mitwirkung und damit Selbstverwirklichung;⁵⁹ sie kann disziplinieren⁶⁰ und Akzeptanz sichern.⁶¹ Die Übertragung auf Selbstverwaltungsträger isoliert Aufgaben stärker als dies bei der Schaffung staatlicher Sonderbehörden der Fall ist; es entfällt der koordinierende Einfluss der Bündelung in der Mittelinstanz oder auf der Ebene der Regierung und vor allem entfällt der hierarchische Durchgriff. Die Aufgaben stehen nicht oder nur in einer vergleichsweise reduzierten Konkurrenz mit anderen Aufgaben; davon profitieren Kontinuität und Qualität ihrer Wahrnehmung.

2. Selbstverwaltung und Staat

Soweit der Selbstverwaltung übertragene Entscheidungsbereiche der demokratischen Willensbildung des Staates entzogen sind, ist die traditionelle Entgegensetzung von Demokratie und Selbstverwaltung⁶² berechtigt;⁶³ wo Selbstverwaltung autonom entscheidet, entscheidet nicht der Staat. Die Entgegensetzung ist unberechtigt, weil Selbstverwaltung ihrerseits demokratisch entscheidet.⁶⁴ Sie ist auch unberechtigt, weil Selbstverwaltung durch Entlastung der staatlichen Willensbildung⁶⁵ die Funktionsbedingungen der Demokratie im Staat verbessert.⁶⁶ Nutzen wie Gefahren einer Aufgabenverlagerung auf die Selbstverwaltung liegen heute nicht zuletzt in der Verlagerung der Entscheidungsgegenstände und -verfahren vom Grundsätzlich-Allgemeinen ins Pragmatisch-Besondere

⁵⁹ Klages FG von Unruh, 1983, 41 ff.; zur „Erziehungsfunktion“ s. Merten VVDStRL 55 (1996), 7, 34f. mwN.

⁶⁰ S. etwa Hendler Selbstverwaltung (Fn. 19), 353 ff.; Schuppert (Fn. 30), 132 ff.; zum Beispiel der Kammern Brohm FG von Unruh, 1983, 777, 783 ff.

⁶¹ Hendler in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 76.

⁶² Dazu Frotzcher (Fn. 37), 134 ff. mwN.

⁶³ Deziert als Ausnahme vom demokratischen Prinzip versteht Geis (Fn. 26), 78 die Selbstverwaltung; Breuer FG von Unruh, 1983, 855, 870 spricht von einem „struktur-fremden Element“; Dreier (Fn. 39), 275 von der „Entgegensetzung von Partikular- und Populärwillen, demokratischer Gesamtheit und demokratischer Teilpopulation“; s. auch Merten (Fn. 59), 35.

⁶⁴ Dazu Haverkate VVDStRL 46 (1988), 217, 238; von Arnim DÖV 1990, 85, 90; Schmidt-Aßmann (Fn. 27), 251 ff., 256 f.; ders. FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 803 ff. mwN.

⁶⁵ Dazu Schuppert (Fn. 30), 139 ff.; Ruland DRV 1993, 684, 695; Hendler in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 71.

⁶⁶ S. dazu Lübke-Wolff VVDStRL 60 (2001), 246, 279 ff.; Dreier (Fn. 30), Rn. 79; Starck in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 29 Rn. 35.

und der damit einhergehenden Reduzierung der Medienöffentlichkeit; die landesweite Einführung von Studiengebühren verursacht mehr öffentliche Aufmerksamkeit als wenn einzelne Hochschulen je für sich darüber entscheiden.

Weil das staatliche Interesse an einer Aufgabe nicht mit der Übertragung auf die Selbstverwaltung endet⁶⁷ und weil jede Aufgabenerfüllung externe Effekte hat, bedarf die Selbstverwaltung der Steuerung und der Koordination durch den Staat.⁶⁸ Das klassische Mittel dazu ist das Gesetz. Je engmaschiger die gesetzlichen Vorgaben für die Selbstverwaltung, desto enger ist allerdings ihr Spielraum und desto gravierender sind auch die erwähnten Rückkopplungsprobleme. Ohne relevante und intelligent arrangierte Entscheidungsfreiräume ist Selbstverwaltung ineffektiv.⁶⁹ Die gesetzliche Unfallversicherung, die eine ganz ähnliche Verfassung aufweist wie die Renten- oder Krankenversicherung, hat ihre Leistungen über Jahrzehnte verbessert, ihre Beiträge dabei aber stabil gehalten.⁷⁰ Anders als die genannten Zweige verfügt sie nämlich vor allem bei der Prävention und Rehabilitation⁷¹ über breite und der Entschädigung sinnvoll zugeordnete Entscheidungsfreiräume.⁷²

Der Staat steuert nicht allein über Gesetze, sondern vor allem auch über Geld. Bei den Hochschulen steuerte er bislang unmittelbar über den staatlichen Haushalt und dessen Bewirtschaftung durch die Ministerien.⁷³ Das neue Instrument der Zielvereinbarung substituiert diese Form der finanziellen Steuerung;⁷⁴ wo eher Zweckzuweisungen üblich sind, kommt es nicht recht zum Zuge. Eine Bindung, wie sie zwischen Hochschulen und Staat durch die Zielvereinbarung intendiert sein kann,⁷⁵ wird bei der

⁶⁷ Betont wird dieses Interesse für den Hochschulbereich von *Bull/Mehde* JZ 2000, 650, 658.

⁶⁸ *Hendler* in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 70.

⁶⁹ Zum Umfang solcher Spielräume in der Sozialversicherung bereits 1983 *Schnapp* (Fn. 31), 881: „De facto tendieren sie beim augenblicklichen Stand der Dinge gegen Null“. Zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung: *Muckel* in: *Schnapp* (Fn. 26), 151, 158ff.; DRV 1993, 657, 659ff.; zur Krankenversicherung *Axer* Die Verwaltung 35 (2002), 377, 380ff.

⁷⁰ Der Beitragssatz liegt heute etwas niedriger als vor vierzig Jahren (Beitragskonstanz der Unfallversicherung, FAZ Nr. 150 v. 2. 7. 2002, 12).

⁷¹ S. den Vergleich bei *Rische* in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, SDSRV 34 (1991), 81 ff.

⁷² *Bieback* (Fn. 23), 89 ff.

⁷³ *Lorenz* JZ 1981, 113, 118.

⁷⁴ S. dazu *Trute* WissR 33 (2000), 134, 138; *Hoffacker* DÖV 2001, 681, 682.

⁷⁵ Zur Bindung an solche Vereinbarungen *Uerpmann* JZ 1999, 644ff.; *Trute* (Fn. 74), 147 ff.; *Hill* NVwZ 2002, 1059, 1062.

Zweckzuweisung an Kommunen oder Wasserverbände durch den bewilligenden Verwaltungsakt und seine Nebenbestimmungen erreicht.

Ist und bleibt das Gesetz das wichtigste Steuerungsinstrument des Staates gegenüber der Selbstverwaltung, muss seine Beachtung sichergestellt sein.⁷⁶ Das klassische Mittel dafür ist die gern als Korrelat der Selbstverwaltung⁷⁷ bezeichnete staatliche Aufsicht.⁷⁸ Das einzige Mittel ist sie nicht. Alternativen wie Informations- und Klagerechte der Mitglieder könnten sie sogar entbehrlich machen.⁷⁹ Die Zwangsverbände werden durch ihre Mitglieder recht effektiv im Rahmen der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben gehalten.⁸⁰

Wo Entscheidungen der Selbstverwaltung durch die Anwendung ökonomischer Methoden rationalisiert werden, wird auch ihr Nachvollzug und damit ihre Kontrolle erleichtert. Die Aufsicht kann sich dann selbst solcher Methoden bedienen. Verbesserte Entscheidungsverfahren der Selbstverwaltung können so in der Hand der Aufsicht zur Reduzierung oder Aufhebung normativ zugewiesener Freiräume führen.⁸¹ Wo der Staat sich durch den Abschluss verbindlicher Kontrakte in ein Verhältnis der Gleichordnung zur Selbstverwaltung begibt, kann er nicht zur Durchsetzung auf die hoheitlichen Mittel der Aufsicht zurückgreifen, sondern muss den Klageweg beschreiten.⁸² Faktisch ist die Selbstverwaltung allerdings gegen eine Intensivierung der Aufsicht durch personelle Engpässe der Aufsichtsbehörden ohnehin weitgehend geschützt.⁸³

⁷⁶ Oebbecke (Fn. 40), 407.

⁷⁷ BVerfGE 6, 104, 118; 78, 331, 341; Dreier (Fn. 30), Rn. 107 mwN.

⁷⁸ Zur Europäisierung der Aufsicht Ehlers DÖV 2001, 412 ff.; Darsow LKV 2002, 1, 5f.

⁷⁹ Oebbecke DÖV 2002, 353; für die Unverzichtbarkeit der Aufsicht Schmidt-Aßmann (Fn. 25), 358; Kahl Die Staatsaufsicht 2000, 496f. Die Effektivität der Durchsetzung des objektiven Rechts durch Individualklagen wird nachdrücklich durch die Erfahrungen im Europarecht belegt (dazu Masing Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, 19 ff.).

⁸⁰ Dazu BVerwGE 34, 69 ff.; 64, 115 ff.; 112, 69 ff.; BVerfG-K, NVwZ 2002, 335, 337; anders für Krankenkassen BVerfG, NJW 1988, 2289; aus dem Schrifttum etwa Ress WiVerw 1979, 157 ff.; Laubinger VerwArch 74 (1983), 175, 263 ff.; Meßerschmidt VerwArch 81 (1990), 55 ff.

⁸¹ Dazu Kahl (Fn. 79), 542.

⁸² Hier muss Ähnliches gelten wie beim verwaltungsrechtlichen Vertrag mit dem Bürger. Zum Problem auch Uerpmann (Fn. 75), 651 f.; Trute (Fn. 74), 155.

⁸³ Zu Recht spricht Kahl (Fn. 79), 495 von einem „massiven Vollzugsdefizit“.

3. Handlungsbedingungen

a) Innere Verfassung

Dass Selbstverwaltung traditionell in weiten Bereichen mit Zwangsmitgliedschaft einhergeht, ist dem Trittbrettfahrerproblem bei den nicht marktgängigen Gütern geschuldet, welche die Selbstverwaltung als Verwaltungsleistungen erzeugt. Bei der rechtlichen Beurteilung von Zwangsmitgliedschaften wird man künftig auch⁸⁴ die Europäische Menschenrechtskonvention berücksichtigen müssen,⁸⁵ so hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die zwangsweise Einbeziehung von kleinen Grundeigentümern in die französischen Jagdgenossenschaften beanstandet.⁸⁶

Die Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft bei der Einräumung von Mitwirkungsrechten in der Selbstverwaltung beschränkt sich heute im Wesentlichen⁸⁷ auf die kommunale Selbstverwaltung. Hier zeigt sich ihre Nähe zur dezentralisierten Staatlichkeit der Länder,⁸⁸ am Wahlrecht für die Unionsbürger aber auch die fortbestehenden Unterschiede.⁸⁹ Nach der Einfügung des Art. 28 Abs. 1 S. 3 in das Grundgesetz führt dogmatisch kein Weg an der verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit des Kommunalwahlrechts für andere Ausländer vorbei; rechtspolitisch bleibt der

⁸⁴ Zu den gemeinschaftsrechtlichen Restriktionen s. *Kluth* Die Verwaltung (Fn. 19), 371 ff.

⁸⁵ Auch sonst darf die Aufmerksamkeit nicht auf den Rahmen der Europäischen Gemeinschaft verengt werden; in den verschiedenen Bereichen der Selbstverwaltung kommen wichtige Impulse aus weiter ausgreifenden Kooperationen der Staaten oder der Verbände. Vgl. die Beispiele der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung (dazu *Galette FG* von Unruh, 1983, 1077 ff.; *Schaffarzik* Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 2000), der sog. Äquivalenzkonventionen des Europarats (dazu *Krüger* in: *HdbWissR*, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, 189 ff.) und des sog. Bologna-Prozesses zur Schaffung eines europäischen Hochschulraumes (dazu etwa: www.bologna-berlin2003.de).

⁸⁶ EGMR, NJW 1999, 3695 ff. Ob die Entscheidung auf die Rechtslage in Deutschland übertragbar ist, wird unterschiedlich beurteilt; vorsichtig dafür *Sojka AgrarR* 2000, 73 f.; dagegen *Dietlein AgrarR* 2000, 76 ff.; *von Pückler AgrarR* 2001, 72 ff.

⁸⁷ Die Handwerksordnung verzichtet seit dem Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, anderer handwerksrechtlicher Vorschriften und des Berufsbildungsgesetzes v. 20. 12. 1993 (BGBl. I 2256, 2261) auf die deutsche Staatsangehörigkeit als Wahlbarkeitsvoraussetzung. § 5 Abs. 2 c Landwirtschaftskammergesetz NW berücksichtigt die europarechtlichen Vorgaben bei der Wahlberechtigung seit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung von Landwirtschaftskammern im Lande Nordrhein-Westfalen v. 20. 6. 1989 (GVBl. NW 436).

⁸⁸ *Schmidt-Abmann* (Fn. 64), 805 f.

⁸⁹ *Zuleeg* (Fn. 15), 106, hat noch 1983 deutlich Skepsis im Hinblick auf die Realisierbarkeit eines solchen Wahlrechts geäußert und hinter den Einwänden dagegen den „nationalen Gedanken“ gesehen.

Ausschluss großer Teile der Wohnbevölkerung von der Mitwirkung in den Kommunen problematisch.

Der Intensitätsgrad der Mitwirkung an der Selbstverwaltung, ihre partizipatorische Effektivität als Element ihrer „Selbstverwirklichungsleistung“⁹⁰ ist wegen der Unterschiede in Aufgaben, Größe, Traditionen und sozialer Kohärenz der Selbstverwaltungsträger sehr verschieden.⁹¹ In der genossenschaftlichen Selbstverwaltung, die für ihre Mitglieder zwar begrenzte, aber klar definierte und durch Mitfinanzierung materiell verdeutlichte Interessen wahrnimmt, funktioniert die Beteiligung der Mitglieder an der Selbstverwaltung gut. Dagegen lassen die nur reduzierten Entscheidungsspielräume und die Schwierigkeiten der Kommunikation in Massenorganisationen die herkömmlichen Instrumente der Willensbildung von unten nach oben etwa bei der Rentenversicherung an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit stoßen;⁹² eine rechtspolitische Antwort könnte darin liegen, wie bei den Rundfunkanstalten die individuelle Mitwirkung an der Selbstverwaltung auch *de iure*⁹³ durch die Indienstnahme von Organisationen zu ersetzen, also von einer partizipativen Struktur auf eine korporative⁹⁴ überzugehen.⁹⁵

Die in der kommunalen Selbstverwaltung zu beobachtende Ausbreitung⁹⁶ direkt-demokratischer Elemente⁹⁷ ist kein allgemeiner Trend in der Selbstverwaltung; hier drückt sich eher die bereits erwähnte Nähe zur dezentralisierten Staatlichkeit in den Ländern aus. Eine Annäherung der

⁹⁰ Klages (Fn. 59), 49.

⁹¹ Auch hinsichtlich der Mitwirkung bei den Wahlen und anderen Formen der Mitwirkung ist zu differenzieren; nach Auffassung von Praktikern spielen etwa die Ausschüsse in der Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger eine wichtige Rolle; dazu Kruse/Kruse Sozialversicherung 2000, 200ff. Zur Situation in der normalen Selbstverwaltung Graf Vitzthum/Kämmerer Bürgerbeteiligung vor Ort, 2000, 10ff.

⁹² Ruland (Fn. 65), 692f.; bei den Sozialwahlen 1999 fanden nur bei 15 von 548 Sozialversicherungsträgern Wahlhandlungen statt, bei den anderen sog. Friedenswahlen (dazu unten III 2); s. Schlussbericht der Wahlbeauftragten über die allgemeinen Wahlen in der Sozialversicherung im Jahre 1999, 5; zu den Krankenversicherungen s. auch Axer (Fn. 69), 384f. mwN.

⁹³ Die soziale Selbstverwaltung wird im Schrifttum als faktisch verbandsgesteuerte Verwaltung angesehen; dazu Schuppert (Fn. 28), 192ff.; Henderl in: von Maydell/Ruland (Hrsg.) Sozialrechtshandbuch, 2. Aufl. 1996, 217; nach Bieback (Fn. 23), 92, trägt die Selbstverwaltung der Sozialversicherung „stark korporatistische Züge eines Arrangements der großen Arbeitsmarktverbände“.

⁹⁴ Zu dieser Systematik Groß (Fn. 13), 61ff.

⁹⁵ Zu Vor- und Nachteilen Geis (Fn. 26), 86f.

⁹⁶ S. Dustmann Die Regelung von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in den Kommunalverfassungen der Flächenstaaten der Bundesrepublik Deutschland, 2000, 23ff.

⁹⁷ Dazu etwa Schliesky ZG 1999, 91ff.; Gabriel ZG 1999, 299ff.

inneren Verfassung an das organisatorische Vorbild privater Unternehmen, wie es sie im Hochschulrecht,⁹⁸ aber auch in der sozialen⁹⁹ und genossenschaftlichen¹⁰⁰ Selbstverwaltung gegeben hat, lag auch für die kommunale Selbstverwaltung auf der Linie der Neuen Steuerung.¹⁰¹ Die Breite und Offenheit der Aufgabenzuweisung der Kommunen und die politische Rationalität, der gewählte Ratsmitglieder genügen müssen,¹⁰² haben diese Form praktischer Ökonomisierung verhindert;¹⁰³ die Ausbreitung der volksgewählten Bürgermeister¹⁰⁴ hat im Gegenteil die ganz andere Ausrichtung der inneren Kommunalverfassung weiter verfestigt.¹⁰⁵

b) Aufgabenzuschnitt

Wie die staatliche Verwaltung nimmt auch die Selbstverwaltung büromäßig Aufgaben wahr. Stärker als für jene ist für die Selbstverwaltung aber die Aufgabenerfüllung durch fachlich-technische Einrichtungen und durch tatsächliche Erfolgsbewirkung typisch. Diese faktische Leistungserbringung lässt sich häufig relativ leicht materiell privatisieren und damit, wenn überhaupt ein Markt besteht, in den Wettbewerb stellen. Formelle Privatisierungen auf Gesellschaften in öffentlicher Hand¹⁰⁶ isolieren Aufgaben und entlasten die Führung der Selbstverwaltungseinheit durch Auslagerung des operativen Geschäfts. Der über den so zugewiesenen Aufgabenbereich nicht selten hinauschießende Impetus der Geschäfts-

⁹⁸ Püttner FS Schiedermaier, 2001, 557, 562; Jörn Ipsen NdsVBl. 2001, 6ff.; Krüger in: Deutscher Hochschulverband (Hrsg.), Streitfall Hochschulrat, Bonn 1998, 69 ff.

⁹⁹ Felix in: Schnapp (Fn. 26), 43, 44; Reiter DRV 1993, 657, 663; Ruland (Fn. 65), 685; Axer (Fn. 69), 383.

¹⁰⁰ Zum Beispiel des Ruhrverbandes s. Nisipeanu in: Ruhrverband (Hrsg.) 100 Jahre ganzheitliche Wasserwirtschaft an der Ruhr, 2000, 185, 218 f.

¹⁰¹ von Kodolitsch AfK 2000, 199, 202; König (Fn. 7) DVBl. 1997, 242; s. dazu auch König (Fn. 9), 618.

¹⁰² Plastisch dazu Springer BayBgm 2002, 64, 65; s. auch von Kodolitsch (Fn. 101), 210; Jörg Bogumil Modernisierung lokaler Politik, 2001, 171 ff.

¹⁰³ Dazu von Kodolitsch (Fn. 101), 199 ff.; Reichard (Fn. 12), 28; Bogumil VerwArch 93 (2002), 129 ff.

¹⁰⁴ S. von Arnim DÖV 2002, 585 ff.

¹⁰⁵ Das in den siebziger und achtziger Jahren diskutierte Problem einer Dominanz der hauptamtlichen Verwaltung über die ehrenamtlich tätigen Ratsmitglieder (dazu etwa Püttner FG von Unruh, 1983, 171, 176; Frotscher (Fn. 37), 139; Blümel VVDStRL 36 [1978], 171, 225) bleibt praktisch bestehen, theoretisch wird es durch die Direktwahl des Bürgermeisters gemildert.

¹⁰⁶ Formelle Privatisierungen sind nicht auf die kommunale Selbstverwaltung beschränkt; s. Groß (Fn. 19), 1191; Kluth Die Verwaltung (Fn. 19), 369.

leitungen¹⁰⁷ trägt dann wohl auch einmal zur Schaffung von Märkten bei, in die hinein später eine materielle Privatisierung sinnvoll sein kann.¹⁰⁸ Auf der Linie von der Verselbständigung innerhalb der Verwaltung über die formelle und die materielle Privatisierung verläuft einer der Wege, auf dem vor allem die kommunale Selbstverwaltung alte Aufgaben abgibt und Raum für neue schafft. Auch der Aufgabenverlust ist Bedingung für eine funktionierende Allzuständigkeit.

Soweit Aufgaben im Wettbewerb mit Privaten wahrgenommenen werden,¹⁰⁹ erzwingt das Gemeinschaftsrecht durch das Beihilfeverbot und die Transparenzrichtlinie¹¹⁰ in einigen Bereichen eine mindestens rechnerische Isolierung von Aufwand und Ertrag. Es zwingt also dazu, die in der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in den Formen des Privatrechts angelegte und durchaus auch entlastend wirkende Vagheit, warum man etwas tut und was es genau kostet, aufzugeben.¹¹¹ Aus der damit erzwungenen ökonomischen Klarheit erwachsen – vor allem unter dem Druck leerer Kassen – Anstöße für eine Aufgabenkritik und Privatisierungsüberlegungen.¹¹² Die Europäisierung forciert die Ökonomisierung.¹¹³

¹⁰⁷ *Hellermann* Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, 61 spricht von einer „Expansion der Kommunalwirtschaft in neue Märkte“.

¹⁰⁸ Solche Entwicklungen dürften bei der Energieversorgung, dem öffentlichen Nahverkehr und bei den kommunalen Sparkassen eine Rolle gespielt haben und spielen.

¹⁰⁹ Zur europarechtlichen Zulässigkeit des Systems der Monopole in der Sozialversicherung s. etwa: EuGH, EuZW 2002, 146ff. mwN; *Giesen* Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, 1995, 244ff.; *Schulz-Weidner* in: Bernd Schulte/Klaus Barwig (Hrsg.) Freizügigkeit und soziale Sicherheit, 1999, 269ff.; *Heintzen* NZS 1999, 209, 212; *Jung* in: Ebsen (Hrsg.) Europarechtliche Gestaltungsvorgaben für das deutsche Sozialrecht, 2000, 67, 70ff.; *Fuchs/Stefano Giubboni* BG 2001, 320ff.; *Groß* (Fn. 19), 187; *Bieback* EWS 1999, 361ff.; SG Würzburg, BG 2000, 174ff.; SG Darmstadt, BG 2000, 417f.; *Heinze* FS Gitter, 1995, 355ff.; *Eichenhofer* Sozialrecht der Europäischen Union, 2001, Rn. 326ff.; *Haverkate/Huster* Europäisches Sozialrecht, 1999, Rn. 459ff.

¹¹⁰ Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen v. 25. 6. 1980 (ABl. 195/35), geändert durch die Richtlinie 2000/52/EG v. 26. 7. 2000 (ABl. 193/75); nun auch Transparenz- und Publizitätsgesetz v. 19. 7. 2002 (BGBl. I 2681ff.); s. dazu etwa *Löwer* VVDStRL 60 (2001), 416, 451.

¹¹¹ In diesem Sinne auch *Darsow* (Fn. 78), 5f.; zum Beispiel der Sparkassen *Kruse* NVwZ 2000, 721ff.

¹¹² Auf den umgekehrten Zusammenhang zwischen formeller Privatisierung und ökonomischer Klarheit weist *Färber* in: Lüder (Hrsg.) Öffentliche Verwaltung der Zukunft, 1998, 137, 144 hin.

¹¹³ *Terwey* ZSR 1999, 784, 789, der zu Recht darauf hinweist, dass die EG oft nur „Überbringer der Nachricht“ ist (785); *Groß* (Fn. 19), 1189 spricht von „Impulsgeber“; *Kämmerer* Privatisierung, 2001, 93 ff. von „Privatisierungsdruck“; *Oebbecke* VerwArch 93 (2002), 278ff. von „Katalysator“.

Zwar liegt im Übergang von Normsetzungsbefugnissen auf die Gemeinschaft keine Einengung von Selbstverwaltungsspielräumen; daraus, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sich inhaltlich von den überkommenen deutschen unterscheiden, kann sich aber der rechtliche Zwang oder wenigstens ein faktischer Druck ergeben, organisatorische Konsequenzen zu ziehen.¹¹⁴ Die Wasserrahmenrichtlinie¹¹⁵ etwa formuliert die Qualitätsziele für die Gewässer¹¹⁶ so, dass sie wegen der starken ökologischen Komponente mit den bisher eingesetzten Mitteln der Gewässergüte- und der Gewässermengenwirtschaft allein schwerlich erfolgreich verfolgt werden können. Damit ergibt sich ein Impuls, diese etwa in Nordrhein-Westfalen bisher in der Zuständigkeit der großen Wasserverbände liegenden Aufgaben¹¹⁷ mit der bisher von der kommunalen Selbstverwaltung wahrgenommenen Gewässerunterhaltung bei einem Träger zu bündeln. Die in der Richtlinie enthaltene Vorgabe, wasserwirtschaftlich für ganze Flussgebiete wie den Rhein oder die Weser zu planen,¹¹⁸ zwingt dazu, das System der wasserwirtschaftlichen Planung mindestens teilweise zu modifizieren; auch dadurch können die bisher von Selbstverwaltungsträgern wahrgenommenen Aufgaben berührt werden.

c) Aufgabenerfüllung

Schon immer sind Leistungen am Markt eingekauft worden; bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte zwingt das Europarecht nun dazu, Anbieter über das eigene Trärgelbiet und den deutschen Markt hinaus zu berücksichtigen.¹¹⁹ Das erhöht den Beschaffungsaufwand, dämmt aber die Gefahr von Filz und Vetternwirtschaft ein und eröffnet die Chance, günstigere Preise zu erreichen.¹²⁰

¹¹⁴ Rengeling VVDStRL 53 (1994), 202, 211 f.

¹¹⁵ Richtlinie 2000/60/EG v. 23. 10. 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. L 327/1 ff.

¹¹⁶ Dazu Schmalholz ZfW 2001, 69, 74 ff., 94.

¹¹⁷ S. etwa § 2 des Gesetzes über den Ruhrverband (Art. 1 des Gesetzes zur Änderung wasserverbandsrechtlicher Vorschriften für das Einzugsgebiet der Ruhr v. 7. 2. 1990 [GVBl. NW, 178]).

¹¹⁸ Dazu Breuer NVwZ 1998, 1001, 1003 ff.; Holmeier ZfW 1999, 69, 74 f.; Ruchay ZUR Sonderheft 2001, 115, 117 f.; Nisipeanu (Fn. 100), 234 ff.; Reinhardt DVBl. 2001, 145, 153; Schmalholz (Fn. 116), 93 ff.

¹¹⁹ Dazu s. etwa Hailbronner/Weber EWS 1997, 73 ff.; Schwarze EuZW 2000, 133 ff.; Puhl VVDStRL 60 (2001), 456 ff.; Kokott in: Byok/Jaeger (Hrsg.) Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Einf. Rn. 15 ff.; Dreher in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Aufl. 2001, Vorbem. vor §§ 97 ff. Rn. 5 ff.

¹²⁰ Für die Sozialversicherung Terwey (Fn. 113), 789.

Schon bei geringem Umfang der Verselbständigung einer Aufgabe kann es sinnvoll sein, die Finanzverantwortung mit der Wahrnehmungsverantwortung zusammenzuführen, indem man Budgets¹²¹ einrichtet und so die Fehlleitung von Haushaltsmitteln vermeidet, die bei enger Zweckbindung unausweichlich ist.¹²²

Zielvereinbarungen gestatten eine recht präzise Ausrichtung des Vollzuges auf Ergebnisse. Von der einseitigen zweckbezogenen Mittelbereitstellung unterscheiden sich diese Kontrakte nicht nur durch ihren konsensualen Charakter; vor allem schaffen sie im Innenrechtsbereich, wo der Verwaltungsakt als Steuerungsmittel ausscheidet, tatsächliche oder auch rechtliche Verbindlichkeit¹²³ und damit eine gewisse Dispositionssicherheit.¹²⁴ Anders als Weisungen schaffen Kontrakte eine Mitverantwortlichkeit des Weisungsunterworfenen oder Finanzabhängigen für die Zielsetzung. Das nötigt ihn wiederum, sein Handlungswissen mindestens teilweise einzubringen. Soweit Zielvereinbarungen Prioritäten explizit machen,¹²⁵ schließen sie die implizite Prioritätensetzung im Vollzug aus. Mit der konsensualen Zielvereinbarung sanktionieren beide Seiten die erfolgte Prioritätensetzung. Der Abschluss von Kontrakten setzt bei allen Beteiligten wenigstens ein Minimum an Handlungsfreiheit und damit auch die Verfügung über Ressourcen voraus; im Abschluss einer Zielvereinbarung liegt deshalb stets die Anerkennung eines solchen Frei-raums.¹²⁶ Mit der Einführung von Zielvereinbarungen als Steuerungsmittel des Innenbereichs wachsen der Selbstverwaltung der Hochschulen also dort eigene Freiräume zu,¹²⁷ wo bisher staatliche Agenden gesehen wurden.¹²⁸

¹²¹ Unter „Budget“ wird hier die haushaltsrechtliche Regelungstechnik, nicht das Instrument zur Leistungsbegrenzung in der Sozialversicherung verstanden (*Gröpl* [Fn. 2], 232; dazu etwa *Pitschas* VSSR 4 [1998], 163 ff.).

¹²² Dazu *Böhm* NVwZ 1998, 934 ff.; zur Budgetierung *Seidler* KJ 1996, 75 ff.; *Osterloh* StWissStPrax 8 (1997), 79 ff.; *Linck* ZG 1997, 1 ff.; *Kube* DÖV 2000, 810 ff.

¹²³ Zur Frage der Verbindlichkeit von Zielvereinbarungen *Trute* (Fn. 74), 145 ff.; *Hoffacker* (Fn. 74), 685; *Wallerath* DÖV 1997, 57, 61 ff.; *Pänder* DÖV 1998, 63 ff.; *Oebbecke* DÖV 1998, 853, 857 ff.

¹²⁴ Ähnlich *Wallerath* (Fn. 7), 54; *F. Kirchhof* JZ 1998, 275, 280; *Uerpmann* (Fn. 75), 649.

¹²⁵ S. *Trute* (Fn. 74), 138.

¹²⁶ Ähnlich *Uerpmann* (Fn. 75), 647 f.

¹²⁷ *Trute* (Fn. 74), 140 spricht „im Prinzip“ von einem „Gewinn an Autonomie“; ähnlich *F. Kirchhof* (Fn. 124), 282. Skeptisch dagegen, dass „die Universität selbst schmerzhaft Einschnitte verfügen (muss), für die sonst die Verantwortung bei der staatlichen Seite läge“, *Bull/Mehde* (Fn. 67), 653.

¹²⁸ Finanzsicherungsverträge (dazu *Trute* [Fn. 74], 147 f.) wären nach herkömmlichem Verständnis der Hochschuleltselbstverwaltung notwendig als innenrechtliche Verträge an-

Auch die Steuerung über Produkte oder die Schaffung von Marktsubstituten durch die Erbringung von Leistungen aufgrund vertragsähnlicher Beziehungen durch teil-verselbständigte Betriebseinheiten, etwa Liegenschaftsbetriebe,¹²⁹ zwingt dazu, Ziele und Prioritäten explizit zu machen. Der damit erzwungene Verzicht auf Unschärfe¹³⁰ ist die Voraussetzung des ökonomischen Erfolgs, den diese Instrumente haben können; er ermöglicht nämlich erst den Vergleich und die präzise Information über die Knappheit von Ressourcen bei deren Inanspruchnahme. Unweigerlich ist mit der Präzisierung aber zugleich eine Festlegung und Einengung¹³¹ verbunden. Solche Formen der Steuerung erleichtern deshalb zwar die operative Verantwortung der Führungsinstanz,¹³² ihre strategische Verantwortung¹³³ für die Zielsetzung der Verwaltung, auch für die damit verbundenen Ausblendungen und Einengungen, wird durch die Explizierung aber stärker, denn die damit gegebene Genauigkeit verhindert, dass die nachgeordneten Stellen ihren Beitrag zur Konkretisierung der Ziele erbringen können.¹³⁴ Die Führung muss insoweit einen ähnlichen Regulierungsbedarf decken, wie er von materiellen Privatisierungen bekannt ist.¹³⁵ Will sie sich diese Entscheidungslast erleichtern, indem sie

zusehen. Ebenso hätte die Einführung einer Kosten- und Leistungsrechnung, zu der sich Hochschulen in solchen Vereinbarungen verpflichten (*Uerpmann* [Fn. 75], 645), nach herkömmlichem Verständnis zu den „staatlichen Aufgaben“ (s. etwa § 107 Abs. 2 Nr. 2 HG NW „Haushalts- und Wirtschaftsangelegenheiten“; *Oppermann* in: *HdbWissR* [Fn. 85], 1013) gezählt und nicht Gegenstand von Dispositionen der Hochschule sein können (zutreffend *Hoffacker* [Fn. 74], 684).

¹²⁹ S. dazu für die Kommunen etwa *Portz/Düsterdiek* Kommunales Immobilienmanagement, DStGB Dokumentation Nr. 8, 1999; *Hofmann/Redmann/Wegner* LK 2002, 29 ff.; *Forsting* StuGR 2001, 31 f.; für die Hochschulen *Machoczek* DUZ 20/2001 19; zur öffentlichen Liegenschafts- und Bauverwaltung generell *Gröpl* (Fn. 2), 482 ff.

¹³⁰ Dahinter steht auch die Vorstellung eines „unpolitischen“ Vollzugs; zu dieser Vorstellung etwa *Frotscher* (Fn. 37), 139 f.

¹³¹ *Hoffmann-Riem* (DÖV 1997, 433, 437) spricht von „Reduktionen“, *König* (Fn. 9), 620 von „Segmentierung“.

¹³² *Trute* (Fn. 74), 136 f.

¹³³ Die Führung erleichtert zugleich ihre eigene Kontrolle; zum Problem s. *Schulze-Fielitz* VVDStRL 55 (1996), 231, 257.

¹³⁴ *Buschor* (in: *Banner* [Hrsg.] Kommunale Managementkonzepte in Europa, 1993, 177, 182) nennt „Mehr Gewicht der Führung“ als erstes von zehn Merkmalen des Neuen Verwaltungsmanagements. Den Zusammenhang zwischen Präzision der Vorgaben und Handlungsspielraum der nachgeordneten Stelle betont auch *Oettle* (Fn. 2), 297 f. Zum Problem der Belastung der Hierarchiespitze aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Hauschildt* (Fn. 55), 86. Zu bedenken ist, wie viel komplexer und entscheidungsbedürftiger die Zielfrage in der Verwaltung im Vergleich zu Wirtschaftsunternehmen ist.

¹³⁵ Dazu etwa *Burgi* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 86; *Kämmerer* (Fn. 113), 489 ff.

die Zahl der bei der Erfolgsmessung berücksichtigten Zieldimensionen erweitert oder gar in konventioneller Weise die Berücksichtigung nicht explizit vorgegebener Ziele erlaubt,¹³⁶ reduziert sich die Steuerungsschärfe und zugleich der wirtschaftliche Nutzen des Einsatzes der Marktsubstitute. Schließlich muss die Führung Parameter festlegen, welche die Leistung angemessen abbilden – auf manchen Gebieten eine nur schwer lösbare Aufgabe.¹³⁷ Die sehr anspruchsvolle Etablierung von Marktsubstituten als Formen ökonomischer Steuerung ist deshalb immer Ausdruck einer Hochschätzung der eigenen Zielsetzungs- und Organisationsfähigkeit der betreffenden Leitungsinstanz.¹³⁸ Die unsichtbare Hand ist keine anonyme Macht, die ohne eigenes Zutun die Dinge zum Besten wendet.

Kontrakte, Produktsteuerung und Marktsubstitute erzeugen einen erheblichen Aufwand für Verhandlungen, für das präzise Beschreiben einzelner Leistungen und für das Rechnungswesen, ganz zu schweigen von den erheblichen und fast nie berücksichtigten Investitionen für die Etablierung solcher Systeme. In der kommunalen Diskussion ist inzwischen aus diesen Gründen bereits eine gewisse Ernüchterung eingetreten, etwa im Blick auf die Produktsteuerung.¹³⁹ Weil die Rationalisierungsreserven in der Verwaltung meistens überschätzt werden, greift auch die Erkenntnis, dass man Krankheiten, die man doch nicht lindern kann, auch nicht aufwändig diagnostizieren muss.

Schließlich steht die Schaffung von Marktsubstituten vor einer fundamentalen Schwierigkeit. In seiner Abhandlung über die Natur des Unternehmens aus dem Jahre 1937, einem der Basistexte der Neuen Institutionenökonomie¹⁴⁰ und damit der Theorie der Ökonomisierung, hat *Ronald Coase* gezeigt, dass der ökonomische Sinn der Bildung und Erhaltung von

¹³⁶ So hat der Landtag NRW in § 2 Abs. 1 S. 1 Bau- und Liegenschaftsbetriebsgesetz die im Regierungsentwurf (LT-Drs. 13/189) nicht enthaltene Pflicht eingefügt, bei der Grundstückswirtschaft nach kaufmännischen Gesichtspunkten „die baupolitischen Ziele des Landes zu beachten“.

¹³⁷ *Voßkuhle* (Fn. 7), 519; zu den Kommunen *Machura* (Fn. 50), 403 ff.; zu den Hochschulen *Bull/Mehde* (Fn. 67), 651 ff.; *Trute* (Fn. 74), 137; zu den Messproblemen bei der Rechtsprechung *Groß* (Fn. 14), 380 f.

¹³⁸ Zur Überlastung zentraler Entscheidungsträger s. *Osner* Kommunale Organisations-, Haushalts- und Politikreform, 2001, 103.

¹³⁹ So ausdrücklich: *Reichard* in: Grunow/Wollmann (Hrsg.) Lokale Verwaltungsreform in Aktion: Fortschritte und Fallstricke, 1998, 85 ff.; s. auch *Reichard* (Fn. 12), 31 f.; *Hans Lange* LKV 2001, 397, 399. Zu grundsätzlichen Problemen der Produktsteuerung *König* (Fn. 9), 620; vorsichtig auch die Einschätzung von *Mehde* (Fn. 9), 154.

¹⁴⁰ Zur Rolle der Neuen Institutionenökonomie für die Ökonomisierungsdiskussion *Wallerath* (Fn. 10), 211 f.

Unternehmen gerade darin liegt, den Aufwand der Inanspruchnahme des Marktes einzusparen.¹⁴¹ Marktsubstitute nivellieren den Unterschied zwischen interner und externer Leistungserbringung, indem sie ganz ähnliche Transaktionskosten bei der internen Leistungserbringung erzeugen; der Gegensatz von „make“ und „buy“ wird also eingeebnet. Hier und da mag der intern entstehende Aufwand durch Auslastung von Kapazitäten gedeckt werden können, die durch Budgetierung oder stärkeren externen Wettbewerb in Hauptämtern oder Ministerien überflüssig geworden sind. Nicht selten dürfte das organisatorische Pendel in den nächsten Jahren aber wieder zurückschwingen, weil die Kosten der Etablierung und Benutzung der Marktsubstitute den Nutzen übersteigen.

Die Reformulierung von Beziehungen und Abhängigkeiten in der Verwaltung als ökonomische Austauschverhältnisse, von Mitteln für gemeinsame Zwecke als Preise für erbrachte Leistungen, von – wie gesagt worden ist – „Vernunft als Berechnen“¹⁴² ist schließlich noch aus einem anderen Grund problematisch.¹⁴³ Warum eine Leistung erbracht wird, prägt ihren Nutzen nicht selten entscheidend mit.¹⁴⁴ Intrinsische Motive¹⁴⁵ wie Fachethos, Loyalität, Korpsgeist, Verantwortung des Einzelnen für das Ganze – das ganze Spektrum der mentalen Funktionsbedingungen erfolgreichen Kooperierens nicht nur in der öffentlichen Verwaltung steht quer zu einer Verengung auf die je selbständige Verfolgung explizit vorgegebene Einzelziele.¹⁴⁶ Manchmal kann die intrinsische Motivation nicht einmal

¹⁴¹ *Coase* *Economica* 1937, 386, 390 ff.

¹⁴² *Brodbeck* Die fragwürdigen Grundlagen der Ökonomie, 1998, 220.

¹⁴³ S. zum Folgenden etwa *Engel/Morlok* (Fn. 14), 193; *Göbel/Lauen* Die Verwaltung 35 (2002), 263, 274 ff.; *Fangmann* *VerwArch* 91 (2000), 117, 122 – Zum Problem auch *Habermas*: „Die Sprache des Marktes dringt heute in alle Poren ein und presst alle zwischenmenschlichen Beziehungen in das Schema der selbstbezogenen Orientierung an je eigenen Präferenzen. Das soziale Band, das aus gegenseitiger Anerkennung geknüpft wird, geht aber in den Begriffen des Vertrages, der rationalen Wahl und der Nutzenmaximierung nicht auf.“ (FAZ Nr. 239 v. 15. 10. 2001, 9).

¹⁴⁴ Dazu aus ökonomischer Sicht *Hirsch* Die sozialen Grenzen des Wachstums, 1980, 139 ff.

¹⁴⁵ Die hier angesprochenen Probleme werden in der Ökonomie unter den Stichworten „intrinsische und extrinsische Motivation“ und „crowding out“ diskutiert (*Frey/Bohnet* Die Ökonomie zwischen extrinsischer und intrinsischer Motivation, *Homo oeconomicus* 11 [1994], 1 f.); zu den mit einer Kommerzialisierung von Leistungsbeziehungen zusammenhängenden Fragen auch *Biedenkopf* FS Mestmäcker, 1996, 101, 103 ff., 115 f.; *Engel* Vertrauen: ein Versuch, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1999/12, 31 ff.

¹⁴⁶ Ergebnisse einer empirischen Untersuchung der Wirkungen interner Konkurrenz in Industrieunternehmen bei *Hirsch-Kreinsen* *ZfS* 24 (1995), 422, 429 ff.; aus betriebswirtschaftlicher Sicht auch *Göbel* Neue Institutionenökonomik, 2002, 118 ff., 149 ff.

mit der externen, ökonomisch vermittelten koexistieren; ihre Grundlagen werden vielmehr dauerhaft zerstört. Haben Personen oder Organisationsteile erst einmal gelernt, ihren Beitrag zum Gesamterfolg an einer Gegenleistung auszurichten und von ihr abhängig zu machen, wird es schwerlich gelingen, sie das Erlernte wieder vergessen zu lassen.

d) Finanzen

Selbstverwaltung bedarf zu ihrer Entfaltung einer ausreichenden materiellen Basis.¹⁴⁷ Während die Kommunen und noch mehr die Hochschulen stark von staatlichen Zuweisungen abhängen, finanzieren sich die wirtschaftliche und genossenschaftliche Selbstverwaltung sowie weite Teile der Sozialversicherung ganz oder weit überwiegend selbst. Je weniger die Selbstverwaltung ihren Aufwand selbstständig beeinflussen kann und je mehr Spielraum sie im Wettbewerb bei der Aufgabenerfüllung haben soll, desto mehr ist sie auf Einnahmequellen angewiesen, die der Höhe nach disponibel und hinreichend ertragsstark sind. Einheitliche und nicht disponible Anforderungen aus der Aufgabenerfüllung einerseits, regional und strukturell differenzierte Einnahmen andererseits machen nicht nur bei den Kommunen einen Finanzausgleich erforderlich;¹⁴⁸ er muss so ausgestaltet werden, dass er den Mindestbedarf der Empfänger deckt, ohne für Zahler oder Empfänger falsche ökonomische Anreize zu setzen.

Ökonomischer Rationalität entspricht es häufig, individuell zurechenbare Leistungen durch spezielle Entgelte zu finanzieren und diese so zu gestalten, dass Anreize für die sparsame Inanspruchnahme der Leistungen bestehen. Nach solchen Grundsätzen erheben die Kommunen Abfallgebühren nach Größe der Mülltonnen¹⁴⁹ und die Berufsgenossenschaften ihre Beiträge nicht nur differenziert nach Branchenrisiken, sondern auch nach Maßgabe des Erfolgs betrieblicher Präventionsbemü-

¹⁴⁷ Zur Pflicht zu ausreichender Finanzausstattung der Hochschulen BVerfGE 35, 79, 114f.; 88, 129, 136f.; *Erichsen/Scherzberg NVwZ* 1990, 8, 15f.; *F. Kirchhof* (Fn. 124), 277f.; *Uerpmann* (Fn. 75), 647; für die Kommunen *Grawert VVDStRL* 36 (1978), 277, 299ff.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 64), 823f.; *Henneke ZG* 1999, 256ff.; *Schoch AfK* 2000, 225ff.; *Volkmann DÖV* 2001, 497ff. jeweils mwN auch aus der Rechtsprechung. Einen bestimmten Betrag wird man aber wegen der anderen vom Staat zu finanzierenden Aufgaben nicht als garantiert ansehen können (*Lorenz* [Fn. 73] 118; *Hufeld DÖV* 2002, 309, 310; ähnlich *Uerpmann* [Fn. 75], 647).

¹⁴⁸ Für die Hochschulen *Bull/Mehde* (Fn. 67), 650; für die Rentenversicherung § 218 SGB VI; *Wolf in: Ruland* (Hrsg.) Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung, 1990, 1023ff.; für die Berufsgenossenschaften §§ 176ff. SGB VII; *Schimanski BG* 1996, 135ff.

¹⁴⁹ Zur Ökologisierung der Abfallgebühren s. *Oebbecke in: ders.* (Hrsg.) Kommunalfinanzen, 2001, 119, 121f. mwN.

hungen. Genauso kann es aber ökonomischer Logik entsprechen, Kosten nicht oder nach anderen Maßstäben zu erheben. Wer Theaterbesuche auch jenseits von Eisrevuen und Musicals für sinnvoll hält, muss das kommunale Theater aus allgemeinen Deckungsmitteln subventionieren. Bei der Bewirtschaftung von Gewässern hat es sich bewährt, sowohl die Verursacher der Kosten wie diejenigen heranzuziehen, die von den Bemühungen des jeweiligen Verbandes profitieren, wobei die Aufteilung der Kosten auf die Gruppen der Beitragszahler nicht ökonomisch exakt kalkuliert, sondern normativ gesetzt ist. Hier wie auch sonst setzt die Anwendung ökonomischer Maßstäbe Ziele voraus, kann sie aber nicht ersetzen.¹⁵⁰

Das praktizierte Rechnungswesen schließlich muss sicherstellen, dass die Entscheider in der Selbstverwaltung wie in den Aufsichtsbehörden die langfristige, effektive und effiziente Aufgabenerfüllung sicherstellen können.¹⁵¹ Das kameralistische Rechnungswesen weist Lücken auf.¹⁵² Das betrifft etwa den Wertverzehr durch Abnutzung, künftige Belastungen wie Pensionsverpflichtungen oder die einmalige Realisierung stiller Reserven wie bei der Veräußerung von Vermögenswerten. In der genossenschaftlichen Selbstverwaltung¹⁵³ wie in Teilen der sozialen oder hochschulischen¹⁵⁴ Selbstverwaltung ist man deshalb auf die kaufmännische Buchführung übergegangen.¹⁵⁵ Das hier und da bereits modifiziert praktizierte¹⁵⁶ Haushaltsrecht der Kommunen soll in diese Richtung umgestaltet werden.¹⁵⁷ Damit wird sich etwa der kommunale Verzicht auf Unterhaltungsmaßnahmen an Schulen im jährlichen Zahlenwerk künftig so niederschlagen, dass diese Anforderungen auch und gerade mit Blick auf die Wiederwahlchancen der Verantwortlichen nicht mehr vernachläss-

¹⁵⁰ Wallerath (Fn. 10), 214f.; von Arnim Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, 36f.; Gawel Die Verwaltung 32 (1999), 179, 214.

¹⁵¹ S. dazu etwa die Beiträge Schuppert und von Mutius in: VVDStRL 42 (1984), 216ff., 147ff. sowie Schmidt-Aßmann in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 245, 258ff.; Oebbecke DÖV 1998, 853, 855f.

¹⁵² Zu den Defiziten s. Buschor in: Budäus u.a. (Hrsg.) Neues öffentliches Rechnungswesen, 2000, 21ff.; Gröpl (Fn. 2), 156, 380ff.; Meyer in: Wallerath (Fn. 7), 65, 78f.; Osner (Fn. 138), 162ff.

¹⁵³ Zu den Wasserverbänden s. Ruhrverband und Ruhrtalsperrenverein (Hrsg.) 75 Jahre – Im Dienst für die Ruhr, 1988, 67; Piens ZfW 1999, 349, 352.

¹⁵⁴ Für Hessen Hahnelt VR 2002, 145, 146f.

¹⁵⁵ Zur Zulassung der kaufmännischen Buchführung als Ergänzung zum kameralistischen Rechnungswesen Gröpl NVwZ 1998, 1251, 1254f.; Lüder DÖV 1998, 285ff.

¹⁵⁶ S. das Beispiel der Stadt Detmold bei Osner (Fn. 138), 229ff.

¹⁵⁷ Dazu mwN Pünder (Fn. 12), passim.

sigt werden können. Das neue Rechnungswesen verbessert damit bei den Kommunen die institutionellen Voraussetzungen für Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit; es wird künftig auch Nebenrechnungen als Grundlagen für Kostenermittlungen etwa zur Gebührenberechnung überflüssig machen.¹⁵⁸

III. Elemente einer Dogmatik der Selbstverwaltung

Wenn man Selbstverwaltung als dogmatischen Begriff verstehen will, ist Vorsicht geboten. Die Unterschiede zwischen den einzelnen Zweigen der Selbstverwaltung sind erheblich und schließen die Anwendung allgemeiner Lehren nicht selten auch da aus, wo sie nicht schon bestehende Sonderregelungen verbieten. Es bleibt aber ein Bestand von Fragen, bei denen der Rückgriff auf allgemeine Lehren der Selbstverwaltung möglich ist. Das gilt nicht nur für die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen von und Anforderungen an die Selbstverwaltung, sondern auch für verwaltungsrechtliche Themen wie die Aufsicht.¹⁵⁹ Fragen an eine solche Dogmatik der Selbstverwaltung wirft nicht zuletzt der vor allem mit der Ökonomisierung verbundene institutionelle Wandel¹⁶⁰ auf.

1. Verfassungsrechtliche Gewährleistungen

Das Gemeinschaftsrecht kennt keine Gewährleistung irgendeiner Form von Selbstverwaltung.¹⁶¹ Die Selbstverwaltung profitiert aber vom Schutz mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten vor dem Zugriff der gemein-

¹⁵⁸ Zur Kosten- und Leistungsrechnung etwa *Wilde* in: Ruhrverband (Fn. 100), 134 ff.

¹⁵⁹ Das zeigt etwa *Kahl* (Fn. 79), 546 ff.; s. auch *Löwer* in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.) *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, § 12 Rn. 144.

¹⁶⁰ *Sennett* *Der flexible Mensch*, 2000, 26, 63 ff. zeigt, dass in der privaten Wirtschaft der institutionelle Wandel und seine Akzeptanz bereits als solche als Indiz für den wirtschaftlichen Wert eines Unternehmens angesehen werden.

¹⁶¹ Zur kommunalen Selbstverwaltung *Rengeling* DVBl. 1990, 893, 899 f.; *Faber* Europarechtliche Grenzen der kommunalen Wirtschaftsförderung, 1992, 50 ff.; *Erichsen* Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1997, 422 f.; *Hellermann* (Fn. 107), 121 ff.; *Groß* (Fn. 19), 1188 f.; *Kaltenborn* Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung im Recht der Europäischen Union, 1996; zur neueren Diskussion s. auch *Kottmann* EL Rev. 26 (2001), 159 ff.; *van Nuffel* CML Rev. 2001, 871 ff.; *Schmahl* DÖV 1999, 852 ff., 857 ff. Zur hochschulischen Selbstverwaltung *Klostermann* Die akademische Selbstverwaltung in der Europäischen Union, 1997, 143; einen Schutz durch die Charta der Grundrechte nimmt *Tettinger* NJW 2001, 1010, 1013 f. an.

schaftlichen Rechtsetzung.¹⁶² Soweit dieser reicht, gilt die im Grundgesetz enthaltene Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, die in den Verfassungen der Länder aufgegriffen und teilweise erweitert wird.¹⁶³ Bei der Anrufung der Landesverfassungsgerichte stützen sich die Kommunen auf diese Garantien.¹⁶⁴

Das können in den meisten Ländern auch die Hochschulen tun, wenn sie ihre Selbstverwaltung etwa durch landesgesetzliche Maßnahmen eingeschränkt sehen. Drei Viertel der Landesverfassungen enthalten ausdrückliche Garantien der hochschulischen Selbstverwaltung.¹⁶⁵ Auf die Frage, ob mit der Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG auch die Selbstverwaltung der Hochschulen gewährleistet ist,¹⁶⁶ kommt es in diesen Ländern nicht an.¹⁶⁷ Meistens könnten die Hochschulen gesetzliche Verstöße mit Verfassungsbeschwerden auch unmittelbar bei den Verfassungsgerichten rügen.¹⁶⁸ Auf die landesverfassungsrechtlichen Garantien können sie sich aber auch berufen, wenn die staatliche Aufsicht die ihr gesetzten Grenzen administrativ überschreitet. Angesichts dieses Befundes ist die Zurückhaltung des Schrifttums¹⁶⁹ gegenüber den landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Hochschulselbstverwaltung

¹⁶² *Hellermann* (Fn. 107), 108 mwN.

¹⁶³ Nach BVerfGE 39, 302, 314 ist dem Grundgesetz „eine Verfassungsgarantie des bestehenden Systems der Sozialversicherung oder doch seiner tragenden Organisationsprinzipien ... nicht zu entnehmen“; zur Frage einer bundesverfassungsrechtlichen Garantie der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung s. auch *Schnapp* (Fn. 31), 887 ff.; *Hendler* (Fn. 93), 223 f.; *Heun* in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 3, 2000, Art. 87 Rn. 64. Die landesverfassungsrechtlichen Garantien der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung – Art. 57 Abs. 4 S. 2 BremVerf; 35 Abs. 1 S. 3 HessVerf; 53 Abs. 4 RhpfVerf; 46 S. 2 SaarlVerf – spielen wegen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der bundesgesetzlichen Regelungen praktisch keine Rolle. Zur Frage der verfassungsrechtlichen Garantie der wasserverbandlichen Selbstverwaltung s. *Breuer* (Fn. 63), 864 f.

¹⁶⁴ Zum Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeiten *Schmidt-Aßmann* (Fn. 64), 813.

¹⁶⁵ *Kühne* (Fn. 35), 1 ff.; s. auch die Wiedergabe der Texte bei *Hillermann* Die Durchsetzung des Hochschulselbstverwaltungsrechts vor dem Bundesverfassungsgericht und den Landesverfassungsgerichten, 2000, 55 f.

¹⁶⁶ Dafür *Starck* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 3 Rn. 270; *Grupp* FS Roellecke, 1997, 97, 101 f.; *Pernice* in: Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 29; *Fehling* Die Verwaltung 35 (2002), 399; skeptisch *Rupp* FG von Unruh, 1983, 919, 922 f.; dagegen *Kühne* (Fn. 35), 5 f.; *Groß* (Fn. 19), 1193.

¹⁶⁷ Zum Verhältnis von landesverfassungsrechtlicher Garantie und Bundesrecht: *Rupp* (Fn. 166), 924 ff.

¹⁶⁸ S. dazu die Aufstellung bei *Hillermann* (Fn. 165), 137.

¹⁶⁹ S. dazu auch *Löwer/Menzel* WissR 29 (1996), 237, 238; *Kühne* (Fn. 35), 4 spricht von einer „literarischen Kaumzuwendung bzw. Unabklärtheit“.

erstaunlich,¹⁷⁰ nach Rücknahme der rahmenrechtlichen Vorgaben gelegentlich schwer verständlich¹⁷¹. Auch Rechtsprechung findet sich nur vereinzelt.¹⁷² Hier mag auch die bei einer sehr kurzfristigen Perspektive vielleicht nachvollziehbare Sorge der Hochschulen eine Rolle spielen, die alimentierenden staatlichen Stellen könnten durch die Anrufung der Gerichte inkommodiert werden.¹⁷³ Übersehen wird dabei allerdings, dass es so etwas wie den notwendigen Unterhaltungsaufwand für Rechtspositionen gibt.

Das „unentfaltete Autonomiepotential“¹⁷⁴, das in den landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der hochschulischen Selbstverwaltung steckt, harrt jedenfalls nach wie vor seiner dogmatischen Entfaltung. Da wäre etwa zu fragen, ob aus der Einheit von Forschung und Lehre Vorgaben für die Gewichtung der verschiedenen Erfolgsparameter bei der Mittelvergabe resultieren.¹⁷⁵ Der Vergleich mit der kommunalen Selbstverwaltung kann ungeachtet der bestehenden Unterschiede¹⁷⁶ durchaus weiterführend sein.¹⁷⁷ So schützen in beiden Fällen die Selbstverwaltungsgarantien nicht den Bestand einzelner Träger.¹⁷⁸ In beiden Fällen ist der Staat zur Schaffung einer organisatorischen Struktur verpflichtet, die den Aufgaben angemessen ist.¹⁷⁹ In beiden Fällen wird man

¹⁷⁰ So geht etwa *Bethge* in seiner Darstellung des Wissenschaftsrechts (in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger* [Fn. 159], § 13) mit keinem Wort auf diese Gewährleistungen ein: „Landesverfassungsrechtliche Eigenheiten beziehungsweise Eigentümlichkeiten spielen nur am Rande eine Rolle.“ (ebd. Rn. 14).

¹⁷¹ So, wenn *Hufeld* (Fn. 147), 309 ff. diese Garantien mit keinem Wort anspricht.

¹⁷² Nachw. bei *Kühne* (Fn. 35), 4; zu einem besonders bezeichnenden Beispiel s. jetzt auch *Pottmeyer* FS zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, 2002, 245, 266 ff.

¹⁷³ Etwas anders *Kühne* (Fn. 35), 4: „Auch ist man, in bemerkenswert vorwegnehmender Verwirklichung des Grundsatzes – beidseitig – hochschulfreundlichen Verhaltens, großen Prozessen in auffallendem Maße aus dem Weg gegangen.“

¹⁷⁴ *Kühne* (Fn. 35), 1 ff.

¹⁷⁵ Zur Effizienzmessung und der Entkoppelung von Forschung und Lehre: *Harms* Verwaltung und Management 1995, 230 ff., 232 f.

¹⁷⁶ Diese werden im Schrifttum stark betont; s. etwa *Gallwas* WissR 2 (1969), 116, 121 f.; *Bethge* (Fn. 170), Rn. 82; *Knemeyer* in: *HdbWissR* (Fn. 85), 243 mwN; *Fehling* (Fn. 166), 401 f.

¹⁷⁷ *S. Erichsen/Scherzberg* (Fn. 147), 12; *Kühne* (Fn. 35), 10.

¹⁷⁸ Für die Kommunen *Schmidt-Aßmann* (Fn. 64), 813 ff.; für die Hochschulen *Tettinger* in: *Starck* (Hrsg.) Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bd. III, 1983, 271, 295; *Erichsen/Scherzberg* (Fn. 147), 12; *Kühne* (Fn. 35), 9; *Grupp* (Fn. 166), 109 f.; *Dreier* (Fn. 30), Rn. 94.

¹⁷⁹ Für die Kommunen: *Schmidt-Aßmann* (Fn. 64), 813 ff.; für die Hochschulen: *Hufeld* (Fn. 147), 312; *Fehling* (Fn. 166), 417.

den Inhalt der Gewährleistung nicht als ein für allemal feststehend ansehen können.¹⁸⁰ Mit der Planungshoheit etwa hat die kommunale Selbstverwaltung ihren Schutzbereich erheblich ausgeweitet.¹⁸¹ Für die hochschulische Selbstverwaltung gibt es Entwicklungen, die einen vergleichbaren Wandel des Garantiegehalts ausgelöst haben: Nach Jahrzehnten der Einheitsverwaltung¹⁸² etwa müsste eine Desintegration der Hochschulverwaltung in akademisch und staatlich administrierte Teile vor der Garantie der hochschulischen Selbstverwaltung gerechtfertigt werden. Die Verfügung über nach wettbewerblichen Kriterien zugeteilte oder aufgrund von Zielvereinbarungen zur freien Verfügung gewährte Mittel ist keine staatliche Aufgabe, sondern Ausübung von Selbstverwaltung,¹⁸³ durch die Ökonomisierung wächst der Hochschulselbstverwaltung eine Art Finanzhoheit¹⁸⁴ zu.¹⁸⁵

2. Die demokratische Legitimation

Als der sechste Senat des Bundesverwaltungsgerichts über die Zulässigkeit einer Form praktischer Ökonomisierung, nämlich der Mitwirkung des Personals in den Gremien der nordrhein-westfälischen Wasserverbände, entscheiden sollte, hat er die theoretische Frage nach der Vereinbarkeit von Selbstverwaltung und Demokratie¹⁸⁶ für die personelle Legitimation als dogmatische Alternative zugespitzt.¹⁸⁷ Jedenfalls über „die Wahrnehmung überragend wichtiger Gemeinwohlbelange und Angele-

¹⁸⁰ Wenn Art. 16 Abs. 1 LVVerf NW den Hochschulen „eine ihrem besonderen Charakter entsprechende Selbstverwaltung“ garantiert, wird damit auch ein Einfallstor für die Berücksichtigung des Wandels der Hochschulen geschaffen.

¹⁸¹ Dazu Oebbecke FS Hoppe, 2000, 239, 241 f. mwN.

¹⁸² Dazu Knemeyer (Fn. 176), 237 ff.; Oppermann (Fn. 128), 1013 f.; Jürgen Heß WissR 33 (2000), 332, 338 ff.; s. auch Erichsen/Scherzberg (Fn. 147), 13 f.; Neese WissR 32 (1999), 10, 11 ff.; Püttner (Fn. 98), 559.

¹⁸³ Skeptisch gegenüber dieser Unterscheidung Fehling (Fn. 166), 406.

¹⁸⁴ Zum (bisherigen) Fehlen der Finanzhoheit Lorenz (Fn. 73), 118; Knemeyer (Fn. 176), 246; Löwer in: ders./Tettinger (Hrsg.) Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 16 Rn. 54 f.

¹⁸⁵ In ähnliche Richtung Oppermann (Fn. 128), 1024; Schuster in: HdbWissR (Fn. 85), 1067 f. weist auf die Offenheit des HRG in dieser Frage hin; er plädiert zwar für die Zuweisung des Haushaltsvollzuges zu den staatlichen Angelegenheiten, am Beispiel des Haushaltsvoranschlags macht er jedoch – ebenso wie Oppermann ebd., 1029 – deutlich, dass es inkonsequent ist, einen eigenen Handlungsspielraum zuzuweisen und diesen der Fachaufsicht zu unterwerfen.

¹⁸⁶ Dazu oben II 2.

¹⁸⁷ Zum Problem der demokratischen Legitimation der Selbstverwaltung s. aus der Fülle des inzwischen vorliegenden Schrifttums etwa Muckel (Fn. 69), 163 ff.

genheiten Dritter¹⁸⁸ dürfen nach den beiden Vorlagebeschlüssen¹⁸⁹ nur Organe entscheiden, die mehrheitlich auf der Basis allgemeiner Wahlen durch das „Staatsvolk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 oder 28 Abs. 1, 2 GG“¹⁹⁰ legitimiert sind. Setzt sich diese Auffassung durch, sind die Kammern, die Träger der Sozialversicherung und die der genossenschaftlichen Selbstverwaltung auf die Erledigung solcher Aufgaben beschränkt, die an Bedeutung hinter der Sorge für das „überragend wichtige Gemeinschaftsgut ‚Wasser‘“¹⁹¹ deutlich zurückbleiben, es sei denn, Vertreter der Kommunen oder der Länder verfügen dort eher zufällig über ausreichende Mehrheiten.¹⁹²

Weil Selbstverwaltung begriffsnotwendig einen selbständig auszufüllenden Entscheidungsraum besitzt, kann es insoweit keine ununterbrochene Legitimationskette zum Landes- oder Bundesvolk geben.¹⁹³ Die von Kritikern als „volksdemokratische Lehre“ bezeichnete herrschende Meinung gerät hier in der Tat insofern in Schwierigkeiten,¹⁹⁴ als sie begründen muss, wieso die verfassungsrechtliche Zulassung auch der nicht-kommunalen¹⁹⁵ Selbstverwaltung¹⁹⁶ mit dem Gebot einer ununterbrochenen Legitimationskette zwischen dem Volk und der Staatsgewalt ausübenden Selbstverwaltung kompatibel ist.¹⁹⁷

¹⁸⁸ BVerwG, NVwZ 1999, 870, 873.

¹⁸⁹ BVerwG, NVwZ 1999, 870 ff. (Lippeverband); BVerwGE 106, 64 ff. (Emschergenossenschaft); dazu *Blanke* KJ 1998, 452 ff.; *ders.* PersR 1999, 50 ff.; *Tettinger/Mann/Salzwedel* (Hrsg.) Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000; zur Vorgeschichte auch *Piess* (Fn. 153), 353 ff.

¹⁹⁰ BVerwG, NVwZ 1999, 870, 874.

¹⁹¹ BVerwG, NVwZ 1999, 870, 874.

¹⁹² *von Unruh* (Fn. 19), 535; *Blanke* PersR 1999, 50, 51.

¹⁹³ *Muckel* (Fn. 69), 163.

¹⁹⁴ So *Bryde* StWissStPrax 5 (1994), 305, 319.

¹⁹⁵ *Merten* (Fn. 59), 35 f. sieht auch bei den Kommunen „nicht vom Staatsvolk legitimierte Verwaltung“.

¹⁹⁶ *Emde* (Fn. 19), 363 ff.; *Jestaedt* (Fn. 19), 542; *Lerche* in: Maunz/Dürig (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Stand Juli 2001, Bd. 4, Art. 87 Rn. 151; *Axer* (Fn. 69), 396 f.; *Tettinger/Mann* in: *Tettinger/Mann/Salzwedel* (Fn. 189), 21; *Muckel* (Fn. 69), 167 ff.; *Muckel* NZS 2002, 118, 125.

¹⁹⁷ Mit unterschiedlichen Begründungen wird das ganz überwiegend angenommen: OVG NW, NWVB. 1996, 254, 257 f.; *Jestaedt* (Fn. 22), 316; *Böckenförde* in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 25; *Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 87 ff.; *Emde* (Fn. 19), 382 ff.; *Blanke* PersR 1999, 50, 60 f.; *Muckel* (Fn. 196), 122; *Bieback* (Fn. 23), 96; *Trute* Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, 210 ff.; *Isensee* in: HStR IV, 2. Aufl. 1999, § 98 Rn. 169; *Tettinger/Mann* (Fn. 196), 63; *Schulze-Fielitz* Die Verwaltung 32 (1999), 241, 257 ff. mwN.

Der Vorzug der Lehre von der Legitimationskette¹⁹⁸ liegt darin, dass sie es erlaubt, die Forderung nach demokratischer Binnenorganisation auch der Selbstverwaltungsträger¹⁹⁹ auf Art. 20 Abs. 2 GG zu stützen.²⁰⁰ Es sollte deshalb nicht um einen Verzicht auf die Legitimationskette gehen. Auch ihre bereichsspezifische Modifizierung ist nicht erforderlich.²⁰¹ Der Gesetzgeber unterliegt bei der Bestimmung des jeweiligen Aktivvolkes im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG²⁰² außerhalb der Kommunalverwaltung nicht dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG.²⁰³

Modifikationen, etwa nach der Beitragshöhe bemessene Stimmrechte, sind bei der Anwendung der Wahlrechtsgrundsätze zulässig;²⁰⁴ dass überhaupt regelmäßig gewählt und dadurch eine sich selbst ergänzende Oligarchie ausgeschlossen wird, steht aber nicht zur Disposition.²⁰⁵ Wenn die

¹⁹⁸ Wer die Forderung nach der personellen Legitimation mittels einer ununterbrochenen Legitimationskette ablehnt (etwa *Bryde* [Fn. 194], 324; *Blanke* KJ 1998, 452ff.; *Rinken* KritV 1996, 282ff.; sowie die Beiträge von *Bryde*, *Schefold* und *Frankenberg* in: Redaktion KJ [Hrsg.] Demokratie und Grundgesetz, 2000) wird hier schon deshalb keine Schwierigkeiten sehen.

¹⁹⁹ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 27), 261ff.; *Bieback* (Fn. 23), 95; *Kluth* Die Verwaltung (Fn. 19), 362f.

²⁰⁰ So etwa BVerfGE 47, 253ff. Legt man etwa die Auffassung von *Böckenförde* (Fn. 197), Rn. 33ff., zu Grunde, ist für die nicht-kommunale Selbstverwaltung nicht ersichtlich, woher insoweit Vorgaben kommen sollen; *Emde* (Fn. 19), 439, 423, muss deshalb die Unzulässigkeit der Friedenswahlen auf die „Gleichwertigkeit“ der von ihm angenommenen Legitimationskompensation stützen und landet damit letztlich doch wieder bei der (entsprechenden) Anwendung des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.

²⁰¹ So der Vorschlag von *Kluth* Funktionale Selbstverwaltung (Fn. 19), 376ff.; *Kluth* Die Verwaltung (Fn. 19), 361ff.; *von Unruh* (Fn. 19), 552ff.

²⁰² Für eine Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung durch die „Verbandsvölker“ etwa *Oebbecke* VerwArch 81 (1990), 349, 358; *Herzog* in: Maunz/Dürig (Fn. 196), Bd. 2, Art. 20 Abschn. II Rn. 56ff.; *Ehlers* JZ 1987, 218, 221; *Püttner* DÖV 1988, 357, 360; *Frotscher* (Fn. 37), 144; *Brohm* VVDStRL 30 (1972), 245, 269; *Tettinger* Kammerrecht, 1997, 96f.; *Groß* (Fn. 13), 198f.; *Ehlers* FS Stein, 2002, 125, 133.

²⁰³ Weil das die Organe legitimierende Volk nicht etwas verfassungsrechtlich vorgegebenes ist, sondern stets erst vom Gesetzgeber konstituiert werden muss, ist das Volk als Träger der Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG auch im Falle von Bund, Ländern und Kommunen nicht identisch mit dem durch Wahlen im Sinne der Art. 20 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 S. 2 GG legitimierenden Aktivvolk (*Oebbecke* [Fn. 202], 361f. mwN).

²⁰⁴ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 27), 257, 263; *Bieback* (Fn. 23), 94f.; *Kluth* Funktionale Selbstverwaltung (Fn. 19), 461; *von Unruh* (Fn. 19), 555; *Groß* (Fn. 19), 1193; für die Hochschulen s. etwa *Geis* Die Verwaltung 33 (2000), 563, 574; zu den großen Wasserverbänden *Breuer* (Fn. 63), 876f.

²⁰⁵ So *Schmidt-Aßmann* (Fn. 25), 383; *Jestaedt* (Fn. 19), 645 Fn. 561; *Haverkate* (Fn. 64), 238; *Emde* (Fn. 19), 422; *Hufen* (Fn. 20), 63; *Merten* (Fn. 59), 35; *Axer* (Fn. 69), 385; für

Notwendigkeit sog. Friedenswahlen²⁰⁶ mit den spezifischen Bedingungen der Willensbildung in den Großorganisationen der Sozialversicherung begründet wird,²⁰⁷ ist das eine rechtspolitische Anfrage an die Eignung der organisatorischen Form, kein verfassungsrechtliches Argument für den Verzicht auf jede Rückbindung an den Träger der verbandlichen Demokratie.

Entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich im Übrigen der Kreis der Aufgaben, die für eine Wahrnehmung in der Form der Selbstverwaltung in Betracht kommen, nicht nach der Bedeutung der Aufgaben bestimmen.²⁰⁸ Auch für lebenswichtige Aufgaben kann der Staat seiner Verantwortung anders als durch Selbsterfüllung entsprechen.²⁰⁹ Verfassungsrechtliche Grenzen dieser Gestaltungsfreiheit überschreitet die Wahrnehmung der wasserwirtschaftlichen Aufgaben im Rahmen der Vorgaben des Wasserrechts durch Selbstverwaltungsträger nicht.²¹⁰

3. Die personelle Basis der Willensbildung

Bei der Bestimmung der personellen Basis für die autonome Willensbildung der Selbstverwaltung,²¹¹ also der Entscheidung über die Einbeziehung in den Kreis der Betroffenen, ist der Gesetzgeber an die Vorgaben der Verfassung gebunden.²¹² Personeller Zuschnitt und Aufga-

Zulässigkeit BSGE 36, 242 ff.; *Bieback* (Fn. 23), 87, 95; *Hendler* (Fn. 93), 216; bei Modifikationen für Zulässigkeit *Muckel* (Fn. 69), 172 ff.

²⁰⁶ § 46 Abs. 3 SGB IV.

²⁰⁷ *Muckel* (Fn. 69), 177.

²⁰⁸ S. BVerfGE 10, 89 ff., 102 ff.; zum Problem auch BVerfGE 15, 235, 242; 38, 281, 299; *Oebbbecke* (Fn. 202), 352 f.; *Osterloh* VVDStRL 54 (1995), 204, 206 ff.; *Bauer* VVDStRL 54 (1995), 243, 255.

²⁰⁹ So auch *Britz* VerwArch 91 (2000), 418, 426 f. Zu notwendigen Staatsaufgaben und den Möglichkeiten ihrer Erfüllung s. nur *Gramm* Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, 190 ff.; zu den verschiedenen „Verantwortungsstufen“ s. etwa *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 261, 265 ff.; *Bauer* (Fn. 208), 277 ff.; *Weiß* (Fn. 4), 97 ff.; *Schuppert* DÖV 1995, 761, 768; *ders.* Verwaltungswissenschaft, 2000, 400 ff.; *Weiß* DVBl. 2002, 1167, 1173 ff.

²¹⁰ *Tettinger/Mann* (Fn. 196), 39 ff.; *Dederer* NVwZ 2000, 403, 405 Fn. 24; *von Unruh* (Fn. 19), 540 f.; *Löwer* (Fn. 159), Rn. 146; BVerfGE 10, 89, 103 f. Entgegen *Bull/Mehde* (Fn. 67), 657 ergeben sich Restriktionen für eine Rücknahme staatlicher Einflussnahmemöglichkeiten auch nicht für die Hochschulen.

²¹¹ Dazu *Hendler* in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, SDSRV 34 (1991), 65, 71 f.

²¹² Zum Entscheidungsspielraum s. etwa VerfGH NW, NWVBl. 1988, 145, 147.

benstellung müssen korrespondieren.²¹³ Der Gesetzgeber kann auch außerhalb der Kommunalverwaltung und damit außerhalb der Öffnungsklausel des Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG Unionsbürger²¹⁴ und andere Ausländer in das Legitimationssubjekt einbeziehen,²¹⁵ wenn man ihm zugesteht, das Aktivvolk der Selbstverwaltung im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG zu bestimmen.

Die Zulässigkeit einer Zwangsmitgliedschaft ist an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen.²¹⁶ Wo die eigentliche Last der Zwangsmitgliedschaft eine Finanzierungslast ist, wird man wegen möglicher funktioneller Äquivalenz auch die Voraussetzungen für die Erhebung von Sonderabgaben²¹⁷ im Auge behalten müssen; je stärker die Betroffenen Einfluss auf die Höhe der Last und die Verwendung der aufgebrachten Mittel nehmen können, desto großzügiger wird man vergleichsweise verfahren können.²¹⁸

Eine Einbeziehung der beim Selbstverwaltungsträger beschäftigten Mitarbeiter in den Kreis der mit der Selbstverwaltung Betrauten ist mit Rücksicht auf das Gebot einer Korrespondenz von Aufgaben und Verfassung auch außerhalb der kommunalen Selbstverwaltung problematisch.²¹⁹ Ob der Wunsch nach Einbindung des Produktionsfaktors Personal sie rechtfertigen kann, erscheint zweifelhaft;²²⁰ die Mitwirkung des nicht-wissenschaftlichen Personals in der Gruppenuniversität²²¹ lässt sich

²¹³ Herzog (Fn. 202), Rn. 59; Oebbecke (Fn. 202), 358f.; Jestaedt (Fn. 19), 544f.

²¹⁴ Zu den europarechtlichen Problemen eines Ausschlusses Groß (Fn. 19), 1187; zum Problem auch Kluth Die Verwaltung (Fn. 19), 371.

²¹⁵ Sehr dezidiert in diesem Sinne schon Isensee VVDStRL 32 (1974), 49, 97; im Ergebnis auch Stern Staatsrecht I, § 8 III 3; offen gelassen von BVerfGE 83, 37, 55.

²¹⁶ Grundlegend BVerfGE 10, 89, 102ff.; jüngst bestätigt durch BVerfG-K, NVwZ 2002, 335ff.; dazu Kluth NVwZ 2002, 298ff.; Hatje/Terhechte NJW 2002, 1849ff.; kritisch Kluth Die Verwaltung (Fn. 19), 354f.

²¹⁷ Dazu s. Heun in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 2000, Art. 105 Rn. 24ff.; Pieroth in: Jarass/Pieroth (Hrsg.) Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2002, Art. 105 Rn. 9ff. mwN.

²¹⁸ S. Kluth Funktionale Selbstverwaltung (Fn. 19), 327f.

²¹⁹ Dazu Haverkate (Fn. 64), 234ff.; Schmidt-Aßmann (Fn. 27), 263; Ehlers Jura 1997, 180ff.; Tettinger/Mann (Fn. 196), 62f.; Battis/Kersten DÖV 1996, 584, 585.

²²⁰ Dafür Salzwedel in: Tettinger/Mann/Salzwedel (Fn. 189), 88ff.; ähnlich Fehling (Fn. 166), 403.

²²¹ BVerfGE 35, 79, 126 nimmt Art. 20 Abs. 2 GG als Prüfungsmaßstab nicht in den Blick (richtig Püttner [Fn. 202], 360); das BVerfG misst nur am Maßstab des Art. 5 Abs. 3 GG und stellt zur Rechtfertigung auf den Sachverstand ab. Auch Hendlers Hinweis auf Art. 12 GG (Selbstverwaltung [Fn. 19]), 310; s. auch Hendler in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 34, bezieht sich nur auf diesen rechtlichen Aspekt. Wegen Art. 20 Abs. 2 GG halten die Mitwirkung des nicht-wissenschaftlichen Personals ausdrücklich für verfassungswidrig: Krü-

anders, etwa mit Besonderheiten der Wissenschaft,²²² allerdings kaum motivieren.²²³ Jedenfalls muss der Gesetzgeber den Einfluss des Personals wegen der damit einhergehenden Risiken eng begrenzen und sachgerecht austarieren;²²⁴ dafür kommen auch außerhalb der Hochschulen²²⁵ der Ausschluss von bestimmten Entscheidungen und das Gebot doppelter Mehrheiten in Frage.

4. Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung

Unabhängig davon, ob das Selbstverwaltungsrecht durch Verfassung oder durch einfaches Gesetz eingeräumt ist, sind staatliche Ingerenzen in die Aufgabenwahrnehmung nur zulässig, soweit sie auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden können. Dieser Satz gilt für jede Art der Selbstverwaltung.

Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung wird indessen vielleicht noch stärker als durch politisch ja stets rechtfertigungsbedürftige staatliche Eingriffe durch die Ausweitung des Gesetzesvorbehalts²²⁶ eingeschränkt.²²⁷ Dagegen helfen Experimentierklauseln nicht.

Werden die an die staatliche Verwaltung gestellten Anforderungen im Ergebnis eins zu eins auf die Selbstverwaltung übertragen, büßt diese ihre Spielräume in weiten Bereichen ein, kann die an sie gerichteten Erwartungen, situationsgerecht und innovativ zu verwalten, nicht mehr erfüllen und muss die intendierte Entlastung der staatlichen Willensbildung verfehlen.²²⁸ Wenn als gesetzliche Grundlage für Eingriffe eine Satzungsermächtigung als solche nicht ausreichen soll, sondern verlangt wird, sie müsse denselben oder praktisch denselben Bestimmtheitsanforderungen genügen wie bei Rechtsverordnungen, und der Gesetzgeber müsse

ger PersV 1991, 1, 4ff.; *Leuze* in: HdbWissR, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, 859, 877ff.; kritisch *Rupp* WissR 7 (1974), 89, 99; *Bethge* (Fn. 170), Rn. 181.

²²² Gegen die Berufung auf Art. 5 Abs. 3 GG auch BVerfGE 35, 79, 126.

²²³ *Walter Schmidt* NJW 1973, 585, 588, Fn. 35; *Bethge* (Fn. 170), Rn. 181; *Löwer* (Fn. 184), Rn. 32.

²²⁴ *Schmidt-Aßmann* (Fn. 25), 361, verlangt in einem ähnlichen Zusammenhang eine „Ausgestaltung des Amtsstatus“, die sicherstellt, dass sich die Betreffenden „nicht dominierend als Vertreter von Sonderinteressen verstehen“.

²²⁵ Dazu § 37 HRG, §§ 13 Abs. 2 S. 2 und 3, 14, 121 Abs. 1 HG NW.

²²⁶ Zu den Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts *Kluth* Die Verwaltung (Fn. 19), 374.

²²⁷ S. dazu schon *Blümel* (Fn. 105), 197; von *Mutius* Gutachten E zum 53. DJT, 1980, 87; *Hufen* (Fn. 20), 60ff.; ähnlich für den Bundesstaat *Oeter* (Fn. 31), 147.

²²⁸ Es handelt sich um eine Form der „Verrechtlichungsfälle“ (*Hoffmann-Riem* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* [Fn. 151], 11, 13).

die „wesentlichen“ Entscheidungen selbst treffen,²²⁹ geht das deutlich über die Vorgaben des Facharztbeschlusses²³⁰ hinaus.²³¹ Dem rechtsstaatlichen Bedürfnis nach einer ausdrücklichen normativen Regelung werden auch Satzungen gerecht. Dem demokratischen Anliegen der Einbindung des Betroffenen in die Willensbildung zum Erlass dieser Normen kommt die Willensbildung in der Selbstverwaltung mindestens im selben Umfang entgegen wie die staatliche Gesetzgebung.²³² Den möglichen Nachteilen im Verfahren der Willensbildung im Vergleich zu den Parlamenten steht die größere Sachnähe gegenüber. Es ist deshalb gerechtfertigt, die Argumentationslast umzukehren; wo Selbstverwaltung – nicht nur kommunale Selbstverwaltung – nicht wesentlich über die Regelung eigener Angelegenheiten hinausgeht, genügt es, wenn eine gesetzliche Bestimmung den Satzungserlass für den betreffenden Regelungsgegenstand abdeckt.²³³ Den leitenden Überlegungen des Facharztbeschlusses kann der Gesetzgeber dadurch gerecht werden, dass er die Felder identifiziert, in denen die dort angesprochenen Gefahren etwa für Berufsanfänger und Außenseiter²³⁴ sich realisieren können und insoweit eigene prozedurale oder materielle Vorgaben macht.²³⁵

Wenn § 31 SGB I für alle im SGB geregelten Sozialleistungsbereiche einen Totalvorbehalt begründet,²³⁶ muss diese Norm im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte kommunale Selbstverwaltung verfassungskonform sehr restriktiv ausgelegt und auch ihre Anwendung auf an-

²²⁹ *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.) GG-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 128; *Ossenbühl* in: HStR III, 2. Aufl. 1997, § 66 Rn. 31; *Hendler* in: HStR IV (Fn. 19), Rn. 58; *Papier/Möller* SGB 1998, 337, 342 ff.; nicht ganz so weitgehend *Schmidt-Aßmann* (Fn. 27), 261.

²³⁰ BVerfGE 33, 125 ff.

²³¹ Ein Beispiel für die teilweise vertretenen Anforderungen bietet der Konflikt aus der Unfallversicherung über die Bildung von Gefährklassen im bezahlten Fußball (dazu: *Papier/Möller* [Fn. 229], 337 ff.; *Schulz* SGB 1999, 172 ff.).

²³² Dazu BVerfGE 21, 54, 62; *Ossenbühl* in: Erichsen (Fn. 15), § 6 Rn. 66.

²³³ S. *Kluth* Funktionale Selbstverwaltung (Fn. 19), 503 f.; *Schnapp* FS Gitter, 1995, 861, 866 f.; in ähnliche Richtung auch: *Haverkate* (Fn. 64), 238; *Ebsen* VSSR 1990, 57 ff.; *Kne-meyer* (Fn. 176), 252 f.; *Burgi* VerwArch 90 (1999), 70, 92 ff. mwN; *Bethge* (Fn. 170), Rn. 79 ff.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 64), 812; *Dreier* (Fn. 30), Rn. 134 mwN; s. auch *P. Kirchhof* in: HStR IX, 1997, § 221 Rn. 52 f.

²³⁴ BVerfGE 33, 125, 159.

²³⁵ In die Rolle des Schiedsrichters zwischen unterschiedlichen verbandspolitischen Richtungen sollte er sich dabei nicht drängen lassen; dazu *Engel* Die Verwaltung 34 (2001), 1, 20 f.

²³⁶ Die Bestimmung erstreckt die früher nach § 179 Abs. 3 RVO für die Sozialversicherung geltende Rechtslage (dazu *Schnapp* [Fn. 31], 883) auch auf die anderen Leistungsbereiche.

derer Selbstverwaltungsträger sorgfältig geprüft werden.²³⁷ Als Regelungssperre wirkt schließlich auch die über die Bindung an höherrangiges Recht hinausgehende Pflicht zur Rücksichtnahme auf gesetzgeberische Konzeptionen.²³⁸

5. Vorüberlegungen zu einem Wettbewerbsrecht der öffentlichen Verwaltung²³⁹

Schließlich wird die Selbstverwaltung nicht nur durch die staatliche Gesetzgebung in ihren Entscheidungsfreiräumen eingeschränkt. In ihren wettbewerblichen Komponenten ist sie genau wie der Bundesstaat auch von innen heraus, durch Selbstaufgabe gefährdet. Selbstverwaltung ist Recht und Pflicht.²⁴⁰ Die durch Verfassung oder Gesetz etablierte dezentrale Selbstverwaltungsordnung impliziert Wettbewerb, sei es in Form marktlicher, sei es in Form kooperativer Konkurrenz. Dieses Organisationsrecht verbietet es, den Wettbewerb administrativ auszuschließen.

Wo marktliche Konkurrenz herrscht, besteht die Versuchung, Kartelle zu bilden. Auch wo das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht greift,²⁴¹ sind Absprachen und andere Formen des Wettbewerbsausschlusses rechtswidrig, weil und soweit sie den gesetzlich angeordneten Wettbewerb ausschließen.

Auch die zweite Form des Wettbewerbs, die kooperative Konkurrenz, bedarf des Schutzes. Hier droht vor allem die Gefahr, dass Selbstverwaltungsträger sich rechtlich gegenseitig verpflichten, an einer einmal erreichten Lösung festzuhalten und auf diese Weise die Möglichkeit weite-

²³⁷ Der Hinweis von *Bley* (in: SGB-SozVers-GesKomm, Bd. 2, Loseblatt Stand März 2002, § 31 Anm. 6 d) aa)), die Selbstverwaltung sei den Gemeinden nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet, kann eine materielle Rechtfertigung der Bestimmung nicht ersetzen; diese ist schwerlich ersichtlich; kritisch auch *Schnapp* (Fn. 20), 154; wenn man mit *Schnapp* Bochumer Kommentar zum Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1979, § 31 Rn. 28 auch Satzungen als „Gesetze“ im Sinne dieser Vorschrift ansieht, ist das Problem deutlich entschärft.

²³⁸ BVerfGE 98, 106 ff.; 98, 83 ff. Insoweit zustimmend *Di Fabio* NVwZ 1999, 1153 ff.; kritisch *Brüning* NVwZ 2002, 33 ff.; *Lege* Jura 1999, 125 ff.; *Kluth* DSrR 1998, 892 f.; problematisch auch OVG NW, NWVBl. 1995, 170 ff.

²³⁹ Zur Notwendigkeit einer rechtlichen Rahmenordnung für einen funktionsfähigen Wettbewerb in dezentralen öffentlichen Organisationen am Beispiel des Föderalismus *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 209), 949 f.

²⁴⁰ Dazu *Oebbecke* Zweckverbandsbildung und Selbstverwaltungsgarantie, 1982, 65 ff. mwN.

²⁴¹ Dazu *Hellermann* (Fn. 107), 246; *Immenga/Mestmäcker* GWB, 3. Aufl. 2001, Einl. Rn. 25 f., § 1 Rn. 28, § 130 Rn. 7 ff.

rer Optimierung ausschließen.²⁴² Wenn sich nur noch alle gemeinsam bewegen dürfen, geht der Mobilitätsvorteil dezentraler Organisation verloren. Die Selbstverwaltung darf sich grundsätzlich ihres Entscheidungsspielraums, wie sie auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen ihre Aufgaben erfüllen will, nicht begeben;²⁴³ der rechtliche Freiraum, einer besseren Erkenntnis zu folgen, steht nicht zu ihrer Disposition. Eine Ausnahme bilden Kooperationen nach Maßgabe gesetzlicher Vorschriften, wie sie etwa für die kommunale Gemeinschaftsarbeit bestehen.²⁴⁴

Ein Wettbewerbsrecht für die öffentliche Verwaltung ist konsequent, wenn man von der – wohl nicht ganz unrealistischen – Annahme ausgeht, dass es auch hinsichtlich des Wunsches, sich den Anstrengungen der Konkurrenz zu entziehen, handlungsrelevante Gemeinsamkeiten von Wirtschaft und Verwaltung gibt. Es wäre jetzt reizvoll, der Frage nachzugehen, ob solcher Gemeinsamkeiten wegen hier und da auch ein Transfer von Konzepten in die umgekehrte Richtung, von der Verwaltung in die Wirtschaft, sinnvoll sein könnte. Das ist indessen ein anderes Thema.

²⁴² Ähnlich für den Bundesstaat *Oeter* (Fn. 31), 141.

²⁴³ *SächsVerfGH*, LKV 2001, 216, 219 ff.

²⁴⁴ Für eine verfassungsrechtliche Kooperationshoheit der Gemeinden *Dreier* (Fn. 30), Rn. 128 mwN.

Leitsätze des 1. Berichtstatters über:

Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung

I. Ökonomisierung und Europäisierung als Entwicklungsmomente der Selbstverwaltung

1. Unter Ökonomisierung der öffentlichen Verwaltung lässt sich die Übernahme von Konzepten aus der Wirtschaft in die Verwaltung verstehen. Die Ökonomisierung ist ein wichtiges Entwicklungsmoment der Verwaltung neben anderen (etwa Europäisierung, Vordringen schneller Transportmittel und der Kommunikations- und Informationstechnik).

2. Begriffsnotwendig für Selbstverwaltung ist der auf der Basis eigenständiger Willensbildung und unabhängig von staatlichen Vorgaben auszufüllende Entscheidungsbereich einer juristischen Person des öffentlichen Rechts.

3. Das personelle Substrat der Selbstverwaltung ist besser als „Beträute“ denn als „Betroffene“ zu charakterisieren.

II. Elemente einer Empirie und Theorie der Selbstverwaltung

1. Funktionen der Selbstverwaltung

4. Die Sach- und Problemnähe als Vorteile der dezentralen Selbstverwaltung gehen einher mit Nachteilen, vor allem mit der erschwerten Rückkopplung zwischen Vollzug und Gesetzgeber.

5. Wie der Föderalismus weist die Selbstverwaltung eine große Nähe zum Wettbewerb auf. Wichtiger als der marktliche Wettbewerb ist die kooperative Konkurrenz der Selbstverwaltungsträger um bessere Lösungen und bessere Leistungen. Typisch für die kooperative Konkurrenz ist der Informationsaustausch und seine Institutionalisierung, meist in Verbandsform.

6. Normative Vorgaben verbessern in der kooperativen Konkurrenz zwar die Bedingungen für das gegenseitige Lernen durch Angleichung der Problemlagen, sie reduzieren aber die Spielräume für die praktische Realisierung neuer Lösungen.

7. Manche Formen der Ökonomisierung können Innovationen abträglich sein, etwa weil die Anpassung von Anreizsystemen nicht Schritt hält.

2. Selbstverwaltung und Staat

8. Selbstverwaltung bedarf der Steuerung und der Koordination durch den Staat. Je engermaschiger die gesetzlichen Vorgaben für die Selbstverwaltung sind, desto enger sind allerdings ihre Handlungsspielräume; ohne relevante und intelligent arrangierte Entscheidungsfreiräume ist Selbstverwaltung ineffektiv.

9. Zielvereinbarungen zwischen Staat und Selbstverwaltungsträger substituieren die finanzielle Steuerung über die Zuweisung von Haushaltsmitteln; wo eher Zweckzuweisungen üblich sind, kommt dieses Instrument nicht recht zum Zuge.

10. Die staatliche Aufsicht ist das klassische, nicht das einzige Mittel, die Beachtung des Gesetzes sicherzustellen. Wo Entscheidungen der Selbstverwaltung durch die Anwendung ökonomischer Methoden rationalisiert werden, wird auch ihr Nachvollzug und damit ihre Kontrolle erleichtert.

3. Handlungsbedingungen

a) Innere Verfassung

11. Die partizipatorische Effektivität der Selbstverwaltung ist sehr unterschiedlich. Die nur reduzierten Entscheidungsspielräume und die Schwierigkeiten der Kommunikation in Massenorganisationen wie der Rentenversicherung lassen die herkömmlichen Instrumente der Willensbildung von unten nach oben an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit stoßen.

b) Aufgabenzuschnitt

12. Für die Selbstverwaltung ist die Aufgabenerfüllung durch fachlich-technische Einrichtungen und durch tatsächliche Erfolgsbewirkung typisch.

13. Über Privatisierungen gibt vor allem die kommunale Selbstverwaltung bisher wahrgenommene Aufgaben ab und schafft Raum für neue.

14. Die Europäisierung forciert die Ökonomisierung, vor allem über das Beihilferecht.

c) Aufgabenerfüllung

15. Zielvereinbarungen erhöhen die Dispositionssicherheit und setzen die Anerkennung eines Handlungsspielraums auf beiden Seiten voraus.

16. Die ökonomischen Steuerungsmittel zwingen dazu, Ziele und Prioritäten explizit zu machen. Solche Formen der Steuerung erleichtern deshalb zwar die operative Verantwortung der Führung, ihre strategische Verantwortung aber wächst.

17. Die Schaffung von Marktsurrogaten verwischt den Gegensatz zwischen der Bedarfsdeckung in der eigenen Organisation und der Bedarfsdeckung am

Markt. Sie kann mit der intrinsischen Motivation der handelnden Personen eine Funktionsbedingung erfolgreicher Zusammenarbeit in Organisationen gefährden.

d) Finanzen

18. Je weniger die Selbstverwaltung ihren Aufwand beeinflussen kann und je mehr Spielraum sie haben soll, desto mehr ist sie auf Einnahmequellen angewiesen, die der Höhe nach disponibel und hinreichend ertragsstark sind.

19. Das praktizierte Rechnungswesen muss sicherstellen, dass die Entscheider in der Selbstverwaltung wie in den Aufsichtsbehörden die langfristige, effektive und effiziente Aufgabenerfüllung sicherstellen können.

III. Elemente einer Dogmatik der Selbstverwaltung

20. Bei allen Unterschieden zwischen den Zweigen der Selbstverwaltung gibt es – etwa bei der Aufsicht – einen Bestand von Fragen, bei denen der Rückgriff auf allgemeine Lehren der Selbstverwaltung möglich ist.

1. Gewährleistungen

21. Das „unentfaltete Autonomiepotential“ der landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen der hochschulischen Selbstverwaltung harrt nach wie vor seiner dogmatischen Entfaltung.

2. Die demokratische Legitimation

22. Weil Selbstverwaltung begriffsnotwendig (auch) selbständig von staatlichen Vorgaben entscheidet, kann es insoweit keine ununterbrochene Legitimationskette zum Landes- oder Bundesvolk geben.

23. Den Vorzug verdienen solche Vorschläge zur Begründung der Kompatibilität der Selbstverwaltung mit Art. 20 II GG, die es erlauben, die Forderung nach demokratischer Binnenorganisation der Selbstverwaltungsträger auf diese Bestimmung zu stützen.

3. Die personelle Basis der Willensbildung

24. Der Zuschnitt des personellen Substrats und die Aufgabenstellung der Selbstverwaltung müssen korrespondieren.

25. Eine Einbeziehung der beim Selbstverwaltungsträger beschäftigten Mitarbeiter in die personelle Basis ist mit Rücksicht auf das Gebot einer Kor-

respondenz von Aufgaben und Verfassung auch außerhalb der kommunalen Selbstverwaltung verfassungsrechtlich problematisch.

4. Die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung

26. Staatliche Ingerenzen in die Aufgabenwahrnehmung der Selbstverwaltung sind nur zulässig, soweit sie auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden können.

27. Wo die Selbstverwaltung nicht wesentlich über die Regelung eigener Angelegenheiten hinausgeht, ist dem Gesetzesvorbehalt für Eingriffe entsprochen, wenn eine gesetzliche Bestimmung den Satzungserlass für den betreffenden Regelungsgegenstand abdeckt.

5. Vorüberlegungen zu einem Wettbewerbsrecht der öffentlichen Verwaltung

28. In ihren wettbewerblichen Komponenten ist die Selbstverwaltung genau wie der Bundesstaat auch von innen heraus, durch Selbstaufgabe, gefährdet.

29. Mangels abweichender gesetzlicher Regelungen verbietet das die Selbstverwaltung etablierende Organisationsrecht, den Wettbewerb administrativ auszuschließen.

Zweiter Beratungsgegenstand:
Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel

**Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung
und Ökonomisierung**

2. Bericht von Prof. Dr. *Martin Burgi*, Bochum*

Inhalt

	Seite
I. Einführung	407
1. Problemhorizont	407
2. Selbstverwaltung als Begriff des allgemeinen Verwaltungsrechts	408
II. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung der Verwaltungs- rechtsordnung	414
1. Wirkungszusammenhänge	414
2. Duales Herausforderungsprofil	419
III. Die politische Idee der Selbstverwaltung	421
1. Bestand und Bedeutung	421
2. Im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung . .	423
a) Zwang zur Rationalität	423
b) Europäisierung	424
c) Ökonomisierung	425
IV. Der Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung und der Binnenbereich	426
1. Die Ebene der Verwaltungsaufgaben	427
2. Effektivität und Effizienz des Organisationstyps Selbstverwaltung	428
a) Staatliche Organisationsverantwortung	428
b) Effektivität als Bestandteil der rechtlichen Determinanten der Organisationsentscheidung	429

* Dr. *Markus Kaltenborn*, Bochum, ist für ständige Diskussionsbereitschaft und vielfältige Anregungen zu danken.

c) Selbstverwaltungstauglichkeit gegenwärtiger und künftiger Verwaltungsaufgaben	431
d) Gewährleistung von Eigenverantwortlichkeit als Ausdruck organisatorischer Effizienz	436
3. Sektorale Gemeinschaftsunmittelbarkeit von Selbst- verwaltungsträgern	439
a) Die verwaltungsrechtliche Perspektive	439
b) Die wettbewerbsrechtliche Perspektive	441
c) Konsequenzen für die Selbstverwaltung	444
4. Im Binnenbereich des Organisationstyps Selbst- verwaltung	445
a) Gemeinsame Organisationsverantwortung von Staat und Selbstverwaltungsträger	445
b) Zwischen Monokratie und Selbstverwaltungs- bürgerschaft	447
V. Schluss	452

I. Einführung

1. Problemhorizont

Anknüpfend an das Generalthema des zweiten Tages bedeutet Selbstverwaltung *staatliche*¹ Gemeinwohlverantwortung mit verfasster Betroffenteilnahme. Konnte *Hugo Preuß* noch konstatieren, dass in der Beurteilung der Selbstverwaltung als „nützlich, notwendig und unentbehrlich“ die „schönste Einmütigkeit“ herrsche,² so dominieren heute Krisenszenarien.³ Neben die schon klassische Beschreibung der überregulierten und unterfinanzierten Gemeinden⁴ ist die Sorge um die angeblich „im Kern verrotteten Universitäten“⁵, die Frustration über die Selbstverwalter des gesundheitspolitischen Stillstandes in Krankenkassen und Kassenärztereinigungen⁶ sowie der Eindruck getreten, dass die Wirtschaftskammern mehr Kammerverweigerer als ehrenamtlich Mitwirkende mobilisieren. Der Schritt vom Krisenszenario zur Identitätskrise der Selbstverwaltung ist ein kleiner, und er wird beschleunigt durch die allgegenwärtigen Herausforderungen von Europäisierung und Ökonomisierung. Im Zangenriff von unionalem Integrationskalkül und effizienzverheißendem Wettbewerbsdenken scheint es nur die Wahl zwischen der nivellierenden Preisgabe einer weiteren tradierten Institution der deutschen Verwaltungslandschaft oder dem zermürbenden Bau von Schutzbastionen zu geben. Immerhin geht es um grundlegende politische Zielsetzungen und um teilweise gewaltige wirtschaftliche Dimensionen, wenn man bedenkt, dass allein das Ausgabevolumen der Gesetzlichen Krankenkassen bei rund 140 Milliarden Euro pro Jahr liegt.⁷ Die Institution Selbstverwaltung

¹ Innerhalb des breiteren Spektrums des Generalthemas „Öffentliche Gemeinwohlverantwortung“ ist mithin ein durch das Vorhandensein einer Staats- bzw. Verwaltungsaufgabe (vgl. sogleich I 2) markierter Ausschnitt betroffen.

² In: Anschütz/Berolzheimer u. a. (Hrsg.) Handbuch der Politik, 1. Band (Die Grundlagen der Politik), 3. Aufl. 1920, 266.

³ Einschätzung in Anlehnung an *Groß* DVBl. 2002, 1182; vgl. im allgemeineren Zusammenhang des Verwaltungsrechts auch *Sommermann* DVBl. 1996, 889, 891; *Voßkuhle* VerwArch 92 (2001), 184, 185.

⁴ Vgl. bereits *Blümel* und *Grawert* VVDStRL 36 (1978), 171, 186ff., bzw. 277, 295ff. Zur aktuellen Finanzlage vgl. den Gemeindefinanzbericht Der Städtetag 2002, 4ff.

⁵ So der Buchtitel des St. Galler Professors *Peter Glotz* (Im Kern verrottet? Fünf vor zwölf an Deutschlands Universitäten, 1996).

⁶ *Glaeske/Lauterbach/Rürup/Wasem* Weichenstellungen für die Zukunft – Elemente einer neuen Gesundheitspolitik. Veröffentlichungen der Friedrich-Ebert-Stiftung, Gesprächskreis Arbeit und Soziales, 2001, 9f.

⁷ Nach den auf der Homepage gemachten Angaben des Bundesgesundheitsministeriums waren es im Jahr 2000 genau 261 736 000 DM.

erfasst jeden einzelnen, in wechselnden Rollen und in verschiedenen Situationen – von der kassenfinanzierten Wiege bis zur kommunal betriebenen Bahre, um nur die Eckpunkte einer chancenreichen „vita activa“⁸ zwischen Gemeinde- und Wirtschaftsbürgertum, Studierenden- oder Vertragsärzteschaft zu bezeichnen, ganz abgesehen von den vielen schönen Stunden, die die Hochschulprofessoren dazwischen in den zahllosen Gremien der universitären Selbstverwaltung verbringen dürfen. Der folgende Bericht greift das behutsam-nüchtern formulierte Thema mit einem ebensolchen dogmatischen Ansatz auf. Er will der Analyse und Neubestimmung einen Rahmen geben und erste Problemstellungen vertiefen.

2. Selbstverwaltung als Begriff des allgemeinen Verwaltungsrechts

Die existierende Vielzahl dogmatischer Selbstverwaltungsbegriffe⁹ ist Indikator universeller Einsatzfähigkeit wie Produkt traditionsreicher Entwicklung¹⁰ in der nationalen¹¹ Verwaltungspraxis, in den Normtexten und

⁸ Formulierung nach *Hannah Arendt* *Vita activa* oder vom tätigen Leben, 12. Aufl. 2001.

⁹ Ebenso *Bethge* in: v. Mutius (Hrsg.) *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*. FG von Unruh, 1983, 149, 152; *Kleine-Cosack* *Berufsständische Autonomie und Grundgesetz*, 1986, 84, 112. Auf ggf. relevante Begriffe und Erkenntnisse der Staats- bzw. Verfassungstheorie, der Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie und vor allem der Verwaltungswissenschaft ist im Rahmen der Problembewältigung einzugehen (vgl. noch Fn. 12). „Basis aller juristischen Betrachtungen“ ist nach wie vor die rechtsdogmatische Festlegung der Begriffe (*Peters* in: *Verwaltungsakademie Berlin* [Hrsg.] *Gegenwartsfragen der Kommunalverwaltung*, 1929, 139, 140).

¹⁰ Als Gesamtdarstellungen: *Heffter* *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, 1950; *Hendler* *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, 1984, 7 ff.; *Menger* FG von Unruh, 1983, 25 ff.

¹¹ Auf der Ebene der Eigenverwaltung der EG ist der Organisationstyp Selbstverwaltung unbekannt. Dies liegt daran, dass er im EG-Vertrag nicht vorgesehen ist und dass der Organisationsgewalt der Gemeinschaft durch die sog. Meroni-Rechtsprechung des EuGH (Slg. 1958, 9, 42 ff.; Slg. 1977, 741 ff.) enge Grenzen gezogen sind (*Pipkorn* in: *Starck* [Hrsg.] *Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Personalkörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts*, 1992, 227, 243, 266). Die bei *Uerpmann* AöR 125 (2000), 551 ff., beschriebenen „gemeinschaftseigene(n) juristische(n) Personen des öffentlichen Rechts“ ermangeln jedenfalls der Betroffenenmitwirkung; kritisch zu diesen und weiteren Erscheinungsformen der Externalisierung (übersichtliche Darstellung bei *Oppermann* *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, Rn. 444; *Groß* *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, 337 ff.) auf EG-Ebene *Lübbe-Wolff* *VVDStRL* 60 (2000), 246, 267 f., 269 f. Rechtsvergleichend zur kommunalen Selbstverwaltung: *Martini* *Gemeinden in Europa*, 1992, 186 ff.; *Schäfer* *Die deutsche kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union*, 1998, 26 f.; zu einzelnen Erscheinungsformen der funktionalen Selbstver-

in der Rechtswissenschaft.¹² Die Mindestvoraussetzungen, welche vorliegen müssen, um eine bestimmte Erscheinungsform der Verwaltungsorganisation¹³ als „Selbstverwaltung“ klassifizieren zu können,¹⁴ lassen sich zusammenfassen als „eigenverantwortliche Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger unter Mitwirkung der von der Aufgabenerfüllung Betroffenen“.¹⁵ Damit ist ein Organisationstyp¹⁶ charakterisiert, der – gemessen an der Einsatzbreite und am Grad der dogmatischen Verfestigung¹⁷ – aus der pluralen Organisations-

waltung: *Tettinger* Kammerrecht, 1997, 243 f.; *Groß* Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, 1992, 36 ff.; *ders.* (Fn. 3), 1184 f. mwN, sowie für die wirtschaftliche Selbstverwaltung die einzelnen Länderberichte bei *Stober* (Hrsg.) *Wirtschaftsverwaltungsrecht in Europa*, 1993.

¹² Welcher überdies die Verarbeitung der Erkenntnisse der benachbarten Selbstverwaltungswissenschaften innerhalb des rechtlichen Rahmens obliegt, was große methodische Sorgfalt erfordert, vgl. dazu mit Blick auf das Verwaltungsorganisationsrecht *Schnapp* AöR 105 (1980), 243, 258; *Lepsius* Die Verwaltung 32 (1999), 429 ff.; *Jestaedt* Die Verwaltung 35 (2002), 293, 316 f.

¹³ Dagegen geht es bei der neu belebten Diskussion um eine „Selbstverwaltung der Gerichte“ (vgl. nur *van Husen* AöR 78 (1952/53), 49; *Dästner* und *Groß* in: Schulze-Fielitz/Schütz [Hrsg.] *Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit*, Die Verwaltung, Beiheft 5, 2002, 201 ff. bzw. 217 ff.; *Papier* NJW 2002, 2585) um eine veränderte Verteilung der Organisationsgewalt zugunsten der Dritten Gewalt, nicht um die Mitwirkung der von der Sachaufgabenerfüllung Betroffenen. Allerdings können einem Selbstverwaltungsträger der Verwaltungsorganisation auch Aufgaben rechtsprechenden bzw. rechtsetzenden Charakters übertragen sein (vgl. nur *Wolff/Bachof/Stober* Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987, § 84 Rn. 38).

¹⁴ Es handelt sich mithin um einen „Klassenbegriff“ (*Engisch* Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl. 1968, 244, 246), zu dessen Erfüllung mehrere Merkmale stets vorliegen müssen. Von „Mindestanforderungen“ spricht im vorliegenden Zusammenhang auch *Kluth* Die Verwaltung 35 (2002), 349, 352.

¹⁵ Im Anschluss v. a. an *Hendler* Ordnungsprinzip (Fn. 10), 284 ff., und *dens.* in: HStR IV, 1990, § 106 Rn. 15 ff. Daran anknüpfend auch *Kahl* Die Staatsaufsicht, 2000, 9, 30 f.; spezifizierender *Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 541 f., allerdings mit einem bereits legitimationsdogmatisch orientierten Erkenntnisinteresse.

¹⁶ Mithin mehr als eine (privat- oder öffentlich-rechtliche) Organisationsform (zu den diesbezüglichen Begrifflichkeiten vgl. *Burgi* in: von Mangoldt/Klein/Starck [Hrsg.] GG, Band 3, 2001, Art. 86 Rn. 20 ff.). Der Begriff „Standardtyp“ (*Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 1998, 217) ruft m. E. weitere Abgrenzungsprobleme hervor.

¹⁷ Diese fehlt zumindest gegenwärtig Organisationstypen wie der „Kooperationsverwaltung“ (*Schuppert* FG von Unruh, 1983, 183, 200 ff.), der „Kondominialverwaltung“ (hierzu und zur Abgrenzung gegenüber der funktionalen Selbstverwaltung vgl. *Jestaedt* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 72 ff.), der „Kollegialverwaltung“ (*Groß* Kollegialprinzip [Fn. 11], 45 ff.) und den weiteren bei *Schmidt-Aßmann* Ordnungs-

landschaft herausragt, auf gleicher Höhe mit dem Organisationstyp der Staatsverwaltung.¹⁸ Ebenso wie dieser wird auch der Organisationstyp der Selbstverwaltung durch die jeweils gestellten Aufgaben mitbestimmt.¹⁹ Zur Gewährleistung von Betroffenenmitwirkung und Eigenverantwortlichkeit verfügen die Selbstverwaltungsträger ihrerseits über eine spezifische Organisationsstruktur.

Während die Merkmale „Erfüllung von Verwaltungsaufgaben“²⁰ und „öffentlich-rechtliche“²¹ Verwaltungsträgerschaft²² vor allem der Negativabgrenzung gegenüber den Formen der gesellschaftlichen Gemein-

idee (Fn. 16), 218, aufgezählten Typen. Teilweise erfassen diese Kategorien auch Selbstverwaltungsträger.

¹⁸ Im engeren Sinne, d.h. unter Ausschluss der Selbstverwaltung, welche zur Staatsverwaltung im weiteren Sinne zählt (vgl. sogleich im Text). Die hinter diesem Typ stehenden politischen Ideen lassen sich mit dem Begriff „Hierarchie“ zusammenfassen, ohne dass darin schon die Anerkennung eines „Prinzips“ liegt (so aber *Schuppert* Verwaltungswissenschaft, 2000, 590 ff., 598 ff.).

¹⁹ Vgl. *Burgi* in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 51 Rn. 14 f.

²⁰ Als Untergruppe der Staatsaufgaben, verstanden als diejenigen Aufgaben, die der Staat wahrnimmt (*Burgi* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 48 ff.) bzw. zumindest in öffentlich-rechtliche Organisationsform überführt hat, wie in den in diesem Bericht nicht weiter verfolgten (grundrechtlich fundierten) Sonderbereichen von Rundfunk (vgl. zur problematischen Zuordnung von Rundfunkanstalten bzw. Landesmedienanstalten *Khuth* Selbstverwaltung [Fn. 15], 75 ff.; *Schmidt-Preuß* VVDStRL 56 [1997], 160 in Fn. 6, bzw. *Bumke* Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, 289 ff.), Hochschule und Studierendenschaft (vgl. zu deren Zuordnung *Khuth* ebd., 31 ff., 54 ff., 212 ff.). Insoweit ist die Selbstverwaltung Teil der Staatsverwaltung iWs (ebenso *Hendler* [Fn. 15], Rn. 41 f.).

²¹ Ganz hM (vgl. nur *Forsthoff* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 10. Aufl. 1973, 478; *Hendler* Ordnungsprinzip [Fn. 10], 279 ff.; anders *Schuppert* [Fn. 17], 197 ff., der die privatrechtlichen Träger unter bestimmten Voraussetzungen einer Untergruppe „mittelbare Selbstverwaltung“ zuordnen möchte). Noch innerhalb des thematischen Rahmens befinden sich etwaige privatrechtlich organisierte Töchter (etwa die Eigengesellschaften der Gemeinden) sowie die der jeweiligen „Familie“ verbundenen, oftmals privatrechtlich organisierten Dach- und Spitzenorganisationen, wie z.B. der Deutsche Industrie- und Handelskammertag oder die Bundesärztekammer).

²² Im Unterschied zu den anderen „verselbständigten Verwaltungseinheiten“ (zu ihnen vgl. *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 225 f.; *Burgi* [Fn. 19], § 52 Rn. 9) besitzen die Selbstverwaltungsträger mithin Rechtsfähigkeit. Gleichgültig ist, ob es sich um eine Körperschaft oder um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handelt (*Hendler* [Fn. 15], Rn. 28); auch die Einbettung in eine Stiftungsstruktur ist grundsätzlich möglich, wenngleich verfassungsrechtlich problematisch, vgl. zu den diesbezüglichen Diskussionen im Hochschulbereich *Geis* in: ders./Hailbronner (Hrsg.) HRG, Stand Mai 2001, § 58 Rn. 48; *Ipsen* NdsVBl. 2000, 240; *Koch* WissR 34 (2001), 57, 67 ff.; *von Brünneck* WissR 35 (2002), 21.

wohlverantwortung²³ bzw. gegenüber den verselbständigten Verwaltungseinheiten in Privatrechtsform oder ohne Rechtsfähigkeit dienen, sind es die Merkmale „Betroffenenmitwirkung“²⁴ und „Eigenverantwortlichkeit für Ob und/oder Wie der Aufgabenerfüllung“²⁵, über die Identifikation und Legitimation bewirkt werden müssen. Dabei wird unter Anknüpfung an die rein deskriptiv zu verstehende „Betroffenheit“²⁶ zu Recht²⁷ danach differenziert, ob diese auf verschiedene Verwaltungsaufgaben innerhalb eines bestimmten Gebiets (wie bei der kommunalen Selbstverwaltung) oder auf den Inhalt bestimmter Verwaltungsaufgaben bezogen ist,²⁸ wie bei der funktionalen Selbstverwaltung. Freilich ist der hier zugrunde gelegte Begriff nicht auf die Erscheinungsformen bereits verwirklichter Selbstverwaltung beschränkt (mit nachfolgender Fokussierung auf die kommunale Selbstverwaltung,²⁹ die

²³ Sei es nach Privatisierung einschließlich Beleihung, sei es nach einer sog. regulierten Selbstregulierung; ebenso bereits *Schuppert* AöR 114 (1989), 127, 144 ff., ferner *Schmidt-Preuß* (Fn. 20), 163 in Fn. 6; *Di Fabio* VVDStRL 56 (1997), 235, 269, der zu Recht auf Überschneidungen in den politischen Ideen (vgl. III 1) hinweist. Deutlich auch *Schmidt-Aßmann* Die Verwaltung, Beiheft 4, 2001, 253, 261 („Selbstverwaltungsträger stehen kraft ihrer Rechtsform auf Seiten des Staates“).

²⁴ Bewusst unspezifischer formulierend wie etwa *Böckenförde* in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 33 in Fn. 51, der auf die Rekrutierung der Entscheidungsorgane „aus den Betroffenen“ abhebt. Mangels Betroffenenmitwirkung scheiden namentlich die durch Sachverständige geprägten Verwaltungseinheiten aus.

²⁵ Die Staatsaufsicht ist zwar korrelativ, wenngleich nicht schon in einem bestimmten Umfang, mitumschlossen (zur kommunalen Selbstverwaltung: BVerfGE 78, 331, 341; ausführlich *Kahl* Staatsaufsicht [Fn. 15], 496 f.). Dies wird durch das Begriffsmerkmal „Eigenverantwortlichkeit“ hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Der Begriff „Autonomie“ ist vergleichsweise unspezifisch und ohne eigene Aussagekraft, außerdem wird er vielfach auf die Rechtsetzungsbefugnisse von Selbstverwaltungsträgern, mithin auf einen Ausschnitt bezogen; ebenso *Hendler* (Fn. 15), Rn. 38 f.

²⁶ Im Unterschied zu *Jestaedt* (Fn. 12), 337 ff., der hiermit verfassungsrechtliche Assoziationen verbindet. Die Betroffenenmitwirkung in der Selbstverwaltung ist eine Form der „Partizipation“, die sich von anderen Partizipationsformen (aufbereitet bei *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee [Fn. 16], 97 ff.; *Wolff/Bachof/Stober* [Fn. 13], Rn. 33) zunächst durch das erreichte Maß an institutioneller Einbindung unterscheidet.

²⁷ Zur Unterscheidung von kommunaler und funktionaler Selbstverwaltung vgl. *Emde* Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 5 ff.; *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 4 ff.; vgl. auch BVerfGE 83, 37, 55. Weitere Binnendifferenzierungen hat namentlich *Schuppert* (Fn. 17), 203 ff., vorgeschlagen.

²⁸ Wenn zusätzlich andere Aufgaben erfüllt werden (sog. Fremdaufgaben, wie z.B. die staatlichen Aufgaben bei den Kommunen; vgl. nur *Burgi* [Fn. 19], § 53 Rn. 19), dann ist der Begriff trotzdem erfüllt, es ergeben sich aber u.U. rechtliche Probleme (vgl. IV 2 d).

²⁹ Vgl. Art. 28 Abs. 2 GG sowie (beispielsweise) Art. 78 Verf NRW, §§ 1 bis 3 GO NRW. Der Begriff umschließt die Selbstverwaltung in Gemeinden und Gemeindeverbänden (zu

Kammern³⁰ und die soziale Selbstverwaltung in Kranken³¹- und Arbeitslosenversicherung³²),³³ sondern er ermöglicht es, über die Einsetzbarkeit jenes Organisationstyps auch in anderen Aufgabenfeldern nachzudenken, beispielsweise über den Schritt von der „selbständigen Schule“ zur Schule in Selbstverwaltung.

Diese von fachverwaltungsgesetzlicher Konstituierung unabhängige Wirkung verdankt der klassifikatorische³⁴ Selbstverwaltungsbegriff sei-

deren Bestand vgl. *Dittmann* in: Achterberg/Püttner/Württenberger [Hrsg.] Besonderes Verwaltungsrecht II, 2000, § 18).

³⁰ Vor allem in den Industrie- und Handelskammern (IHKs), auf der Grundlage des IHK-Gesetzes, und in den Handwerkskammern, auf der Grundlage der Handwerksordnung, wo jeweils nicht explizit von „Selbstverwaltung“ die Rede ist, sondern davon, dass eine „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ bestimmte Aufgaben zu erledigen habe. Die sog. berufsständischen Kammern sind gegenwärtig nur anzutreffen bei den sog. freien Berufen. Beispielfhaft zu nennen sind die auf Landesebene errichteten Ärztekammern (als Körperschaft des öffentlichen Rechts, z.B. gemäß § 1 S. 2 Heilberufegesetz NRW vom 9. 5. 2000, GVBl. 2000, 403) und die auf der Ebene der Oberlandesgerichte bestehenden Rechtsanwaltskammern (vgl. § 62 Abs. 1 BRAO). Eine ausführliche Phänomenologie bietet *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 82ff., 143ff.; vgl. ferner *Tettinger* Kammerrecht (Fn. 11), 4ff.

³¹ Zu unterscheiden sind die nach Kassenarten getrennten Träger der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. §§ 29 Abs. 1 SGB IV, 4 Abs. 1 u. 2 SGB V) und die Kassenärztlichen Vereinigungen, denen v.a. die Gewährleistung der vertragsärztlichen Versorgung obliegt (§ 75 Abs. 1 u. 2 SGB V); ausführlich zu beiden jüngst *Axer* Die Verwaltung 35 (2002), 377, 379ff., 389ff.

³² Vgl. zu der auf diesem Felde tätigen „Bundesanstalt für Arbeit“ §§ 367 SGB III („Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung“), 189 Abs. 1 S. 1 AFG. Diese ist ungeachtet bestehender Unsicherheiten über den Körperschafts- bzw. Anstaltscharakter (vgl. allg. Fn. 22) erfasst (ebenso *Emde* [Fn. 27] 465f.; anders *Kluth* Selbstverwaltung [Fn. 15], 543f., 208, weil es sich infolge der Wahl der Organe auf Vorschlag der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände um eine verbandsgesteuerte, und daher nicht mitgliedschaftlich verfasste Körperschaft handle). *Ebsen* VSSR 1990, 57, 59f., spricht insoweit von „formelle(r) Selbstverwaltung“, um anzuzeigen, dass es bei der demokratischen Legitimation und bei der Statthaftigkeit der Rechtsetzung Spezifika gibt; ausführlich zur körperschaftlichen bzw. anstaltlichen Selbstverwaltung in der Sozialversicherung ferner *Geis* in: Schnapp (Hrsg.) Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, 2001, 65ff.

³³ Keine spezifische Berücksichtigung finden (außer den bereits in Fn. 20 ausgeschiedenen Selbstverwaltungsträgern in Rundfunk und Wissenschaft) im Zweitbericht die sog. Realkörperschaften (Wasserverbände, Jagdgenossenschaften etc.), vgl. *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 164ff.

³⁴ Seine Wirkung besteht darin, die Ermittlung von Rechtsfolgen zumindest „interpolierend“ (allg. *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee [Fn. 16], 4) zu erleichtern. Konkret betrifft dies Rechtsfolgen des Verwaltungsrechts (z.B. die Reichweite der Staatsaufsicht) wie des Verfassungsrechts (z.B. die demokratische Legitimation). Mit erfolgter Zuordnung einer bestimmten Erscheinungsform der Verwaltungsorganisation zur Selbstverwaltung ist ein bestimmtes Arsenal von Antworten eröffnet.

ner – im Schrifttum allzu oft verschwiegenen³⁵ oder verdrängten³⁶ – Zugehörigkeit zum allgemeinen Verwaltungsrecht. Dessen Funktion ist es bekanntlich, die in verschiedenen Fachgesetzen (vgl. etwa § 1 Abs. 1 S. 2 GO NRW; § 29 Abs. 1 SGB IV) enthaltenen, teilweise unvollständigen³⁷ Regelungen zu transzendieren, gemeinsame Problemstellungen zu identifizieren (gerade auch mit Blick auf die weitgehend von Spezialistenhand gepflegte soziale Selbstverwaltung) und die Transformation der bereichsübergreifenden verfassungsrechtlichen Vorgaben (vor allem des Demokratieprinzips und der Grundrechte) zu erleichtern. Bei der Interpretation der bereichsspezifischen verfassungsrechtlichen Regelungen (namentlich bei Art. 28 Abs. 2 GG)³⁸, kann an die statuierten Mindestvoraussetzungen angeknüpft³⁹ werden. Es gibt demnach kein „staats- bzw. verfassungsrechtliches Prinzip Selbstverwaltung“⁴⁰, wohl aber ein

³⁵ In den Lehr- bzw. Handbüchern des allgemeinen Verwaltungsrechts kommt die Selbstverwaltung als bereichsübergreifender Organisationstyp teilweise gar nicht oder nur ganz am Rande vor (wie etwa bei *Krebs* in: HStR III, 1988, § 69).

³⁶ Zugunsten der Proklamierung eines staats- bzw. verfassungsrechtlichen Begriffs (etwa bei *Jestaedt* Kondominalverwaltung [Fn. 17], 68 u. 71) der in einer neueren Untersuchung (Fn. 12), 293 ff., überdies die Existenz eines „intradisziplinären Verbundbegriffes“ verneint, ohne die Möglichkeit der Verortung auch des materiellen Elements der Betroffenenmitwirkung auf der Ebene des allgemeinen Verwaltungsrechts sowie die Differenzierung zwischen einem Begriff, der die Mindestvoraussetzungen enthält, und weiteren Begriffen mit zusätzlichen Inhalten, in Erwägung zu ziehen; auch *Kluth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 12, 14 ff., bewegt sich auf der staatsrechtlichen Ebene.

³⁷ Namentlich in der wirtschaftlichen und in der berufsständischen Selbstverwaltung fehlt es vielfach an einer expliziten Verbürgung von „Selbstverwaltung“ oder „Eigenverantwortlichkeit“ im jeweiligen Fachrecht. Vorgeschrieben ist dann der das Vorhandensein von Mitgliedern indizierende Körperschaftsstatus und eine spezifische Binnenstruktur (vgl. z.B. §§ 3 Abs. 1, 4 ff. IHKG).

³⁸ Daneben finden sich explizite Aussagen im Text der Art. 90 Abs. 2 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV (iVm Art. 140 GG). Zu weiteren (wichtigeren, aber nicht expliziten) Verbürgungen (v.a. Art. 5 Abs. 3 Satz 1, Art. 87 Abs. 2 GG) vgl. IV 2 b u. 4 b.

³⁹ Da es sich um rechtsgeprägte, nicht um sachgeprägte Gewährleistungen handelt; vgl. auch *Schmidt-Aßmann* GS Martens, 1987, 249, 254 („vorgefunden“).

⁴⁰ So aber *Schmidt-Aßmann* (Fn. 39), 249 ff., der aber nunmehr (Ordnungsidee [Fn. 16], 17) richtigerweise von einem „Standardtyp der Verwaltungsorganisation“ spricht – in einem Buch zum allgemeinen Verwaltungsrecht; *Groß* (Fn. 3), 1182. Der Nachweis eines solchen Prinzips lässt sich weder deduktiv (ebenso *Kahl* Staatsaufsicht [Fn. 15], 255 f.) noch induktiv erbringen (so aber etwa *Brohm* Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, 256; *Hendler* Ordnungsprinzip [Fn. 10], 302 ff.; wie hier *Bethge* [Fn. 9], 151 ff.; *von Mutius* Gutachten E für den 53. DJT, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages [Hrsg.] Verhandlungen, Band I, 1980, 28). Allg. zu den Problemen des Prinzipienbegriffs vgl. *Röhl* Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, 251 ff. Von „Bauform“ spricht *Püttner* Verwaltungslehre, 3. Aufl. 2000, 67 ff.

Verfassungsrecht der Selbstverwaltung, verstanden als die Summe aller verfassungsrechtlichen Aussagen mit Geltung für den beschriebenen Verwaltungsorganisationstyp.⁴¹ Mit der Aufnahme des Merkmals der Betroffenenmitwirkung in die Begriffsbestimmung gelingt die Überwindung der unfruchtbaren Dichotomie von juristischem und politischem⁴² Selbstverwaltungsverständnis.⁴³

Hinter dem eher profan erscheinenden verwaltungsorganisationsrechtlichen Begriff steht die politische Idee der Selbstverwaltung.⁴⁴ Diese bildet freilich nicht eine einzige und fixe Idee, sondern ein ganzes Motivbündel, dem Wandel der Anschauungen über die optimale Organisation der Gemeinwohlverantwortung unterworfen⁴⁵ und bei den einzelnen Selbstverwaltungsträgern in unterschiedlicher Weise entfaltet. Wie nun verhalten sich die politische Idee, der Verwaltungsorganisationstyp als solcher und die jeweils anzutreffende Binnenstruktur im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung?

II. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung der Verwaltungsrechtsordnung

1. Wirkungszusammenhänge

Die unspezifische Verbindung „angesichts von“ in der Themenstellung indiziert, dass eine umfassende systematische Beschreibung der Wirkungszusammenhänge zwischen den etablierten Institutionen der

⁴¹ In BVerfGE 51, 115, 118, wird festgestellt, dass es „nicht ein einheitliches Recht der Selbstverwaltung schlechthin“ gebe.

⁴² Auf der Grundlage des Selbstverwaltungskonzepts von *Rudolf von Gneist* zielte der sog. politische Selbstverwaltungsbegriff auf den Aspekt der *ehrenamtlichen* Beteiligung der Bürger, während der von *Hans Julius Wolff* geprägte juristische Selbstverwaltungsbegriff auf den Umstand der „fachweisungsfreien“ Aufgabenerledigung in dezentraler Verwaltungsträgerschaft fokussierte (zu Bedeutung und Geschichte der Zweiteilung vgl. *Hendler* Ordnungsprinzip [Fn. 10], 271 ff.; *Schnapp* StWissStPrax 9 [1998], 149, 152 f.).

⁴³ Bzw. von formalem und materialem Selbstverwaltungsverständnis (kritisch *Kluth* Selbstverwaltung [Fn. 15], 20 f.; (zu) schroffe Entgegensetzung etwa bei *Jestaedt* [Fn. 12], 301 ff.).

⁴⁴ Vgl. bereits *G. Jellinek* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1960, 632, gegenüber *O. Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht, Band II, 3. Aufl. 1924, 394, der „Selbstverwaltung“ als politisches Schlagwort abqualifiziert hatte. Die einzelnen Begriffsmerkmale sind daher zugleich Rezeptoren der ideengeschichtlichen Entwicklung (*Schmidt-Aßmann* [Fn. 39], 250); z.B. rezipiert das Begriffsmerkmal „Eigenverantwortlichkeit“ die Idee der Dezentralität (vgl. noch III 1).

⁴⁵ Ebenso *Schuppert* (Fn. 23), 128 ff.

Verwaltungsrechtsordnung und jenen beiden Vorgängen fehlt.⁴⁶ Um die dogmatische Aufgabenstellung⁴⁷ formulieren und die Vielzahl der Problemstellungen aus den Referenzgebieten der Selbstverwaltung einordnen zu können, ist es daher erforderlich, den die beiden Vorgänge umschließenden Rahmen vorab zu skizzieren.

Der Begriff „Europäisierung“ bezeichnet jedenfalls⁴⁸ die Einwirkungen des europäischen (Rechts-)Denkens und (Rechts-)Handelns auf die nationalstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen.⁴⁹ Bei der dogmatischen

⁴⁶ Die vorliegenden Untersuchungen konzentrieren sich darauf, wie die einzelnen Institutionen inhaltlich betroffen werden und wie die Einwirkungsmechanismen beschaffen sind (stellv., als besonders breit angelegte Arbeiten zur *Europäisierung*: Brenner Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996, 65 ff.; von Danwitz Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, 194 ff.; Hatje Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, 93 ff.; Kadelbach Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, 296 ff.; Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Hrsg.] Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999; ferner Sommermann [Fn. 3]; Schoch Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, 135; Schwarze [Hrsg.] Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999; stärker die allgemeinen Wirkungszusammenhänge einbeziehend Kahl Die Verwaltung 29 [1996], 354 f.; Kämmerer EuR 2001, 27, 28 f.). Auch mit Blick auf die anderen wichtigen Rechtsbereiche (Privatrecht, Strafrecht etc.) bestehen Wirkungszusammenhänge, die ebenfalls intensiv analysiert werden. Allerdings unterscheidet sich das Kraftfeld, in dem sich die Verwaltungsrechtsordnung befindet, von allen anderen grundlegend durch die der Verwaltung zukommende Stellung und Aufgabe als Bestandteil des europäischen Verwaltungsraumes (vgl. sogleich im Text). – Noch unerforschter ist der Teilbereich der *Ökonomisierung*. Als erste Arbeiten seien genannt: Oettle Die Verwaltung 32 (1999), 291; Morlok in: Engel/Morlok (Hrsg.) Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, 1; Wälther JZ 2001, 209; Gröpl Haushaltsrecht und Reform 2001, 327 ff.; ders. VerwArch 93 (2002), Heft 4, iE; Schneider Die Verwaltung 34 (2001), 317; Pünder Kommunales Haushaltsrecht im Umbruch, Manuskript der Habilitationsschrift, Münster 2002, 70 ff. (1. Teil, 4. Abschn. A II 2).

⁴⁷ Allg. zu dieser vgl. hier nur Brohm VVDStRL 30 (1972), 245, 246 f.; Burgi Funktionale Privatisierung (Fn. 20) 14 f.; Kadelbach Verwaltungsrecht (Fn. 46), 275 ff., 287 ff. (sub specie *Europäisierung*); Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 16), 6 f.

⁴⁸ Zur gebotenen Erweiterung der Perspektive auf den „europäischen Verwaltungsraum“ vgl. sogleich im Text.

⁴⁹ Begriffsbestimmung nach Schmidt-Aßmann FS Lerche, 1993, 513; Rengeling in: ders. (Hrsg.) *Europäisierung des Rechts*, 1996, 1, 2; Kämmerer (Fn. 46), 28 f. Mit Blick auf die Sozialrechtsordnung vgl. Haverkate/Huster *Europäisches Sozialrecht*, 1999, Rn. 1 ff. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die Ebene der Europäischen Gemeinschaft. Auf die zumindest politische Bekräftigung, die die *kommunale* Selbstverwaltung durch die auf der Ebene des Europarates angesiedelte „Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung“ (umgesetzt durch Gesetz vom 22. 1. 1987, BGBl. II, 65) erfährt, sei hingewiesen (ausführlich hierzu jüngst Schaffarzik *Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung*, 2000).

Bewältigung dieses Vorgangs darf nicht die überholte Perspektive der Trennung von Gemeinschaftsverwaltungsrecht einerseits, europäisiertem nationalen Verwaltungsrecht andererseits leitend sein, sondern es gilt, die rechtliche Ordnung des Verwaltungsraumes sub specie „Selbstverwaltung“ im europäischen Staatenverbund zu entfalten.⁵⁰

Der Begriff „Ökonomisierung“ kann im Kontext der Verwaltungsrechtsordnung⁵¹ m.E. die Einwirkungen⁵² eines an den ökonomischen Maßstäben von Effektivität und Effizienz⁵³ bzw. an den Strukturen von Markt

⁵⁰ Vgl. *Ladeur* EuR 1995, 227, 238f.; *Wahl* Der Staat 38 (1999), 495, 502ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 16), 36f., 307ff., und *dens.* FS Steinberger, 2002, 1375, 1380f. Diese Perspektive schließt prinzipiell auch die Ebene der Verwaltungsorganisation der Gemeinschaft ein, von welcher im Bereich der Selbstverwaltung aber keine Wirkungen ausgehen können (vgl. I 2). *Siedentopf/Sperr* DÖV 2002, 753, präferieren angesichts der fortbestehenden Divergenzen den Begriff „Europäische Verwaltungsgemeinschaft“.

⁵¹ Das mit „ökonomisches Paradigma“ (vgl. nur *Kirchner* in: *Engel/Morlok* [Fn. 46], 315, 318f.) umschriebene Spektrum ist zu breit und aus rechtswissenschaftlicher Sicht zu unspezifisch, um in toto als Bezugspunkt dienen zu können. Es erscheint daher sinnvoll, gleichsam von der anderen Seite des Kraftfeldes, d.h. von der Verwaltungsrechtsordnung her schauend, sich auf die besonders relevanten Ausprägungen zu konzentrieren, ohne die (noch zu leistende) Analyse der Ableitungen auch nur im Ansatz unternehmen zu können.

⁵² Damit gelangt zum Ausdruck, dass man es mit Denken und Handeln zu tun hat, das seinen Ursprung in einem anderen Lebensbereich, nämlich dem der Privatwirtschaft hat (*Oettle* [Fn. 46], 292). Von dort aus sind immer weitere Bereiche erfasst worden (wissenschaftlich begleitet im Wandel von der Ökonomie zur Ökonomik, skizziert bei *Söllner* Die Geschichte des ökonomischen Denkens, 2. Aufl. 2001, 50ff.; *Gröpl* [Fn. 46], 328ff.; dem entspricht der Sprachgebrauch im Englischen, wo zwischen „economy“ und „economics“ unterschieden wird), wodurch sie automatisch auch mehr Relevanz für Gegenstände und Fragestellungen, die der Verwaltungsrechtsordnung unterliegen, gewinnen konnten. Die Abgrenzung zum „Ökonomismus“ (in Anlehnung an *Oettle* ebd., 296) erfolgt dadurch, dass dieser auf die notwendige Einordnung in das Ganze verzichtet und die ökonomischen Aspekte absolut setzen würde. Der Ökonomismus ist es eigentlich, auf den die gegenwärtig viel diskutierten populärwissenschaftlichen Publikationen (etwa *Friedmann* Der ökonomische Code, 1996; *Forester* Terror der Ökonomie, 1997; *dies.* Die Diktatur des Profits, 2001; *Saul* Der Markt frisst seine Kinder, 1997) abzielen.

⁵³ *Effizienz* bezeichnet eine Maßgröße für das Verhältnis der eingesetzten Mittel (Kosten, Ressourcen – etwa durch und in der Verwaltungsorganisation, wobei zu beachten ist, dass die Ressourcen einen mehr als nur ökonomischen Wert haben können; *Hoffmann-Riem* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann* [Hrsg.] Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 11ff.) zu dem erzielten Erfolg (Nutzen in einem weit verstandenen Sinne). Mithin geht es um die Relation zwischen erreichtem Output und verwendetem Input. Dabei ist mit Hilfe des sog. Transaktionskostenansatzes (zu ihm vgl. *Richter/Furubotn* Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl. 1999, 47ff.; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft [Fn. 18], 576ff.) auch die Einbeziehung von Informations-, Kontroll- und Abwicklungskosten möglich. *Effektivität* betrifft die Relation zwischen Outputziel

und Wettbewerb⁵⁴ orientierten Denkens und Handelns kennzeichnen.⁵⁵ Europäisierung ist mithin ein raumbezogener, Ökonomisierung ein durch bestimmte Inhalte charakterisierter Vorgang. Die wichtigsten Erscheinungsformen der Europäisierung, zu denen die Aspekte der Selbstverwaltung bislang allerdings nicht zählten, sind heute Teil des Examenswissens, während Ökonomisierung im juristischen Sprachgebrauch kaum mehr als ein Schlagwort ist.⁵⁶ Europäisierung und Ökonomisierung überschneiden sich, wenn gerade durch europäische Impulse eine ökonomische Ausrichtung bewirkt wird.⁵⁷

Ein erster Systematisierungseffekt tritt ein, wenn man innerhalb der *Objekte* von Europäisierung und Ökonomisierung danach differenziert, ob die politische Idee oder die rechtliche Form Selbstverwaltung betroffen ist. Im Hinblick auf diese ist danach zu unterscheiden, ob die jeweils erfüllte Verwaltungsaufgabe⁵⁸ oder der Verwaltungsorganisationstyp als solcher ein-

und Output und bildet eine Maßgröße für den Zielerreichungsgrad, gleichgültig mit welchen Mitteln, *Hoffmann-Riem* ebd., 17 f.; *Schmidt-Abmann* ebd., 245, 246 ff.; *Buddäus/Finger* Die Verwaltung 32 (1999), 313, 326; *Gröpl* (Fn. 46) 343 ff. Ausführlich *Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, 323 ff.; *Pünder* (Fn. 46), 71 ff. (I. Teil 4. Abschn. A II), und früher schon *Eichhorn*, Verwaltungshandeln und Verwaltungskosten, 1979, 20 ff.

⁵⁴ Wettbewerb ist auch außerhalb eines Marktes (im Sinne eines realen Austausches von Gütern und Dienstleistungen im Rahmen von Angebot und Nachfrage) möglich, und zwar als sog. virtueller Wettbewerb (*König* DVBl. 1997, 239, 244).

⁵⁵ Eine allgemein anerkannte Begriffsbestimmung gibt es nicht.

⁵⁶ Erste Analysen beschäftigen sich mit thematisch abgegrenzten Teil-Kraftfeldern des staatsrechtlichen Bereichs (zum Bundesstaat: *Sauerland* Föderalismus zwischen Freiheit und Effizienz, 1997; *Oeter* in: *Engel/Morlok* [Fn. 46], 119 ff.; zum Finanzausgleich: *Korrioth* Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, 197 ff.; *Bull* DÖV 1999, 269; zur Staatsverschuldung: *Höfling* in: *Engel/Morlok* [Fn. 46], 85 ff.), des verwaltungs-verfahrensrechtlichen Bereichs (*Holznagel* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann* [Fn. 53], 205 ff.; *Voßkuhle* Die Verwaltung 34 [2001], 347 mwN in Fn. 1), des verwaltungsprozess-rechtlichen Bereichs (*Groß* Die Verwaltung 34 [2001], 371; *Schütz/Schulze-Fielitz* in: *Schulze-Fielitz/Schütz* [Fn. 13], 9), sowie und vor allem mit dem Umweltrecht (*Gawel* DÖV 1999, 281; *Suchanek* Normative Umweltökonomie, 2000, 101 ff.).

⁵⁷ Als Beispiel sei die Liberalisierung von bisher monopolistisch, d. h. den Marktgesetzen entzogenen Leistungsbeziehungen durch die europäischen Liberalisierungsrichtlinien in den Bereichen Telekommunikation, Post und Energie genannt.

⁵⁸ Die Abschtichung der Betroffenheit der Verwaltungsaufgaben (der materiellen Ebene) von der des Verwaltungsvollzugs im Allgemeinen und der Verwaltungsorganisation im Besonderen ist im Hinblick auf die *Europäisierung* mittlerweile gängig, vgl. schon *Zuleeg* FG von Unruh, 1983, 94 ff. (sub specie Selbstverwaltung); *Oebbecke* in: *Ipsen u. a.* (Hrsg.) Verfassungsrecht im Wandel, 1995, 607, 614 f. Hinsichtlich der *Ökonomisierung* ist diese Differenzierung noch nicht ausgeprägt. *Schneider* (Fn. 46), 320 f., unterscheidet verschiedene „Dimensionen“, darunter eine „materielle“ und eine „verfahrensbezogene“. *Gröpl* Haushaltsrecht (Fn. 46), 336 f., differenziert einmal zwischen „externer“ und „in-

schließlich des Binnenbereichs erfasst wird.⁵⁹ Im Verlauf der Vermessung des Kraftfeldes muss mithin die Dogmatik der Selbstverwaltung überprüft und unter Umständen einer Neubestimmung unterworfen werden.⁶⁰

Ein zweiter Systematisierungseffekt lässt sich erzielen, wenn man die Wirkfaktoren, also das, was auf die geschilderten Objekte einwirkt, näher charakterisiert. Dabei zeigt sich, dass Europäisierung wie Ökonomisierung, obschon in unterschiedlichem Maße, zugleich für eine politisch-rechtliche Strategie stehen und Phänomene der sozialen Wirklichkeit bilden, d.h. Vorgänge im Verwaltungsumfeld, die dem Recht vorausliegen. Darin unterscheiden sie sich gemeinsam von den anderen wichtigen⁶¹ Wirkfaktoren, mit denen die Verwaltungsrechtswissenschaft gegenwärtig konfrontiert ist; von vergleichbarem Gepräge sind beispielsweise die mit dem Begriff „Internationalisierung“⁶² oder die mit dem Begriff „Informatisierung“⁶³ zusammengefassten Faktoren. Die klassischen Faktoren Finanznot und Aufgabenkomplexität hingegen sind primär Phänomene der sozialen Wirklichkeit, Faktoren wie Deregulierung,⁶⁴ Verantwortungsteilung⁶⁵ oder Kooperationsalisierung⁶⁶ sind bereits Strategien.

terner“ Ökonomisierung, dann (VerwArch 2002, Fn. 46), II 2 u. ö., zwischen „Binnen-ökonomisierung“ („nur“ die Verwaltung betreffend) und „Ökonomisierung des Verwaltungsrechts“, wobei er zwischen Ökonomisierung des Verfahrensrechts (iwS) und Ökonomisierung des materiellen Rechts unterscheidet.

⁵⁹ Wobei sich Einwirkungen auf die politische Idee bzw. auf die erfüllten Verwaltungsaufgaben wiederum auf den Einsatz des Verwaltungsorganisationstyps und dessen Binnenorganisation auswirken können, wie zu zeigen sein wird (IV).

⁶⁰ Damit können sich Innovationsanstöße und die Lösung von Verkrustungen verbinden, etwa nach dem Beispiel der Überwindung des Postulats „keine Haftung für legislatives Unrecht“ im Zuge der Europäisierung des Staatshaftungsrechts, vgl. nur *Schoch* (Fn. 46), 143 f. Ungeachtet der Notwendigkeit der Einbeziehung künftiger Entwicklungen ist allerdings die Grenze zur Rechtspolitik zu wahren (*Brohm* [Fn. 47], 251 f.).

⁶¹ Welche auch bei der folgenden Analyse nicht gänzlich außer Betracht bleiben können, da es Überschneidungen und wechselseitige Verstärkungen gibt, etwa von Europäisierung und Verantwortungsteilung in Gestalt des sog. Umweltaudits oder von Ökonomisierung und Verantwortungsteilung in Gestalt der Regulierungsansätze im Internet, vgl. *Schneider* (Fn. 46), 336 ff.; zu undifferenziert demgegenüber *Wallerath* (Fn. 46), 215 ff.

⁶² Vgl. (für den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts) nur *Schmidt* Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, 165 ff.; *Stober* Globales Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2001. Zunehmende Bedeutung dürften in den kommenden Jahren die Festlegungen des „General Agreement on Trade in Services“ (GATS) erlangen.

⁶³ Vgl. nur *Hoffmann-Riem* DÖV 1997, 433; *Britz* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-ABmann* (Hrsg.) Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, iE.

⁶⁴ Vgl. nur *Wallerath* (Fn. 46), 217.

⁶⁵ Vgl. nur die Beiträge in *Schuppert* (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlanke“ Staat*, 1999.

⁶⁶ Bündig *Vobkühle* (Fn. 3), 203 f. mwN.

2. *Duales Herausforderungsprofil*

Dass Europäisierung wie Ökonomisierung Phänomen und Strategie in einem sind, wirkt sich auf das dogmatische Arbeitsprogramm aus. Bereits als Phänomene der sozialen Wirklichkeit bilden sie eine Herausforderung für die Verwaltungsrechtsdogmatik, zu deren Aufgaben nach heutigem Verständnis die zukunfts offene Verarbeitung der sich kontinuierlich wandelnden Sachanschauungen und -strukturen in Wirtschaft und Gesellschaft, Kultur und Philosophie gehört.⁶⁷ Dass sich mit den als „*Ökonomisierung*“ bezeichneten Vorgängen jedenfalls bestimmte Anschauungen und Strukturen in der sozialen Wirklichkeit verbinden – etwa die hohe Bewertung von Individualität⁶⁸ und die Ausstrahlung des Wettbewerbsgedankens in immer neue gesellschaftliche Bereiche – ist offensichtlich.⁶⁹ Aber auch die Vorgänge der „*Europäisierung*“ dürfen nicht auf die Europäisierung durch Recht reduziert werden.⁷⁰ So gibt es auf die politische Idee „Europa“ bezogene kulturell-philosophische Zeitströmungen,⁷¹ grenzüberschreitende gesellschaftliche Entwicklungen und vor allem die zunehmende Verflechtung der Märkte in Europa. All diese Facetten der sozialen Wirklichkeit speisen die Entwicklung der politisch-rechtlichen Strategien, welche ihrerseits Entwicklungen in der sozialen Wirklichkeit in Gang zu setzen oder zu beeinflussen vermögen.⁷²

Als Strategien bilden Europäisierung wie Ökonomisierung ein Arsenal von Steuerungsansätzen innerhalb des rechtlichen Rahmens.⁷³ Insoweit

⁶⁷ Daraus folgt das Erfordernis der Auseinandersetzung mit den anderen Selbstverwaltungswissenschaften (vgl. bereits I 2).

⁶⁸ *Penski* DÖV 1999, 85; *Budäus/Finger* (Fn. 53), 314 (auch zu weiteren Aspekten).

⁶⁹ Trotzdem wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum bislang nicht in der hier vorgeschlagenen Weise differenziert. So erscheint „Ökonomisierung“ bei *Voßkuhle* (Fn. 3), 209 ff., komplett als „Strategie“; bei *Battis* DÖV 2001, 309, 312, werden immerhin „Kenntnisnahme“ und „Reaktion“ seitens des Rechts unterschieden.

⁷⁰ Explizit *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 16), 29 u. 34.

⁷¹ Skeptisch zu Versuchen, die europäische Integration als die Institutionalisierung einer (namentlich abendländisch-christlichen) Wertegemeinschaft zu begreifen von *Bogdandy* *Der Staat* 39 (2000), 169, 171 ff. (mit entsprechenden Nachweisen). Zu „Europa als politische Idee und als rechtliche Form“ vgl. den gleichnamigen Band von *Isensee* (Hrsg.) 1993.

⁷² Ähnlich (mit Blick auf die Europäisierung) *Kämmerer* (Fn. 46), 27 ff.

⁷³ Zu den Möglichkeiten und Grenzen des sog. steuerungswissenschaftlichen Ansatzes, dessen vornehmlichste Stärke – in aller Kürze – darin besteht, die verschiedenen Steuerungsinstrumente im europäischen Verwaltungsraum (außer Recht v.a. Personal, Organisation, Finanzen) je für sich und im Verbund analysieren und Alternativen beschreiben zu können, vgl. *Schuppert* in: *Grimm* (Hrsg.) *Wachsende Staatsaufgaben – sinnkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, 217 ff.; *Burgi* (Fn. 19), § 51 Rn. 18 f. mwN.

stellen sie eine noch intensivere, da unmittelbare Herausforderung für die Dogmatik der Selbstverwaltung dar. Dass „Europäisierung“ in erster Linie für ein rechtlich geprägtes Konzept steht, wurde bereits festgestellt.⁷⁴ Eine Strategie im Sinne eines rechtlich mitgeprägten Wirkfaktors ist aber auch in dem mit „Ökonomisierung“ beschriebenen Teil des Kraftfeldes zu erkennen. Hier gibt es zahlreiche Formen des Einsatzes ökonomischer Elemente in der Verwaltungspraxis und erste Aussagen im einfachen Recht;⁷⁵ auf der theoretisch-methodischen Ebene erstrecken sich die ökonomischen Analysen von Staat und Recht zunehmend auch auf verwaltungsrechtliche Themenstellungen.⁷⁶ Beide Strategien beeindruckten freilich nicht durch Planmäßigkeit und harren ihrerseits in erheblichem Maße der rechtswissenschaftlichen Bewältigung, d.h. neben die Heraus-

Wichtig ist die Erkenntnis, dass auch die außerrechtlichen Steuerungsansätze und die hierdurch veränderten Maßstäbe (z.B.: Effizienz) innerhalb der Rechtsordnung verarbeitet werden müssen, *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 16), 25; *Lepsius* (Fn. 12), 443 f.; *Hoffmann-Riem* (Fn. 53), 27.

⁷⁴ Im einzelnen sind es das Primärrecht, die zahllosen Normsetzungsakte des Sekundärrechts sowie die Rechtsanwendung durch EU-Kommission und EuGH und die veränderten Organisations- und Handlungsstrukturen, vgl. dazu *Hatje* Steuerung (Fn. 46), 113, der auf die vielfach bestehende Unmöglichkeit des Kausalitätsnachweises hinweist. Mit dem europäischen Recht halten auch die hinter diesem stehenden, teilweise anderen, teilweise identischen Ausprägungen des *Rechtsdenkens* Einzug (vgl. dazu *von Danwitz* System [Fn. 46], 374 ff.), etwa den Auftrag des Verwaltungsrechts betreffend (vgl. *Schoch* [Fn. 46], 142 f., der die durch das Anliegen eines effektiven Vollzugs geprägte Eindimensionalität des europäischen Verwaltungsrechts [in seiner Handhabung durch den EuGH] analysiert). Dabei wirken die europäischen Impulse nicht nur innerhalb, sondern – mittelbar-faktisch – auch außerhalb der Bereiche des Vollzugs von Gemeinschaftsrecht ein (zu diesem sog. Overspill-Effekt vgl. *Ladeur* [Fn. 509], 239).

⁷⁵ Vgl. IV 4 b. Es ist angesichts des Instrumentalcharakters der Organisation kaum verwunderlich, dass das ökonomisierte Rechtsdenken im Binnenbereich der Verwaltung Platz greifen konnte, worauf bereits *Morlok* (Fn. 46), 23, hingewiesen hat.

⁷⁶ So sind v.a. zu unterscheiden die heute vorherrschende Strömung der sog. Neuen Institutionenökonomik (vgl. nur *Richter/Furubotn* [Fn. 53], v.a. 453 ff.) und die mehr im politologischen Bereich wirkmächtige „Neue Politische Ökonomie“ (bündige Vorstellung dieses und weiterer Ansätze bei *Gröpl* [Fn. 46], 331 f. u. 335 mwN). Der Institutionenbegriff ist weit und umfasst Rechts- und Sozialregeln sowie andere Entscheidungssysteme, mithin auch die Organisationstypen innerhalb des Staates sowie andere Systeme der Gemeinwohlverwirklichung. Dies macht es möglich, Selbstverwaltung mit Staatsverwaltung sowie (z.B.) mit regulierter Selbstregulierung zu vergleichen (sog. institutional choice; vgl. näher IV 2 a). Mit Blick auf die Verwaltungsorganisation ist ferner der Teil-Ansatz der sog. principal-agent-Theorie von Bedeutung (*Richter/Furubotn* [Fn. 53], 163 ff., 201 ff.; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft [Fn. 18], 621 ff.), der es ermöglicht, Leistungsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger und innerhalb der Verwaltung als Auftraggeber/Auftragnehmer-Verhältnis zu konstruieren.

forderung für die Dogmatik der Selbstverwaltung tritt die dogmatische Herausforderung, die Europäisierung und Ökonomisierung⁷⁷ als Strategien bilden.

III. Die politische Idee der Selbstverwaltung

1. Bestand und Bedeutung

Die politischen Gründe,⁷⁸ die den Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung über die sektoralen Einsatzbereiche und die dort wirkenden Ideen hinweg tragen, bilden ein seit Jahrzehnten fest geschnürtes Bündel. Sie geraten vor allem in den Einsatzbereichen, in denen eine verfassungsrechtliche Anerkennung fehlt bzw. die erst zukünftig erschlossen würden, in den Blick. Die Analyse ergibt, dass veränderte Anschauungen über die Organisation der Gemeinwohlverwirklichung sich bislang nur auf die Gewichtung innerhalb des Motivbündels,⁷⁹ nicht aber auf seine Zusammensetzung ausgewirkt haben. Die beiden zentralen Stränge bestehen unverändert in den Zielen der Dezentralisation und der Staatsent-

⁷⁷ Hier kann angeknüpft werden an die methodischen Überlegungen, die in der Auseinandersetzung mit der sog. ökonomischen Theorie des Rechts (*Assmann/Kirchner/Schanze* [Hrsg.] *Ökonomische Analyse des Rechts*, 2. Aufl. 1993; *Behrens* *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, 1986, 6ff.) vor allem im Bereich des Zivilrechts und bei der Bestimmung der Spielräume bei der Gesetzesauslegung bereits angestellt worden sind (*Eidenmüller* *Effizienz* [Fn. 53], 17ff., 393ff., 450ff.; *Grundmann* *RabelsZ* 61 [1997], 423; *Ladeur* *RabelsZ* 64 [2000], 60, 91ff.; *Adams* [Hrsg.] *Ökonomische Theorie des Rechts*, 2002). Durchgehend Rechnung zu tragen (allg. und weiterführend *Morlok* [Fn. 46], 10f.; *Kirchner* [Fn. 46], 315ff.; *Voßkuhle* [Fn. 56], 365ff.) ist den Schwächen des ökonomischen Rechtsdenkens (Schwierigkeiten bei Bestimmung und Bewertung des Nutzens sowie Komplexität der Ziele bei der Effizienzermittlung; Vermischung empirischer und heuristischer Voraussetzungen (*Lepsius* [Fn. 12], 439); Leistungsgrenzen (v.a.: tendenzielle Geringschätzung der gemeinwohlbezogenen Aspekte (*Morlok* [Fn. 46], 28f.) mit der Gefahr der Untergrabung der Grundlagen des Gemeinwesens (*Wallerath* [Fn. 46], 215f.), ferner Unterkomplexität angesichts der funktionalen Differenziertheit von Staat und Gesellschaft (Wirtschaft).

⁷⁸ Sie sind trefflich zusammengefasst im Facharztbeschluss des BVerfG aus dem Jahre 1972 (BVerfGE 33, 125, 156f.). *Schuppert* (Fn. 23), 129ff., spricht von „Funktionen“, denen er neuerdings (Verwaltungswissenschaft [Fn. 18], 598ff.) „Steuerungsleistungen“ zuordnet.

⁷⁹ Dabei hat die zu I 2 festgelegte Grundlage der Zuordnung zum Staat bestimmend zu bleiben, wenn man so will die Perspektive der „Selbstverwaltung von oben“ (krit. *Hufen* FS Maurer, 2001, 1177, 1178ff.). Die – wie sich zeigen wird (IV 2 d u. 4 b) – berechtigten Anliegen der Stärkung der Eigenverantwortlichkeit und der Bürgerperspektive können von Verfassungen wegen nur auf dieser Grundlage verwirklicht werden.

lastung einerseits,⁸⁰ den Zielen der Vernetzung mit der Gesellschaft und der demokratischen Partizipation andererseits,⁸¹ wozu in bestimmten Einsatzbereichen die Ziele der Integration gesellschaftlicher Interessen⁸² bzw. der Disziplinierung gesellschaftlicher Formationen⁸³ treten können. Dieses Motivbündel ist das Produkt einer beeindruckenden, theoretisch wie praktisch gehaltvollen historischen Entwicklung mit einem Schwerpunkt im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung.⁸⁴ Teil der Entwicklung ist die Kritik, die beide Motivstränge ausdauernd, jedoch letztlich erfolglos begleitet. So wird die Effizienz der dezentralen Aufgabenerfüllung hartnäckig bestritten und die Gefahr der Uneinheitlichkeit von Normvollzug und Lebensverhältnissen beschworen.⁸⁵ Die sich mit der Beteiligung gesellschaftlicher Träger verbindenden Hoffnungen werden durch die Beschreibung von Distanzverlust und Partikularisierung zu dämpfen ver-

⁸⁰ Damit verbinden sich Orts- und Sachnähe, Kenntnis der Umstände und weitere dezentralisationsimmanente Vorteile (allg. *Becker Öffentliche Verwaltung. Lehrbuch*, 1989, 194 ff.; *Bryde VVDStRL* 46 [1988], 181, 182 f.; sub specie Selbstverwaltung *Hendler Ordnungsprinzip* [Fn. 10], 345 ff.), nicht zuletzt der Vorzug, eine vertikale Gewaltenteilung zu bewirken. Klassisch zum Aspekt der Staatsentlastung: *Laband Staatsrecht I*, 1876, 101.

⁸¹ Vgl. nur *Hendler Ordnungsprinzip* (Fn. 10), 302 ff.; *Schuppert* (Fn. 23), 135 f.; *Kluth Selbstverwaltung* (Fn. 15), 236 ff. Hier lassen sich die Teilziele Edukation (klassisch: *Tocqueville De la démocratie en Amérique*, vol. 1, édition définitive sous la direction de J. P. Mayer, 1951, 67 u. ö.) und Identifikation zuordnen. Zur Selbstverwaltung als Modus der Ermöglichung „menschlicher Selbstverwirklichung“ *Klages FG von Unruh*, 1983, 41 ff. Bündig zur Verbindungslinie zwischen Dezentralisation und Partizipation *Taylor Wieviel Gemeinschaft braucht die Demokratie?*, 2002, 23 f.

⁸² Am deutlichsten bei den Wirtschaftskammern, worin bereits *Max Weber* eine Erscheinungsform der „Ökonomisierung“ der Politik gesehen hatte (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1976, 176). Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Vertretung von Interessen im Staat (iwS) gegen den Staat (ieS), etwa auf der Grundlage von § 1 Abs. 1 IHKG, vgl. *Brohm FG von Unruh*, 1983, 777, 792 ff.; *Kluth* (Fn. 14), 366 f., und *BVerfG*, NVwZ 2002, 335, 337.

⁸³ *Forsthoff* (Fn. 21), 476. *Kluth ebd.*, 375, hofft auf eine Ausweitung des Einsatzes der Träger funktionaler Selbstverwaltung als „Ordnungsfaktor im Binnenmarkt“ – wo und mit welchen Mitteln bleibt unklar.

⁸⁴ Nachgezeichnet bei *Pohl FG von Unruh*, 1983, 3 ff.; *Thiel Die Verwaltung* 35 (2002), 25 ff.; vgl. ferner die Nachweise in Fn. 10. Zur Geschichte der in der kommunalen Selbstverwaltung (auch im europäischen Kontext) wirkmächtigen Idee des Kommunalismus: *Blickle Kommunalismus. Skizzen einer gesellschaftlichen Organisationsform*. Band 1, 2000.

⁸⁵ Nach Einschätzung des *BVerfG* (DVBl. 1989, 301, 303) könnte eine „zentralistisch organisierte Verwaltung ... in vielerlei Hinsicht rationeller und billiger arbeiten“ als eine dezentral ausdifferenzierte Verwaltung. Als weiteres Beispiel für eine frühe (auch) ökonomisch inspirierte Argumentation: *Klein FS Forsthoff*, 1972, 165, 173 f.

sucht, unter Verwendung der Etiketten „Ständestaat“⁸⁶ bzw. „Neokorporatismus“⁸⁷.

2. Im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung

a) Zwang zur Rationalität

Um es vorweg zu nehmen: Europäisierung wie Ökonomisierung fügen dem beschriebenen Motivbündel keine weiteren Ideen hinzu. Sie tragen aber ansatzweise zur Stärkung einzelner, bestehender Selbstverwaltungs-ideen bei. Bevor aufgezeigt wird, wie dies geschieht, ist der folgende Hinweis wichtig: Europäisierung und Ökonomisierung verändern im gleichsinnigen Zusammenwirken die Methode des Umgangs mit den Legitimationsgründen. Genühten lange Zeit der reflexartige Verweis auf die Tradition und der ehrfurchtsvolle Blick auf die Ahnengalerie der Selbstverwaltungsdeuter,⁸⁸ so gibt es nun Umstände, die zur Thematisierung der politischen Idee zwingen und die Auswahl-situation (vgl. noch V 1 bzw. VI 1) bei der Entscheidung über die Zuweisung von Verwaltungsaufgaben an Selbstverwaltungsträger bzw. über deren Binnenorganisation determinieren. Das beginnt mit der Feststellung, dass es weder im Verwaltungsraum auf EU-Ebene noch in zahlreichen EU-Mitgliedstaaten einen ver-

⁸⁶ Diesem Etikett zuzuordnende Analysen bei *Weber* Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl. 1967, 24 ff., 29 f., 80 ff., 102 f.; *Scheuner* GS Peters, 1967, 797, 812, sowie aus neuerer Zeit *Merten* VVDStRL 55 (1996), 7, 34 ff.

⁸⁷ Mit diesem Begriff wird in der Politikwissenschaft die (teilweise für mit dem 2. Weltkrieg überwunden gehaltene) Entwicklung der Repräsentation organisierter Interessen durch Verbände, die gleichzeitig an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben teilnehmen, bezeichnet. Betroffen sind freilich nicht allein die Träger der (funktionalen) Selbstverwaltung, etwa die Bundesanstalt für Arbeit, sondern vor allem auch die großen Wirtschaftsverbände, die Tarifparteien etc. (vgl. *Schmitter/Lehmbruch* [Hrsg.] Trends Toward Corporatist Intermediation, 1979; *Streeck/Schmitter* Journal für Sozialforschung 25 [1985], 133 ff.). Der Vorwurf des „Korporatismus“ geht seither mit dem Vorwurf der Reduktion von Konkurrenzelementen einher. Eine Untersuchung des Gesundheitswesens anhand dieses Ansatzes bieten die Beiträge in *Gäffen* (Hrsg.) Neokorporatismus und Gesundheitswesen, 1988.

⁸⁸ Beginnend mit dem *Freiherr vom und zum Stein* (Preußische Städteordnung, 1808), über *Lorenz von Stein* und *von Gneist* zur Genossenschaftslehre (von *Gierke* und *Preuß*; vgl. hierzu *Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II, 1992, 363 f.), mit sodann korporativer Erfassung durch *Rosin* (vgl. *Bieback* Die öffentliche Körperschaft, 1976, 362 ff.); vgl. ferner Fn. 10 u. 84. Schon von verschiedenen „Krisen“ diktierte Arbeiten haben sodann namentlich *H. Peters*, *Köttgen* und *Forsthoff* vorgelegt (bündige Darstellung bei *Stolleis* ebd., 234) und nach 1945 (in fast schon zufälliger Auswahl) *Salzwedel* VVDStRL 22 (1965), 206, 223 ff., und *U. K. Preuß* Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969, 201 ff.

gleichbar strukturierten Organisationstyp gibt.⁸⁹ Das daraus folgende Erklärungsbedürfnis wird durch das der Ökonomisierung zuzurechnende Phänomen der Skepsis gegenüber tradierten Zwangs- und Monopolgemeinschaften verstärkt und durch die Strategie des Denkens in Kosten-Nutzen-Relationen zu einem Rationalitätsdruck verfestigt. Dieser verpflichtet in der politischen Auswahlssituation⁹⁰ zur Bezeichnung der Wertungsgrundlagen und Vorzüge, zur Gegenüberstellung der Nachteile und zur Nachvollziehbarkeit der Entscheidung zugunsten der Selbstverwaltung. Dabei haben bereichsspezifische, nach Leistung und Aufwand aufgeschlüsselte Begründungen einen Plausibilitätsvorsprung gegenüber der bereichsübergreifenden Gesamtsaldierung.

b) *Europäisierung*

Über Wirkungszusammenhänge zwischen Europäisierung und Selbstverwaltungsidee kann im gegenwärtigen Entwicklungsstadium des europäischen Verwaltungsraumes nur spekuliert werden. So mag es sein, dass die Idee der bürgerschaftlichen Mitwirkung in vergleichsweise überschaubaren, teilweise personengeprägten Einheiten parallel, jedoch als Gegengewicht zur Entfremdung des Einzelnen in immer weiteren europäischen, ja globalen Kontexten gestärkt wird;⁹¹ ähnlich plausibel (und spekulativ) ist aber auch die entgegengesetzte Annahme, dass die Idee des kleinteiligen, mit Teil-Gesellschaften verzahnten Verwaltungsträgers durch den Ausbau europäischer oder den Aufbau weltweiter Verwaltungsträger auf Augenhöhe mit den global players in Wirtschaft oder auch Anwaltschaft eine Schwächung erfahren könnte. Mit einiger Sicherheit kann immerhin prognostiziert werden, dass die Idee der demokratischen Partizipation durch Selbstverwaltung⁹² im Gefolge der gemein-

⁸⁹ Vgl. Fn. 11.

⁹⁰ Vgl. IV 2 a.

⁹¹ So wohl *Kotzur* JöR 50 (2002), 257, 260, 271, und bereits *Vorländer* ZfP 42 (1995), 250, 266, sowie mit Blick auf die funktionale Selbstverwaltung *Kluth* Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, 1997, 69. Grundlegend zur Rolle des Rechts in der Globalisierung *Röhl* ZfRSoz 17 (1996), 1 ff.; *Di Fabio* Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 100 ff. Zur Bedeutung und Entfaltung des „Staatsbürgersinns“ (auch) in der Selbstverwaltung in diesem Prozess vgl. *Höffe* Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 28 f. *Stober* Wirtschaftsverwaltungsrecht (Fn. 62), 78 f., erhebt die Forderung nach einer internationalen Garantie der kommunalen und der wirtschaftlichen Selbstverwaltung. Die Idee der Disziplinierung wirtschaftlich-gesellschaftlicher Formationen mag mit Blick auf die vielfach konstatierte Steuerungsschwäche gegenüber der Wirtschaft ebenfalls naheliegend sein.

⁹² Das BVerfG (BVerfGE 79, 127, 149 f.) verspricht sich hiervon die Abwehr totalitärer Züge und Schutz vor einer sich selbst überlassenen Verwaltung.

schaftlichen Strategie des Ausbaus von Beteiligungsmöglichkeiten für Betroffene innerhalb und außerhalb von Verwaltungsverfahren⁹³ mittelfristig gestärkt werden wird. Als bereits organisatorisch verfasste Form der Kooperation von Staat und Gesellschaft bildet die Selbstverwaltung so betrachtet den Endpunkt auf einer mit der „Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts“⁹⁴ beginnenden Skala.

c) Ökonomisierung

Auch die Ökonomisierung bewirkt, entgegen dem ersten Anschein, eher eine Stärkung der Selbstverwaltungsidee, konkret der Idee der Dezentralisierung. Zwar vermag sie den Glaubensstreit um die Überlegenheit der dezentralen oder der zentralen Organisationsstruktur nicht zu beenden. Sie wird ihn aber in einzelnen Bereichen zuspitzen sowie neue Argumente und Werkzeuge liefern. Dabei dürfte dem dezentralen Organisationstyp Selbstverwaltung zugute kommen, dass die bereits von *Tocqueville* fruchtbar gemachte „Lehre vom wohlverstandenen Eigennutz“⁹⁵ mittlerweile Aufnahme in das Effizienzdenken gefunden hat⁹⁶ und die Einbeziehung nicht-monetärer Vorzüge (namentlich die Ermöglichung von Bürgernähe und -partizipation) in die Nutzen-Kostenbilanz gestattet.⁹⁷ Einen weiteren Schub erfährt die Dezentralisierungsidee durch die wachsende Überzeugung, dass Effektivität und Effizienz am besten in wettbewerblichen Strukturen hergestellt werden könnten. Diese Struktu-

⁹³ Analyse und Einschätzung bei *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 16), 99 ff. Prominente Beispiele bilden Einführung und Ausbau der Pflichten zur Umweltverträglichkeitsprüfung und zur Gewährung von Umweltinformationen. *Lübbe-Wolff* (Fn. 11), 279 f., fordert einen Ausbau der „dezentral-demokratischen Partizipation“ zur „Entschärfung“ von Demokratiedefiziten auf mitgliedstaatlicher Ebene. Dabei erwähnt sie die Selbstverwaltung als „verlegenheitshalber gern auch einmal überstrapazierte“ Kategorie (284).

⁹⁴ *Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997. Dort geht es um den europarechtlich veranlassten Vorgang der Instrumentalisierung der Betroffenen (im weiten Sinne) als Hüter der Rechtsbindung der Verwaltung.

⁹⁵ *Tocqueville* De la démocratie en Amérique, vol. 2, édition définitive sous la direction J. P. Mayer, 1951, 127 f. Es geht ihm darum zu zeigen, dass gerade das tugendhafte Verhalten des Bürgers auch nützlich sei, was in den Vereinigten Staaten von Bürgern wie Gemeinwesen erkannt werde.

⁹⁶ Allerdings erst nach Abschichtung von dem nach wie vor den Kern bildenden (rein) ökonomischen Effizienzprinzip (*Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Fn. 53], 246 ff., spricht von einem Schalenmodell; vgl. ferner *Hoffmann-Riem* ebd. [Fn. 53], 27 f.). Hier wirkt sich die oben (Fn. 77) beschriebene Notwendigkeit der Berücksichtigung der im Verwaltungsrecht bestehenden Zielkomplexität und des Vorhandenseins nicht-finanzieller Ressourcen aus.

⁹⁷ Dies wurde bereits gefordert von *Hauschild* FG von Unruh, 1983, 79, 88 f.; *Hendler* (Fn. 15), Rn. 72.

ren setzen das Vorhandensein mehrerer eigenverantwortlich agierender Teilnehmer voraus und eröffnen sonach die Perspektive der Konkurrenz zwischen den verschiedenen Selbstverwaltungsträgern untereinander und in ihrem Verhältnis zum Staat.⁹⁸ Wie man freilich aus der älteren Debatte um den sog. Wettbewerbsföderalismus weiß,⁹⁹ sind dem Wettbewerbsdenken innerhalb der Staats- bzw. der Verwaltungsorganisation Grenzen gesetzt,¹⁰⁰ vor allem dort, wo den Bürgern nur der Ortswechsel als Sanktionsmechanismus zur Verfügung steht (wie bei den Kommunen und den Kammern).¹⁰¹

IV. Der Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung und der Binnenbereich

Die nun folgende Vertiefung in den Bereichen Organisationstyp und Binnenbereich konzentriert sich auf ausgewählte Problemstellungen anhand der folgenden beiden Kriterien: *Erstens* anhand der Intensität des Wirkungszusammenhangs mit Europäisierung und Ökonomisierung, die den Problemhaushalt der Selbstverwaltung ja nicht in toto erfassen, und *zweitens* anhand der Intensität des Problembezuges zur Selbstverwaltung¹⁰² und deren schon bislang vermuteten Schwachstel-

⁹⁸ Die Verwaltungseinheiten könnten dabei in einem Wettbewerb um Aufgabengebiete, Kompetenzen (vgl. IV 2 a u. b) und Budgets stehen (vgl. *Suchanek* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Hrsg.], Verwaltungskontrolle, 2001, 247, 264f.).

⁹⁹ Vgl. dazu *Schmidt-Jortzig* DÖV 1998, 746, 749f.; *Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, 558ff.; *Wallerath* (Fn. 47), 213. Nachweise zur Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts in Fn. 56.

¹⁰⁰ Diese bestehen zum ersten darin, dass im Bundesstaat weitere Strukturelemente wichtig sind (Koordination, Kooperation, kulturelle Identität etc.; bündig: *Häberle* Europäische Verfassungslehre, 2001/2002, 455). Zweitens liegen verschiedene Ausgangsbedingungen des „voraussetzungsvollen Konzepts“ Wettbewerb (*Schuppert* Verwaltungswissenschaft [Fn. 18], 949ff.) nicht vor (näher *Sauerland* [Fn. 56], 59ff., 117ff.) bzw. können aus rechtlichen Gründen (Stichworte: Gebietsmonopol und Zuständigkeitsregeln; *König* [Fn. 54], 246f.) nicht geschaffen werden.

¹⁰¹ Bei den gesetzlichen Krankenkassen und bei den Hochschulen fehlt der Gebietsbezug, weshalb dort auch wettbewerbliche Strukturen forciert werden (vgl. 2 d).

¹⁰² Ausnahmsweise einmal (angesichts der intensiven Befassung mit diesem Thema in den vergangenen Jahren; vgl. nur *Löwer* und *Holoubek* VVDStRL 60 [2001], 416 bzw. 513; *Burgi* VerwArch 93 [2002], 255; *Ehlers* Gutachten E zum 64. DJT, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages [Hrsg.] Verhandlungen, Band I, 2002) ausgeblendet bleiben die Einwirkungen von Europäisierung und Ökonomisierung auf die unternehmerische Tätigkeit von Kommunen (Stichwort „Daseinsvorsorge“; vgl. zuletzt *Rennert* Die Verwaltung 35 [2002], 319) oder auch Kammern (vgl. nur *Knemeyer* WiVerw 2001, 1).

len;¹⁰³ Spezifika einzelner Einsatzbereiche¹⁰⁴ und Teilgewährleistungen müssen ebenso zurücktreten wie Probleme, die sich in gleicher Weise auch in der unmittelbaren Staatsverwaltung stellen.¹⁰⁵

1. Die Ebene der Verwaltungsaufgaben

Die augenfälligsten Wirkungen erzeugen Europäisierung wie Ökonomisierung auf der Ebene der Verwaltungsaufgaben. Diese nehmen ständig zu, sind immer häufiger durch die EU veranlasst¹⁰⁶ und werden infolge der Anpassung an veränderte Ausgangsbedingungen und Überzeugungen immer komplexer und immer häufiger an ökonomischen Maßstäben ausgerichtet. Im Zuge dessen sind zunehmend europaweit einheitliche Rechtsmaßstäbe zu beachten (etwa die Pflicht zur Umweltverträglichkeitsprüfung oder das sog. Freizügigkeits-Sozialrecht¹⁰⁷). Namentlich die Universitäten¹⁰⁸ und die Träger der gesetzlichen Krankenversiche-

Dabei geht es um einen (bloßen) Modus der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben und folglich nur mittelbar um den Organisationstyp Selbstverwaltung (vgl. aber 3 b u. c), zumal sich die meisten Rechtsfragen ebenso im Hinblick auf die Wirtschaftstätigkeit von Bund oder Ländern ergeben.

¹⁰³ Unter Berücksichtigung des Hinweises von *Haverkate* VVDStRL 46 (1988), 217, 238, dass das „Potential wirklicher demokratischer Selbstverwaltung ... wohl noch unausgeschöpft“ sei.

¹⁰⁴ Etwa des Rundfunks (z. B.: Anwendbarkeit des EG-Beihilferechts?) oder des Gesundheitssystems, des kommunalen Abgabenwesens etc.

¹⁰⁵ Probleme, die sich aus der Aufgabenübertragung an ausgelagerte Verwaltungseinheiten und ggf. aus dem Einsatz der Privatrechtsform sowie der Verantwortungsteilung mit „echten“ Privaten ergeben, werden daher nicht erörtert, obwohl sie alle mit Europäisierung und/oder Ökonomisierung „zu tun haben“. Das gleiche gilt für die den Binnenbereich der unmittelbaren Staatsverwaltung im Grundsatz vergleichbar treffenden Ökonomisierungsherausforderungen in den Bereichen Personal (vgl. nur *Pitschas* Die Verwaltung 32 [1999], 1; *Battis* [Fn. 69], 309) und Haushalt (vgl. nur *F. Kirchhof* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann [Fn. 53], 107 ff.; *Gröpl* [Fn. 46] und speziell für die kommunale Ebene *Pünder* [Fn. 46]).

¹⁰⁶ Vgl. *Majone* Deregulation or Re-regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States, 1990; *Oebbecke* (Fn. 58), 613 f.

¹⁰⁷ Begriff nach *Haverkate/Huster* (Fn. 49), 81 ff. Hierunter fallen neben sekundärrechtlichen Maßnahmen die Einwirkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages auf die Ansprüche der Versicherten und den Aktionsradius der Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung, die vor allem seit den EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen „Decker“ (Slg. 1998, I-1831) und „Kohl“ (Slg. 1998, I-1931) diskutiert werden (vgl. nur *Eichenhofer* VSSR 1999, 101).

¹⁰⁸ Vgl. zu den aktuellen und künftigen Entwicklungen *Hartmer* FS Schiedermaier, 2001, 477; *Sandberger* WissR 35 (2002), 125; *Fehling* Die Verwaltung 35 (2002), 399, sowie zu

rung¹⁰⁹ werden in den kommenden Jahren mit weiteren ökonomisch orientierten Veränderungen ihres Auftrages bzw. des von ihnen zu vollziehenden Leistungsrechts konfrontiert sein. All das betrifft die Selbstverwaltungsträger zunächst in ihrer Eigenschaft als mit dem Vollzug des materiellen Rechts betraute Verwaltungsstellen (vgl. auch noch 3 a). Allerdings bestehen spezifische Zusammenhänge zwischen den Verwaltungsaufgaben und der Verwaltungsorganisation, denen nachzugehen ist.

2. Effektivität und Effizienz des Organisationstyps Selbstverwaltung

a) Staatliche Organisationsverantwortung

In klassischer juristischer Perspektive erscheinen die staatlichen Maßnahmen vorwiegend als Bedrohung der Kompetenzräume der Selbstverwaltungsträger, was sie zweifelsohne *auch* sind. Erweitert man die Perspektive, so zeigt sich freilich, dass der staatliche Gesetzgeber bei der funktionalen Selbstverwaltung, teilweise auch bei der kommunalen Selbstverwaltung, vor allem zur Konstituierung und Ausgestaltung, und das heißt konkret zur Einrichtung einschließlich Aufgabenzuweisung bzw. zur Aufhebung der Verwaltungseinheiten und zur Gewährleistung von deren Eigenverantwortlichkeit,¹¹⁰ berufen¹¹¹ ist. Die Entscheidung für oder gegen die Erfüllung staatlicher Aufgaben in Selbstverwaltung¹¹² ist

den im „Pionierland“ Niedersachsen bereits erfolgten Schritten *Perels* KJ 34 (2001), 145; *Koch* (Fn. 22), 57.

¹⁰⁹ Ausgehend von der Mängelanalyse im Gutachten 2000/2001 des *Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen* (BT-Drucks. 14/5660, 1). Die gesundheitspolitischen Vorstellungen der Parteien im Wahljahr 2002 sind vorgestellt bei *Paquet* BKK 2002, 279, 297 ff.

¹¹⁰ Die einzelnen Selbstverwaltungsträger können daran anknüpfend über die Übernahme bestimmter Aufgaben entscheiden (etwa im Hinblick auf die sog. freiwilligen Aufgaben auf der kommunalen Ebene bzw. innerhalb von eher unbestimmt gehaltenen Aufgabenzuweisungen bei der funktionalen Selbstverwaltung). Als aktuelles Beispiel: Entscheidung einer Kassenärztlichen Vereinigung über die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an Praxisverbänden in der sog. integrierten Versorgung (vgl. hierzu *Boecken* FS von Maydell, 2002, 61).

¹¹¹ Die auf der Ebene der Befugnisse angesiedelte sog. Organisationsgewalt liegt infolge des breiten Anwendungsbereichs des institutionell-organisatorischen Gesetzesvorbehalts (vgl. *Ossenbühl* in: HStR III, 1988, § 62 Rn. 28) innerhalb des Staates (ieS) regelmäßig beim Parlament (ausführlich *Burgi* [Fn. 19], § 52 Rn. 1 ff. mwN). Das BVerfG (BVerfGE 15, 235, 242) betont die dem staatlichen Gesetzgeber eröffneten Spielräume unter ausdrücklicher Erwähnung der Option Selbstverwaltung.

¹¹² Die staatliche Organisationsverantwortung knüpft an die Erfüllungsverantwortung, d.h. an den Zustand ohne Verantwortungsteilung mit Privaten (vgl. nur *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee [Fn. 16], 155) an (*Schneider* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem

ebenso eine Organisationswahl wie etwa die viel häufiger thematisierte Entscheidung für oder gegen die Privatrechtsform. Diese Entscheidungssituation ist bislang vernachlässigt worden,¹¹³ rückt aber nun, unter den Vorzeichen des europaweiten Institutionenwettbewerbs, in den Vordergrund. Dabei befindet sich die Option Selbstverwaltung in Konkurrenz mit der Option der unmittelbaren Staatsverwaltung, mit den verselbstständigten Verwaltungseinheiten ohne Selbstverwaltung und der Beleihung¹¹⁴; der Kreis wird noch größer, wenn man die Optionen der Verantwortungsteilung mit Privaten einbezieht.

b) Effektivität als Bestandteil der rechtlichen Determinanten der Organisationsentscheidung

Vor allen anderen Determinanten ist die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG zu nennen. Sie gewährleistet den Gemeinden die Übernahme und Erledigung der örtlichen Aufgaben in Eigenverantwortlichkeit und lässt dadurch den Einsatz anderer organisatorischer Gestaltungen zur rechtfertigungspflichtigen Ausnahme werden.¹¹⁵ Deutlich niedriger sind die Hürden, die das Grundgesetz in Art. 87 Abs. 2 dem staatlichen Zugriff auf die soziale Selbstverwaltung errichtet¹¹⁶ und am schwächsten ist die Rechtsstellung der Kam-

[Hrsg.] *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource* 1997, 103, 112, verwendet den Begriff „Organisationsverantwortung“ in einem weiteren Sinne, nämlich unter Einschluss auch der Verantwortung für die bei Privaten nach Verantwortungsteilung zu etablierenden Organisationsstrukturen). Der Begriff „Verantwortung“ wird in einem heuristischen Sinne verwendet, zur Bezeichnung des Arsenal der Handlungsoptionen und -befugnisse (im Bereich der Organisation).

¹¹³ Vgl. aber *Schuppert* *Der Staat* 32 (1993), 590 ff., und *dens.* *Verwaltungswissenschaft* (Fn. 18), 602 ff., 610 ff.; *Müller* *Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, 1993, 185 ff., 299 ff., 383 ff.; *Schneider* (Fn. 112), 177 f.; *Groß* *Kollegialprinzip* (Fn. 11), 233 ff., sowie im Hinblick auf die wissenschaftliche Selbstverwaltung *Lorenz* *JZ* 1981, 113.

¹¹⁴ Eingehend zur Beleihung als Alternative bei der Wahrnehmung von bislang den Industrie- und Handelskammern zugewiesenen Aufgaben *Kluht* *Privatisierung* (Fn. 91), 7 ff. Zu Begriff und Anwendungsbereich der Beleihung vgl. *Burgi* *FS Maurer*, 2001, 581.

¹¹⁵ Dies gilt freilich nur innerhalb der staatlichen Erfüllungsverantwortung (vgl. Fn. 112), da Art. 28 Abs. 2 GG im Verhältnis zu Privaten nach hM nicht eingreift (VerfGH Rh.-Pf., DVBl. 2000, 992 m. Anm. *Henneke*; *Löwer* [Fn. 102], 435 mwN). Zur Reichweite des Schutzes nach Art. 28 Abs. 2 GG gegenüber Aufgabenentzug, Aufgabenoktroi sowie Einschränkungen der Eigenverantwortlichkeit vgl. statt vieler und als Dokumentation der Rechtsprechung *Tettinger* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) GG, Band 2, 2000, Art. 28 Rn. 199; *Schmidt-Aßmann* *FS 50 Jahre BVerfG*, Band 2, 2001, 803, 812 ff.

¹¹⁶ Nach herrschender (*Schnapp* *FG von Unruh*, 1983, 881, 891 f.; *Isensee* *NZS* 1993, 281; aA etwa *Axer* *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, 2000, 282 ff.) und zutreffender (ausführlicher entfaltet bei *Burgi* in: von Mangoldt/Klein/Starck

mern.¹¹⁷ In diesen Einsatzbereichen bildet das Gebot demokratischer Legitimation die zentrale verfassungsrechtliche Determinante,¹¹⁸ neben dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, das die Pflichtmitgliedschaft nur bei Erfüllung „legitimer öffentlicher Aufgaben“ und Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gestattet.¹¹⁹ Europarechtliche Determinanten mit unmittelbarem Selbstverwaltungsbezug gibt es nicht, wohl aber – an verschiedenen Stellen im Sekundärrecht der Gemeinschaft – Aussagen zugunsten des Einsatzes von verselbständigten Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit und/oder mit Autonomie.¹²⁰ Hier bildet die Option Selbstverwaltung eine bislang nicht ernsthaft genug erwogene Alternative gegenüber der fast schon reflexartigen Einführung von Selbstregulierungsstrukturen, etwa bei den Erzeugergemeinschaften im Agrarsektor.¹²¹

Die thematisch interessanteste Determinante bildet aber der verfassungsrechtliche Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur. Bislang wurde von der Rechtsprechung¹²² mit dem Topos der Funktionsgerechtigkeit nur im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Legislative

[Fn. 16], Art. 87 Rn. 90 ff.) Ansicht lässt sich Art. 87 Abs. 2 iVm Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG entnehmen, dass ein „Grundbestand“ an sozialer Selbstverwaltung erhalten bleiben muss.

¹¹⁷ Zur Reichweite eines Bestandsschutzes der bestehenden Kammern, die als Institutionen weder durch die Grundrechte geschützt sind noch sich auf eine institutionelle Gewährleistung stützen können, vgl. *Kleine-Cosack* (Fn. 9), 71 ff.; *Kluth* Privatisierung (Fn. 91), 51 ff.

¹¹⁸ Näher zu ihm am Ende von c. Hinzu kommen die Vorschriften über die Verteilung der Gesetzgebungs- und der Verwaltungskompetenzen. Im Bereich der wissenschaftlichen Selbstverwaltung ist der organisationsrechtliche Gehalt des Art. 5 Abs. 3 GG wirkmächtig (vgl. hier nur *Knemeyer* in: Flämig u.a. [Hrsg.] *HdbWissR* I, 2. Aufl. 1996, 237; *Geis* [Fn. 22], Rn. 27 ff.).

¹¹⁹ Zuletzt BVerfG, NVwZ 2002, 335; vgl. noch zu 4 a.

¹²⁰ Vgl. die Nachweise bei *Hatje* Steuerung (Fn. 46), 123 f.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungs-idee (Fn. 16), 215 f. Beispielhaft seien Art. 11 ff. der VO Nr. 2200/96 (ABl. Nr. L 297/1 vom 21. 11. 1996) über die Marktordnung für Obst und Gemüse genannt.

¹²¹ In Deutschland hat sich die Rechtsform des eingetragenen Vereins etabliert (vgl. *Barnstedt* Die Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland, 1988, 330 ff.). Allg. zu Begriff und Anwendungsbereich der sog. regulierten Selbstregulierung, die sich von der Selbstverwaltung durch ihre Zuordnung zum gesellschaftlichen Wirkbereich, bei privatrechtlicher Organisationsform der regulierten Regulierer, unterscheidet, vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 23), 253.

¹²² BVerfGE 68, 1, 186; 95, 1, 15; vgl. dazu (ausgehend von dem Begriff „Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur“) von *Danwitz* Der Staat 35 (1996), 329, der aber, weitergehend (vgl. sogleich in Fn. 123), die Perspektive der Funktionszuweisung innerhalb der Exekutive eröffnet.

und Exekutive, nicht aber im Hinblick auf die Abgrenzung der verschiedenen Organisationstypen innerhalb der Exekutive argumentiert. Dort zielt er nach neuerem Verständnis auf eine erfolgversprechende Zuordnung der verschiedenen Organisationstypen und -formen der pluralen Verwaltungsorganisation zu den Verwaltungsaufgaben und wurzelt letztlich im Rechtsstaatsprinzip.¹²³ Indem er eine Relation zwischen einer bestimmten vorgegebenen Aufgabe und der tatsächlichen Wirkung von Organisationen herstellt, entspricht er dem Effektivitätsmaßstab des ökonomischen Denkens.¹²⁴ Geht es diesem allgemein um den Grad der Zielerreichung, so ist der Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur spezieller auf die Verwirklichung bestimmter materieller Vorgaben durch Organisation gerichtet. Somit erweist sich, dass ein wichtiges Element der Ökonomisierungsstrategie bereits Bestandteil des verfassungsrechtlichen Organisationsprogramms ist.

c) *Selbstverwaltungstauglichkeit gegenwärtiger und künftiger Verwaltungsaufgaben*

Was bedeutet dies für die Organisationsentscheidung? Im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung hat das Grundgesetz den örtlichen Aufgaben selbst den von ihm als effektiv angesehenen Organisationstyp Selbstverwaltung zugeordnet, mit der Konsequenz, dass der Staat erst bei einem „unverhältnismäßigen Kostenanstieg“¹²⁵ anderweitig disponieren darf.¹²⁶ Bei der funktionalen Selbstverwaltung durch Kammern und im Sozialversicherungsbereich fehlt eine verfassungsunmittelbare Aufgabenzuordnung (vgl. c), weswegen der allgemeine Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur zur Anwendung gelangt. Ihn im Hinblick auf den Organisationstyp Selbstverwaltung zu entfalten, d.h. anzugeben, wie

¹²³ Vgl. *Krebs* (Fn. 35), Rn. 77; *Di Fabio* *VerwArch* 81 (1990), 193, 210f.; ausführlich *Groß* *Kollegialprinzip* (Fn. 11), 200ff. mwN.; vgl. auch *Gröpl* (Fn. 46), III 3, der im Rechtsstaatsprinzip den „richtigen Ansatzpunkt“ für Effektivitäts- und Effizienzerwägungen erblickt. In die gleiche Richtung dürfte es gehen, wenn *Huber* den Gedanken der „Systemgerechtigkeit“ für eine funktionsgerechte Ausgestaltung der Organisationsstrukturen in den Kassenärztlichen Vereinigungen fruchtbar machen will (*VSSR* 2000, 369, 391 ff.).

¹²⁴ Angedacht auch schon von *Schmidt-Aßmann* in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Fn. 112), 40; *Hoffmann-Riem* (Fn. 53), 29; *Voßkuhle* (Fn. 3).

¹²⁵ *BVerfG*, *DVBt.* 1989, 301, 303 – Rastede.

¹²⁶ Das Vertrauen in die Effektivität der kommunalen Selbstverwaltung kann bis zu diesem Grad mithin sogar Defizite auf der Kostenseite, d.h. bei der finanziellen Effizienz, überwinden. Die Zuweisungsentscheidung in Art. 28 Abs. 2 GG als Ausfluss von Funktionsgerechtigkeit deutend: *BVerwGE* 67, 321, 325.

eine Verwaltungsaufgabe beschaffen sein muss, damit die oben (bei der politischen Idee) geschilderten Vorzüge der Selbstverwaltung als dezentral-partizipativer Organisationstyp zum Tragen kommen können, bildet m.E. die zentrale dogmatische Herausforderung des Ökonomisierungsdenkens in diesem Bereich. Dabei ist umgekehrt auch zu fragen, ob Aufgaben durch den Einsatz jenes Organisationstyps Schaden nehmen könnten und folglich effektiver in unmittelbarer Staatsverwaltung oder durch verselbständigte Verwaltungseinheiten mit Sachverständigenbeteiligung o.ä. erfüllt werden sollten.

Blickt man nun mit diesem Erkenntnisinteresse von der Organisation zu den Aufgaben, so ergibt sich als allgemeine Bedingung für deren Selbstverwaltungstauglichkeit, dass ein abgrenzbarer Kreis von typischerweise Betroffenen,¹²⁷ d.h. von Trägern eines gleichgerichteten Interesses, vorhanden sein muss. Ist diese Bedingung erfüllt, dann ist der Organisationstyp Selbstverwaltung grundsätzlich einsatzfähig¹²⁸ und verspricht eine effektive Aufgabenerledigung.¹²⁹ Die Erfüllung dieser Bedingung bildet die verfassungsrechtliche Grundvoraussetzung für die Erledigung von Verwaltungsaufgaben in Selbstverwaltung und liegt als solche den demokratischen Legitimationsanforderungen voraus.¹³⁰ Gleich welche Sicht-

¹²⁷ An deren Existenz der Gesetzgeber bei der Schaffung des Selbstverwaltungsträgers bzw. bei der Zuweisung von Aufgaben anknüpfen kann. Zur Sonderproblematik der Einbeziehung erst künftig Betroffener (gegenwärtige Auszubildende etc.) vgl. *Isensee* Kassenarztmonopol und nichtärztliche Leistungserbringer, 1995, 78 ff.

¹²⁸ Das heißt nicht, dass er auch eingesetzt werden muss. Innerhalb einer Willkürgrenze (näher von *Danwitz* [Fn. 122], 345 ff.) ist der Gesetzgeber bei Vorliegen der Voraussetzungen frei, sich für einen Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung zu entscheiden; allg. zur Unterscheidung von Prinzip (Grundsatz) und Regel in der Verwaltungsorganisation *Mehde* Die Verwaltung 34 (2001), 93; vgl. ferner *Schmidt-Aßmann* (Fn. 39), 264; *Schuppert* (Fn. 23), 137 f.

¹²⁹ Dies gilt nicht für die bei verschiedenen Selbstverwaltungsträgern anzutreffenden staatlichen Aufgaben (den sog. Fremdaufgaben). Der Grundsatz der Funktionsgerechtigkeit macht ihre Überbürdung rechtfertigungspflichtig, was sich vor allem in Einsatzbereichen ohne verfassungsrechtliche Spezialgewährleistung (zu den sich aus Art. 28 Abs. 2 GG ergebenden Schranken vgl. bereits die Nachweise in Fn. 115, zur funktionalen Selbstverwaltung vgl. *Kluth* Selbstverwaltung [Fn. 15], 521 ff., der mit einem „rechtsstaatlichen Willkürverbot“ argumentiert) auswirken dürfte, z.B. im Bereich der Unfallversicherung; vgl. *Bieback* FS Gitter, 1995, 83, 101 f.

¹³⁰ Ähnlich *Jestaedt* Kondominialverwaltung (Fn. 17), 547. Diese Erkenntnis liegt offenbar auch den Vorlagebeschlüssen des BVerwG in Sachen Emschergergenossenschaft (BVerwGE 106, 64, 77 f.) bzw. Lippeverband (NVwZ 1999, 870, 874) zugrunde, die unabhängig von den demokratierechtlichen Ausführungen (im Ergebnis unzutreffende, vgl. sogleich im Text) Überlegungen zur Selbstverwaltungstauglichkeit der wasserwirtschaftlichen Aufgaben enthalten (vgl. zu diesem Aspekt auch *Tettinger/Mann* in: dies./Salz-

weise man bei der Beurteilung des Legitimationsniveaus in der funktionalen Selbstverwaltung einnehmen will¹³¹ – das Vorhandensein eines abgrenzbaren Betroffenenkreises ist *conditio sine qua non*.¹³² Auch das bei der Rechtfertigung der Pflichtmitgliedschaft verwendete Kriterium der „legitimen öffentlichen Aufgabe“ (vgl. c) erlangt hierdurch Kontur: Legitime öffentliche Aufgaben in diesem Sinne sind nur solche, die auf einen abgrenzbaren Betroffenenkreis mit gleichgerichteten Interessen zielen.¹³³

Stellt man nun die in den vergangenen Jahren zugewiesenen bzw. in der Diskussion befindlichen Verwaltungsaufgaben auf den Prüfstand der Selbstverwaltungstauglichkeit, so ergibt sich eine gemischte Bilanz. Selbstverwaltungstauglich sind die den Kammern zugewiesenen Aufgaben der Zertifizierung und der Leistungserbringung im Umwelt- und Verbraucherschutz,¹³⁴ weil es um die Statuierung von Anforderungen an

wedel, Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000, 25f., und v.a. *Unruh*, *VerwArch* 92 [2001], 531, 539ff.; vgl. auch schon BVerfGE 33, 125, 151 u. 159; BVerfGE 38, 281, 299. Zu den demokratierechtlichen Aspekten vgl. *Dederer NVwZ* 2000, 403).

¹³¹ Aktueller Überblick über das Meinungsspektrum (Stichworte: behebbares Legitimationsdefizit, autonome Legitimation) bei *Schnapp* in: von Münch/Kunig (Hrsg.) GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 20 Rn. 21f.; *Muckel NZS* 2002, 118, 121 ff.; *Kluth Selbstverwaltung* (Fn. 15), 358f.

¹³² Erst nach Erfüllung jener Bedingung ist dem bei der funktionalen Selbstverwaltung prekären Erfordernis demokratischer Gleichheit (vgl. *Breuer Die Verwaltung* 10 [1977], 1, 7ff.; *Hendler Selbstverwaltung* [Fn. 10], 317) entsprochen und kann die erleichterte Zulassung von Grundrechtseingriffen durch Satzung, d.h. ohne vollständige parlamentsgesetzliche Durchprägung in Betracht kommen (zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Rechtsetzungsermächtigung vgl. nur *Taupitz Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991, 801 f.; *Kluth Selbstverwaltung* [Fn. 15], 494ff.). Der vorliegend postulierte Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur erfasst auch Aufgaben, mit denen sich kein „Eingriff“ im Sinne des Grundrechtstatbestands bzw. keine „Ausübung von Staatsgewalt“ im Sinne des Legitimationsgebots verbindet. Auch die Zuweisung bloßer Vorbereitungstätigkeiten, deren Ergebnisse dann durch den staatlichen Gesetzgeber gleichsam ratifiziert würden (wie gegenwärtig bei der Festsetzung von Arzneimittelbeträgen gemäß § 35a SGB V) ist an ihm zu messen (vgl. noch 3 b).

¹³³ Ähnlich *Schöbener VerwArch* 91 (2002), 374, 408f.; *Kluth Selbstverwaltung* (Fn. 15), 356f. Auch das BVerfG (zuletzt: *NVwZ* 2002, 335ff.) setzt sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art. 2 Abs. 1 GG mit der Funktionsgerechtigkeit von Organisationstypen ohne Zwangsmitgliedschaft auseinander.

¹³⁴ Überblick über die diesbezüglichen Aufgaben der Industrie- und Handelskammern bei *Stober GewArch* 2001, 393, 395; vgl. ferner *Jahn GewArch* 2002, 353. Der Einwand von *Lübbe-Wolff NuR* 1996, 217, 224, die Kammern seien aufgrund der Zusammensetzung ihrer Mitglieder zu diese belastenden Maßnahmen im Interesse des Umweltschut-

einen abgrenzbaren Kreis von Wirtschaftsunternehmen bzw. um deren Entlastung geht. In Anbetracht dessen, dass die Qualitätssicherung unternehmerischer oder freiberuflicher Leistungserbringung ein bewährtes Aufgabenfeld der Kammerselbstverwaltung bildet, liegt im Ausbau ihrer Einbeziehung in den neuen Regulierungskontexten des Wirtschaftsverwaltungs-, Umwelt- oder des Produktsicherheitsrechts eine m.E. erfolgversprechende¹³⁵ Perspektive. Selbstverwaltungstauglich sind – entgegen dem Bundesverwaltungsgericht¹³⁶ – auch die den Wasserverbänden zugewiesenen Aufgaben, da hier in mustergültiger Manier an die naturgegebene Abgegrenztheit der Gewässeranlieger und Gewässerbenutzer angeknüpft wird. Grünes Licht könnte schließlich den immer wieder geforderten Kammern der nicht-ärztlichen Heil- und Pflegeberufe¹³⁷ gegeben werden.

Als nicht selbstverwaltungstauglich dürften sich nach genauerer Prüfung dagegen die bislang von den Ländern erfüllten Aufgaben der Krankenhausplanung¹³⁸ sowie Funktionen bei der Verteilung von Organen an Transplantationskandidaten¹³⁹ erweisen. Die in den Schulen erfüllten

zes nicht in der Lage, geht fehl, weil es nicht um ordnungsrechtliche Entscheidungen geht, sondern um die Qualität der Leistungserbringung durch Angehörige der betroffenen Wirtschaftskreise, ähnlich wie bei der Bestellung von Sachverständigen nach § 36 GewO.

¹³⁵ Nicht nur im Hinblick auf eine erfolgreiche Aufgabenerfüllung, sondern auch im Interesse der Vermeidung der zahlreichen durch die sog. regulierte Selbstregulierung ausgelösten dogmatischen Probleme (vgl. nur *Schmidt-Aßmann* [Fn. 23], 253 ff., sowie zum Referenzgebiet des Produktsicherheitsrechts *Röhl* Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000). Vergleichbare Perspektiven könnten sich im Bereich der alternativen Streitbeilegung bzw. -schlichtung ergeben.

¹³⁶ Fn. 130. Im Ergebnis wie hier *Unruh* (Fn. 130), 539 f.

¹³⁷ Zu entsprechenden Forderungen vgl. *Roßbaum* PflegeR 2001, 2. Gegenwärtig werden auf Länderebene Psychotherapeutenkammern eingerichtet (vgl. etwa Gesetz zur Errichtung einer Psychotherapeutenkammer Schleswig-Holstein vom 27. 2. 2002, GVBl. 38); bilanzierend zu den Kammern der Heilberufe *Tettinger* NWVBl. 2002, 20.

¹³⁸ Zu diesbezüglichen Vorhaben (aus rein kompetenzrechtlicher Sicht) *Burgi/Maier* DÖV 2000, 579, 586 ff., sowie bereits früher *Isensee* in: Robert Bosch Stiftung (Hrsg.) Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, 1990, 162 ff.

¹³⁹ Die gemäß § 16 TPG für die Erstellung von „Richtlinien“ für Wartelisten und die Organvermittlung zuständige Bundesärztekammer ist als Verein privaten Rechts nicht selbst Selbstverwaltungsträger (vgl. Fn. 21). Ihre Mitglieder und deren Repräsentanten rechnen der berufsständischen Selbstverwaltung zu, deren Aktionsradius unter dem Gebot funktionsgerechter Organisationsstruktur aber nicht in den hier eröffneten Bereich der Allgemein-Betroffenheit hinein reicht. Gegenwärtig ist noch ungeklärt, ob die Tätigkeit der Bundesärztekammer anders gedeutet bzw. legitimiert werden kann (Selbstregu-

Aufgaben sind wegen der fehlenden Gleichgerichtetheit der betroffenen Interessen ebenfalls nicht selbstverwaltungstauglich.¹⁴⁰

Noch weniger akzeptabel ist die stetig ausgebautе gemeinsame Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in der gesetzlichen Krankenversicherung. Sie tritt auf in Gestalt der sog. Normenverträge zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen einerseits, den Krankenkassenverbänden andererseits¹⁴¹ und vor allem in Gestalt der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen.¹⁴² Hier werden Entscheidungen über die Zulassung und die Finanzierung der Untersuchungs- und Behandlungsmethoden getroffen, die vielfach von existenzieller persönlicher bzw. wirtschaftlicher Tragweite für Patienten, Vertragsärzte, Arznei- oder Großgerätehersteller und für das gesamte Gemeinwesen sind. Indem nicht etwa zwei gleichgerichtete Interessen zur gegenseitigen Verstärkung zusammengespannt werden (wie bei der kommunalen Zusammenarbeit),¹⁴³ sondern entgegengesetzte Interessen aufeinandergehetzt werden, geht der Effektivitätsvorteil der Selbstverwaltung verloren.¹⁴⁴ Ein homogenes, gleichgerichtetes Interesse jener beiden abgrenzbaren Betroffenenkreise ist nicht erkennbar, weswegen sich die hier in Frage stehenden Aufgaben als selbstverwaltungsuntauglich erweisen. Unabhängig von den mit großem Aufwand betriebenen Anstrengungen, der sog. gemeinsamen Selbstverwaltung einen verfassungsrechtlich sicheren

lierung, Beleihung etc.; vgl. *Schmidt-Aßmann* Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, 99 ff. mwN).

¹⁴⁰ Aus der Diskussion: *Geis* FS J. P. Vogel, 1998, 31, 41 ff.; klassisch von *Hippel* DÖV 1950, 601.

¹⁴¹ Auf der Grundlage des § 72 Abs. 2 SGB V (zu unterscheiden sind der Bundesmantelvertrag und die Gesamtverträge auf Landesebene, die jeweils Bindungswirkung auch gegenüber den Versicherten entfalten). Im Streitfall entscheiden paritätisch besetzte, um unparteiische Mitglieder erweiterte Schiedsämter. Vgl. zum Ganzen *Hänlein* Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001, 411 ff., 421 ff.; *Wahl* Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, 292 ff.; *Axer* in: *Schnapp/Wigge* (Hrsg.) Handbuch des Vertragsarztrechts, 2002, § 9 Rn. 25 f.

¹⁴² Der Bundesausschuss besteht aus jeweils neun Vertretern der Ärzte und Krankenkassen sowie drei unparteiischen Mitgliedern (vgl. § 91 Abs. 5 SGB V); die von ihm verabschiedeten Richtlinien entfalten Bindungswirkung gegenüber den Versicherten (BSGE 78, 70, 74; BSGE 82, 41, 47). Vgl. zu den Einzelheiten *Axer* in: *Schnapp* (Fn. 32), 115, 120 ff.; *Francke* FS Schefold, 2001, 29; *Schimmelpfeng-Schütte* in: *Schnapp/Wigge* (Fn. 141), § 6 Rn. 19 ff., jeweils mwN, auch zu benachbarten Institutionen.

¹⁴³ Nach den Ländergesetzen über die kommunale Zusammenarbeit.

¹⁴⁴ Positive Beurteilung als angebliche Erscheinungsform „kompetitive(r) Selbstverwaltung“ dagegen bei *Ruffert* DÖV 1998, 897, 903; *Kaltenborn* VSSR 2000, 249, 260 f.; vgl. ferner *Trute* in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Fn. 112), 286 f.

Platz im Legitimations¹⁴⁵- bzw. im Rechtsquellengefüge¹⁴⁶ zuzuweisen, muss sie am Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur scheitern.¹⁴⁷

d) *Gewährleistung von Eigenverantwortlichkeit als Ausdruck organisatorischer Effizienz*

Hat sich der Staat für den Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung entschieden, verlagert sich seine Organisationsverantwortung auf die Ausgestaltung der Beziehungen zu dem jeweiligen Selbstverwaltungsträger. Da Selbstverwaltung bedeutet, dass die Aufgabenwahrnehmung zumindest teilweise eigenverantwortlich erfolgt, muss der Staat sicherstellen, dass die erforderlichen Entscheidungs-, Handlungs- und übrigens auch die Finanzierungsspielräume¹⁴⁸ geschaffen und erhalten werden. Über sein diesbezügliches Versagen wird vor allem im Sozialversiche-

¹⁴⁵ Vgl. nur *Schwerdtfeger* SDSRV 34 (1991), 123, 143 f.; *Butzer/Kaltenborn* MedR 2001, 333, 337 f., sowie aus grundrechtlicher Sicht *Buchner/Krane* NZS 2002, 65.

¹⁴⁶ Vgl. nur *Ossenbühl* NZS 1997, 49; *Axer* Normsetzung (Fn. 116), 208 ff., 224 f.; *Hänlein* Rechtsquellen (Fn. 141), 345 ff., ferner BSG NZS 1995, 502 (Vorlage an das BVerfG betreffend die Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen, an der der Bundesausschuss mitwirkt; vgl. dazu noch 3 b [aus europarechtlicher Sicht]). Die Rechtsprechung des BSG ist nachgezeichnet bei *Hänlein* ebd., 472 ff.

¹⁴⁷ Das zwingt nicht unbedingt zur Überführung jener Aufgaben in die Verantwortung der unmittelbaren Staatsverwaltung; andere Alternativen könnten etwa verselbständigte Verwaltungseinheiten unter Einbeziehung von Sachverständigen (Anklänge in diese Richtung auch in der Begründung des BVerfG, NJW 1999, 3404, 3405) o.ä. sein (erörtert bei *Wahl* [Fn. 50], 441 ff.; *Schmidt-Aßmann* Gesundheitswesen [Fn. 139], 94 f.). Die bloße Einführung einer nachträglichen staatlichen Genehmigung (zu entsprechenden Überlegungen im Bereich der Pflegeversicherung – allerdings außerhalb der gemeinsamen Selbstverwaltung – vgl. *Neumann* Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung?, 2002, 46 f.) oder Übernahme von „Vorschlägen“ der gemeinsamen Selbstverwaltung widerspräche ebenfalls dem Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur (vgl. bereits Fn. 132).

¹⁴⁸ Das Gebot funktionsgerechter und effizienter Organisationsstruktur ist somit ein bei der Interpretation der finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften des GG und der Landesverfassungen (Überblick bei *Henneke* Öffentliches Finanzwesen, 2. Aufl. 2000, Rn. 685 ff.) ergänzend zu beachtender Maßstab (zur bisherigen Situation der Kommunen vgl. nur *Schoch* Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 1997, und *dens.* in: *Ehlers/Krebs* [Hrsg.] Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, 93, sowie zu den europarechtlichen Implikationen *Schaffarzik* [Fn. 49], 583 f.; zu den Sozialversicherungsträgern *Bieback* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* [Fn. 53], 127, 152 f.), der zugunsten der Konnexität von Aufgabenveranlassung und finanzieller Verantwortung wirkt. Das Effizienzdenken kann ferner Forderungen nach einer Stärkung der kommunalen Steuerhoheit bzw. Steuerertragskraft untermauern (*Oetle* [Fn. 46], 310; vgl. auch *Kirchhof*/NJW 2002, 1549 f.).

rungsrecht¹⁴⁹, aber auch im Kommunalrecht¹⁵⁰, trotz der Verfassungsgarantien in Art. 28 Abs. 2 GG, seit langem und mit Recht Klage geführt. In Fortführung des Gebots funktionsgerechter Organisationsstruktur ist hier zu entgegnen, dass die Effektivitätsgewähr, die die Selbstverwaltung bei selbstverwaltungstauglichen Aufgaben bietet, in dem Maße bedroht ist, in dem die Eigenverantwortlichkeit über das verfassungs- und europarechtlich¹⁵¹ notwendige Mindestmaß hinaus beschränkt wird. In Verlängerung der bereits von der Aufgabe zur Kompetenz gezogenen Linie ist auch die Verantwortung im weitestmöglichen Umfang bei den Selbstverwaltungsträgern anzusiedeln. Andernfalls würde das an sich effektive Mittel der Selbstverwaltung organisatorisch ineffizient eingesetzt. Während Effektivität den Zielerreichungsgrad angibt, bewertet Effizienz das Verhältnis von finanziellem oder – wie hier – organisatorischem Aufwand und Nutzen bei der Aufgabenerfüllung.¹⁵² An der Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Staat und Selbstverwaltungsträger bemisst sich sonach ein schonender Umgang mit Selbstverwaltungsressourcen.

Verpflichtet, für mehr Effizienz zu sorgen, ist zunächst der Gesetzgeber. Das betrifft nicht nur den Normalfall der gesetzlichen Determinierung der Aufgabenerledigung,¹⁵³ sondern auch die im Vordringen befind-

¹⁴⁹ Besonders eindringlich *Schnapp* (Fn. 116), 882ff., und jüngst *ders.* FS Ipsen, 2000, 807, 825, mit dem schönen Bild der „exekutivischen Punktlandung“; vgl. ferner *Hendler* SDSRV 34 (1991), 65, 75f.; *Merten* in: *ders.* (Hrsg.) Die Selbstverwaltung im Krankenversicherungsrecht, 1995, 11, 20f., und BVerfGE 39, 302, 313f.

¹⁵⁰ Zum vergleichsweise schwachen Schutz, den die Eigenverantwortlichkeitsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG in ihrer Interpretation durch das BVerfG bietet, vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 115), 820f.

¹⁵¹ Die Vereinheitlichung der Handlungsmaßstäbe durch das Europarecht (vgl. 1) bedeutet nicht das Ende konkretisierender Rechtsetzung auf kommunaler Ebene oder auf Kammerebene; es ist daher bedenklich, wenn die Kommission in ihrem „Bericht an den Rat und das Europäische Parlament“ über den „Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen vom 30. 7. 2002 (KOM [2002] 441 endg., 55), bereits im Vorhandensein entsprechender Normen eine Gefährdung der Binnenmarktidee erblickt.

¹⁵² Zur „organisatorischen Effizienz“ vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 53), 28f., und sub specie des Verhältnisses von Staat und Selbstverwaltungsträger *Löwer* GewArch 2000, 89, 95f. (vgl. ferner Fn. 53 u. 96). Verfassungsrechtlicher Sitz dieses an den Grundsatz der Funktionsgerechtigkeit (Fn. 123) anknüpfenden Grundsatzes ist wiederum das Rechtsstaatsprinzip, flankiert insbesondere durch das haushaltsverfassungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot nach Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, vgl. zu diesem VerfGH Rh.-Pf., NVwZ-RR 1998, 145, 149; von *Arnim* Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, 71ff.; *Gröpl* Haushaltsrecht (Fn. 46), 348ff. mwN; ausführlicher *Kahl* Staatsaufsicht (Fn. 15), 539f. mwN.

¹⁵³ Diesbezügliche Vorschläge finden sich bereits bei *von Mutius* (Fn. 40), E 173ff. Auch das Instrument der Experimentierklauseln auf materiellrechtlicher Ebene (Öffnungsklauseln) erscheint in diesem Zusammenhang vielversprechend, nachdem ent-

liche Ökonomisierungsstrategie der Schaffung von Wettbewerb zwischen Selbstverwaltungsträgern.¹⁵⁴ Sollen die Krankenkassen oder die Hochschulen miteinander oder gar, wie auch die Bundesanstalt für Arbeit,¹⁵⁵ mit privaten Trägern konkurrieren, muss mit der Wettbewerbseröffnung eine spürbare Erweiterung der Spielräume einhergehen. Gefordert ist aber auch die Rechtsprechung, die mehr Zurückhaltung bei der Interpretation der allfälligen Parlaments- und Gesetzesvorbehalte¹⁵⁶ und im Umgang mit dem Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung¹⁵⁷ an den Tag legen sollte. Die Aufsichtsbehörden in Bund und Ländern haben das Gebot organisatorischer Effizienz durch eine die Eigenverantwortlichkeit wahrende, durchgehend rechtsschutzbewehrte¹⁵⁸ „kooperative Staatsaufsicht“¹⁵⁹ zu befolgen. Dabei darf die Wirtschaftlichkeitsaufsicht, die auf die Effizienz des Selbstverwaltungs*handelns* zielt (vgl. etwa §§ 87 Abs. 1, 69 Abs. 2 SGB IV), nicht zur Schwächung der Eigenverantwortlichkeit missbraucht werden.¹⁶⁰ Als grundsätzlich eigenverantwortungs-

sprechende Vorschläge in Brandenburg (LT-Drucks. 2/3400) und in Rheinland-Pfalz (LT-Drucks. 12/7025) nicht verwirklicht worden waren (positive Einschätzung auch bei Grzeszick Die Verwaltung 30 [1997], 545).

¹⁵⁴ Zum Hochschulbereich: *Woll* Reform der Hochschulausbildung durch Wettbewerb, 2001; eine detaillierte Untersuchung des autonomiefördernden Gehalts der einzelnen Reformansätze in diesem Bereich bietet *Hahnelt* Die Novellierung des hessischen Hochschulgesetzes und ihre Auswirkungen auf die Autonomie der Hochschulen, 2002. Zum Kassenwettbewerb (§§ 173 ff. SGB V): *Mühlhausen* Der Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001; *Haverkate* VSSR 1999, 177; *Becker* SDSRV 48 (2000), 7.

¹⁵⁵ Zunächst im Gefolge der EuGH-Entscheidung zur teilweisen Europarechtswidrigkeit des Arbeitsvermittlungsmonopols (Slg. 1991, I-1979, Rechtssache „Höfner“), seit 27. 3. 2002 per gesetzlich angeordnetem (§§ 292 bis 301 SGB III nF) freiem Marktzugang für die privaten Arbeitsvermittler (dazu *Rixen* NZS 2002, 466, 467f.).

¹⁵⁶ Entsprechende Forderungen u.a. bei *Burgi* VerwArch 90 (1999), 70, 92 ff. (zur kommunalen Selbstverwaltung) und bei *Khuth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 503 f. (zur funktionalen Selbstverwaltung), jeweils mwN.

¹⁵⁷ Dessen Anwendung auf das Verhältnis von Sach- und Abgabenregelungen (BVerfGE 98, 83; BVerfGE 98, 106) beschränkt bleiben sollte (krit. auch *Jarass* AöR 126 [2001], 588; *Brüning* NVwZ 2002, 33).

¹⁵⁸ Treffend *Kahl* Staatsaufsicht (Fn. 15), 562 f. mwN: „Grundsatz der umfassenden Aufsichtsklage“.

¹⁵⁹ Vgl. im einzelnen von *Mutius* (Fn. 40), E 201 ff.; *Lüder* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 98), 45, 49 ff.; *Pitschas* DÖV 1998, 907, 909 f.; *Kahl* Staatsaufsicht (Fn. 15), 472 ff.

¹⁶⁰ Davor warnen auch *Pietzcker* VVDStRL 41 (1983), 193, 196 f.; *Hoffmann-Riem* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 98), 325, 345 f.; *Schnapp* FS von Maydell, 2002, 621 ff.; diff. *Kahl* Staatsaufsicht (Fn. 15), 542 f. Zu welchen Auswüchsen das „Pfennig- bzw. Centrechnen“ von Aufsichtsbehörden im Sozialversicherungsrecht führt, kann an-

steigernd ist das im Hochschulbereich bereits praktizierte¹⁶¹ und nun auch für die Bundesanstalt für Arbeit vorgeschlagene¹⁶² Instrumentarium der „Zielvereinbarungen“ einzuschätzen, weil es gegenüber den klassischen Lenkungsinstrumenten Rechtsnorm und Zuweisung von Haushaltsmitteln die Chance der Mit-Lenkung eröffnet.

3. *Sektorale Gemeinschaftsunmittelbarkeit von Selbstverwaltungsträgern*

a) *Die verwaltungsrechtliche Perspektive*

Mehr als nur eine Determinante und daher gesondert zu beschreiben ist die in Teilbereichen der funktionalen Selbstverwaltung zunehmende Vergemeinschaftung von Selbstverwaltungsträgern infolge der europäischen Wettbewerbsstrategie. Die gängige Einschätzung, wonach die Organisation der Verwaltungsträger und Behörden auf nationaler Ebene im Grundsatz autonom durch die Mitgliedstaaten erfolge, während die Gemeinschaft sich auf die bereits skizzierten Determinanten der Organisationswahl beschränke und die effektive Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts im übrigen durch Kooperations- und Koordinationsregelungen sichere,¹⁶³ ist aus rein verwaltungsrechtlicher Perspektive zwar zutreffend. Danach ist der Gemeinschaft der unmittelbare Zugriff auf die einzelnen Verwaltungsträger trotz der nicht zu leugnenden Partikularisierungsgefahren¹⁶⁴ verwehrt; Adressat von Determinanten und Auf-

hand der Entscheidung des BSG, MedR 2001, 95 m. Anm. *Schnapp* MedR 2001, 269, nachvollzogen werden.

¹⁶¹ Im hier relevanten Verhältnis zwischen Staat und Selbstverwaltungsträger dienen sie der Verständigung (bei selbstverständlich unverändertem Machtungleichgewicht!) über Ziele, Profile, Schwerpunkte und – natürlich – Finanzen); vgl. *Trute* WissR 33 (2000), 134; krit. *Hoffacker* DÖV 2001, 681; zum Einsatz von Zielvereinbarungen im Binnenbereich vgl. noch 4 b.

¹⁶² Im Bericht der sog. Hartz-Kommission „Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“, vom 16. 8. 2002, 215. Selbstverständlich müssen jeweils die Anforderungen des Gebots demokratischer Legitimation beachtet werden.

¹⁶³ Vgl. nur EuGH, Slg. 1971, 49, 59; Slg. 1971, 1107, 1116; *Kahl* NVwZ 1996, 1082, und *dens.* (Fn. 46), 431; *Kadelbach* Verwaltungsrecht (Fn. 46), 110f.; zum Recht der Verwaltungskooperation in Europa vgl. *Schmidt-Aßmann* EuR 1996, 270. Speziell für den kommunalen Bereich: *Schäfer* (Fn. 11), 217ff.; für den Sozialbereich: *Pitschas* in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Fn. 46), 123. In Art. 152 Abs. 5 EG wird ausdrücklich festgestellt, dass die Kompetenz der Mitgliedstaaten für die „Organisation“ zu wahren sei.

¹⁶⁴ Welche im Bereich der Einschaltung von Selbstverwaltungsträgern größer ist als bei der alternativen Option des indirekten Vollzugs von Gemeinschaftsrecht durch Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung (*Schoch* VBIBW 1999, 241, 247).

sichtsmaßnahmen ist grundsätzlich¹⁶⁵ der Mitgliedstaat. Daran vermögen noch so ambitionierte Vorstöße zur Stärkung der Rechtsstellung von Regionen, Kommunen oder auch der Kammern¹⁶⁶ nichts zu ändern.¹⁶⁷ Auch die neuesten Vorschläge der EU-Kommission in ihrem Weißbuch „Europäisches Regieren“, die zur besseren Einbeziehung der Bürger unter anderem „dreiseitige Verwaltungsvereinbarungen“ zwischen Kommission, Kommunen und Mitgliedstaat (mit Kontrollmechanismen) schließen will,¹⁶⁸ können nur mit Unterstützung des letzteren

¹⁶⁵ Eine Kontrolle mitgliedstaatlicher Verwaltungsstellen unmittelbar durch die Kommission findet nur in ganz seltenen Fällen statt (geschildert bei *Kadelbach* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Fn. 112], 205, 225 f.; vgl. auch *Hatje* *Steuerung* [Fn. 46], 154 ff.).

¹⁶⁶ Zum Fehlen von expliziten Garantien bzw. zur bescheidenen Wirkkraft anderer Schutzmechanismen (Subsidiarität, Bürgernähe etc.) vgl. *Schmahl* DÖV 1999, 852; *Schoch* in: Henneke (Hrsg.) *Kommunen in Europa*, 1999, 24 ff. (zugunsten der kommunalen Selbstverwaltung) bzw. *Groß* (Fn. 3), 1188 f. (zugunsten der funktionalen Selbstverwaltung). Angesichts der Heterogenität der nationalen Verwaltungsstrukturen infolge der mitgliedstaatlichen Organisationshoheit sind hier keine nennenswerten Durchbrüche zu erwarten. Neben dem Ausbau prozessualer Befugnisse von lokalen (oder auch funktionalen?) Untergliederungen vor den europäischen Gerichten (vgl. dazu *van Nuffel* CMLRev. 2001, 871) bleibt aber die Arbeit an der Verbreiterung der politischen Basis des Kommunalismus bzw. Regionalismus (*Häberle* *Verfassungslehre* [Fn. 100], 444 f.; *Beutler* FS Schefold, 2001, 19; *Kotzur* [Fn. 91]), aber auch des Kammerwesens (*Stober* [Fn. 135], 401), wichtig. Zur Ebene des Europarates vgl. Fn. 49. Bemerkenswert sind ferner die Zunahme der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Kommunen (vgl. *Trute* in: Henneke [Fn. 166], 209; für die Kammern: *Tettinger* [Fn. 137], 25 f.) und der Aufbau von europaweiten Verbandsorganisationen (*Schaffarzik* [Fn. 49], 69 f., 81 f.).

¹⁶⁷ Die europäische Regional- (*Benz* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem [Fn. 46], 45; *Mehde* NWVBl. 2002, 178) bzw. Raumordnungspolitik (*Battis* FS Schefold, 2001, 267) bezieht sich nicht auf in einem bestimmten Sinne rechtlich verfasste Strukturen, sondern auf nach funktionalen Gesichtspunkten geordnete Gebiete (weitergehend *Koch* in: Pitschas/Koch [Hrsg.] *Staatsmodernisierung und Verwaltungsrecht in den Grenzen der europäischen Integrationsverfassung*, 2002, 123).

¹⁶⁸ „Europäisches Regieren – Ein Weißbuch“ (KOM [2001] 428 endg., ABl. EG Nr. C 287/01 vom 12. 10. 2001). Der erwähnte Vorschlag findet sich unter Nr. III.1. (10); erste erläuternde Hinweise bei *Poth-Mögele* in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung* Tübingen (Hrsg.) *Jahrbuch des Föderalismus* 2002, 521. Entsprechendes gilt für den weiteren Vorschlag einer besseren Einbindung der Zivilgesellschaft (11 f.). Die Träger der funktionalen Selbstverwaltung, die ja auch Institutionen verfassten zivilgesellschaftlichen Engagements sind, erfüllen sicherlich die dort an die „Verantwortung“ zivilgesellschaftlicher Institutionen gestellten Anforderungen als Voraussetzung einer intensiveren „Einbindung“ in die europäische Politikgestaltung (so wohl auch *Khuth* [Fn. 14], 375). Da sie aber zugleich Teil der nationalen Verwaltungsorganisation sind, können sie aber nicht unmittelbar, sondern nur über den Mitgliedstaat erreicht werden.

realisiert werden.¹⁶⁹ Beim gegenwärtigen Integrationsstand bleiben die Selbstverwaltungsträger im europäischen Verwaltungsraum mediatisiert.

b) Die wettbewerbsrechtliche Perspektive

Im Zuge der europäischen Wettbewerbsstrategie vollzieht sich nun aber eine grundlegende Veränderung, indem immer weitere Tätigkeiten nationaler Selbstverwaltungsträger als zugleich unternehmerisches Handeln qualifiziert und dadurch zusätzlich dem Regime der Art. 81 f. des EG-Vertrages unterworfen werden. Diese Entwicklung¹⁷⁰ wird sich parallel zu den bereits erwähnten nationalen Ökonomisierungsstrategien verstärken, d.h. der Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts vergrößert sich in dem Maße, in dem, namentlich im Gesundheitswesen,¹⁷¹ auf nationaler Ebene wettbewerbliche Strukturen etabliert werden. Die Selbstverwaltungsträger werden insoweit gemeinschaftsunmittelbar. Als Verwaltungsträger sind sie weiterhin Teil der nationalen Verwaltungsorganisation unter mitgliedstaatlicher Aufsicht, aber als „Un-

¹⁶⁹ Das betont auch die Kommission, indem sie in diesem Bereich keine Vertragsänderung anstreben will und versichert, dass die „Zentralregierungen“ nicht nur die betreffenden Einheiten benennen, sondern nach wie vor eine „Schlüsselrolle“ bei der Aufstellung und Umsetzung jener Vereinbarungen spielen sollten (Weißbuch [Fn. 168], 9f.). Der Gedanke von Kluth (Fn. 14), 375, die Umsetzung von Richtlinien durch Kammersatzung, d.h. ohne den „Umweg über die mitgliedstaatlichen Parlamente“, zu ermöglichen, begegnet nicht nur verfassungsrechtlichen, sondern auch europarechtlichen Zweifeln (vgl. Art. 249 Abs. 3 EG).

¹⁷⁰ Ähnliche Fragen sind aus der Diskussion um die Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe des GWB auf die Nachfragebeziehungen in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung (vgl. zuletzt BGH, JZ 2002, 781 m. Anm. Eichenhofer zur Festsetzung von Vergütungssätzen; Engelmann VSSR 1999, 167; Gassner VSSR 1999, 121, 123 ff.; Steinmeyer Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, 2000, 19 ff., 69 ff.) und auf bestimmte Aktivitäten der Berufskammern (vgl. nur BGH, WuW/E BGH 1474, 1476) bekannt. Der Dogmatik ist bis heute keine schlüssige Abgrenzung von unternehmerischem und hoheitlichem Handeln bzw. der Anwendungsbereiche von Öffentlichem Recht/Sozialrecht und Wettbewerbsrecht gelungen, was im Krankenversicherungsbereich schließlich in der zum 1. 1. 2000 neu gefassten Vorschrift des § 69 SGB V gipfelte. Darin wird festgestellt, dass jene Rechtsbeziehungen „abschließend“ durch das SGB V geregelt werden (vgl. dazu Pietzcker FS von Maydell, 2002, 531), was dazu führt, dass die nationalen wettbewerbsrechtlichen Bindungen entfallen (ebenso BSGE 89, 24; Steinmeyer ebd., 84); vgl. ferner die prozessuale Flankierung durch § 51 Abs. 2 SGG.

¹⁷¹ Vgl. bereits Fn. 154. Ähnliche Einschätzung bei Schultz NZS 1998, 269; Kingreen in Hrbek/Nettesheim (Hrsg.) Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, 96, 107; Rebscher FS von Maydell, 2002, 549, 557. Die Anwendung der europäischen Maßstäbe auf Arztnetz- und Einkaufsmodelle prüft Steinmeyer (Fn. 170), 110 ff.; im Hinblick auf die sog. integrierte Versorgung gemäß § 140a Abs. 1 S. 1 SGB V vgl. Becker NZS 2001, 505.

ternehmen“ bzw. „Unternehmensvereinigung“ sind sie in den betroffenen Tätigkeitsbereichen, mithin sektoral, Teil des europäischen Wirtschaftsraumes, unter unmittelbarer Kontrolle der EU-Kommission und des EuGH¹⁷². Die dies bewirkende Rechtsprechungslinie beruht auf einem rechtsformenunabhängigen, an das Vorhandensein von Austauschverhältnissen anknüpfenden Verständnis.¹⁷³ Sie bezieht die immer weiter ausgreifenden Nachfragebeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen¹⁷⁴ einschließlich der Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen¹⁷⁵ ebenso ein wie die den Anwalts- oder den Architektenmarkt reglementierenden Berufsordnungen der Kammern. Diesbezüglich hat der EuGH am 19. Februar 2002 ein neues Kapitel der Vergemeinschaftung öffentlich-rechtlich organisierter Verwaltungs-, ja Rechtsetzungstätigkeit aufgeschlagen, indem er in der Rechtssache „Wouters“ die niederländische Rechtsanwaltskammer als „Unternehmensvereinigung“ im Sinne des Art. 81 EG-Vertrag und die von ihr erlassene Berufsordnung als grundsätzlich notifizierungs-

¹⁷² Welcher von den Selbstverwaltungsträgern und von Konkurrenten (!) im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG gegen Entscheidungen der Kommission im direkten Vollzug des Wettbewerbsrechts angerufen werden kann.

¹⁷³ Nach dem sog. funktionalen Unternehmensbegriff des EuGH ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung erfasst. Dabei kann sich die Qualifizierung auch nur auf einen Teil der gesamten Unternehmenstätigkeit beziehen; vgl. etwa die Klassikerentscheidung EuGH, Slg. 1991, I-1979, 2016 („Höfner“) sowie aus neuerer Zeit (neben den sogleich genannten unmittelbar einschlägigen Entscheidungen) EuGH, Slg. 1999, I-5751, 5886 („Albany“); EuZW 2002, 146 m. Anm. Lübbig („Italienische Unfallversicherungsanstalt“).

¹⁷⁴ Neben der Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen (vgl. sogleich Fn. 175) geht es um die bereits erwähnten (3 c) Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (OLG Hamburg, EuZW 2001, 637, sieht in einem angeblich nach deutschem Recht unzulässigen Arzneimittelausschluss durch den Bundesausschuss [§§ 91, 92 SGB V] einen Verstoß gegen Art. 81 EG; *Eichenhofer* NZS 2001, 1, 5). Die Gesamtentwicklung ist nachgezeichnet und kritisch kommentiert bei *Haverkate/Huster* (Fn. 49), Rn. 484 ff., 571 ff.; *Pitschas* VSSR 1999, 221, 235 f.; *Wigge* SDSRV 48 (2001), 79; *Becker* in: Schnapp/Wigge (Fn. 141), § 22 Rn. 55 ff.; *Kingreen* (Fn. 171), 109 ff. Eher ablehnend *Bieback* EWS 1999, 361, 367; *Ebsen* in: Igl (Hrsg.) Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, 22, 36.

¹⁷⁵ Ausgangspunkt ist § 35 SGB V, wonach die Festbeträge durch die „Spitzenverbände“ der Krankenkassen auf der Basis von Richtlinien des Bundesausschusses festgesetzt werden. Vorlagen an den EuGH haben das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. 5. 2001, U (Kart) 28/00 (vgl. bereits NZS 1998, 567), der noch unentschiedene BGH (WRP 2001, 1331) sowie das die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen ablehnende LSG NRW, Beschluss vom 28. 9. 2000 (L 5 KR 11/95) formuliert. Das BSG hatte diese Regelung bereits 1995 wegen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit dem BVerfG vorgelegt, NZS 1995, 502 (vgl. ferner *Axer* NZS 2002, 57; *Eichenhofer* Sozialrecht der Europäischen Union, 2001, Rn. 357 ff.; *Steinmeyer* [Fn. 170], 102 ff.).

pflichtige Kartellabsprache qualifiziert hat.¹⁷⁶ Die hierbei aufgestellten Voraussetzungen¹⁷⁷ werden m.E. auch durch die Satzungstätigkeit der deutschen Berufskammern erfüllt, und zwar nicht trotz, sondern wegen des Selbstverwaltungscharakters. Denn da die Kammern innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens eigenverantwortlich handeln dürfen und sollen,¹⁷⁸ sind sie eben nicht als Teil des hoheitlichen Schiedsrichtergespanns, sondern als Mitspieler auf dem europäischen Wettbewerbsfeld anzusehen. Zwar gibt es Ausnahmereiche, von denen etwa das Sozialversicherungsmonopol als solches profitiert,¹⁷⁹ und es ist selbstver-

¹⁷⁶ In dieser Rechtssache (NJW 2002, 877) ging es um ein Sozietätsverbot. Im Ergebnis verneinte der EuGH (mit einer europarechtsdogmatisch problematischen Tatbestandslösung) eine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art. 81 Abs. 1 EG (zur Interpretation und Einordnung vgl. *Eichele* EuZW 2002, 182; *Andresen* DVBl. 2002, 685; *Römermann/Wellige* BB 2002, 633; *Lörcher* NJW 2002, 1092; *Kilian* WRP 2002, 802, der auch den Konsequenzen für andere Berufskammern nachgeht). In einer weiteren Entscheidung vom gleichen Tage (Rechtssache „Arduino“, JZ 2002, 453 m. Anm. *Schlosser*) ging es aus Anlass einer vom Staat, jedoch auf Vorschlag der öffentlich-rechtlichen Berufsvertretung der Rechtsanwälte in Italien erlassenen Gebührenordnung um die Abgrenzung von staatlichen, dem Wettbewerbsregime entzogenen Maßnahmen gegenüber Maßnahmen, denen der Staat selbst den staatlichen Charakter nimmt, indem er die Verantwortung privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt (was vorliegend nicht geschehen sei, da die Berufsvertretung nicht als Gremium von dem Allgemeininteresse verpflichteten Sachverständigen angesehen werden könne; ferner habe der Staat nicht auf seine Letztentscheidungsbefugnis verzichtet). In einer früheren Entscheidung hatte der EuGH im Hinblick auf die italienische öffentlich-rechtliche Spediteursvereinigung einen Wettbewerbsverstoß des Mitgliedstaates iVm. Art. 10 EG angenommen (Slg. 1997, I-3883).

¹⁷⁷ Auf Vortrag der Bundesregierung hin aufgestellt in der Entscheidung „Wouters“ (Fn. 176, Rn. 67 bis 69): Mangels Unternehmenseigenschaft keine Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts, wenn Festlegung von Kriterien des Allgemeininteresses und wesentlicher Grundsätze durch den Staat, der überdies die „Letztentscheidungsbefugnis“ behält. Andernfalls seien die betreffenden Regelungen allein dem Berufsverband zuzurechnen. Hierbei muss man wissen, dass rein staatliche Regelungen grundsätzlich nicht vom EG-Wettbewerbsregime erfasst sind, außer der Mitgliedstaat schreibt kartellrechtswidrige Aktivitäten vor bzw. verstärkt die Auswirkungen eines solchen Handelns oder es sind die in der Rechtssache „Arduino“ (Fn. 176) geprüften Kriterien erfüllt (EuGH, Slg. 1988, 4769 Rn. 16; Slg. 1995, I-2883 Rn. 20).

¹⁷⁸ Hinzu kommt, dass die Kammern nicht lediglich eine staatliche Normsetzung vorbereiten, sondern selbst als Normsetzer anzusehen sind. So treten beispielsweise die Satzungen im Rechtsanwaltsbereich gemäß § 191e BRAO drei Monate nach Übermittlung an das Bundesjustizministerium in Kraft, also ohne dass es einer staatlichen Genehmigung bedarf.

¹⁷⁹ Die Unternehmensqualität ist nach der Rechtsprechung des EuGH zu verneinen, wenn die Versicherung auf einer Pflichtmitgliedschaft beruht und maßgeblich vom Solidaritätsgedanken geprägt ist, insbesondere in Bezug auf eine einkommens- und risikoun-

ständig in jedem Einzelfall eine sorgfältige Prüfung aller positiven und negativen Tatbestandsmerkmale sowie der Rechtfertigungsgründe vorzunehmen,¹⁸⁰ aber im Grundsatz tritt neben die Trennung, die Kooperation und die Koordination die sektorale Gemeinschaftsunmittelbarkeit nationaler Selbstverwaltungsträger.

c) *Konsequenzen für die Selbstverwaltung*

Was bedeutet dies für die Selbstverwaltung? Zwar bleibt die Entscheidungsfreiheit über ihren Einsatz unberührt, aber Mitgliedstaat wie Selbstverwaltungsträger müssen sich darauf einstellen, dass die fortbestehenden öffentlich-rechtlichen Determinanten teilweise durch die wettbewerbsrechtlichen, und das heißt auch effizienzfördernden Maßstäbe ergänzt werden, welche die Spielräume eigenverantwortlichen Gestaltens eingrenzen. Dies geschieht in erster Linie zu Lasten von Gestaltungsoptionen, die auf unsachlichen, machtsinspirierten Erwägungen beruhen. Teilweise weisen national-verfassungsrechtliche und wettbewerbsrechtliche Vorgaben in die gleiche Richtung. So ist es kein Zufall, dass der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen sich zugleich als nicht-funktionsgerechte Organisationseinheit und als Nachfragerkartell¹⁸¹ gebrandmarkt sieht. Neben den Maßstäben sind es die Kontrollstränge, die zukünftig miteinander verknüpft werden müssen. Bei all dem werden die wichtigsten dogmatischen Herausforderungen¹⁸² durch die Rechtfertigungsnorm des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ausgelöst. Sie bestehen in der Sicherung der nationalen Entscheidungsbefugnis über das Ob der Selbst-

abhängige Leistungsgewährung (seit der Entscheidung in der Rechtssache „Poucet und Pistre“, Slg. 1993, I-637, 668 f.; kritisch hierzu *Haverkate/Huster* [Fn. 49], Rn. 499 ff.). Zur daraus folgenden Freistellung des Sozialversicherungsmonopols im Kernbereich der Pflichtversicherung vgl. *Möller VSSR* 2001, 25; *Giesen SDSRV* 48 (2001), 123, 145; *Kin-green* (Fn. 171), 106 f.; *Eichenhofer* (Fn. 175), Rn. 334 f.

¹⁸⁰ Bündig (zum Gesundheitswesen) *Steinmeyer* (Fn. 170), 49 ff. Neben den in den vorangegangenen Fußnoten erwähnten Fundstellen sei auf die Kommentierungen zu Art. 81, 82 und 86 EG hingewiesen.

¹⁸¹ Vgl. 3c. Dementsprechend gibt es in Sachen Festbetragsfestsetzung neben den bereits erwähnten Vorlagen an den EuGH (Fn. 175) eine Vorlage des BSG an das BVerfG (Fn. 175).

¹⁸² Wie schon im Bereich der infrastrukturellen Daseinsvorsorge (ausführlich hierzu, unter Einschluss des Art. 16 EG, *Burgi* [Fn. 102], 255; *Nettesheim* in: *Hrbek/Nettesheim* [Fn. 171], 39; *Stober NJW* 2002, 2357, 2359 f.). Auch die dort bereits vielbeachtete Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. 9. 2000 (KOM [2000], 580 endg.) sowie der Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. 10. 2001 (KOM [2001] 598 endg.) werden einzubeziehen sein.

verwaltung,¹⁸³ in der konsequenteren Ausformung der politischen Ideen in den rechtlichen Formen und schließlich darin zu verhindern, dass der europäische Zugriff von der Kontrolle des Wettbewerbs in die Bestimmung von Begriff und Wesen der Selbstverwaltung umschlägt.¹⁸⁴ Darin, und nicht in der panikartigen Verstaatlichung bisheriger Selbstverwaltungsbefugnisse,¹⁸⁵ sollte der Beruf staatlicher Organisationsverantwortung in Europa liegen.

4. Im Binnenbereich des Organisationstyps Selbstverwaltung

a) Gemeinsame Organisationsverantwortung von Staat und Selbstverwaltungsträger

Auch im Binnenbereich der Selbstverwaltungsträger ist die gestalterische Perspektive der Organisationsverantwortung wichtiger als der abwehrrechtliche Zugriff, zumal dessen hauptsächlicher Gegenstand, die Pflichtmitgliedschaft in der funktionalen Selbstverwaltung, als verfassungsrechtlich festigt¹⁸⁶ und europarechtlich rechtfertigungsfähig¹⁸⁷ gel-

¹⁸³ Der EuGH hat wiederholt betont, dass das Gemeinschaftsrecht „die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt“ lasse (zuletzt EuGH, EuZW 2002, 146, 148).

¹⁸⁴ Demgegenüber bringt *Zacher* EuR 2002, 147, 160, bereits ein Vorgehen der Kommission auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 3 EG ins Spiel. Weiterführend zum Ganzen *Pitschas* ZSR 2000, 475, 484 ff. (unter Betonung des Patientenschutzes als Verbraucherschutz); *Steinmeyer* (Fn. 170), 65 ff.

¹⁸⁵ Wie im Hinblick auf die Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen bereits geschehen durch § 35a SGB V, wonach diese nunmehr (befristet bis zum 31. 12. 2003) durch ministerielle Verordnung (allerdings nach Vorarbeit der Selbstverwaltungsträger; zu den sich auch dann noch ergebenden Zweifeln an der Selbstverwaltungstauglichkeit vgl. bei Fn. 147) erfolgen soll. In diesen Zusammenhang gehört auch der bereits erwähnte (Fn. 170) § 69 SGB V.

¹⁸⁶ BVerfGE 10, 89; 11, 105; 12, 319; 15, 235; 38, 281; BVerfG, NVwZ 2002, 335, und dazu *Kluth* NVwZ 2002, 298; *Jahn* (Fn. 135), 98, und *ders.* JuS 2002, 434; *Hatje/Terhechte* NJW 2002, 1849, ferner bereits *Schöbener* (Fn. 133), 374; *Löwer* (Fn. 152), 89 ff., und, zur Pflichtmitgliedschaft in der Studierendenschaft, jüngst *Gieseke* Die verfaßte Studentenschaft, 2001. Zum verfassungsrechtlichen Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG vgl. bei Fn. 119 und 133. Immer wieder unternommene Vorstöße zur Etablierung anderer Maßstäbe (vgl. zuletzt *Kaltenborn* NZS 2001, 300) konnten sich nicht durchsetzen.

¹⁸⁷ Nach einer im jeweils betroffenen Bereich durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung am Maßstab der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG; vgl. EuGH, Slg. 1983, 2727 Rn. 18: die Pflichtmitgliedschaft als solche beschränkt nicht die berufliche Betätigung durch Niederlassung) bzw. am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 50 EG; vgl. EuGH, Slg. 2000, I-7919, Rn. 38 ff. – „Corsten“: Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der auf-

ten kann. Die Organisationsverantwortung im Inneren zielt zum einen auf die spezifische Organstruktur des Selbstverwaltungsträgers, welche geprägt ist durch das Zusammenwirken eines die Betroffenen bzw. deren Interessen repräsentierenden Kollegialorgans (Gemeinderat, Vertreterversammlung etc.) mit einem monokratisch geprägten Exekutivorgan (Bürgermeister, Vorstand etc.).¹⁸⁸ Zum anderen geht es um den Status und um die Mitwirkungsmöglichkeiten der Betroffenen, d.h. um den einzelnen in seiner Rolle als Selbstverwaltungsbürger,¹⁸⁹ die ihm hier zusätzlich zu seinen Rollen als Staatsbürger, Adressat staatlicher Maßnahmen oder Träger öffentlicher Aufgaben übertragen wurde und an die beispielsweise mit der Einführung des kommunalen Ausländerwahlrechts auf EU-Ebene¹⁹⁰ angeknüpft worden ist. Die Rahmenverantwortung für die Gestaltung des Binnenbereichs liegt beim Staat, jedoch verfügen die Selbstverwaltungsträger über erweiterungsfähige¹⁹¹ und – im Interesse erhöhter

wändigen Pflichtmitgliedschaftsbegründung bei lediglich einmaliger oder punktueller Leistungserbringung in Deutschland; näher *Meyer* GewArch 2002, 265).

¹⁸⁸ Die wichtigste Differenz besteht darin, dass das für die grundlegenden Entscheidungen, insbesondere für die Rechtsetzung zuständige Repräsentationsorgan aus ehrenamtlich tätigen Mitgliedern aus dem Kreis der Betroffenen besteht, also der eigentliche Ort der Partizipation ist, während das Exekutivorgan, dem typischerweise die Aufgaben der Verwaltung und der Vertretung nach außen obliegen, zumeist mit Professionellen besetzt ist; dass es in einzelnen Selbstverwaltungsbereichen auch kollegial organisiert sein kann (z.B.: Rektorat, Vorstand der Bundesanstalt für Arbeit; ein Überblick über die wichtigsten Kollegialorgane findet sich bei *Groß* Kollegialprinzip [Fn. 11], 63 ff., 87 ff.), kann im vorliegenden Zusammenhang vernachlässigt werden. Ferner nicht verfolgt werden können die sich in Umsetzung der Ökonomisierungsstrategie des „Neuen Steuerungsmodells“ (vgl. sogleich im Text) im Verhältnis zwischen dem Exekutivorgan und dem Verwaltungsapparat bzw. innerhalb desselben ergebenden Rechtsprobleme, v.a. im Hinblick auf verwaltungsinterne Zielvereinbarungen (vgl. nur *Ipsen* DVBl. 1998, 801, 805 ff.; *Pünder* DÖV 1998, 63, 68 ff., jeweils für den kommunalen Bereich).

¹⁸⁹ Mit diesem Begriff soll der Umstand der Einbeziehung als Betroffener (vgl. I 2) zur Mitwirkung im jeweiligen Selbstverwaltungsträger bezeichnet werden, unabhängig von der Intensität der im einfachen Recht näher ausgestalteten Partizipationsbefugnisse (etwa aufgrund der kommunalrechtlichen Unterscheidung zwischen Bürger und Einwohner; vgl. nur §§ 21 ff. GO NRW). Allg. zum Bürgerbegriff und zu den verschiedenen Rollen des Bürgers vgl. *Baer* KritV 82 (1999), 5.

¹⁹⁰ Vgl. Art. 19 Abs. 1 EG und Art. 40 Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Dies ist verfassungsrechtlich ermöglicht worden durch Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG. Die Mitgliedschaft in Kammern und Sozialversicherungsträgern knüpft auch bei Unionsbürgern bzw. bei Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten regelmäßig an das von der Staatsangehörigkeit unabhängige Betroffensein von den jeweiligen Aufgaben an.

¹⁹¹ Experimentierklauseln mit organisationsrechtlichem Gehalt (Überblick und erste Einschätzung zum kommunalrechtlichen Bestand bei *Brüning* DÖV 1997, 278) können

Eigenverantwortlichkeit (vgl. 2 d)¹⁹² – erweiterungsbedürftige organisatorische Spielräume.

b) Zwischen Monokratie und Selbstverwaltungsbürgerschaft

Im Unterschied zu der bislang untersuchten Ebene der Einsetzbarkeit der Selbstverwaltung im Staat gibt es im Binnenbereich eine bereits auf breiter Front in der Praxis verwirklichte Ökonomisierungsstrategie, in deren Gefolge die Organisationsgesetze in verschiedenen Selbstverwaltungssektoren geändert worden sind. Diese Strategie – das sog. Neue Steuerungsmodell¹⁹³ – ist durch verschiedene Elemente gekennzeichnet, die nicht nur die Organisation, sondern auch die Haushalte und das Personal¹⁹⁴ betreffen. Den intensivsten Selbstverwaltungsbezug weist das Kernelement der „Entflechtung von Politik und Verwaltung“ auf. Mit dem erklärten Ziel, die Verantwortungssphären von Politik und Verwaltung im Sinne einer Auftraggeber-/Auftragnehmerbeziehung¹⁹⁵ zu entzerren, sollen die kollegialen, für schwerfällig erachteten Vertretungsorgane

dazu beitragen, die jenseits des institutionell-organisatorischen Vorbehalts des Gesetzes (vgl. bereits Fn. 111) bestehenden Spielräume zu präzisieren und zu erweitern.

¹⁹² Neben den verfassungsrechtlichen Einzelgewährleistungen, namentlich dem die sog. Organisationshoheit gewährleistenden Art. 28 Abs. 2 GG (vgl. etwa BVerfGE 91, 228, 236), ist hier wiederum der Grundsatz organisatorischer Effizienz (Fn. 152) wirkmächtig.

¹⁹³ Dieses führt die ihrerseits an Vorbilder in der Steuerung privatwirtschaftlicher Unternehmen anknüpfende Lehren des „New Public Management“ (Überblick über die damit zusammenhängenden Modernisierungsansätze bei *Burgi* [Fn. 19], § 54 Rn. 2f. mwN) weiter und ist in Deutschland für die kommunale Ebene durch die sog. Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt) propagiert worden, beginnend mit dem von ihr herausgegebenen Bericht Nr. 5/1993; vgl. auch Bericht Nr. 8/1994, Bericht Nr. 10/1995, *Banner VOP* 1/1991, 6, sowie für das im Folgenden intensiver beleuchtete Teilelement des Verhältnisses von Politik und Verwaltung den Bericht Nr. 10/1996. Aus dem unübersehbar gewordenen Schrifttum: *Hill* in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 112), 65; *Schneider* ebd., 103; von *Mutius* FS Stern, 1997, 685; *Otting* Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997; *Kahl* Staatsaufsicht (Fn. 15), 307 ff., jeweils mwN.

¹⁹⁴ Welche aufgrund des geringeren Bezuges zum Thema „Selbstverwaltung“ nicht behandelt werden (vgl. IV vor 1 und Fn. 105). Weitere wichtige Elemente des Neuen Steuerungsmodells (außer dem sogleich im Text behandelten Element) sind: Output- statt Inputorientierung, Budgetierung, dezentrale Zusammenführung von Fach- und Ressourcenverantwortung, Kontraktmanagement.

¹⁹⁵ Die sodann nicht nur durch die klassischen Instrumente (v.a. Weisungen), sondern auch durch den Abschluss von Zielvereinbarungen (Kontraktmanagement; zu dessen Einsatz im Verhältnis Staat-Selbstverwaltungsträger vgl. Fn. 161) gestaltet werden sollen. Über Einsetzbarkeit, Qualifizierung und Bindungswirkung von Zielvereinbarungen im Binnenbereich (vgl. bereits Fn. 188) besteht Streit (vgl. *Wallerath* DÖV 1997, 57; *Oebbecke* DÖV 1998, 853, 857 f., und jüngst *Hill* NVwZ 2002, 1059).

nur noch für das „Was“, das Exekutivorgan hingegen für das „Wie“ der Aufgabenerfüllung zuständig sein.¹⁹⁶ Dies führt zu einer Reduzierung der Kompetenzen und Befugnisse der Kollegialorgane zugunsten des Verwaltungsmanagements, in teilweise expliziter Orientierung am Organisationsmodell der Aktiengesellschaft.¹⁹⁷ Erscheinungsformen der Monokratisierung qua Neues Steuerungsmodell finden sich in den Kommunen,¹⁹⁸ in der Bundesanstalt für Arbeit¹⁹⁹ sowie in den Krankenkassen²⁰⁰ und besonders deutlich in den Hochschulen.²⁰¹

Der Rahmen der diesbezüglichen dogmatischen Überlegungen wird wiederum durch die verfassungsrechtlichen Determinanten gezogen. So setzen die bereichsspezifischen Selbstverwaltungsgewährleistungen, namentlich Art. 28 Abs. 2 GG²⁰² und Art. 5 Abs. 3 GG,²⁰³ aber auch lan-

¹⁹⁶ Näher erläutert bei *Schulze-Fielitz* in: Henneke (Hrsg.) *Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung*, 1998, 223, 242f.; *Mehde* *Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip*, 2000, 86ff.; *Pünder* (Fn. 46), 324f. (4. Teil 1. Abschn. A II). Zu den hierbei zu beachtenden Vorgaben der kommunalen Zuständigkeitsordnung vgl. v. *Mutius* (Fn. 193), 708; *Pünder* (Fn. 188), 63, 66f.

¹⁹⁷ So etwa die Begründung zur Neufassung des § 376 SGB III, betreffend den Verwaltungsrat und den Vorstand in der Bundesanstalt für Arbeit (BT-Drucks. 14/8546).

¹⁹⁸ Um den gegenwärtigen Implementationsstand (zu ihm: *Bogumil* *Modernisierung lokaler Politik*, 2001, 124ff.) treffender wiederzugeben: In den diesbezüglichen Konzepten der KGSt (Bericht 10/1996; vgl. auch *Mehde* [Fn. 196], 86ff.). Zur Binnenorganisation in den Kammern vgl. *Tettinger* in: Schnapp (Fn. 32), 89, 95ff.

¹⁹⁹ Vgl. § 376 SGB III nF. Darin wurde u.a. die Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrates von 51 auf 21 verringert, vgl. zum Ganzen *Marx/Schmachtenberg* *Bundesarbeitsblatt* 4/2002, 5, 7f.

²⁰⁰ Zu den in diesem Bereich zum 1. Januar 1996 erfolgten binnenorganisatorischen Veränderungen in Richtung einer „wettbewerbsadäquaten Unternehmensverfassung“ (BT-Drucks. 12/3608) vgl. die (differierenden) Einschätzungen bei *Bieback* *ZfS* 1993, 197, 218ff., und *Felix* in: Schnapp (Fn. 32), 43; zu den kassenärztlichen Vereinigungen vgl. *Schiller* in: Schnapp/Wigge (Fn. 141), § 5 Rn. 60ff.

²⁰¹ Vgl. stellv. die neu gefassten Vorschriften über die Kompetenzverteilung zwischen dem Senat und dem Präsidium im neu „reformierten“ Niedersächsischen Hochschulgesetz vom 24. 6. 2002 (GVBl. 286; §§ 36ff.); näher *Hahnelt* (Fn. 154), 52ff., 84ff.; *Sandberger* (Fn. 108), 139ff. Eine weitere binnenorganisatorische Neuerung (und Herausforderung für die Selbstverwaltung!) stellt die Einführung von (teilweise) mit externen Personen aus der Wirtschaft besetzten Hochschulräten bzw. Kuratorien dar (vgl. dazu *Groß DÖV* 1999, 895; *Kersten DVBl.* 1999, 1704; *Kempen BayVBl.* 1999, 454; *Püttner FS* Schiedermaier, 2001, 557). Die Organisationsverantwortung des Staates in diesem Bereich hat zu Recht jüngst wieder (vgl. bereits *Lorenz* [Fn. 113], 113) *Hufeld DÖV* 2002, 309, betont.

²⁰² Eingehend untersucht von *Mehde* (Fn. 196), 254f., 356; vgl. ferner die Nachweise in Fn. 196.

²⁰³ Vgl. *Trute* (Fn. 161), 141f.; *Geis* *Die Verwaltung* 33 (2000), 563, 567f., u. *dens.* (Fn. 22), § 58 bei Fn. 75; *Hufeld* (Fn. 201), 312ff. Weitere Schranken können sich aus dem

desverfassungsrechtliche Garantien²⁰⁴ der Ökonomisierung nach Innen ebenso Grenzen wie das Gebot demokratischer Legitimation.²⁰⁵ Entflechtungsmaßnahmen, die sich innerhalb dieser Grenzen bewegen, müssen überdies dem bereits eingeführten (2 b) rechtsstaatlichen Gebot organisatorischer Effizienz entsprechen. Die Stärkung des Verwaltungsmanagements kann nicht per se als effizienzsteigernd qualifiziert werden.²⁰⁶ Im Hinblick auf besonders anspruchsvolle und voraussetzungsvolle Aufgaben besteht eine optimale Ausschöpfung der organisatorischen Ressourcen gerade in der Kompetenzzuweisung an das kollegiale Vertretungsorgan, während durch eine Monokratisierung die Vorzüge des partizipativen Verwaltungstyps verspielt würden.

Die Auseinandersetzung mit dem Neuen Steuerungsmodell sollte nun nicht an der Sinnhaftigkeit der Deutung der Gemeinden (respektive der Universitäten,²⁰⁷ der Kammern etc.) als „Dienstleistungsunternehmen“ und der Bürger als „Kunden“²⁰⁸ festgemacht werden. Diese Formulierungen wollen der Ökonomisierungsstrategie Identität verleihen und bei den Beschäftigten Servicementalität wecken,²⁰⁹ sie tragen aber nicht den Schluss, dass der Gedanke der bürgerschaftlichen Partizipation als sol-

Abwehrgrundrecht der Wissenschaftsfreiheit ergeben. Zu den verfassungsrechtlichen Schranken von Organisationsveränderungen in der Krankenversicherung vgl. *Weber* Die Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung, 1995, 208 ff.

²⁰⁴ Dies gilt insbesondere für den Hochschulbereich. Zu Art. 16 Verf NRW, gegen den der durch die jüngste Novellierung des HochschulG NRW vom 14. 3. 2000 (GVBl. 190) bewirkte Modernisierungsschub verstoßen soll, da aus dem dort garantierten Selbstverwaltungsrecht folge, dass alle wesentlichen Entscheidungen durch das Vertretungsorgan zu treffen seien, vgl. *Löwer* in: *Löwer/Tettinger*, Kommentar zur Verf NRW, 2002, Art. 16 Rn. 30 ff.

²⁰⁵ Dieses ist vor allem durch die mit der Konzentration des Vertretungsorgans auf die politische Führung verbundene Zurückhaltung bei der Ausübung von Weisungsbefugnissen berührt (vgl. *Wallerath* [Fn. 195], 65; *Mehde* [Fn. 196], 291 ff., 398 ff.). Das Effizienzdenken (vgl. sogleich im Text) vermag nicht die Anforderungen aus dem Gebot demokratischer Legitimation zu nivellieren (vgl. *Mehde* ebd., 387, 390 f.).

²⁰⁶ Allerdings ist zu bedenken, dass veränderte (ökonomisierte) Maßstäbe auf der Aufgabenebene (etwa die Forcierung der Drittmittelforschung) Verschiebungen auf der Organisationsebene zugunsten des Verwaltungsmanagements rechtfertigen können (allg. zum Zusammenhang von Aufgaben- und Organisationsebene im Hochschulbereich vgl. *Bull/Mehde* JZ 2000, 650).

²⁰⁷ *Pars pro toto Müller-Böling* Die entfesselte Hochschule, 2000, 24 ff.

²⁰⁸ *Banner* (Fn. 193), 6; *Klages* VOP 11/1998, 11; *Bogumil/Kißler* Vom Untertan zum Kunden?, 1995; vgl. ferner *König* (Fn. 54), 245 f.; *Penski* (Fn. 68), 86 ff. Teilweise titulieren sich die Selbstverwaltungsträger bzw. ihre Tochterunternehmen selbst in dieser Weise (was *Kluth* [Fn. 14], 368 f., im Hinblick auf die Kammern schildert).

²⁰⁹ Zu weiteren Funktionen und zur Qualifizierbarkeit als „Staatsbild“ vgl. *Vaßkuhle* Der Staat 40 (2001), 495, 506 ff.

cher in Frage gestellt würde,²¹⁰ schon weil sie gleichermaßen für Selbst- und Staatsverwaltung verwendet werden. Dass die Monokratisierung tatsächlich die Gefahr der Entbürgerlichung durch Entpolitisierung²¹¹ hervorruft, liegt nicht an der Zielsetzung des Neuen Steuerungsmodells, sondern daran, dass es in Selbstverwaltungskontexten nur einen Ausschnitt der Wirklichkeit erfasst, nämlich die Beziehungen zu den Menschen in ihrer Rolle als Adressaten des Verwaltungshandelns. Das Verhältnis zu den Menschen in ihrer Rolle als Selbstverwaltungsbürger (als Gemeindemitglieder, Hochschulangehörige etc.) bleibt ausgeblendet. Dies ist umso bedauerlicher, da es aussichtsreich erscheint, die Beziehungen auf der Kunden-Wellenlänge zu intensivieren, um das sodann erwachte Qualitätsbedürfnis in eine Revitalisierung des bürgerschaftlichen Mitgestaltungsinteresses münden zu lassen. Eine grundlegende Neuordnung des Binnenbereichs dieser Verwaltungsträger kann nur erfolgreich²¹² und verfassungskonform sein, wenn der Existenz von Betroffenen mit Mitwirkungsrechten Rechnung getragen wird. Dies gilt vor allem im Kommunalrecht, wo in den vergangenen Jahren mit dem Ausbau der Direktwahl des Bürgermeisters²¹³ und den Möglichkeiten direkter Demokratie²¹⁴ parallel zum Neuen Steuerungsmodell zwei bürgerorientierte Strategien verwirklicht worden sind.

Die Erweiterung der bisherigen Perspektive des Neuen Steuerungsmodells und die Verknüpfung der teilweise in verschiedene Richtungen weisenden Strategien bilden klassische dogmatische Aufgaben. Diese gel-

²¹⁰ Ebenso, im Anschluss an eine sorgfältige Analyse der Berichte der KGSt (Fn. 193) zur Einführung des Neuen Steuerungsmodells, *Mehde* (Fn. 196), 104f.

²¹¹ Vgl. auch *Knemeyer* DVBl. 2000, 876, 877f.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 196), 242ff., ferner *Wahl* in: *Henneke* (Fn. 196), 15, 38f. In teilweise polemischer Zuspitzung: *Pelizzari* Die Ökonomisierung des Politischen, 2001, 156ff.

²¹² Dabei kann an verschiedene politikwissenschaftliche Untersuchungen angeknüpft werden (*Wollmann* Die Verwaltung 32 [1999], 345; *Bogumil* [Fn. 198], 117ff.; *ders.* DfK 2001, 105; *ders.* VerwArch 93 [2002], 129). So wird darauf hingewiesen, dass bei der Formulierung des Ziels der Trennung von Politik und Verwaltung insbesondere die folgenden drei Faktoren nicht oder zu wenig beachtet worden sind: Die Verwaltungsdominanz bei der Auswahl der politischen Programme, die Schwierigkeiten bei der Entwicklung eindeutiger politischer Zielvorstellungen und die Politikhaltigkeit (auch) des Umsetzungsprozesses (*Bogumil* [Fn. 198], 123).

²¹³ Diese ist mittlerweile in allen Flächenländern eingeführt (aktuelle Bilanz und Analyse bei *von Arnim* DÖV 2002, 585 mwN). Die Stellung des Bürgermeisters zwischen politischer Führung und verwaltungsmäßigem Vollzug ist im Entflechtungskonzept des Neuen Steuerungsmodells ebenfalls nicht zutreffend erfasst.

²¹⁴ Vgl. hierzu *Schliesky* ZG 14 (1999), 91; *Dustmann* Die Regelung von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid in den Kommunalverfassungen der Flächenstaaten der Bundesrepublik Deutschland, 2000.

ten in der funktionalen Selbstverwaltung ganz allgemein der dogmatischen Festigung der subjektivrechtlichen Stellung der Selbstverwaltungsbürger²¹⁵ und der Überwindung verschiedener weiterer bisheriger Partizipationsdefizite.²¹⁶ In allen Bereichen ist im Umgang mit den Vorschriften über die Kompetenzverteilung zwischen den Organen auf möglichst präzise Bestimmbarkeit²¹⁷ zu achten und der partizipative Mehrwert des kollegialen Vertretungsorgans zu erhalten.²¹⁸ Hierbei kann das Controlling-Instrumentarium des Neuen Steuerungsmodells bestehende Unterrichts-, Kontroll- und Kreationsinstrumente verstärken.²¹⁹ In solchermaßen verbesserter Form ist vor allem von den Kommunen und den Kammern schließlich ein selbstverwaltungsspezifischer²²⁰ Beitrag zur

²¹⁵ Anknüpfend an *Khuth* Selbstverwaltung (Fn. 15), 383 ff., 406 ff.

²¹⁶ Etwa bei der Verbesserung von Organisation und Verfahren im Umgang mit der Binnenheterogenität vieler Selbstverwaltungsträger (Analysen und Ansätze bei *Link/de Wall* VSSR 2001, 69; *Axer* [Fn. 31], 390 f., jeweils zu den Kassenärztlichen Vereinigungen; *Möllering* WiVerw 2001, 25; *Khuth* [Fn. 14], 367 f., jeweils zu den Wirtschaftskammern), bei der Entfaltung der Selbstverwaltungsbürgerschaft in verbandsdominierten Strukturen (vgl. als Einstieg *Hufen* SDSRV 34 [1991], 43, 57 f.; *Lee* Die Selbstverwaltung als Organisationsprinzip in der deutschen Sozialversicherung, 1997, 135 ff.) sowie gegenüber privatrechtlichen Töchtern bzw. in privatrechtlichen Lobbystrukturen (vgl. Fn. 21, sowie *Khuth* Selbstverwaltung [Fn. 15], 477 ff.; vgl. auch BVerfGE 76, 171). Die sog. Friedenswahlen in der Sozialversicherung (bzw. nach der HandwO; vgl. VGH BW, GewArch 1998, 63) sind nicht nur unter demokratierechtlichen Aspekten (vgl. nur *Oebbecke* VerwArch 81 [1990], 349, 364 f.; *Engelmann* NZS 2000, 76; *Schnapp* [Fn. 149], 807) bedenklich.

²¹⁷ De lege lata (etwa in konkretisierenden kommunalen Hauptsatzungen und/oder in Kontrakten), anknüpfend an Formeln wie „Geschäft der laufenden Verwaltung“ und unter Nutzung von Delegationsmöglichkeiten (zu den kommunalrechtlichen Grenzen vgl. *Laux* DÖV 1996, 414; *Otting* [Fn. 193], 82 ff.), und de lege ferenda (*Meyer* DÖV 2000, 449; *Pünder* [Fn. 46], 516 ff. [5. Teil 2. Abschn. C; zum Haushaltswesen]).

²¹⁸ Einen diesbezüglichen Beitrag kann auch die Untergliederung in räumliche Bezirke mit darauf bezogenen Repräsentativorganen leisten (in den Kommunen: *Ahlhaus* DÖV 2000, 64; vgl. auch *von Mutius* [Fn. 40], E 216 f.; zur Situation der Fachbereiche [Fakultäten] in der Hochschule vgl. *Knemeyer* FS Schiedermaier, 2001, 539). Gerade mit der Einführung wettbewerblicher Elemente geht nicht selten eine Vergrößerung der Organisationseinheiten einher, beispielsweise in der Krankenversicherung, wie die Zahlen bei *Axer* (Fn. 31), 380, belegen.

²¹⁹ Vgl. *Kahl* Staatsaufsicht (Fn. 15), 311 f.

²²⁰ Zu Optionen und Perspektiven der besseren Verzahnung des bürgerschaftlichen Engagements mit den Aktivitäten des Selbstverwaltungsträgers, der ja bereits Sitz der Selbstverwaltungsbürgerschaft ist, so dass eine gegenüber Bund und Land wesentlich günstigere Ausgangslage besteht, vgl. *Klie/Meysen* DÖV 1998, 452; *Vitzthum/Kämmerer* Bürgerbeteiligung vor Ort, 2000; *Knemeyer* (Fn. 211), 876, der u. a. für eine „triale Bürger-Rat-Bürgermeister-Verfassung“ plädiert; *Hill* BayVBl. 2002, 321 (unter Einbeziehung der staatlichen Ebene).

Nutzbarmachung²²¹ des bürgerschaftlichen Engagements im vielleicht expandierenden neuen Kraftfeld der Bürgergesellschaftlichkeit²²² zu erwarten.

V. Schluss

Zum Schluss sei an den Schimmelreiter *Theodor Storms* erinnert, den die Verzweiflung über die Unzulänglichkeiten bei der Selbstverwaltung in seinem Deichverband zum Ritt in die tosende Flut getrieben hat und der seitdem die Deichgenossen zur Verbesserung von Effektivität, Effizienz und Partizipation mahnt.²²³ Gelingt dies, dann ist mit Selbstverwaltung Staat zu machen, auch und gerade angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung!

²²¹ Ging es früher beim Ausbau von Formen der Bürgerbeteiligung vor allem um die Verbesserung des „Inputs“ (v.a. von Partizipation und Akzeptanz), so tritt nun die Perspektive des „Outputs“ (vgl. *Bogumil* [Fn. 198], 251), d.h. von Effektivität und Effizienz der Gemeinwohlverwirklichung hinzu. Hier besteht eine Verbindungslinie zur verwaltungswissenschaftlichen Governance-Diskussion (vgl. nur *König* DÖV 2001, 617, sowie *Bovaird/Löffler/Parrado-Díez* [ed.] *Developing Local Governance Networks in Europe*, 2002).

²²² Diesbezüglich finden sich auf der europäischen Ebene (Fn. 168) und in Deutschland theoretische (zur sog. Kommunitarismus-Debatte vgl. *Brugger* AöR 123 [1998], 337f.; zum Verständnis von „Zivilgesellschaft“ vgl. *Reese-Schäfer* Politische Theorie heute, 2000, 75ff. mwN) und konzeptionelle Ansätze, vgl. stellv. den Bericht der Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ (BT-Drucks. 14/8900 vom 3. 6. 2002), v.a. 157ff.

²²³ *Storm* Der Schimmelreiter, Gesammelte Werke Band 6 (Hrsg.: Gottfried Honnefelder), Insel Taschenbuch, 1983. Bildete der Bau des nach ihm benannten Deichs vor dem „Hauke-Haien-Koog“ einen, wenn auch in langen Sitzungen (geschildert v.a. 78f.) mühevoll erarbeiteten Erfolg, so brach später der alte Deich, weil der Deichgraf die Mitglieder des Deichverbandes nicht von der Notwendigkeit zeit- und kostenaufwendiger Instandhaltungsarbeiten zu überzeugen vermocht hatte.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung

I. Einführung

1. Die Selbstverwaltung befindet sich in einer durch Europäisierung und Ökonomisierung verschärften Identitätskrise. Der folgende Bericht widmet sich den in dieser Situation bestehenden dogmatischen Herausforderungen. Er konzentriert sich auf die Selbstverwaltung in Kammern und Kommunen, in der gesetzlichen Krankenversicherung und der Bundesanstalt für Arbeit sowie auf die Erschließbarkeit weiterer Aufgabenfelder.

2. Die Mindestvoraussetzungen für die Klassifizierung einer bestimmten Erscheinungsform der Verwaltungsorganisation als „Selbstverwaltung“ lassen sich zusammenfassen als „eigenverantwortliche Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger unter Mitwirkung der von der Aufgabenerfüllung Betroffenen“. Dieser Organisationstyp besitzt seinerseits eine spezifische Binnenstruktur. Hinter ihm steht ein wandlungsfähiges Motivbündel, die politische Idee der Selbstverwaltung.

3. Es handelt sich um einen Begriff des allgemeinen Verwaltungsrechts, nicht des Verfassungsrechts. Das Verfassungsrecht enthält bereichsspezifische Regelungen (v. a.: Art. 28 Abs. 2 GG), die an die Mindestvoraussetzungen anknüpfen. Ferner lassen sich ihm bereichsübergreifende Vorgaben entnehmen.

II. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung der Verwaltungsrechtsordnung

4. Im Kraftfeld von Europäisierung und Ökonomisierung der Verwaltungsrechtsordnung ist danach zu differenzieren, ob die politische Idee der Selbstverwaltung, der Einsatz dieses Organisationstyps zur Erfüllung bestimmter Verwaltungsaufgaben oder sein Binnenbereich betroffen ist. Beide Wirkfaktoren, die auch zusammentreffen können, veranlassen eine Überprüfung und ggf. Neubestimmung der Dogmatik der Selbstverwaltung.

5. Eine unmittelbar für die Verwaltungsrechtsdogmatik relevante politisch-rechtliche Strategie bildet die Herausbildung des europäischen Verwaltungs-

raumes. Zu verarbeiten sind aber auch die in der sozialen Wirklichkeit, also im Verwaltungsumfeld, angesiedelten Europäisierungsphänomene. Das gleiche gilt für die Phänomene der Ökonomisierung. Überdies steht auch dieser Begriff für eine politisch-rechtliche Strategie, die geprägt ist durch die Orientierung an den Maßstäben von Effektivität und Effizienz bzw. an den Strukturen von Markt und Wettbewerb.

III. Die politische Idee der Selbstverwaltung

6. Europäisierung und Ökonomisierung fügen dem seit Jahrzehnten fest geschnürten Motivbündel der Selbstverwaltung keine weiteren Gründe hinzu. Sie lösen aber einen Zwang zur Rationalität aus, der in politischen Auswahl-situationen zur Bezeichnung der Wertungsgrundlagen und Vorzüge, zur Gegenüberstellung der Nachteile und zur Nachvollziehbarkeit der Entscheidung zugunsten der Selbstverwaltung verpflichtet.

7. Es ist zu erwarten, dass die politische Teil-Idee der bürgerchaftlichen Partizipation im Gefolge der europarechtlichen Strategie des Ausbaus von Beteiligungsmöglichkeiten für Betroffene mittelfristig gestärkt werden wird. Die Teil-Idee der Dezentralisation erfährt einen Schub durch die wachsende Überzeugung, dass Effektivität und Effizienz am besten in wettbewerblichen Strukturen hergestellt werden könnten.

IV. Der Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung und der Binnenbereich

8. Die Auswahl der zu vertiefenden Problemstellungen orientiert sich an der Intensität des Bezugs zu bestehenden Schwachstellen der Selbstverwaltungsdogmatik und an der Intensität des Wirkungszusammenhangs mit Europäisierung und Ökonomisierung. Besonderheiten einzelner Einsatzbereiche müssen zurücktreten.

(1) Die Ebene der Verwaltungsaufgaben

9. Europäisierung wie Ökonomisierung bewirken Wachstum und Veränderung auf der Ebene der Verwaltungsaufgaben. Die Selbstverwaltungsträger sind hiervon zunächst in gleicher Weise betroffen wie andere Verwaltungsstellen. Allerdings bestehen spezifische Zusammenhänge zwischen den Verwaltungsaufgaben und der Verwaltungsorganisation, denen nachzugehen ist.

(2) Effektivität und Effizienz des Organisationstyps Selbstverwaltung

10. Die Entscheidung über den Einsatz des Organisationstyps Selbstverwaltung bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben obliegt in der Regel dem Staat. Dabei befindet sich die Option Selbstverwaltung in Konkurrenz mit anderen Organisationstypen und mit dem Konzept der Einbeziehung Privater.

11. Die rechtlichen Determinanten der Organisationswahlentscheidung sind vorwiegend dem Grundgesetz zu entnehmen. Im Europarecht finden sich vereinzelt Aussagen zugunsten des Einsatzes verselbstständigter Verwaltungseinheiten.

12. Der Verfassungsgrundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur zielt auf eine erfolversprechende Zuordnung der verschiedenen Organisationstypen und -formen zu den Verwaltungsaufgaben. Indem er eine Relation zwischen einer bestimmten vorgegebenen Aufgabe und der tatsächlichen Wirkung von Organisationen herstellt, entspricht er dem Effektivitätsdenken. Somit erweist sich, dass ein wichtiges Element der Ökonomisierungsstrategie bereits Bestandteil des verfassungsrechtlichen Organisationsprogramms ist.

13. Der Grundsatz funktionsgerechter (effektiver) Organisationsstruktur führt im Hinblick auf die funktionale Selbstverwaltung zu der Frage, wie eine Verwaltungsaufgabe beschaffen sein muss, damit die Vorzüge jenes dezentral-partizipativen Typs zum Tragen kommen können. Die Antwort lautet, dass die verfassungsrechtliche Grundbedingung für die Selbstverwaltungstauglichkeit von Verwaltungsaufgaben im Vorhandensein eines abgrenzbaren Kreises von typischerweise Betroffenen, d. h. von Trägern eines gleichgerichteten Interesses, besteht. Daran knüpfen die demokratischen und die grundrechtlichen Determinanten an.

14. Verschiedene gegenwärtig diskutierte Aufgaben (etwa im Zusammenhang mit der Zertifizierung im Umwelt- und Verbraucherschutzrecht) sind als selbstverwaltungstauglich einzuschätzen. Dagegen verstößt die sog. gemeinsame Selbstverwaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung gegen den Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur. Im verfassten Aufeinandertreffen entgegengesetzter Interessen geht der Effektivitätsvorteil der Selbstverwaltung verloren.

15. In Verlängerung der bereits von der Aufgabe zur Kompetenz gezogenen Linie ist auch die Verantwortung im größtmöglichen Umfang bei den Selbstverwaltungsträgern anzusiedeln. Gesetzgeber, staatliche Verwaltung und Rechtsprechung sind zu einem effizienten Umgang mit der organisatorischen Ressource Selbstverwaltung verpflichtet.

(3) Sektorale Gemeinschaftsunmittelbarkeit von Selbstverwaltungsträgern

16. Aus verwaltungsrechtlicher Perspektive sind die Selbstverwaltungsträger im europäischen Verwaltungsraum mediatisiert. Daran würde sich auch mit der Realisierung des Weißbuchs „Europäisches Regieren“ nichts ändern.

17. Im Zuge der europäischen Wettbewerbsstrategie werden indes immer weitere Bereiche öffentlich-rechtlich organisierter Verwaltungs-, ja Rechtsetzungstätigkeit als unternehmerisches Handeln qualifiziert. Die Selbstverwaltungsträger werden insoweit gemeinschaftsunmittelbar, d.h. sie sind als Teil des europäischen Wirtschaftsraumes zugleich der Kontrolle von EU-Kommission und EuGH unterworfen.

18. Neben die Verknüpfung der (ökonomisierten) Maßstäbe und der Kontrollstränge muss die europarechtskonforme Neubestimmung von Selbstverwaltungsbefugnissen in den betroffenen Sektoren treten.

(4) Im Binnenbereich des Organisationstyps Selbstverwaltung

19. Im Inneren der Selbstverwaltungsträger gibt es in Gestalt des sog. Neuen Steuerungsmodells eine bereits auf breiter Front verwirklichte Ökonomisierungsstrategie. Den intensivsten Selbstverwaltungsbezug weist das Kernelement der Entflechtung von Politik und Verwaltung auf. In deren Gefolge kommt es zur Stärkung des jeweiligen Exekutivorgans zu Lasten der kollegialen Vertretungsorgane.

20. Infolge der verengten Perspektive des Neuen Steuerungsmodells droht die Gefahr der Entbürgerlichung durch Entpolitisierung. Staat und Selbstverwaltungsträger sind gemeinsam gefordert, innerhalb der verfassungsrechtlichen Determinanten die Stellung der Selbstverwaltungsbürger zur Geltung zu bringen und die Verknüpfung mit bestehenden bürgerschaftlich orientierten Strategien zu bewirken.

V. Schluss

Mit Selbstverwaltung ist Staat zu machen, auch und gerade angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung!

3. Aussprache und Schlussworte

Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung

Vorsitzender (Schulze-Fielitz): Meine Damen und Herren, wir treten in die Diskussion ein. Wir haben hier derzeit neun Wortmeldungen vorliegen, das heisst, wir werden bei unveränderter Disziplin, die nach allgemeiner Ansicht durchaus diskussionsniveaufördernd war, bleiben und lieber ein wenig eher schliessen, auch im Hinblick auf einen langen Theaterabend. Das soll aber nicht ausschließen, dass durch spontane Gegenreden das dialogische Moment einer Diskussion, das gelegentlich in den vergangenen Jahren untergegangen ist, möglicherweise belebt werden könnte. Von den neun Wortmeldungen gilt eine allen vier Referaten gemeinsam und damit dem übergreifenden Thema des heutigen zweiten Tages, so dass diese Grundsatzfragen zunächst angesprochen werden sollten. Es geht dann zweitens um Grundfragen der Selbstverwaltung insbesondere in verfassungsrechtlicher Hinsicht; es geht drittens um Fragen der Europäisierung und viertens um Ökonomisierung und Finanzfragen. In dieser sachlichen Abschilderung darf ich zunächst zu dem übergreifenden Beitrag Herrn Kollegen *Schmidt-Abmann* bitten.

Schmidt-Abmann: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, lassen Sie mich zwei Bemerkungen machen, die die Referate des heutigen Vormittags mit denen des Nachmittags verbinden bzw. gemeinsame Fragestellungen aufzeigen sollen. Das Allgemeine Verwaltungsrecht hat durch alle Referate des heutigen Tages eine vorzügliche Förderung erfahren. Dieser Teil des Verwaltungsrechts hat neben seiner Aufgabe, die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen in die Institute und Verfahrensweisen der öffentlichen Verwaltung zu transportieren, die Aufgabe einer Stimmigkeitskontrolle für die Teildogmatiken der einzelnen Fachverwaltungsrechte. Allgemeines Verwaltungsrecht ist dabei alles andere als eine von der Verwaltungsrealität abgehobene, fachferne Materie. Vielmehr ist es immer wieder auf breite Erfahrungen und auf Anschaulichkeit aus den Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts angewiesen. Diese Anschaulichkeit zu vermitteln ist heute Wichtiges geleistet worden. Geboten worden sind nicht nur Typologien, die das Kooperationsspektrum zwischen Staat und Gesellschaft, Verwaltung

und Wirtschaft ordnen. Solche Typologien sind in jüngerer Zeit vielfältig entwickelt worden und haben ein gutes Fundament für die weitere wissenschaftliche Durchdringung gelegt. Heute war der Tag, daraus rechtsdogmatische Konsequenzen zu ziehen. Herr *Voßkuhle* hat das heute Morgen unter dem Begriff des „Gewährleistungsverwaltungsrechts“ getan. Es soll neben die Rechtsverhältnisse der ordnenden und leistenden Verwaltung treten und dazu veranlassen, die großen systemtragenden Dogmen daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie aufnahmefähig für die neuen Herausforderungen veränderter staatlich-gesellschaftlicher Verantwortungsstrukturen sind. Heute Nachmittag ist es die Selbstverwaltung, die zu eben dieser Überprüfung veranlasst. Ich denke z.B. an die Lehre von der administrativen Gesetzesanwendung. Beide Referenten haben aufgezeigt, dass Selbstverwaltung Gestaltungsspielräume benötigt. Dann aber ist zu fragen, ob die überkommene Gesetzesanwendungslehre nicht zu stark von den Vorstellungen der Vollzugsverwaltung geprägt ist und künftig gleichrangig Anwendungsmodelle einbeziehen muss, die diesen Freiräumen – auch mit Konsequenzen für die gerichtliche Kontrolldichte – Rechnung tragen. Zur verwaltungsrechtlichen Systembildung gehört eben immer wieder die Rückversicherung, dass die repräsentativen Verwaltungstypen und Rechtsverhältnisse in den allgemeinen Lehren gleichgewichtig verarbeitet sind. Dazu müssen Perspektivenverengungen überwunden werden.

Meine zweite Bemerkung bezieht sich auf den in den Referaten durchlaufend erkennbaren Rang von Organisationsfragen. An der großen Bedeutung des Organisationsrechts in der Systematik des Verwaltungsrechts kann heute kein Zweifel mehr bestehen. Wenn man Organisationsrechtsfragen künftig noch stärker einbezieht, dann erweitern sich die Fragestellungen, was wiederum zu einem Methodenproblem führt. Es ist heute mehrfach davon gesprochen worden, es müssten Auswahlentscheidungen getroffen werden. Damit werden die rechtlichen Überlegungen über die klassische verwaltungsrechtliche Fragestellung nach der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns hinausgeführt in Bereiche, die sich nicht mehr nach einem Normenprogramm beantworten lassen, das zwischen Tatbestand und Rechtsfolge klar trennt. Das Recht ist für die Zusammenstellung organisatorischer Bauformen und die Bildung von Arrangements eher nur der Rahmen. Was sind das für Argumentationsvorgänge, und in welchem Umfang lassen sie sich rechtlich rekonstruieren, wenn Auswahlentscheidungen zu beantworten sind? Hier geht es häufig eher nur um Plausibilitäten, die nachträglich über das Verhältnismäßigkeitsprinzip oder eine Rechtsfigur wie das Legitimationsniveau in die Rechtsdogmatik hineingezogen werden. Das Verwaltungsrecht öffnet sich den Auswahl- und Gestaltungsfragen, wie sie im Zivilrecht schon

bisher eine wesentlich stärkere Rolle spielten. Das kann nicht ohne Rückwirkung auf das Methodenverständnis bleiben.

Ebsen: Ich möchte mich etwas reiben an der besonderen Bedeutung des „Betroffenen“ für die Legitimierung von Regulierung in Selbstverwaltung, wie sie besonders in dem Referat von Herrn *Burgi* hervorgehoben worden ist. Zunächst meine ich, dass man die kommunale Selbstverwaltung und das, was wir sonst noch an Selbstverwaltung haben und Selbstverwaltung nennen, schärfer trennen muss als wir es gewohnt sind. Die kommunale Selbstverwaltung gewinnt ihre Legitimität nicht nur aus ihrer verfassungsrechtlichen Garantie, sondern insbesondere aus der Tatsache, dass sich hier ein Gebietsvolk in einer Gebietskörperschaft mit Allgemeinzuständigkeit und allgemeinen und gleichen Wahlen selbst regiert.

Im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung habe ich große Zweifel, ob der Begriff des Betroffenen zur Begründung oder Verneinung demokratischer Legitimation wirklich sehr viel beitragen kann. Wir haben auch schon eine gewisse Skepsis bei Herrn *Oebbecke* gehört. Sind etwa Arbeitgeber in Sozialversicherungsträgern Betroffene? Wenn sie es sind, wieso sind sie dann nicht in Ersatzkassen vertreten? Wer sind Betroffene in der Selbstverwaltung beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk und der Medienaufsicht; es lassen sich weitere Beispiele nennen. Insofern glaube ich, dass der Begriff des Betroffenen jedenfalls zu wenig trennscharf ist, um rigorose Ja-Nein-Entscheidungen zur demokratischen Legitimation von Regulierung in Selbstverwaltung zu begründen. So einfach kann es nicht sein, dass wir entweder Betroffenen selbstverwaltung mit der Folge demokratischer Legitimation haben oder keine Betroffenen selbstverwaltung mit dem Verdikt mangelnder Legitimation und einem Verfassungsverbot für Regulierungsmacht. Man müsste sich dann auch fragen, was an die Stelle der durch solchen Rigorismus geschaffenen tabula rasa treten soll.

Ähnlich problematisch erscheint es mir, in den Begriff des Betroffenen dann auch noch als notwendige Legitimitätsvoraussetzung, ich nenne es einmal, die Gegnerfreiheit hineinzunehmen. Es leuchtet nicht ein, dass es unzulässig sein sollte, im Interesse bestimmter, vom Gesetzgeber gewollter Prozeduralisierung auch gegnerische Interessen so zusammenzuspannen, dass man gerade in ihrer Gegnerschaft ein bestimmtes Ergebnis erreichen kann. In meinen Augen ist sogar die gesamte pluralistische Selbstverwaltung, also bis hin zur Filmbewertung, auf diesen Prinzipien aufgebaut: Es sollen gerade gegnerische Konzepte, entgegengesetzte Ideen zusammenwirken. Ein geeigneteres Konzept zur verfassungsrechtlichen Bewertung autonomer Regulierung scheint mir der Gedanke sachgerechter Organisationsstrukturen zu sein, der dann anstelle rigoroser Ja-Nein-Entscheidungen flexiblere Je-desto-Sätze erlaubt. Je überzeu-

gender – auch in der interessendisparaten Zusammensetzung – eine Entscheidungsstruktur ist, desto eher ist Regulierungskompetenz zu akzeptieren. So wird man auch in der funktionalen Selbstverwaltung Strukturen finden, welche dem Idealbild der kommunalen Selbstverwaltung so ähneln, dass hier die demokratische Legitimation vergleichbar ist. Dann reicht hier für Rechtssetzungsmacht eine einfache Satzungsermächtigung. In anderen Fällen ist diese volle demokratische Legitimation vielleicht nicht gegeben; dann kann dies ja unter Umständen durch andere Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten des Staates kompensiert werden: vom Gesetzesvorbehalt, der auch in unterschiedlich intensiver Weise gelten kann, über unterschiedlich intensive Formen der Aufsicht und schließlich bis hin zur unterschiedlichen Kontrolldichte der Gerichte. Insofern meine ich, dass in diesem weiten Feld der funktionalen Selbstverwaltung doch weitaus mehr unterschiedliche Gestaltungen für Rechtsetzung in Selbstverwaltung möglich sein müssen, als sie mit einer rigiden Ja-Nein-Dogmatik entstehen können.

Hufen: Ich habe zunächst zu danken für zwei sehr ertragreiche, sehr informationsreiche, einen ungeheuer weiten – fast zu weiten – Bogen spannende Referate, die dann doch eine gewisse Abstraktionshöhe nicht verkennen ließen. Aber einen Punkt möchte ich noch anmerken: Herr *Burgi*, Sie haben von der Identitätskrise der Selbstverwaltung gesprochen, und ich frage mich doch nach beiden Referaten: Könnte das vielleicht auch damit zusammenhängen, dass man nicht mehr genügend nach den Wurzeln dieser Identität fragt? Wir haben zwei Referate über Selbstverwaltung gehört, in denen Namen wie *Freiherr vom Stein* und *Otto von Gierke* nicht vorkamen. Das ist nun nicht so schlimm, das haben wir alles im Hinterkopf. Aber dass wir auf Schweizer Boden über Schweizer Modelle der Selbstverwaltung und alles, was an historischen Traditionen damit zusammenhängt, nicht reden, das scheint mir doch bemerkenswert. Der Genossenschaftsgedanke, der Gedanke der „Selbstverwaltung von unten“, wenn wir es mal so nennen wollen, kam schlicht nicht vor. Für beide Referate kann man feststellen: Sie fußen fest auf dem Boden der norddeutschen – um nicht zu sagen – der preußischen Selbstverwaltungstradition: allenfalls Mitwirkung des Bürgers an den Staatsaufgaben, nicht Selbst-Verwaltung des mündigen, des freien grundrechtsbezogenen Bürgers! Zukunft braucht Wurzeln, und die Zukunft der Selbstverwaltung braucht auch vielleicht diese Wurzeln. Beide Referenten haben gesagt: Selbstverwaltung hat keinen Grundrechtsbezug, und die Ausgestaltung ist weitgehend Sache des Gesetzgebers. Der Bezugspunkt der Selbstverwaltung ist dann in der Tat eigentlich nicht der sich selbst verwaltende Bürger, sondern es ist der Staat, die Effizienz der Erfüllung von Staatsauf-

gaben. Wenn wir dagegen einmal in die Geschichte blicken und erkennen, welch ungeheurer Reichtum in der genossenschaftlichen, von unten kommenden Selbstverwaltungstradition, in der grundrechtlichen Verankerung der Selbstverwaltung der Paulskirche oder auch einiger deutscher Landesverfassungen – von der Schweiz gar nicht zu reden – liegt, dann wäre es doch eine interessante Aufgabe, das zu verbinden mit dem, was bei Herrn *Burgi* ganz zum Schluss wieder anklang, nämlich dem Begriff des „Selbstverwaltungsbürgers“. Der Begriff ist schön, aber hat er im Konzept der Referenten wirklich eine Funktion? Hängt der Begriff des „Selbstverwaltungsbürgers“ nicht in der Luft, wenn er verfassungsrechtlich und historisch nicht mehr verortet ist? Aber man kann es auch ganz einfach vom modernen Bestreben nach Effizienz und Betonung des Wettbewerbs her sehen, und da hat Herr *Burgi* natürlich völlig Recht wenn er betont, wie sehr der ökonomische Gesichtspunkt mit Interesse und Wettbewerb zu tun hat. Und dann ist es alles andere als unzeitgemäße Sozialromantik, wenn wir uns einmal wieder vergegenwärtigen, dass der alte Gedanke der sich selbst verwaltenden Bürger unvermutete Aktualität erlangen kann, dass ihr Interesse „vor Ort“ besser auszudrücken und zu verwirklichen ist als in der bloßen Partizipation an den großen und damit ortsfernen Politiksystemen, wie sie beim herrschenden „staatsgeneigten“ Modell allein im Mittelpunkt steht. Das kann dann auch viel effizienter sein, als der alles nivellierende Verwaltungszentralismus. Wollen wir nicht einmal überlegen, ob es in den historisch älteren Modellen nicht ungeheuer viel Aktualität der Mobilisierung von Bürgern, der Nähe und damit auch der Effizienz gibt? Die Antwort auf die Frage, ob mit Selbstverwaltung „Staat“ zu machen ist, kenne ich nicht; aber ich weiß, dass mit Selbstverwaltung Verwaltung zu machen ist, und vor allem, dass mit Selbstverwaltung Freiheit zu machen ist. Vielen Dank.

Graf Vitzthum: Mein erster Hinweis schlägt einen noch weiteren Bogen als die einführende Bemerkung von Herrn *Schmidt-Aßmann*. Ich versuche nämlich, den Bezug zu unserer Debatte gestern herzustellen. Die Diagnose im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung ist primär eine solche der Krise. In Ostdeutschland etwa finden sich nicht genügend Freiwillige für Bürgermeisterposten. Die Anamnese ist schwieriger als dieser Befund. Sind Europäisierung, Ökonomisierung, Spezialisierung, Professionalisierung oder Reglementierung die Gründe für die Krise? Ist es der Kompetenzschwund, sind es die leeren Kassen, ist es die „Ich-Gesellschaft“? Eine Schlüsselursache dürfte – und hier liegt ein Bezug zu gestern – das Identitätsdefizit auf der kommunalen Ebene sein. Jedenfalls sollte die Therapie auch dort ansetzen, also bei der Aktivierung der Bürger etwa mittels kommunaler Stiftungen, mittels eines Mehr an Bürger-

beteiligung an kommunalpolitischen Leitentscheidungen, vor allem aber mittels einer gezielten Identitätspolitik (auf Landesebene erfolgt letzteres ja längst). Im Vordergrund sollte demnach nicht die Kompensation von Kompetenzverlusten stehen, nicht die freudige, für Funktionäre prestigereiche Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen. Wichtiger ist eine bewusste Politik des Anders-Sein – der einen Kommune im Unterschied zu Gesicht, Agenda und Gewicht der anderen Kommune. Machen nicht alle Gemeinden mehr oder weniger das Gleiche? Wie kann sich meine Stadt von den anderen Städten der Region abheben, worin besteht ihre Identität? Den Bezug zu gestern sehe ich also gerade nicht in der Inklusion des Anderen, nicht in einer Angleichung aller Kommunen, sondern in einem identitätspolitisch bewussten Sich-Absetzen, in der Differenz. In den Kategorien von gestern Nachmittag, etwas hochtrabend formuliert: Der nächstliegende Pfad aus der Krise des Kommunalen ist, bezüglich der Gehalte, weniger universalistisch-kosmopolitisch als partikularistisch-lokal, oder, mit Namen benannt, ist weniger *Jürgen Habermas* als *Rüdiger Bubner*, ist eher *Hegel* als *Kant*.

Zweite Bemerkung: Herr *Oebbecke* hat Föderalismus und Selbstverwaltung in Wettbewerbshinsicht zu Recht parallelisiert. Sie scheinen mir aber auch in einem zweiten Punkt zusammenzugehören und gegenüber einem Dritten abzugrenzen zu sein: gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip. Letzteres bedeutet bekanntlich, dass das, was die höhere Ebene besser kann, auch auf diese gezogen werden darf. Dass das auch so geschieht, ist ja unsere weit verbreitete Erfahrung. Zumal im Verhältnis Staat/Kommunen sucht man nun, um ein Ausbluten der kommunalen Ebene zu vermeiden, nach Kernbestandsschutz. Dazu eignen sich die Prinzipien der kommunalen Selbstverwaltung und des Föderalismus. Beide schützen die Substanz ihrer Rechtsinstitute (Gliederstaaten als Zentren eigenständiger Willensbildung und Entscheidung; die bürgernahe, auch finanziell ermöglichte Kommunalautonomie), während das Subsidiaritätsprinzip letztlich keine Endgrenze setzt gegenüber permanenter, u.a. mit Effektivitätsargumenten begründeter Auszehrung. Insofern ist es keine entscheidende Hilfe, dass sowohl die Struktursicherungsklausel des Art. 23 GG wie der EU-Vertrag das Subsidiaritätsprinzip als Schutzinstrument gewählt haben. Zur Sicherung der Identität der Mitgliedstaaten wäre das Föderalprinzip das Richtigere gewesen, und zum Kern der Verfassungsidentität Deutschlands gehört auch die kommunale Selbstverwaltung. Etwas, das substanzlos ist (wie etwa seinerzeit die DDR), hat keine Identität, und etwas, dessen Substanz und Identität schwindet, kann nicht überleben.

Letzte Bemerkung: Herr *Burgi* hat in seinen Schlussbemerkungen nebenbei gesagt – völlig zu Recht in der Sache –, die negative Vereinigungs-

freiheit, in die das Schema der Kammern eingreift, sei gefestigt. Müsste unter der Themenstellung dieser beiden Referate, also im Hinblick auf die neuen Entwicklungen der Ökonomisierung und der Europäisierung, nicht auch in dieser Frage weitergedacht, die Berechtigung der Verkammerung der Wirtschaft – der verkammerten Berufe – also nicht stärker hinterfragt werden? Würde eine Bedürfnisprüfung nicht zur Notwendigkeit einer größeren Relativierung der Zwangsverkammerung, etwa zur Einrichtung von escape-Klauseln – Finanzsorgen haben die Kammern ja nicht –, führen? Hier stoßen wir doch auch auf ein methodisches Defizit unserer Verfassungsrechtsprechung. Rechtsvergleichung und empirische Befundnahmen, also Instrumente, die seinerzeit das befreiende Apothekenurteil fundiert hatten, werden in Karlsruhe seit Jahren vernachlässigt. Eine Aktivierung dieser Mittel würde helfen, die negative Vereinigungsfreiheit gegenüber der verzopften Verkammerung der Wirtschaft zu effektivieren. Vielleicht hilft aber auch schon das Europarecht der Liberalisierung auf, was dann seinerseits weiter zur identitätsstiftenden übernationalen Gemeinsamkeit beitrüge.

Schnapp: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Kollegen. Ich möchte einen Ball aufgreifen, den Herr *Zacher* heute morgen in die Luft geworfen hat und der vielleicht noch nicht auf dem Boden gelandet ist. Ich beschränke mich auf die Sozialversicherung, und da pars pro toto auf die Krankenversicherung; in den anderen Bereichen sieht es ähnlich aus. Meine These: Weder von Selbstverwaltung noch von Wettbewerb kann man in der Krankenversicherung wie in den übrigen Zweigen der Sozialversicherung ernsthaft reden, wenn denn Worte noch eine Bedeutung haben sollen, d.h. wenn Selbstverwaltung wirklich Entscheidung über die eigenen Angelegenheiten der Mitglieder sein soll. Ich will das wie folgt deutlich machen. Nehmen wir den Aufgaben- oder Ausgabenbereich, der bei den Krankenkassen identisch ist mit dem Leistungsbereich. Wir haben im Wesentlichen zwei Arten von Leistungen, das sind Geldleistungen und Sachleistungen. Über Geldleistungen wird im Hause der Krankenkasse entschieden, aber: Das im förmlichen Gesetz bundesrechtlich vorgegebene Programm sieht so aus, dass eine Berechnung der Geldleistungen pfenniggenau möglich ist, das heißt, das Ganze kann man in Computerprogramme umsetzen, was auch bereits geschehen ist. Über die Sachleistungen, und die wichtigsten sind Krankenhausbehandlungen und ärztliche Behandlungen, entscheidet nicht der Sachbearbeiter, sondern der behandelnde Arzt, so dass man schon die Frage stellen kann, wie es denn aussieht mit der demokratischen Legitimation des niedergelassenen Arztes, der die wichtigsten Entscheidungen trifft. Was die Einnahmeseite angeht: Die Beitragssätze werden formal in der Satzung der

Krankenkasse geregelt, aber hier gibt wieder das Bundesgesetz explizite Vorgaben: Die Beiträge sind so zu bemessen, dass sie ausreichen, um die Ausgaben für die Leistungen, die Verwaltungskosten und die Rücklage zu decken. Das ist ein rein rechnerischer Nachvollzug. Man kann das phänomenologisch veranschaulichen: Die Satzungen der Krankenkassen sind reine Organisationsstatute. Es wird nicht über die Angelegenheiten der Mitglieder entschieden.

Der zweite Punkt betrifft den Wettbewerb. Auf der Leistungsseite kann kein Wettbewerb stattfinden. Die Leistungen sind abstrakt vorbestimmt durch Bundesgesetz, plus – Herr *Burgi* hat das dankenswerterweise erwähnt – durch die Richtlinien des Bundesausschusses der Krankenkassen und Ärzte. Hier gibt es keine Spielräume. Die Krankenkassen können über die Leistungsseite nicht konkurrieren. Es gab mal vor Jahren einen Posten Gesundheitsvorsorge. Aber als dem Gesetzgeber dann Tai-Chi- und Bauchtanz-Kurse zuviel wurden, hat er diesen Posten wieder gestrichen. Und die Einnahmeseite bei den Kassen? Auch da finden wir keinen Wettbewerb. Wir haben seit Jahren den Risikostrukturausgleich: Die einnahmestarken Kassen müssen an die einnahmeschwachen Kassen zahlen. Zu fragen, ob da von Wettbewerb die Rede sein soll – diese Frage stellen heißt sie verneinen. Vielen Dank.

Gallwas: Zur These 13 von Herrn *Burgi*: Selbstverwaltungstauglichkeit. Dort schreiben Sie: Die Betroffenen müssten „typischerweise“ betroffen, dass heißt Träger gleichgerichteter Interessen sein. Ich möchte dieser Voraussetzung „gleichgerichteter Interessen“ eine Relativierung anfügen. Wir haben gleichgerichtete Interessen bei den Pflegekräften. Dennoch sind wir etwas skeptisch, ob man Pflegekammern einrichten sollte, etwa für das gleichgerichtete Interesse: Anhebung des Sozialprestiges. Ich hätte also Bedenken zu sagen, dass hier schon typische Betroffenheit ausreicht; es muss vielmehr immer noch etwas hinzukommen. Im übrigen meine ich, dass die Konstruktion der Selbstverwaltung auch dann Sinn macht, wenn die Interessen nicht gleichlaufen, wenn sie nicht gleichgerichtet sind, sondern wenn sie entgegengesetzt und gegenläufig sind. Denken Sie etwa daran, dass wir seit einiger Zeit die Frage diskutieren, ob man den öffentlichen Schulen nicht Selbstverwaltungsrechte geben sollte. Bei ihnen haben wir gerade keine gleichgerichteten, sondern krass entgegengesetzte Interessen, wenn Sie auf der einen Seite die Eltern, auf der anderen Seite die Lehrer, und als dritte Gruppe die Schüler nehmen. Infolgedessen wäre einmal an ein Selbstverwaltungsmodell zur möglichst sachnahen Herstellung praktischer Konkordanz zu denken. Ich meine also, vielleicht sollte man die These 13 noch mal bedenken und eventuell relativieren. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank Herr *Gallwas*. Wir kommen jetzt zu dem Block, der sich mit Internationalem und der Europäisierung beschäftigt. Als erstes möchte Herr *Häberle* einen rechtsvergleichenden Einblick geben, und danach werden Herr *Starck* und Herr *Breuer* zur Europäisierungsfrage im engeren Sinne sprechen.

Häberle: Verehrte Kolleginnen und Kollegen! Auch beim heutigen Thema bringen die zwei Arten der Rechtsvergleichung reichen Ertrag: zum einen die Rechtsvergleichung in der *Zeit*, hier die Verfassungsgeschichte, und die Rechtsvergleichung im *Raum*, in den einzelnen europäischen Ländern heute. Im gelingenden Fall verschränkt sich beides kreuzartig. Das in Texten greifbare „Europa der Kommunen“ müssen wir in diesen beiden Dimensionen erfassen. Aus der Schweiz kam schon früh, 1946 von *A. Gasser* das Stichwort: die „Gemeindefreiheit Europas“. Gestern hat Herr *Jörg Paul Müller* in seinem eindrucksvollen Eröffnungsvotum auf das genossenschaftliche Selbstverständnis der Schweiz verwiesen. Es ist auch für die kommunale *Selbst-Verwaltung* fruchtbar zu machen. Erlauben Sie drei ergiebige Gegenstände der Rechtsvergleichung. *Erstens:* die innerdeutsche Verfassungsvergleichung. Sie hat Herr *Oebbecke* sehr ertragreich praktiziert, insofern er in Leitsatz 21 das „Autonomiepotential“ der deutschen Landesverfassungen in den Blick nahm. Hier könnte m.E. gemeindeutsches Verfassungsrecht auch mit Anregungen aus dem Osten erstarken, das dann die kommunale und universitäre Selbstverwaltung auf GG-Ebene von unten her anreichert. – *Zweitens:* ein rechtsvergleichender Blick auf die Schweiz zur Legitimation der kommunalen Selbstverwaltung. In der Schweiz ist die Gemeindeautonomie auch ausweislich der neuen Kantonsverfassungen, übrigens auch in der Verfassungswirklichkeit, noch sehr vital, bei allen Gefährdungen „von oben“ her. Auch hier lebt die demokratische Freiheit aus den gemeindebürgerlichen Wurzeln vor Ort als „Selbstregierung“. – *Drittens:* ein Blick auf Italiens Geschichte und Gegenwart. Erinnern wir uns der Vorgeschichte des „Kommunalismus“ in den oberitalienischen Stadtrepubliken in Mittelalter und Renaissance, auch wenn sie nicht im modernen Sinne Demokratien waren, doch gibt es schon das Zitat von der „Kommune als europäische Verfassungsform“. Heute sind die italienischen Kommunen noch sehr stark. Sie bleiben sogar heftige Konkurrenten der sich verstärkenden Regionen auf dem Weg Italiens vom neuen Regionalismus zu einer Vorform von italienischem „Föderalismus“. – *Im Ganzen:* Auf die von Herrn *Burgi* gestellte Schlussfrage, ob mit Selbstverwaltung „Staat“ zu machen sei, die These: Mit der kommunalen Selbstverwaltung ist vor allem Demokratie und Freiheit zu machen, Herr *Hufen* hat mit Recht soeben den Freiheitsbezug unterstrichen. Dies ist mein kleiner spontaner rechtsvergleichender „Inkurs“.

Starck: Ich greife ein Problem aus dem grossen Tableau heraus, das uns die beiden Referenten geboten haben. Herr *Oebbecke* hat in der These 2 die Selbstverwaltung begrifflich festgelegt als auf der Basis eigenständiger Willensbildung und unabhängig von staatlichen Vorgaben auszufüllender Entscheidungsbereich. Nun muss man, wenn man über die Selbstverwaltung spricht, auch die Finanzseite sehen. Die Selbstverwaltung hat Aufgaben, und die finanzielle Ausstattung der Selbstverwaltung muss den Aufgaben entsprechen. In beiden Referaten kam jeweils an einer Stelle das Geld vor, das jedoch keinen Niederschlag in den Thesen gefunden hat. Herr *Burgi* hat das allgemein kurz aufgegriffen, und Herr *Oebbecke* hat gesagt, die Gemeinden bekämen hauptsächlich Zuweisungen. Dazu möchte ich zunächst bemerken, dass der Ausdruck Zuweisung für die gemeindliche Finanzierung missverständlich ist. Wir haben ein ziemlich ausgeprägtes System der finanziellen Ausstattung der Gemeinden: Gemäß Artikel 106 GG sind die Gemeinden an den Steuern beteiligt, dabei geht es nicht um Zuweisungen, um Zweckgebundenheit oder dergleichen. Auf der Ebene darunter in den Landesverfassungen und in den entsprechenden Finanzausgleichsgesetzen gibt es Regelungen über eine weitere Ausstattung der Gemeinden für die Selbstverwaltung. Das ist der Finanzausgleich. In vielen Landesverfassungen finden sich noch Sonderregelungen für die Frage, wie Aufgaben finanziert werden, die den Gemeinden übertragen werden. Wenn man über (kommunale) Selbstverwaltung spricht, darf der finanzielle Aspekt nicht vergessen werden, wenn er nicht überhaupt zur Definition der Selbstverwaltung gehört (vgl. Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG).

Das ist der Ausgangspunkt meiner Überlegungen und nun die weitere Frage: Wir erleben im Augenblick, dass die Gemeinden Aufgaben zugewiesen bekommen, auch vom Bund, etwa auf dem Gebiet der Sozialhilfe. Diese Aufgaben dürfen den Gemeinden nicht unmittelbar vom Bund als Selbstverwaltungsaufgabe oder als übertragene Angelegenheit zugewiesen werden, weil die Qualifizierung der Aufgabe zur Landeskompetenz gehört. Wenn die Länder entscheiden, dass es sich um eine übertragene Angelegenheit handelt, dann müssen sie die Deckung der Kosten regeln. Sollte es eine Selbstverwaltungsangelegenheit sein, dann ist sie aus dem allgemeinen Topf der Finanzausstattung zu finanzieren. Freilich könnte dann die Frage gestellt werden, ob der Finanzausgleich an die Erledigung solch einer Pflichtaufgabe angepasst werden muss. Darüber gibt es schon Gerichtsurteile der Landesverfassungsgerichte. Und nun die Beziehung zur Europäisierung. Diese bedeutet auch, dass ein Einfluss auf die gemeindlichen Aufgaben, zumindest auf die Art und Weise ihrer Erfüllung, stattfindet, indem die Aufgaben schon vom Verfahren her anders und teurer erfüllt werden müssen, so im Wasser- und im Umweltschutzrecht, wo

die Aufgaben nach Vergaberecht europaweit ausgeschrieben werden müssen usf. Das sind alles Kostenfaktoren. Deswegen müsste man, wenn man über die Europäisierung im Zusammenhang mit den Gemeinden spricht, auch auf die Finanzseite eingehen. Es müsste geprüft werden, ob es irgendwelche Verfahren, irgendwelche Kriterien gibt, die die Aufgabenvermehrung oder die Aufgabenveränderung von der europäischen Seite her finanziell durchsichtig machen.

Breuer: Von *Hans Julius Wolff* stammt das bekannte Wort: Selbstverwaltung ist das Recht, auf eigene Kosten Dummheiten zu machen. Hält man sich vor dem Hintergrund dieses Wortes die heutigen Referate und die dargebotenen Erkenntnisse vor Augen, so möchte ich etwas vergrößert sagen, dass es gut um die Selbstverwaltung steht, was die wissenschaftliche Bemühung anbelangt. Aber es steht schlecht um die Selbstverwaltung, wenn man sich nach der Erfüllung ihres politischen Sinns erkundigt. Natürlich war der politische Sinn des Wortes von *Hans Julius Wolff* nicht, dass die Gemeinden verschwenderisch mit ihren Mitteln umgehen sollten, ganz im Gegenteil, es ging vielmehr darum, wer eigentlich die konzeptionellen, planerischen und finanzwirtschaftlichen Entscheidungen trifft. Gemeint war und ist, dass eine engere Gemeinschaft in Eigenverantwortung, öffentlich-rechtlich organisiert, auf demokratischer Basis und in bürgerschaftlicher Freiheit die Entscheidungen treffen sollte. Die Spielräume, die es nun einmal gibt, sollten also bei den engeren Gemeinschaften und der jeweiligen Bürgerschaft liegen. So gesehen muss man sich fragen, welche Verschiebungen im Kraftfeld stattfinden, wenn durch Europäisierung und Ökonomisierung die Ausgangspunkte und die Prinzipien der Entscheidung umgepolt werden. Jedenfalls zeichnet sich ab, dass in einem entgrenzten Wettbewerb über den Preis, nämlich in einem offenen zivilgesellschaftlichen Verfahren des Wettbewerbs zwischen Konkurrenten, disponiert wird, also in einem Verfahren, in dem die Bürger als Kunden und als Empfänger von Leistungen begriffen werden und miteinander agieren. Es ist also nicht mehr die öffentlich-rechtlich organisierte, demokratisch fundierte Gemeinschaft, die die Zweckmäßigkeitsentscheidungen trifft; sondern diese Entscheidungen werden in einem verlagerten Kraftfeld letztlich von anderen Agenten und ihren Organisationen bestimmt. Mir scheint auch, dass dies kein Geheimnis ist, sondern die erklärte Absicht der EG-Kommission, und dass sie letztlich auch im Europarecht nahe gelegt wird. Die engeren Gemeinschaften sollen geöffnet werden nach den Prinzipien des Wettbewerbs. Hier fürchte ich, dass man nicht so harmonisch, wie Herr *Burgi* es erklärt hat, mit dieser Verlagerung im Kraftfeld umgehen kann. In der Analyse des Befundes stimmen wir überein. Was Sie etwa in den Thesen 16 und 17 ausgeführt ha-

ben, ist in anderen Worten der gleiche Befund. Aber dann zu sagen, man müsse in einer Harmonisierung das ganze Konfliktpotential wieder zusammenführen, scheint mir ein wenig zu idealistisch zu sein und an der politischen Verschiebung im Kraftfeld vorbeizuführen. Vielleicht können Sie aber eine Erklärung dazu geben, die meine Sorge wenigstens mildern kann.

Zweite Bemerkung: Das Verwaltungsrecht wird zunehmend methodisch und systematisch umgeformt. Herr *Schmidt-Aßmann* hat dies angedeutet mit seiner Methodenbemerkung. Soweit ich die Dinge sehe, ist das Verwaltungsrecht zunehmend finalisiert worden. Es werden Ziele gesetzt, und zwar ökonomische Ziele, Umweltziele und andere Politikziele, und diese Ziele sollen dann von den Staaten und ihren Unterorganisationen realisiert werden. Ein deutliches Beispiel ist die Wasserrahmenrichtlinie, die von anderen bereits zitiert worden ist. Die Umweltziele, die Maßnahmenprogramme und die Bewirtschaftungspläne setzen Vorgaben, und diese Vorgaben sollen dann von den Mitgliedstaaten und ihren Unterorganisationen realisiert werden. Wo bleibt hier eigentlich die eigenverantwortliche Entscheidung der Mitgliedstaaten, der Länder und der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften oder auch der Realkörperschaften, die damit angesprochen sind? Ich fürchte, dass diese Finalisierung des Verwaltungsrechts zu Lasten der Selbstverwaltung geht.

Schlussbemerkung: Die Zielvereinbarungen, die uns hier als Instrument vorgestellt worden sind, sind meines Erachtens höchst gefährlich. Die stärkeren politischen Organisationen geben die Ziele vor, sie treffen die Zielvereinbarungen, und die kleineren Einheiten müssen folgen. Wir kennen das auch aus der Hochschulselbstverwaltung.

Vorsitzender: Vielen Dank. Wir kommen jetzt zu dem letzten Abschnitt, auch aus dem Titel aufgenommen, der „Ökonomisierung“. Da habe ich zunächst eine Wortmeldung des Herrn Kollegen *Fehling* und dann von Herrn *Groß*.

Fehling: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren. Meine Anmerkung zielt auf, wie ich meine, zwei weitere Aspekte einer Ökonomisierung der Selbstverwaltung. Zum ersten ist zu beobachten, dass sich Selbstverwaltungsträger vermehrt auch in einer Art und Weise wirtschaftlich betätigen, bei der die eigentlichen Selbstverwaltungsaufgaben realistisch betrachtet nur noch eine Nebenrolle spielen und der Zweck der Einnahmenerzielung, das Stopfen von Haushaltslöchern, ganz im Vordergrund steht. Bei den Kommunen wird man schon ihre Beteiligung an den überregional tätigen Energieversorgungsunternehmen de facto so deuten müssen, jedenfalls aber ihre Betätigung im Bereich der Telekommunika-

tion. Diese Entwicklung ist jedoch nicht auf den kommunalen Sektor beschränkt: Man wird verweisen können auf Bestrebungen von Hochschulen, Lehrmaterialien im Internet etwa auch für Interessenten in Asien zur Verfügung zu stellen, gegen hohe Gebühren. Man wird ferner verweisen können auf Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Vermarktung neuer Angebote, zukünftig vermehrt auch im Internet. Bislang arbeiten wir in solchen Fällen mit den dogmatischen Kategorien „Einnahmenerzielung als Nebenzweck“ oder „Randnutzung“. Wird dies aber den geschilderten Phänomenen noch gerecht? Oder sollte die Entwicklung ein Anlass dafür sein, unsere dogmatischen Kategorien für die wirtschaftliche Betätigung von Selbstverwaltungsträgern zu überdenken und ökonomischen Motiven mehr Raum zu geben?

Ein zweiter Aspekt der Ökonomisierung, den ich kurz andeuten möchte, betrifft die Frage der Rechtsform, wie sie derzeit vor allem bei den Hochschulen in der Diskussion ist: Bleibt die Selbstverwaltung untrennbar mit der Rechtsform „Körperschaft“ oder allenfalls „Anstalt“ verbunden, oder kann eine ökonomisch motivierte Reorganisation sich auch der Rechtsform der – möglicherweise gar privatrechtlichen – Stiftung bedienen, nicht nur für den Hochschulträger, sondern auch für die Binnenorganisation der Hochschule? Lässt sich so einem ökonomischen Wandel der Selbstverwaltung zeitgerecht Ausdruck verleihen, oder sind das Rechtsformen, die mit dem Prinzip der Selbstverwaltung letztlich doch nicht kompatibel sind? Vielen Dank.

Groß: Ich möchte auch eingehen auf den Zusammenhang zwischen der Finanzierung der Selbstverwaltung und ihrer Legitimation. Ich sympathisiere sehr mit dem Gedanken von Herrn *Oebbecke*, die Selbstverwaltungsgarantie für die Hochschulen zu aktivieren, aber man stößt natürlich sofort auf das elementare Problem, dass die Hochschulen heutzutage fast ausschließlich fremdfinanziert sind. Deshalb stellt sich die Frage, ob man aus dem Selbstverwaltungsrecht einen Anspruch auf Gelder der Allgemeinheit ableiten kann. Ihre Antwort geht – denke ich – in die richtige Richtung. Es muss über Zielvereinbarungen einen gewissen modalen Einfluss der Hochschulen geben, aber es kann sicher nicht die parlamentarische Letztverantwortung umgangen werden, die eben gerade eine solche Form der fremdfinanzierten Selbstverwaltung von überwiegend eigenfinanzierter Selbstverwaltung unterscheidet. Die Frage ist: Kann man auch für andere Bereiche der Selbstverwaltung aus diesem Problem Schlussfolgerungen ziehen? Was bedeutet es, dass die Kommunen zunehmend von staatlichen Zuweisungen abhängig sind? Was bedeutet es zum Beispiel für die Rentenfinanzierung, dass der Staatszuschuss immer stärker zunimmt, sofern dort überhaupt noch substanzielle Selbstverwal-

tung vorhanden ist? Ist das nicht auch das eigentliche Problem der Krankenversicherung, dass nämlich die kassenärztlichen Vereinigungen genau besehen auch fremdfinanziert sind? Sie dienen dazu, von anderen, von den Krankenkassen und letztlich von ihren Versicherten aufgebraachte Mittel zu verteilen. Spricht das nicht, wenn nicht überhaupt gegen diese Konstruktion, zumindest gegen die Gleichberechtigung von kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen?

Vorsitzender: Meine Damen und Herren! Das strenge Siebeneinhalb-Minuten-Schlusswort-Diktat ist Last und Erleichterung zugleich. Es ist Last, weil man sich sehr konzentrieren muss, sehr souverän mit der Sache umgehen muss; es ist erleichternd, weil man von vornherein die Freiheit hat, nicht auf jeden Diskutanten eingehen zu müssen. Bitte freuen Sie sich auf diesen Umgang mit Last und Erleichterung, wie üblich in der umgekehrten Reihenfolge. Zunächst Herr *Burgi*, dann Herr *Oebbecke*.

Burgi: Ich will von dieser Freiheit nicht Gebrauch machen, sondern ich habe den Ehrgeiz, auf jede Frage einzugehen. Herr *Schmidt-Aßmann* hat begonnen mit dem Hinweis auf das allgemeine Verwaltungsrecht. Das knüpft an meine Begriffsbestimmung an. Man kann hier deutlich sehen, dass in den 60er, 70er Jahren, nicht zuletzt durch Sie selbst, Herr *Schmidt-Aßmann*, der Schwerpunkt auf das Verfassungsrecht gelegt worden ist – Stichwort: Selbstverwaltung als „staatsrechtliches Prinzip“. Dann hat sich der Schwerpunkt verlagert in das Besondere Verwaltungsrecht, zum Kommunalrecht sowieso, aber auch zum Sozialrecht, zum Wirtschaftsverwaltungsrecht etc. Mein Anliegen ist es, Begriff und Kategorie zurückzuführen in das allgemeine Verwaltungsrecht, wo wir gegenwärtig in vielen eingeführten Lehrbüchern im Stichwortverzeichnis die „Selbstverwaltung“ gar nicht finden.

Zu der Frage von Herrn *Ebsen*, die eine zweigeteilte Frage war und zunächst auf den Betroffenenbegriff zielte. Es ist zutreffend, dass man daran keine Ja-Nein-Dogmatik anknüpfen kann; das tue ich aber auch nicht, sondern ich verwende den Betroffenenbegriff heuristisch und mit folgendem Inhalt: Betroffene sind diejenigen, die durch den Gesetzgeber bei der betreffenden Aufgabe teilweise vorgefunden, teilweise durch ihn überhaupt erst dazu bestimmt worden sind. Ich knüpfe daran noch keine dogmatischen Konsequenzen. Das tut man allerdings dann bei der Frage nach der demokratischen Legitimation oder bei der Frage nach dem Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage anhand der Grundsätze von Artikel 80 GG, wo beispielsweise Sie, Herr *Ebsen*, mit einer Unterscheidung zwischen formeller und materieller Selbstverwaltung arbeiten wollen. Über all das kann man diskutieren, aber im Rahmen meines Refera-

tes haben sich diese Fragen nicht gestellt und auf der Begriffsebene genügt die Betroffenheit als allgemeines Kriterium. Dann hatten Sie Kritik geäußert, Herr *Ebsen*, an meiner These, dass es unstatthaft sei, wenn in der sog. gemeinsamen Selbstverwaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung entgegengesetzte Interessen zusammengespannt, ja aufeinander gehetzt werden. Man sieht in der Tat, dass auch in den Kammern oder in der Hochschule entgegengesetzte Interessen vorhanden sind, was wir in jeder Fakultätsratssitzung erleben. Hier handelt es sich indes lediglich um eine Binnenheterogenität der Interessen und man wird zugeben müssen, dass ungeachtet aller Interessengegensätze zwischen den Kollegen oder auch gegenüber den Studierenden ein gewisses Basisinteresse der Pflege von Forschung und Lehre besteht, und auch in den Wirtschaftskammern ist ein solches gemeinsames Basisinteresse vorhanden. In der sog. gemeinsamen Selbstverwaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung fehlt ein gemeinsames materielles Interesse nicht nur, sondern es darf definitionsgemäß gar nicht vorhanden sein; Ziel des Gesetzgebers ist es gerade, zwei unversöhnliche Welten in einer Organisationseinheit zusammenzuspannen. Nun schließe ich daraus freilich nicht, dass stattdessen der Staat tätig werden sollte. Eine denkbare Alternative sind verselbständigte Verwaltungseinheiten unter Einbeziehung von Sachverständigen – nur nicht unter der Flagge Selbstverwaltung. Diese und andere Alternativen müsste man sich in weiteren Untersuchungen vornehmen.

Herr *Hufen* hat die historischen Bezüge angemahnt und die Perspektive der „Selbstverwaltung von unten“ betont. Ich glaube, im Anliegen sind wir uns durchaus einig. Die Frage ist nur, ob man das Anliegen der Stärkung von Ehrenamtlichkeit, von Selbstverwaltungsbürgerschaft, wie ich es genannt habe, auf der Basis der gegenwärtigen doch herrschenden und von mir auch für richtig gehaltenen Einordnung der Selbstverwaltungsträger in den Staat realisiert – das habe ich versucht – oder ob man, wie Sie, gewissermaßen im Ansatz schon revolutionärer ist und von der Ausübung einer dem Staat voraus liegenden bürgerlichen Freiheit ausgeht. Sie können mir vorwerfen, dass ich den Mut dazu nicht gehabt habe, aber ich bin der Meinung, dass man nicht alle Parameter zugleich verändern sollte, wenn man ein Anliegen mit Aussicht auf Erfolg durchsetzen will. Deswegen habe ich in diesem Punkt den herrschenden Standpunkt eingenommen, der, glaube ich, nicht in der Luft hängt, wie Sie gesagt haben, sondern auf dem Boden des Grundgesetzes steht.

Graf *Vitzthum* hat auf die Schwierigkeiten des Ehrenamtes hingewiesen. In der Tat tut man sich in den neuen Bundesländern, aber auch in den alten Bundesländern, etwa in der sozialen Selbstverwaltung schwer, Ehrenamtliche zu finden – dies ist einer der Gründe für das Institut der

Friedenswahlen. Die Ursache der Defizite beim ehrenamtlichen Engagement liegt darin, dass nichts zu bewegen ist. Dort wo nichts zu bewegen ist, bewegt sich auch niemand und wehrt sich niemand. Deswegen habe ich versucht, an zwei Stellen diesem Missstand abzuhelpen: zum einen durch die Stärkung der Eigenverantwortlichkeit, d.h. mehr Spielräume, mehr ehrenamtliches Engagement, und zum anderen auf der Ebene der Binnenstrukturen mit den Ansätzen zur Stärkung der Kollegialorgane und der Selbstverwaltungsbürgerschaft.

Herr *Schnapp* hat uns geschildert, dass die soziale Selbstverwaltung gekennzeichnet sei durch ein sehr geringes Maß an Eigenverantwortlichkeit. Wir wollen jetzt nicht über Prozentzahlen streiten, zumal wir uns in der Diagnose einig sind. Ich möchte daraus aber nicht den Schluss ziehen, in diesen Bereichen gar nicht mehr von Selbstverwaltung zu sprechen, weil mir für die kategoriale Zuordnung schon ein Prozent ausreichen würde. Ab da muss man dann juristisch überlegen – und das habe ich versucht –, ob man nicht aus der Verfassung die Verpflichtung ableiten kann, aus einem Prozent 10 oder 30 oder 40 Prozent zu machen.

Herr *Gallwas* hat die Pflegekammern, deren potentielle Aufgaben ich als selbstverwaltungstauglich ansehen würde, angesprochen. Das bedeutet aber nicht, dass man Pflegekammern einführen muss, sondern dass die verfassungsrechtliche Mindestbedingung hierfür erfüllt ist. Der Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur beinhaltet natürlich keine Verpflichtung, nun in all diesen Bereichen Selbstverwaltung vorzusehen.

Herr *Häberle* hat auf die Notwendigkeit und Nützlichkeit der Rechtsvergleichung hingewiesen. Dem ist nichts hinzuzufügen, der Hinweis ist vollkommen berechtigt. Ich würde zur Rechtfertigung in Anspruch nehmen wollen, dass unser Auftrag im Schwerpunkt darin bestanden hat, einen Rechtsvergleich innerhalb der verschiedenen Selbstverwaltungsarten herzustellen.

Zu Herrn *Starck* und zur Interpretation der finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften: Mein Anliegen ist es, den Gedanken organisatorischer Effizienz, wonach es nur Sinn macht mit der Selbstverwaltung, wenn dort auch Spielräume bestehen, für die Interpretation der finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften fruchtbar zu machen. Diese Vorschriften sind ja nun insbesondere in den Landesverfassungen, nicht nur in Niedersachsen, durchaus interpretationsbedürftig und interpretationsfähig, und vielleicht kann der Effizienzgedanke hier die Gewichte zugunsten der Träger der kommunalen Selbstverwaltung verschieben.

Herr *Breuer* schließlich hat die These vertreten, wenn ich es richtig notiert habe, dass die Gemeinschaft das Ziel verfolge, die inneren Gemeinschaften, d.h. die Selbstverwaltungsträger, zu öffnen. Ich weiß nicht,

ob man eine solche Zielsetzung, einen diesbezüglichen Vorsatz, nachweisen kann. Was in der Tat stattfindet, ist eine Ausdehnung des europäischen Wettbewerbsrechts. Diese aber ist nicht zuletzt dadurch bedingt, dass eben immer mehr nationale Tatbestände in einer Weise ausgestaltet werden, dass die Voraussetzungen des europäischen Wettbewerbsrechts erfüllt sind. Daher stellt sich die Frage: Was tut man? Baut man Schutzbarrieren und versucht, die nächsten fünf Jahre die Entwicklung zu kritisieren und aufzuhalten durch Anmerkungen, Aufsätze usw.? Oder beginnt man sogleich mit der Kärnerarbeit, um mit Hilfe des Art. 86 Abs. 2 EG möglichst viel Selbstverwaltungssubstanz zur Entfaltung zu bringen. Ich habe für die letztere Variante plädiert.

Herr *Fehling* hat danach gefragt, ob die Stiftung auch eine mögliche Organisationsrechtsform der Selbstverwaltung sein könne. Das würde ich bejahen, solange die Trägerschaft im Öffentlichen Recht bleibt. Eine privatrechtliche Trägerschaft kann nicht mehr als Selbstverwaltung ausgeflaggt werden, aber Körperschaft, Anstalt oder Stiftung sind vom Begriff erfasst! Alles weitere ist wieder eine Frage des Verfassungsrechts und der Bereichsdogmatik. Danke!

Oebbbecke: Ich habe einmal zu danken für Ergänzungen und Bestätigungen, etwa von Herrn *Häberle* oder Herrn *Schnapp*.

Es ist dann ganz zu Recht angemahnt worden, dass die bereichsspezifischen Fragen der Aufgabenstellung zu kurz gekommen sind. Das war deshalb nicht anders möglich, weil wegen der Konzentration auf die Selbstverwaltung als übergreifende Fragestellung die Besonderheiten der einzelnen Bereiche nicht die Aufmerksamkeit finden konnten, die sie sicher verdienen. Wenn man auf die Selbstverwaltung insgesamt sieht, erkennt man eben, dass es weite Bereiche gibt, die überhaupt keine Finanzprobleme haben: die Kammern, die genossenschaftliche Selbstverwaltung, auch Teile der Sozialversicherung wie die Unfallversicherung; in diesen Bereichen stimmt das Verhältnis und es läuft sehr gut. Das muss man berücksichtigen.

Herr *Hufen* hat auf eine wichtige Frage hingewiesen. Ich halte es allerdings nicht für richtig, dass wir das Thema ganz ausgespart hätten; ich etwa habe etwas zu den freiheitssichernden Momenten der Selbstverwaltung gesagt. Sie meinen aber noch etwas anderes, nämlich Freiheitsbetätigung gerade durch die Mitwirkung an der Selbstverwaltung. Da taucht in der Tat ein Problem auf. Ich glaube, dass sich diese Vorstellungen nicht mehr realisieren lassen. Wenn wir den Gedanken von der Wahl der Organisationsformen von Herrn *Schmidt-Aßmann* aufnehmen, dann erkennt man, dass es unter den heutigen Bedingungen – schnelle Kommunikation und erleichterter Transport über große Strecken, die mit dem angespro-

chenen Bedeutungsverlust des Raumes zusammenhängenden Möglichkeiten – einfach so leicht geworden ist, große Räume zu erfassen und die Skalenerträge zu nutzen, wenn man große Strukturen bildet, dass niemand die Nachteile in Kauf nimmt, die es hätte, in ihrem Sinne übersichtliche Größenordnungen zu bilden.

Es ist im Übrigen nicht so, hier unterscheide ich mich vielleicht in einer Nuance von Herrn *Burgi*, dass Rekrutierungsprobleme ausschließlich da bestehen, wo gar nichts zu bewegen ist. Auch da, wo die kommunale Selbstverwaltung die ganz kleinen Einheiten überschreitet, über die Hundert-Einwohner-Gemeinde in Ostdeutschland hinausgeht, ist es schwierig, Ratsmitglieder zu gewinnen. Es ist in der sozialen Selbstverwaltung schwierig, Leute zu gewinnen. Das Bedürfnis sich einzubringen ist offenbar insgesamt nicht vorhanden. Man kann auch an anderen Entwicklungen zeigen, dass sich eine Einstellung entwickelt hat, die eher Dienstleistungs- als Mitwirkungsbereiche wahrnimmt. Ich bin unsicher, ob dem gegenzusteuern ist.

Zu einigen Einzelfragen: Es ist der Schutz etwa der Kommunen gegen Europa angesprochen worden; was die finanzielle Seite anlangt, von Herrn *Starck*. Soweit ich sehe, handelt es sich strukturell um dasselbe Problem wie beim von Ihnen angesprochenen Schutz gegen den Bund. Bisher ist uns da meines Erachtens nichts Vernünftiges eingefallen, nichts, was wirklich funktioniert. Bei dem ähnlichen Problem in Europa wird uns wohl auch nichts einfallen. Dort kommt hinzu, dass es in Europa sehr unterschiedlich ist, ob Selbstverwaltungsträger in einem Bereich tätig sind. Es kann gut sein, dass sie eine Wasserrahmenrichtlinie erlassen, und in manchem Mitgliedstaat ist überhaupt kein Selbstverwaltungsträger betroffen. Auch das muss man sehen. Es handelt sich nicht um ein spezifisch europarechtliches Problem. Herr *Breuer* hat die besondere Orientierung der EG-Kommission auf den Wettbewerb angesprochen. Dazu hört man vor allem in der kommunalen Diskussion auch „Die wollen uns kaputt machen.“; das ist die extreme Formulierung. Wenn man genau hinsieht, dann erkennt man aber, dass „die“ eigentlich nicht viel anderes anordnen, als seit 1935 in der Gemeindeordnung steht. „Die“ haben nur im Unterschied zu dem, was bisher vor allem die Verwaltungsgerichte aus diesen Vorschriften gemacht haben, endlich ein Mittel in der Hand, das auch juristisch durchzusetzen. Das ist es, worüber die Kommunen sich eigentlich beklagen, nicht über die Neuregelung, sondern darüber, dass das endlich einer ernst nimmt und es auch juristisch durchgesetzt wird. Meines Erachtens zeigt die Entwicklung der letzten zwei, drei Jahre aber, dass wir den Höhepunkt der von ihnen angesprochenen Entwicklung hinter uns haben, dass eine gewisse Konsolidierung einsetzt.

Meines Erachtens sind Zielvereinbarungen nicht so gefährlich, wie Sie glauben, Herr *Breuer*. Zielvereinbarungen sind ein Eingeständnis der Schwäche des Finanziers – warum sollte er sie sonst abschließen? Wenn er einfach anweisen könnte, würde er das tun. Es muss Vorteile für ihn haben – warum sollte er überhaupt eine Mitwirkungsmöglichkeit einräumen? Ich kann Ihre Einschätzung deshalb nicht so ganz teilen.

Herr *Fehling* hat nach der Eignung der Stiftungsform gefragt. Um freie Wissenschaft zu betreiben, ist sie, glaube ich, schon geeignet. In den Ländern, in denen wir entsprechende Selbstverwaltungsgarantien haben, sehe ich nicht, wie man die Stiftungsform einführen könnte, weil sie dafür bei all ihrer Offenheit doch ziemlich ungeeignet ist.

Ergibt sich aus dem Selbstverwaltungsrecht ein Anspruch auf Finanzierung? Wenn er nicht sondergesetzlich geregelt ist, grundsätzlich nicht, es sei denn, wir haben verfassungsrechtliche Schutzpflichten oder dergleichen. Wenn der Staat durch Selbstverwaltung Schutzpflichten nachkommt, muss er auch Sorge tragen, dass sie effektiv funktioniert. Grundsätzlich muss die Selbstverwaltung aber sehen, dass sie mit dem Geld auskommt, das sie hat, was, wie ich ganz bewusst sage, bei den Kommunen durchaus ein Problem ist.

Herr *Schmidt-Aßmann* hat auf eine, wie ich glaube, ganz wichtige Aufgabe hingewiesen. Die Probleme, mit denen wir uns hier in den Vorträgen befassen, greifen Fragestellungen auf, die mit denen, welche die Gerichte beschäftigen, nur noch relativ wenig zu tun haben. Eigentlich diskutieren wir auf der Basis des Allgemeinen Verwaltungsrechts Fragen der Rechtspolitik – nicht unbedingt nur Fragen, die im Bundestag oder in Landtagen entschieden werden, sondern auch das, was in kommunalen Vertretungen entschieden wird. Das sind Fragen der Gestaltung – „Wie will ich regeln?“ – und nicht so sehr Fragen der Anwendung – „Was bedeutet die Regelung für die Entscheidung im Einzelfall?“. Schönen Dank.

Vorsitzender: Meine Damen und Herren, die Busse stehen vorzeitig draußen. Das erlaubt es mir, im Namen des Vorstandes in weniger als vier Minuten ein Schlusswort des Dankes zu sagen. Es gehört zu den Routinen einer jeden Tagung, dass man Referenten, Diskutanten und allen sonstigen, die an der Tagung mitgewirkt haben, ein herzliches Dankeschön sagt. Vielleicht ist heute ein Tag, wo wir, der Vorstand, allen diesen, die dort beteiligt sind, in ganz besonderer Weise dankbar sein können. Wenn man nach 80 Jahren einheitlicher und eingefahrener Tagungspraxis eine gewisse Organisationsstrukturereform versucht, dann kann man möglicherweise hundertprozentig theoretisch „unwiderlegbar“ begründen, dass das die allein richtige Form ist, aber es setzt voraus, dass sich eingeschliffene Routinen und Denkweisen kraft Überzeugung ändern.

Das geht nicht theoretisch, sondern das kann nur durch den praktischen Erfolg des Modells selbst geschehen. Wir waren uns im Vorstand insofern nicht ganz sicher und werden erst in 14 Tagen evaluieren und die neue Tagung besprechen – Sie sehen: Ein Unsicherheitsmoment der Praxis war geblieben! Gerade deshalb sind wir jetzt in ganz besonderer Weise dankbar. Erstens für die vielen ausschließlich positiven Rückmeldungen während dieser Tagung! Wenn Sie Kritik haben, sind wir auch dafür sehr empfänglich, aber wir haben uns gefreut über diesen Rückenwind. Zweitens sind wir dankbar, dass nicht nur theoretisch eingetreten ist, was lange nicht der Fall war, dass z.B. am zweiten Tagungstag, dem Freitag, heute also, am Ende der Diskussion 150% mehr Kolleginnen und Kollegen im Saal sitzen als am letzten Tag im Vorjahr in Würzburg. Das scheint mir ein empirischer Beleg dafür zu sein, dass dieses neue Tagungsmodell auch bei der „Abstimmung mit den Füßen“ angenommen worden ist.

Umso leichter fällt es, den Dank „loszuwerden“. Erstens an die acht Referenten mit ihren, wie ich meine, außergewöhnlich guten Referaten, die die ganze Bandbreite deutscher Staatsrechtslehre versucht haben zu repräsentieren und in ungewöhnlicher Weise anregend waren. Es gilt unser Dank der hohen Disziplin aller Diskutanten: Die strenge Vier-Minuten-Regel ist keine Affektiertheit, sondern Ausdruck einer gewissen Gleichheit in der Gelehrtenrepublik, bei der die Stärke des Arguments und nicht die in Diskussionslänge abgebildete Reputation den Ausschlag gibt. Dass Sie alle so diszipliniert mitgemacht haben und empfunden haben, dass diese Diskussionsweise uns allen geholfen hat, dafür sind wir Ihnen zu besonderem Dank verpflichtet. Letztendlich war das nur möglich in einem Rahmen, der es erlaubt, vom „St. Galler Modell“ zu sprechen mit einer hervorragenden, immer sofort reagierenden Organisation von Herrn *Ehrenzeller*, seinen vielen Helfern im Hintergrund, und ich finde, wir alle können jetzt den wissenschaftlichen Teil voller Dankbarkeit und beim Vorstand voller Erleichterung beenden.

Verzeichnis der Redner

von Bogdandy S. 216	Murswiek S. 97, 203
Breuer S. 204, 467	Nolte S. 214
Bull S. 350	Oebbecke S. 473
Bullinger S. 341	Pernice S. 339
Burgi S. 470	Peters S. 210
von Danwitz S. 359	Pitschas S. 207, 355
Dörr S. 93	Puhl S. 106
Dreier, Horst S. 211	Rauschnig S. 206
Ebsen S. 459	Ress S. 103
Engel S. 87, 342	Riedel S. 108
Fehling S. 468	Ronellenfitsch S. 357
Fromont S. 341	Rupp S. 355
Gallwas S. 336, 343, 464	Sachs S. 352
Grimm S. 85	Schachtschneider S. 92, 212, 351
Gröschner S. 345	Schefold S. 213
Groß S. 469	Scherzberg S. 200
Häberle S. 110, 465	Schmidt-Aßmann S. 457
Heintzen S. 363	Schmidt-Preuß S. 96, 344
Herdegen S. 114	Schnapp S. 463
Hermes S. 339	Schulze-Fielitz S. 85, 457, 475
Hobe S. 108	Schuppert S. 336
Hufen S. 98, 460	Schwabe S. 199
Isensee S. 90, 208	Starck S. 466
Kämmerer S. 360	Steiger S. 94
Kirchhof, Paul S. 197	Streinz S. 202, 356
Klein, Eckart S. 201	Tietje S. 105
Korioth S. 217	Graf Vitzthum S. 88, 461
Kugelmann S. 215	Vogel S. 95
Lege S. 346	Volkmann S. 102
Leisner, Walter S. 87	Voßkuhle S. 361
Lorz S. 347	Wahl S. 337
Mantl S. 100	Wallerath S. 99
Masing S. 348	Weber-Dürler S. 194
Meßerschmidt S. 109	Wendt S. 352
Meyer S. 205, 352	Wieland S. 93
Morlok S. 112	Zacher S. 349
Müller, Georg S. 353	Zuleeg S. 215
Müller, Jörg Paul S. 194	

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: 18. Dezember 2002

Vorstand

1. *Schuppert*, Dr. Gunnar Folke, Professor,
Kaiserdamm 28, 14057 Berlin, (0 30) 30 61 21 68;
Humboldt-Universität, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 02, Fax (0 30) 20 93-33 44,
E-Mail: vdstrl@rewi.hu-berlin.de
2. *Weber-Dürler*, Dr. Beatrice, o. Professorin,
Ackermannstr. 24, CH-8044 Zürich, (00 41-1) 2 62 04 20;
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Seminar,
Wilfriedstraße 6, CH-8032 Zürich, (00 41-1) 6 34 44 40,
E-Mail: Beatrice.Weber-Duerler@rwi.unizh.ch
3. *Schulze-Fielitz*, Dr. Helmuth, Professor,
Klara-Löwe-Str. 5, 97082 Würzburg,
(09 31) 7 84 10 25, Fax (09 31) 7 84 10 34;
LSt. für Öffentliches Recht, Umweltrecht und
Verwaltungswissenschaften, Universität Würzburg,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31 23 31/2, Fax (09 31) 31 26 17,
E-Mail: L-Schulze-Fielitz@jura.uni-wuerzburg.de

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. *Albers*, Dr. iur., Dipl. soz. Marion, Privatdozentin,
Frühlingstr. 9, 76131 Karlsruhe, (07 21) 38 89 00;
E-Mail: Marion.Albers@web.de
4. *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: alex@law.uni-kiel.de
Internet: <http://www.uni-kiel.de/oefrecht/schmidt-jortzig>
5. *Antoniolli*, Dr. Dr. h.c. Walter, Universitätsprofessor,
Hasnerstr. 3/I, A-3100 St. Pölten, (00 43) 27 42-7 59 17;
Universität Wien
6. *Appel*, Dr. Ivo, Privatdozent,
Cheruskerstraße 14, 10829 Berlin
7. *Arndt*, Dr. Hans-Wolfgang, o. Professor,
Waldstr. 34, 67434 Neustadt/Weinstr., (0 63 21) 3 33 85;
Universität Mannheim, 68131 Mannheim, (06 21) 2 92-51 95,
E-Mail: h-w.arndt@jura.uni-mannheim.de
8. *Arnim*, Dr. Hans Herbert v., o. Professor,
Im Oberkämmerer 26, 67346 Speyer, (0 62 32) 9 81 23;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften,
67324 Speyer, (0 62 32) 65 43 43,
E-Mail: vonarnim@dhv-speyer.de
9. *Arnold*, Dr. Rainer, o. Professor,
Plattenweg 7, 93055 Regensburg, (09 41) 7 44 65;
Universität Regensburg, 93053 Regensburg,
(09 41) 9 43-26 54/5
E-Mail: Rainer.Arnold@jura.uni-regensburg.de
10. *Autexier*, Dr. Christian, Professor,
Egon-Reinert-Str. 19, 66111 Saarbrücken, (06 81) 37 14 87;
Universität Saarbrücken, Postfach 15 11 50,
66041 Saarbrücken, (06 81) 3 02-21 85,
E-Mail: Christian.Autexier@mx.uni-saarland.de
11. *Axer*, Dr. Peter, Professor
Josef-Pütz-Str. 16, 52388 Nörvenich, (0 24 26) 44 63;
Universität Siegen, Fachbereich 5,
Hölderlinstraße 3, 57068 Siegen,
(02 71) 7 40 32 14

12. *Baade*, Dr. Hans W., Professor,
6002 Mountain Climb Drive, Austin/Texas, USA, 78 731,
(0 01-5 12) 4 52 50 71; dienstl. (0 01-5 12) 4 71 51 51
E-mail: hbaade@mail.law.utexas.edu
13. *Bachof*, Dr. Dr. h.c. mult. 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) 2 97 25 49
14. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor,
Am Rothenberg Süd 4, 82431 Kochel am See, (0 88 51) 52 89;
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-35 76,
E-Mail: Peter.Badura@jura.uni-muenchen.de
15. *Baer*, Dr. Susanne, Privatdozentin,
Pestalozzistr. 7, 10625 Berlin, (0 30) 31 50 39 13;
Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93 33 24, Fax (0 30) 20 93 33 45,
E-Mail: susanne.baer@rewi.hu-berlin.de
16. *Baldus*, Dr. Manfred, Privatdozent,
Heidberg 27, 22301 Hamburg,
(0 40) 2 70 12 88;
Universität der Bundeswehr Hamburg, Holstenhofweg 85,
22043 Hamburg, (0 40) 65 41-32 96,
E-Mail: Manfred.Baldus@unibw-hamburg.de
17. *Barfuß*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Walter, a.o. Universitätsprofessor,
Präsident des Österreichischen Normungsinstituts,
Heinestraße 38, A-1020 Wien, (00 43-1) 5 34 37-1 22,
Fax (00 43-1) 5 33-25 21
18. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor,
Schleifweg 55, 91080 Uttenreuth, (0 91 31) 5 99 16,
Fax (0 91 31) 53 33 04;
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen, Institut für Staats- und
Verwaltungsrecht, Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 8 52 28 18, Fax (0 91 31) 8 52 63 82,
E-Mail: Marion.Pohan@jura.uni-erlangen.de

19. *Battis*, Dr. Dr. h.c. Ulrich, Professor,
Beiersdorfer Weg 42, 12589 Berlin-Rahnsdorf,
(0 30) 6 48 19 47;
Humboldt-Universität Berlin, Lehrstuhl für Staats-
und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaften,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 33, Fax (0 30) 20 93-36 89,
E-Mail: Ulrich.Battis@rewi.hu-berlin.de
20. *Bauer*, Dr. Hartmut, Professor,
Am Hegereiter 13, 01462 Cossebaude, (03 51) 4 52 16 03;
TU Dresden, Juristische Fakultät, 01062 Dresden,
(03 51) 46 33 73 13 oder 46 33 73 14, Fax (03 51) 46 33 72 07,
E-Mail: Bauer@jura.tu-dresden.de
21. *Bausback*, Dr. Winfried, Privatdozent,
Im Neurod 8, 63741 Aschaffenburg, (0 60 21) 45 66 06,
Fax (0 60 21) 45 66 07;
Lehrstuhl für Völkerrecht, allgemeine Staatslehre, deutsches und
bayrisches Staatsrecht und politische Wissenschaften der
Julius-Maximilians Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31 23 08, Fax (09 31) 31 23 08,
E-Mail: wbausback@jura.uni-wuerzburg.de
22. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Professor,
Henkenbergstr. 45a, 44797 Bochum, (02 34) 79 17 44;
Universität Bochum, 44780 Bochum, (02 34) 3 22 57 24
23. *Beaucamp*, Dr. Guy, Privatdozent,
Bergstr., 14197 Elmenhorst, (03 81) 7 68 69 50;
E-Mail: GBeaucamp@zv.uni-rostock.de
24. *Becker*, Dr. Joachim, Privatdozent,
Kreuznacher Str. 6, 14197 Berlin, (0 30) 8 22 40 12;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin, (0 30) 20 93 33 83,
E-Mail: Joachim.Becker@rewi.hu-berlin.de
25. *Becker*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Kellerstr. 7, 81667 München;
GEMA, Rosenheimer Straße 11, 81667 München,
(0 89) 4 80 03-6 23, Fax (0 89) 4 80 03-6 20

26. *Becker*, Dr. Ulrich, LL.M. (EHI), Professor,
Pfarrsiedlungsstr. 9, 93161 Sinzing, (0 94 04) 34 78;
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales
Sozialrecht, Amalienstr. 33, 80799 München,
(0 89) 3 86 02-5 11, Fax (0 89) 3 96 02-4 90,
E-Mail: Becker@mpisoc.mpg.de
27. *Berchthold*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Bräunerstr. 4–6/22, A-1010 Wien, (00 43-1) 53 14 34
28. *Berg*, Dr. Wilfried, o. Professor,
Waldsteinring 25, 95448 Bayreuth, (09 21) 9 31 25;
Universität Bayreuth, 95440 Bayreuth, (09 21) 55 28 76,
E-Mail: Wilfried.Berg@uni-bayreuth.de
29. *Berka*, Dr. Walter, o. Universitätsprofessor,
Birkenweg 2, A-5400 Hallein, (00 43-62 45) 7 67 58;
Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht
der Universität Salzburg, Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62-80 44 36 20, Fax (00 43) 6 62-8 04 43 03,
E-Mail: Walter.Berka@sbg.ac.at
30. *Bernhardt*, Dr. Dr. h.c. Rudolf, o. Professor,
Gustav-Kirchhoff-Str. 2a, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 41 36 99;
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 22 53,
E-Mail: rbernhar@mpiv-hd.mpg.de
31. *Bethge*, Dr. Herbert, o. Professor,
Am Seidenhof 8, 94034 Passau, (08 51) 4 16 97;
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht
sowie Wirtschaftsverwaltungsrecht und Medienrecht,
94030 Passau, (08 51) 5 09-22 20, Fax (08 51) 5 09-22 22,
E-Mail: Bethge@uni-passau.de
32. *Bettermann*, Dr. Dr. h.c. Karl-August, o. Professor,
Alte Landstr. 173, 22339 Hamburg, (0 40) 5 38 40 64;
Universität Hamburg, (0 40) 41 23-45 57
33. *Beyerlin*, Dr. Ulrich, apl. Professor,
Luisenstr. 7, 69151 Neckargmünd;
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 22 30,
E-Mail: ubeyerli@mpiv-hd.mpg.de

34. *Biaggini*, Dr. Giovanni, o. Professor,
Kantstraße 12, CH-8044 Zürich, (00 41-1) 2 51 11 58;
Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht,
Rechtswissenschaftliches Institut, Freiestrasse 15, CH-8032 Zürich,
(00 41-1) 6 34 30 10, Fax (00 41-1) 6 34 43 89,
E-Mail: lst.biaggini@rwi.unizh.ch
35. *Bieber*, Dr. Uwe Roland, o. Professor,
5, chemin du Chateau Sec, CH-1009 Pully/Lausanne;
Universität Lausanne, CH-1015 Lausanne-Dorigny,
(00 41) 21-6 92 27 91, Fax (00 41) 21-6 92 27 85
36. *Binder*, Dr. Bruno, Universitätsprofessor,
Wischerstr. 30, A-4040 Linz,
(00 43) 7 32-71 77 72-0, Fax (00 43) 7 32-71 77 72-4;
Universität Linz, Altenbergerstr. 69, A-4020 Linz,
(00 43) 7 32-24 68-0, Fax (00 43) 7 32-24 68 10,
E-Mail: vwrecht@jku.at
37. *Birk*, Dr. Dieter, o. Professor,
Borkumweg 43, 48159 Münster, (02 51) 21 84 78,
Fax (02 51) 21 84 76;
Universität Münster, 48143 Münster,
(02 51) 8 32 27 95, Fax (02 51) 8 32 83 86,
E-Mail: Birk@uni-muenster.de
38. *Blanke*, Dr. Hermann-Josef, Universitätsprofessor,
Universität Erfurt, Staatswissenschaftliche Fakultät,
Lehrstuhl für Staatsrecht und Europäische Integration,
Nordhäuser Straße 63, 99089 Erfurt,
(03 61) 7 37-47 51, (03 61) 7 37-47 50 (Skr.) Fax (03 61) 7 37-47 59,
E-Mail: herm.-j.blanke@uni-erfurt.de
39. *Blankenagel*, Dr. Alexander, Professor,
Türksteinstraße 10, 14167 Berlin, (0 30) 8 54 95 82;
Humboldt-Universität Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-33 81, Fax (0 30) 20 93-33 45,
E-Mail: Blankenagel@rewi.hu-berlin.de
40. *Bleckmann*, Dr. Dr. Albert, Universitätsprofessor,
Thomas-Morus-Weg 10f, 48147 Münster,
(02 51) 23 58 67;
Universität Münster, 48143 Münster, (02 51) 83 20 21
E-Mail: Bleckmann@uni-muenster.de

41. *Blümel*, Dr. Willi, Universitätsprofessor,
Angelhofweg 65, 69259 Wilhelmsfeld, (0 62 20) 18 80;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften, 67324 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 62/3 60, Fax (0 62 32) 9 10-2 08 oder 9 10-2 90
42. *Blumenwitz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Tannenstr. 2, 85598 Baldham, (0 81 06) 3 32 52;
Universität Würzburg,
(09 31) 31 23 08, Fax (09 31) 31 23 17,
E-Mail: Blumenwitz@jura.uni-wuerzburg.de
43. *Böckenförde*, Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c. Ernst-Wolfgang,
o. Professor,
Türkheimstr. 1, 79280 Au bei Freiburg, (07 61) 40 56 23;
Universität Freiburg, 79098 Freiburg,
(07 61) 2 03 22 63 oder -22 62
44. *Böckstiegel*, Dr. Karl-Heinz, Professor,
Parkstr. 38, 51427 Bergisch-Gladbach,
(0 22 04) 6 62 68;
Universität Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70 23 37
45. *Bogdandy*, Dr. Armin v. M.A., Professor,
(0 62 21) 58 94 33;
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht
und Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 26 02; Fax (0 62 21) 48 26 03,
E-Mail: Bogdandy@mpil.de
46. *Bogs*, Dr. Harald, o. Professor,
Dresdenerstr. 7, 37120 Bovenden, (05 51) 8 15 95,
Fax (05 51) 8 35 98;
Universität Göttingen, (05 51) 39 73 92, Fax (05 51) 39 48 72
E-Mail: h.bogs@jura.uni-goettingen.de
47. *Böhm*, Dr. Monika, Professorin,
Lessingstr. 24, 65719 Hofheim/Ts., (0 61 92) 2 48 29,
Fax (0 61 92) 2 48 14;
Philipps-Universität Marburg,
Institut für Öffentliches Recht – FB 01,
Universitätsstraße 6, 35032 Marburg/Lahn,
(0 64 21) 2 82-31 32, -38 08,
Fax (0 64 21) 2 82-89 82,
E-Mail: Boehm2@mail.uni-marburg.de

48. *Bothe*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Theodor-Heuss-Str. 6, 64625 Bensheim,
(0 62 51) 43 45;
Universität Frankfurt a.M., Senckenberganlage 31,
60054 Frankfurt a.M., (0 69) 79 82 22 64,
E-Mail: M.Bothe@jur.uni-frankfurt.de
49. *Brandner*, Dr. Thilo, Privatdozent
Fritz Reuter Str. 13, 10827 Berlin,
(0 30) 78 70 42 44;
Humboldt-Universität Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 9–11, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-33 41,
E-Mail: thilo.brandner@rz.hu-berlin.de
50. *Brandt*, Dr. Edmund, Professor,
FB Umweltwissenschaften, Universität Lüneburg,
Scharnhorststr. 1, 21332 Lüneburg,
(0 41 31) 78 25 21, Fax (0 41 31) 78 25 29,
E-Mail: Brandt@uni-lueneburg.de
51. *Breitenmoser*, Dr. Stephan, Professor,
Ordinarius für Europarecht, Juristische Fakultät
der Universität Basel, Maiengasse 51, 4056 Basel,
(00 41) 6 12 67 25 16, Fax (00 41) 6 12 67 07 94,
E-Mail: stephan.breitenmoser@unibas.ch
52. *Brenner*, Dr. Michael, Professor,
Gedonstr. 6, 80802 München, (0 89) 2 71 85 24;
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verfassungs-
und Verwaltungsrecht, Universität Jena,
Carl-Zeiss-Str.3, 07743 Jena,
(0 36 41) 94 22 40 oder -41, Fax (0 36 41) 94 22 42
53. *Breuer*, Dr. Rüdiger, Professor,
Buschstr. 56, 53113 Bonn,
(02 28) 21 79 72, Fax (02 28) 22 48 32;
Universität Bonn, Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(02 28) 73 91 51, Fax (02 28) 73 55 82,
E-Mail: r.breuer@jura.uni-bonn.de

54. *Britz*, Dr. Gabriele, Professorin,
Lenastr. 77, 60318 Frankfurt a.M.,
Professur für Öffentliches Recht und Europarecht
Fachbereich Rechtswissenschaften der
Justus-Liebig-Universität Gießen
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen
(06 41) 9 92 10 70 Fax (06 41) 9 92 10 79,
E-Mail: Gabriele.Britz@recht.uni-giessen.de
55. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor,
Wydenmööslstr. 11, CH-8280 Kreuzlingen,
(00 41) 71-6 88 15 25;
Universität Konstanz, Postfach 5560 D 100, 78434 Konstanz,
(0 75 31) 88 21 69 oder -21 76
56. *Bröhmer*, Dr. Jürgen, Privatdozent,
Lüderitzstrasse 2, 66123 Saarbrücken, (06 81) 3 90 56 94;
Europa-Institut, Geb. 16.4, Universität des
Saarlandes, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02 66 63/25 03, Fax (06 81) 3 02 66 62,
E-Mail: j.broehmer@mx.uni-saarland.de
Internet: <http://www.jbroehmer.de>
57. *Brugger*, Dr. Wilfried, LL.M., Universitätsprofessor,
Blumenstr. 16, 69115 Heidelberg, (0 62 21) 16 13 19;
Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 6–10,
69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 74 62,
Fax (0 62 21) 54 76 54,
E-Mail: Bruggerw@jurs.uni-heidelberg.de
58. *Brüning*, Dr. Christoph, Privatdozent,
Engelsburgstraße 29, 44575 Castrop-Rauxel, (0 23 05) 4 21 46;
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,
Universitätsstraße 150, 44780 Bochum, Gebäude GC 8/145,
(02 34) 32-2 27 69 oder -2 28 09, Fax (02 34) 3 21 42 36,
E-Mail: christoph.bruening@jura.ruhr-uni-bochum.de
59. *Brünneck*, Dr. Alexander v., Professor,
Blumenhagenstr. 5, 30167 Hannover, (05 11) 71 69 11;
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder, Postfach 17 86,
15207 Frankfurt/Oder,
(03 35) 55 34-22 64 oder -22 95, Fax (03 35) 55 34-24 18,
E-Mail: raue@euv-frankfurt-o.de
Internet: <http://www.euv-frankfurt-o.de>

60. *Bryde*, Dr. Brun-Otto, o. Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts,
Schlossbezirk 3, 76131 Karlsruhe;
Universität Gießen; Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen,
(06 41) 99-2 10 60/61, Fax (06 41) 99-2 10 69,
E-Mail: Brun.O.Bryde@recht.uni-giessen.de
61. *Bull*, Dr. Hans Peter, o. Professor,
Falckweg 16, 22605 Hamburg,
Tel./Fax (0 40) 8 80 56 52;
Universität Hamburg, Seminar für Verwaltungslehre,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-35 03, Fax (0 40) 4 28 38-50 62,
E-Mail: HP-Bull@jura.uni-hamburg.de
62. *Bullinger*, Dr. Dr. h.c. (Université de Dijon), Martin,
o. Professor,
Altschlöbleweg 4, 79280 Au bei Freiburg,
(07 61) 40 23 89;
Universität Freiburg, 79085 Freiburg,
(07 61) 2 03 22 48 oder -47
63. *Burgi*, Dr. Martin, Professor,
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht (Staats- und
Verwaltungsrecht, Europarecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht)
Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum,
(02 34) 3 22 52 75, Fax (02 34) 3 21 42 82,
E-Mail: Martin.Burgi@jura.ruhr-uni-bochum.de
64. *Burkert*, Dr. Herbert, Privatdozent,
Uferstr. 31, 50996 Köln – Rodenkirchen,
(02 21) 39 77 00, Fax (02 21) 39 77 11;
MCM-HSG, Universität St. Gallen,
Müller-Friedberg-Str. 8, CH-9000 St. Gallen,
(00 41) 71-2 22 48 75, (0 04 92 21) 39 77 00
Fax (00 41) 71-2 22 48 75, (0 04 92 21) 39 77 11,
E-Mail: Burkert@unisg.ch
65. *Bußjäger*, Dr. Peter, Privatdozent,
Institut für Föderalismus, Maria-Theresien-Straße 38b,
A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-57 45 94, Fax (00 43) 5 12-57 45 94-4,

66. *Butzer*, Dr. Hermann, Privatdozent,
Hainallee 61, 44139 Dortmund, Tel. (02 31) 1 38 48 55;
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,
44780 Bochum, (02 34) 3 22 22 41, Fax (02 34) 3 21 42 71
E-Mail: Hermann.Butzer@ruhr-uni-bochum.de
67. *Calliess*, Dr. Christian, o. Univ.-Prof.,
M.A.E.S. (Brügge), LL.M. Eur.,
Karl-Franzens-Universität Graz, Institut für Europarecht,
Universitätsstrasse 15/C.1
A-8010 Graz,
(00 43) (0) 31 63 80 36 25/36 30, Fax (00 43) (0) 31 63 80 94 70,
Mobil: (01 75) 2 05 75 22;
E-Mail: christian.calliess@uni-graz.at
68. *Campanhausen*, Dr. Axel Frhr. v., Professor,
Oppenbornstr. 5, 30559 Hannover, (05 11) 52 81 74;
Kirchenrechtliches Institut der EKD, Goßlerstr. 11,
37073 Göttingen,
Tel. (05 51) 5 77 11, Fax (05 51) 53 10 51
69. *Caspar*, Dr. Johannes, Privatdozent,
Tronjebweg 16, 22559 Hamburg,
(0 40) 81 96 11 95, Fax (0 40) 81 96 11 21;
Universität Hamburg, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Edmund-Siemens-Allee 1, Flügel West, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-57 60, Fax (0 40) 4 28 38-62 80,
E-Mail: Johannes.Caspar@Landtag.ltsh.de
70. *Classen*, Dr. Claus Dieter, Professor,
Jasmunder Weg 4, 17493 Greifswald,
(0 38 34) 84 49 63;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, 17487 Greifswald,
(0 38 34) 86 21 21 oder 21 24, Fax (0 38 34) 86 20 02,
E-Mail: rsw-lscl@mail.uni-greifswald.de
71. *Cremer*, Dr. Hans-Joachim, Universitätsprofessor,
Steinritzstr. 21, 60437 Frankfurt a.M.;
Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schloß, Westflügel, 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-14 28, -14 29 (Skr.), Fax (06 21) 1 81-14 30,
E-Mail: Hjcremer@rumms.uni-mannheim.de

72. *Cremer, Dr. Wolfram*, Privatdozent,
Subbelrather Str. 271, 50825 Köln, (02 21) 5 07 09 27
73. *Czybulka, Dr. Detlef*, Universitätsprofessor,
Bergstraße 24–25, 18107 Elmenhorst,
(03 81) 7 95 39 44, Fax (03 81) 7 95 39 45;
Universität Rostock, Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht,
Verwaltungslehre, Staats- und Finanzrecht,
Richard-Wagner-Str. 31 (Haus 1), 18119 Rostock-Warnemünde,
(03 81) 4 98-38 46, Fax (03 81) 4 98-38 54
E-Mail: Detlef.Czybulka@jurfak.uni-rostock.de
sekretariat-allgverwr@jurfak.uni-rostock.de
74. *Dagtolglou, Dr. Prodromos*, Professor,
Hippokratous 33, GR-Athen 144, (00 30-1) 3 22 11 90;
dienstl.: (00 30-1) 3 62 90 65
75. *Danwitz, Dr. Thomas v.*, Professor,
Klinkenbergsweg 1, 53332 Bornheim,
(0 22 27) 90 91 04, Fax (0 22 27) 90 91 05;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht u. Europarecht,
Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum,
(02 34) 32-2 28 18, Fax (02 34) 32-1 42 81,
E-Mail: Thomas.vondanwitz@jura.uni-bochum.de
76. *Davy, Dr. Benjamin*, Universitätsprofessor,
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund, (02 31) 77 99 94;
Fachgebiet Bodenpolitik, Bodenmanagement und kommunales
Vermessungswesen, Fakultät Raumplanung, Universität Dortmund,
44221 Dortmund, (02 31) 7 55 22 28,
Fax (02 31) 7 55 48 86,
E-Mail: Bdavy@rp.uni-dortmund.de
77. *Davy, Dr. Ulrike*, Universitätsprofessorin,
Korte Geitke 5, 44227 Dortmund, (02 31) 77 99 94 oder 7 94 99 79;
Lehrstuhl für öffentliches Recht, deutsches und internationales
Sozialrecht und Rechtsvergleichung
Universität Bielefeld, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06 44 00 oder 68 93 (Skr.),
Fax (05 21) 1 06 80 83,
E-Mail: udavy@uni-bielefeld.de

78. *De Wall*, Dr. Heinrich, Professor,
Reichardtstraße 16, 06114 Halle,
(03 45) 5 20 12 26;
Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht der
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,
Hindenburgstraße 34, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 85-2 22 42, Fax (0 91 31) 85-2 40 64,
E-Mail: hli@jura.uni-erlangen.de
79. *Degenhart*, Dr. Christoph, Universitätsprofessor,
Stormstr. 3, 90491 Nürnberg,
(09 11) 59 24 62, Fax (09 11) 59 24 62;
Juristenfakultät, Universität Leipzig,
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig, (03 41) 97-3 51 91,
Fax (03 41) 97-3 51 99,
E-Mail: degen@rz.uni-leipzig.de
80. *Delbrück*, Dr. Jost, Professor,
Schoolredder 20, 24161 Altenholz;
Universität Kiel, 24098 Kiel,
(04 31) 8 80 21 49, Fax (04 31) 8 80 16 19,
E-Mail: jdelbrueck@internat-recht.uni-kiel.de
81. *Denninger*, Dr. Erhard, Professor,
Am Wiesenhof 1, 61462 Königstein,
(0 61 73) 7 89 88;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie II,
Universität Frankfurt, Senckenberganlage 31,
60325 Frankfurt a.M., (0 69) 79 82 26 54
82. *Depenheuer*, Dr. Otto, Professor,
Sürther Hauptstr. 190; 50999 Köln,
(0 22 36) 38 17 28, Fax (0 22 36) 38 17 29;
Universität zu Köln, Seminar für Staatsphilosophie
und Rechtspolitik, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70 22 30, Fax (02 21) 4 70 50 10,
E-Mail: Depenheuer@uni-koeln.de
83. *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

84. *Detterbeck*, Dr. Steffen, o. Professor,
Stettinerstr. 60, 35274 Kirchhain, (0 64 22) 45 31;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Marburg,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(0 64 21) 28 31 23, Fax (0 64 21) 27 38 53,
E-Mail: brechta@mail.uni-marburg.de
85. *Di Fabio*, Dr. Dr. Udo, Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts,
Theodor-Körner-Str. 8 a, 82049 Pullach, (0 89) 79 36 70 21;
Institut für Politik und Öffentl. Recht, Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München (0 89) 21 80 33 35,
E-Mail: difabio@jura.uni-muenchen.de
86. *Dietlein*, Dr. Johannes, Professor,
Heinrich-Heine-Universität, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Verwaltungslehre, Universitätsstr. 1, 40225 Düsseldorf,
(02 11) 81-1 14 20, Fax (02 11) 81-1 14 55
87. *Dittmann*, Dr. Armin, o. Professor,
Karl-Brennenstuhl-Str. 11, 72074 Tübingen, (0 70 71) 8 24 56;
Universität Hohenheim – Schloß,
Postfach 70 05 62, 70593 Stuttgart,
(07 11) 4 59-27 91, Fax (07 11) 4 59-34 82,
E-Mail: adittmann@uni-hohenheim.de
88. *Doehring*, Dr. Dr. h.c. Karl, o. Professor,
Mühlthalstr. 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 82-2 64
89. *Dolderer*, Dr. Michael, Privatdozent,
Erwinstr. 48, 79102 Freiburg, (07 61) 7 81 06;
Landessozialgericht Baden-Württemberg,
Hauffstraße 5, 70190 Stuttgart,
(07 11) 9 21-20 80, Fax (07 11) 9 21-20 00,
E-Mail: dolderer@LSGStuttgart.justiz.bwl.de
90. *Dolzer*, Dr. Dr. Rudolf, Professor,
Am Pferchelhang 4/1, 69118 Heidelberg, (0 62 21) 80 33 44;
Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät,
Universität Bonn, Adenauerallee 24–42,
53113 Bonn, (02 28) 73 91 72, Fax (02 28) 73 91 71,
E-Mail: rdolzer@jura.uni-bonn.de

91. *Dörr*, Dr. Dieter, Professor,
Am Stadtwald 6, 66123 Saarbrücken;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, einschl. Völker-
und Europarecht, Universität Mainz, 55099 Mainz,
(0 61 31) 3 92 26 81 oder 3 92 30 44, Fax (0 61 31) 3 92 56 97,
E-Mail: Doerr@jura1.uni-mainz.de
Direktor des Mainzer Medieninstituts (MMI):
Mainzer Medieninstitut e.V., Kaiserstr. 32,
55116 Mainz, (0 61 31) 1 44 92 50, Fax (0 61 31) 1 44 92 60,
E-Mail: Doerr@mainzer-medieninstitut.de
92. *Dörr*, Dr. Oliver, LL.M. (London), Privatdozent,
Bergstr. 14, 14532 Stahnsdorf,
(0 33 29) 61 36 91, Fax (0 33 29) 61 54 69;
Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(0 30) 83 85 64 74, Fax (0 30) 83 85 64 32,
E-Mail: doerr@zedat.fu-berlin.de
93. *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,
E-Mail: dreier@mail.uni-wuerzburg.de
94. *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
95. *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,
E-Mail: Eberle.ce@zdf.de
96. *Ebsen*, Dr. Ingwer, Professor,
Alfred-Mumbächer-Str. 19, 55128 Mainz, (0 61 31) 33 10 20;
FB Rechtswissenschaft, Universität Frankfurt, Postfach 11 19 32,
60054 Frankfurt am Main, (0 69) 79 82 27 03,
E-Mail: Ebsen@jur.uni-frankfurt.de

97. *Eckhoff*, Dr. Rolf, Professor,
Im Hagen 14, 14532 Kleinmachnow,
(03 32 03) 77 12 60, Fax: (03 32 03) 77 12 70;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Finanz- und
Steuerrecht, Universitätsstr. 31, 93040 Regensburg,
(09 41) 9 43-26 56/57, Fax (09 41) 9 43-19 74,
E-Mail: Rolf.Eckhoff@jura.uni-regensburg.de
98. *Ehlers*, Dr. Dirk, Professor,
Am Mühlenbach 14, 48308 Senden,
(0 25 97) 84 15,
E-Mail: ehlersd@uni-muenster.de
Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(02 51) 83-2 27 01,
Fax (02 51) 83-2 83 15,
E-Mail: wivwr@uni-muenster.de
Internet: <http://www.uni-muenster.de/Jura.wivwr>
99. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor,
Am Römerlager 4, 53117 Bonn
100. *Ehrenzeller*, Dr. Bernhard, o. Professor,
Tannenstraße 21, CH-9000 St. Gallen,
(00 41) 71-2 44 26 08;
Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts-
und Sozialwissenschaften, Bodanstraße 4, CH-9000 St. Gallen,
(00 41) 71-2 24 24 40 oder -46, Fax (00 41) 71-2 24 24 41,
E-Mail: Bernhard.Ehrenzeller@unisg.ch
101. *Eichenberger*, Dr. Dr. h.c. Kurt, o. Professor,
Bärenbrunnenweg 4, CH-4144 Arlesheim bei Basel,
(00 41) 61-7 01 33 86
102. *Enders*, Dr. Christoph, Universitätsprofessor,
Trufanowstr. 1, 04105 Leipzig,
(03 41) 5 64 33 71, Fax (03 41) 5 64 33 72;
Universität Leipzig, Juristenfakultät,
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,
(03 41) 97 35-3 51, Fax (03 41) 97 35-3 59,
E-Mail: skenders@rz.uni-leipzig.de

103. *Engel*, Dr. Christoph, Professor,
Königsplatz 25, 53173 Bonn, (02 28) 9 56 34 49,
Fax (02 28) 9 56 39 44;
Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter,
Poppelsdorfer Allee 45, 53115 Bonn
(02 28) 9 14 16-10, Fax (02 28) 9 14 16-11
E-Mail: engel@mpp-rdg.mpg.de
Internet: www.mpp-rdg.mpg.de
104. *Epiney*, Dr. Astrid, Professorin,
Avenue du Moléson 18, CH-1700 Fribourg,
(00 41) 26-3 23 42 24;
Universität Fribourg, Lehrstuhl für Europa-, Völker-
und Öffentliches Recht,
Av. de Beauregard 11, CH-1700 Fribourg,
(00 41) 26-3 00 80 90, Fax (00 41) 26-3 00 97 76,
E-Mail: Europarecht@unifr.ch
105. *Epping*, Dr. Volker, Professor,
Neddernwanne 38, 30989 Gehrden,
(0 51 08) 91 26 97, Fax (0 51 08) 91 26 98,
Universität Hannover
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Königsworther Platz 1,
30167 Hannover, (05 11) 7 62 82 48/49, Fax (05 11) 7 62 82 52,
E-Mail: eppingv@jura.uni-hannover.de
106. *Erbel*, Dr. Günter, Professor,
Burbacher Str. 10, 53129 Bonn;
Universität Bonn, Adenauerallee 24-42,
53113 Bonn, (02 28) 73 55 83
107. *Erbguth*, Dr. Wilfried, Professor,
Friedrich-Franz-Str. 38, 18119 Rostock-Warnemünde,
(03 81) 5 48 67 09, Fax (03 81) 5 48 67 15;
Universität Rostock, Juristische Fakultät, Richard-Wagner-Str. 31,
18119 Rostock-Warnemünde, (03 81) 4 98 38 44 oder
(03 81) 4 98 10 05 (Rektorat/Prorektor), Fax (03 81) 4 98 38 62,
E-Mail: Wilfried.Erbguth@jurfak.uni-rostock.de
108. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor,
Falkenhorst 17, 48155 Münster, (02 51) 3 13 12;
Kommunalwissenschaftliches Institut, Universität Münster,
Universitätsstr. 14-16, 48143 Münster, (02 51) 83 27 41

109. *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
110. *Faber, Dr. Angela, Privatdozentin,*
Am Dörnchesweg 42, 50259 Puhlheim,
(0 22 34) 6 43 70, Fax (0 22 34) 80 29 93,
E-Mail: angelafer@yahoo.de
111. *Fastenrath, Dr. Ulrich, Professor,*
Liliensteinstraße 4, 01277 Dresden, (03 51) 2 54 05 36;
Juristische Fakultät der TU Dresden, Bergstr. 53,
01069 Dresden, (03 51) 46 33-73 33, Fax (03 51) 46 33-72 13
112. *Fechner, Dr. Frank, Professor,*
Fischersand 57, 99084 Erfurt,
(03 61) 6 44 56 96;
TU Ilmenau, Institut für Rechtswissenschaft,
Postfach 100 565, 98684 Ilmenau, (0 36 77) 69-40 22,
E-Mail: Frank.Fechner@tu-ilmenau.de
113. *Fehling, Dr. Michael, Professor, LL.M. (Berkeley),*
Hirtenkamp 9, 22359 Hamburg, 0 40 60 95 14 65;
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft
Junigiusstraße 6, 20355 Hamburg, Postfach 30 10 30,
(0 40) 3 07 06-2 31, Fax (0 40) 3 07 06-2 35,
E-Mail: michael.fehling@law-school.de
114. *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 (0 40) 4 28 38-26 65,
E-Mail: d-felix@jura.uni-hamburg.de
115. *Fiedler, Dr. Wilfried, o. Professor,*
Am Löbel 2, 66125 Saarbrücken-Dudweiler, (0 68 97) 76 64 01;
Forschungsstelle Internationaler Kulturgüterschutz,
Universität des Saarlandes,
Gebäude 16,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-32 00, Fax (06 81) 3 02-43 30,
E-Mail: w.fiedler@mx.uni-saarland.de

116. *Fink*, Dr. Udo, Univ.-Professor,
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
55099 Mainz (0 61 31) 3 92 23 84,
E-Mail: Fink@mail.jura.uni-mainz.de
117. *Fisahn*, Dr. Andreas, Privatdozent,
Hauptmann Böse Weg 5, 28213 Bremen,
(04 21) 2 23 94 64;
Universität Bremen, FB Rechtswissenschaft,
Postfach 33 04 40, 28834 Bremen,
(04 21) 2 18 27 68,
E-Mail: Fisahn@uni-bremen.de
118. *Fischer*, Dr. Kristian, Privatdozent,
Deidesheimer Str. 52, 68309 Mannheim,
(06 21) 73 82 45;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,
Universität Mannheim, Schloß, Westflügel,
68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-14 35, Fax (06 21) 1 81-14 37,
E-Mail: kfischer@jura.uni-mannheim.de
119. *Fleiner*, Dr. Dr. h.c. Thomas, o. Professor,
rte. Beaumont 9, CH-1700 Fribourg, (00 41) 26-4 24 66 94;
Institut für Föderalismus, Universität Fribourg,
rte. Englisberg 7, CH-1763 Granges-Paccot,
(00 41) 26-3 00 81 25 oder -28, Fax (00 41) 26-3 00 97 24,
E-Mail: Thomas.Fleiner@unifr.ch
120. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor,
Bispinger Weg 11, 30625 Hannover,
(05 11) 57 57 19 oder 56 28 92;
Universität Hannover, Königsworther Platz 1,
30167 Hannover, (05 11) 7 62-82 48 oder -82 49
121. *Frank*, Dr. Dr. h.c. Götz, Professor,
Cäcilienplatz 4, 26122 Oldenburg, (04 41) 7 56 89;
Carl von Ossietzky Universität Oldenburg,
Juristisches Seminar, Öffentliches Wirtschaftsrecht,
Postanschrift 26111 Oldenburg, Paketanschrift
Ammerländer Heerstraße 114–118, 26129 Oldenburg;
(04 41) 7 98-41 43, Fax (04 41) 7 98-41 51,
E-Mail: Goetz.Frank@uni-oldenburg.de

122. *Frankenberg*, Dr. Dr. Günter, Professor,
Buchrainweg 17, 63069 Offenbach;
Institut für Öffentl. Recht, Universität Frankfurt,
Senckenberganlage 31; 60054 Frankfurt a.M.,
(0 69) 79 82 29 91, Fax (0 69) 79 82 83 83,
E-Mail: Frankenberg@jur.uni-frankfurt.de
123. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,
Eichenhainallee 17, 51427 Bergisch-Gladbach,
(0 22 04) 6 19 84;
Universität Köln, 50923 Köln
124. *Fromont*, Dr. Dr. h.c. Michel, Professor,
12, Boulevard de Port Royal, F-75005 Paris,
(0 03 31) 45 35 73 71;
Universität Paris I Panthéon-Sorbonne, Études
Internationales et Européennes, 12, place du Panthéon,
F-75231 Paris Cédex 05, (0 03 31) 46 34 97 32
125. *Frotscher*, Dr. Werner, Professor,
Habichtstalgasse 32, 35037 Marburg/Lahn,
(0 64 21) 3 29 61;
Universität Marburg, Universitätsstr. 6, 35032 Marburg/Lahn,
(0 64 21) 2 82-1 22/1 26 (Skr.), Fax (0 64 21) 2 82-38 40,
E-Mail: Frotsche@mail.uni-marburg.de
126. *Frowein*, Dr. Dr. h.c. Jochen Abr., o. Professor,
Blumenthalstr. 53, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 47 46 82;
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 4 82-2 58, Fax (0 62 21) 48 26 77,
E-Mail: Frowein@mpiv-hd.mpg.de
127. *Funk*, Dr. Bernd-Christian, o. Professor,
Franz Grassler Gasse 23, A-1230 Wien,
Tel./Fax (00 43-1) 8 89 29 35;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien –
Juridicum –, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien;
Institut für Universitätsrecht und Universitätsmanagement,
Johannes Kepler Universität Linz, Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,
(00 43) 7 32-24 68-93 36, Fax (00 43) 7 32-24 68 93 99,
E-Mail: bernd-christian.funk@univie.ac.at,
Internet: www.uni-linz.ac.at/unirecht

128. *Gallent*, Dr. Dr. Kurt, Universitätsprofessor,
Obersenatsrat i.R.,
Pestalozzistr. 1/III, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-84 76 22
129. *Gallwas*, Dr. Hans-Ulrich, Professor,
Hans-Leipelt-Str. 16, 80805 München, (0 89) 32 83 66;
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-32 62
130. *Gassner*, Dr. Ulrich M., Mag.rer.publ., M.Jur. (Oxon), Professor,
Scharnitzer Weg 9, 86163 Augsburg, (08 21) 6 32 50;
Universität Augsburg, Universitätsstr. 2, 86135 Augsburg,
(08 21) 5 98-45 46, Fax (08 21) 5 98-45 47,
E-Mail: Ulrich.Gassner@jura.uni-augsburg.de
131. *Geis*, Dr. Max-Emanuel, o. Professor,
Valentin-Rathgeber-Str. 1, 96049 Bamberg,
(09 51) 51 93-3 05 oder -3 06, Fax (09 51) 51 93-3 08;
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen, Institut für Staats-
und Verwaltungsrecht, Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 8 52 28 18, Fax (0 91 31) 8 52 63 82,
E-Mail: max-emanuel.geis@jura.uni-erlangen.de
132. *Gellermann*, Dr. Martin, Privatdozent,
Hermann-Lüpping-Str. 15, 49492 Westerkappeln, (0 54 04) 20 47;
Universität Osnabrück, FB Rechtswissenschaften,
49069 Osnabrück
133. *Germann*, Dr. Michael, Professor,
Karolinenstraße 50b, 90763 Fürth,
(09 11) 77 54 95;
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und
Kirchenrecht, Juristische Fakultät, Universitätsplatz 5, 06108 Halle,
(03 45) 55-2 32 20, Fax (03 45) 55-2 72 65,
E-Mail: Germann@jura.uni-halle.de
134. *Gersdorf*, Dr. Hubertus, Professor,
Jägerstraße 65, 10117 Berlin,
(0 30) 20 61 96 61, Fax (0 30) 20 61 96 62;
Universität Rostock, Lehrstuhl für Kommunikationsrecht,
Gerd Bucerius-Stiftungsprofessur,
Richard-Wagner-Straße 7, 18055 Rostock,
(03 81) 2 03 60 76, Fax (03 81) 2 03 60 75,
E-Mail: hubertus.gersdorf@jurfak.uni-rostock.de

135. *Giegerich*, Dr. Thomas, Professor,
Hugenottenstraße 6, 68229 Mannheim;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt
Europarecht/Völkerrecht, Universität Bremen,
Universitätsallee GW 1, 28359 Bremen,
(04 21) 2 18 33 51,
E-Mail: Tgiegerich@uni-bremen.de
136. *Goerlich*, Dr. Helmut, Professor,
Universität Leipzig, Juristenfakultät,
Otto-Schill-Str. 2, 04109 Leipzig,
(03 41) 97-3 51 71, Fax (03 41) 97-3 51 79
137. *Göldner*, Dr. Detlef, Privatdozent,
Wilhelmshavener Str. 20, 24105 Kiel, (04 31) 8 16 44
138. *Gornig*, Dr. Gilbert, Professor,
Pfarracker 4, 35043 Marburg-Bauerbach,
(0 64 21) 16 35 66, Fax (0 64 21) 16 37 66;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Marburg,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(0 64 21) 28-31 31 oder 28-31 27, Fax (0 64 21) 28-38 53,
E-Mail: Gornig@voelkerrecht.com
139. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor,
Geismarlandstr. 17a, 37083 Göttingen,
(05 51) 4 31 19;
Universität Göttingen, Abt. Europarecht des Instituts
für Völkerrecht,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-47 61, Fax (05 51) 39-21 96,
E-Mail: ujveuro@gwdg.de
140. *Grabenwarter*, Dr. Dr. Christoph, Universitätsprofessor,
Universität Graz, Universitätsstraße 15/C3, A-8010 Graz,
(0 43) 31 63 80 36 02, Fax: (0 43) 31 63 80 94 53,
E-Mail: sekretariat.grabenwarter@uni-graz.at
141. *Gramlich*, Dr. Ludwig, Professor,
Justus-Liebig-Str. 38 A, 64839 Münster;
Fakultät für Wirtschaftswissenschaften,
TU Chemnitz-Zwickau, Postfach 9 64, 09009 Chemnitz,
(03 71) 5 31 41 64, -65, Fax (03 71) 5 31 39 61,
E-Mail: l.gramlich@wirtschaft.tu-chemnitz.de
Internet: <http://www.tu-chemnitz.de/wirtschaft/jural/>

142. *Gramm*, Dr. Christof Gerhard, Privatdozent,
Austraße 12 c, 53604 Bad Honnef, (0 22 24) 48 34;
Bundesministerium der Justiz, Jerusalemer Str. 24–28,
10117 Berlin, (0 30) 20 25 94 50
143. *Grawert*, Dr. Dr. h.c. Rolf, o. Professor,
Aloysiusstr. 28, 44795 Bochum, (02 34) 47 36 92;
Universität Bochum, 44721 Bochum,
(02 34) 3 22 28 09 Fax (02 34) 3 21 42 36,
E-Mail: LS.grawert@jura.ruhr-uni-bochum.de
144. *Grewlich*, Dr. jur. habil. Dr. sc.econ. (HEC Lausanne) LL.M.
(Berkeley),
Klaus W., Professor, Botschafter der Bundesrepublik Deutschland,
Botschaft Baku/Republik Aserbaidshan,
Auswärtiges Amt (Kurier), 11020 Berlin,
(00 99) 4 12-98 78 18, 98 79 19, Fax (00 99) 4 12-98 54 19,
E-Mail: kwgr@gmx.de
145. *Griller*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,
Hungerbergstr. 11–13, A-1190 Wien, (00 43-1) 32 24 05;
Forschungsinstitut für Europafragen, Wirtschaftsuniversität
Wien, Althanstr. 39–45, A-1090 Wien,
(00 43-1) 3 13 36-41 35 oder 41 36, Fax (00 43-1) 3 13 36 -7 58
146. *Grimm*, Dr. Dieter, o. Professor,
Bayerische Straße 5, 10707 Berlin,
(0 30) 88 72 57 99, Fax (0 30) 88 72 58 99;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 66 (Büro), -35 67 (Sekretariat),
-35 36 (Mitarbeiter), Fax (0 30) 20 93-34 78,
E-Mail: Dieter.Grimm@rewi.hu-berlin.de,
Wissenschaftskolleg zu Berlin, Institute for Advanced Study,
Wallotstr. 19, 14193 Berlin, (0 30) 8 90 01-0 (Zentrale),
(0 30) 8 90 01-1 19, Fax (0 30) 8 90 01-1 00,
E-Mail: grimm@wiko-berlin.de
147. *Gröpl*, Dr. Christoph, Privatdozent,
Universität Regensburg, Juristische Fakultät,
93040 Regensburg,
(09 41) 9 43-26 63, Fax (09 41) 9 43-49 93,
E-Mail: Christoph.Groepf@jura.uniregensburg.de

148. *Gröschner*, Dr. Rolf, o. Professor,
Stormstr. 39, 90491 Nürnberg, (09 11) 59 14 08;
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Jena,
Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena,
(0 36 41) 94 22 20 oder -21, Fax (0 36 41) 94 22 22,
E-Mail: r.groeschner@recht.uni-jena.de
149. *Groß*, Dr. Thomas, Professor
Diezstr. 8, 35390 Gießen, Tel./Fax: (06 41) 3 01 23 81;
Justus-Liebig-Universität, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Licher Straße 64, 35394 Gießen,
(06 41) 99-2 11 20/-21, Fax (06 41) 99-2 11 29,
E-Mail: Thomas.Gross@recht.uni-giessen.de
150. *Grote*, Dr. Rainer, LL.M. (Edinburgh) Privatdozent,
Im Sand 3A, 69115 Heidelberg,
(0 62 21) 16 43 46, Fax (0 62 21) 91 47 35;
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und
Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535,
69120, Heidelberg,
(0 62 21) 48 22 44, Fax (0 62 21) 48 22 88,
E-Mail: Rainer.Grote@mpiv-hd.mpg.de
151. *Grupp*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Stephanienufer 5, 68163 Mannheim,
(06 21) 82 21 97, Fax (06 21) 82 21 97;
Universität des Saarlandes, Am Stadtwald, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-35 08 oder -35 48, Fax (06 81) 3 02-42 13,
E-Mail: K.Grupp@rz.uni-sb.de
152. *Grzeszick*, Dr. Bernd, Privatdozent,
Universitätsstraße 69, 50931 Köln;
Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik,
Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz,
50923 Köln, (02 21) 4 70 26 84,
E-Mail: Grzeszick@uni-koeln.de
153. *Gundel*, Dr. Jörg, Privatdozent,
Moltkestr. 47, 12203 Berlin, (0 30) 84 41 07 70
Freie Universität Berlin, Institut für Völkerrecht, Europarecht
und ausländisches öffentliches Recht,
Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin,
(0 30) 83 85 64 34, Fax (0 30) 83 85 20 71
E-Mail: jggundel@zedat.fu-berlin.de

154. *Gurlit*, Dr. Elke, Universitätsprofessorin,
55099 Mainz
Johannes Gutenberg-Universität Mainz,
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
(0 61 31) 39-2 31 14, Fax (0 61 31) 39-2 40 59,
E-Mail: gurlit@uni-mainz.de
155. *Gusy*, Dr. Christoph, Professor,
Schuckertstraße 55, 33613 Bielefeld, (05 21) 98 91 94 00;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld, (05 21) 1 06 43 97,
E-Mail: christoph.gusy@uni-bielefeld.de
156. *Häberle*, Dr. Dr. h.c. mult. Peter, o. Professor,
Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht,
Universität Bayreuth, Universitätsstraße 30, Postfach
95440 Bayreuth, (09 21) 55 70 88, Fax (09 21) 55 70 99,
E-Mail: Peter.Haeberle@uni-bayreuth.de
157. *Häde*, Dr. Ulrich, Universitätsprofessor,
Bergstraße 146, 15230 Frankfurt/Oder, (03 35) 6 85 74 38;
Europa-Universität Viadrina, Lehrstuhl für Öffentl. Recht,
insbes. Verwaltungsrecht, Finanzrecht und Währungsrecht,
Postfach 17 86, 15207 Frankfurt/Oder,
Hausanschrift: Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt/Oder,
(03 35) 55 34-6 70, Fax (03 35) 55 34-5 25,
E-Mail: haede@euv-frankfurt-o.de
158. *Haedrich*, Dr. Martina, Professorin,
Im Ritzetal 20, 07749 Jena, (0 36 41) 44 85 25,
Fax (0 36 41) 44 44 14; Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Friedrich-Schiller-Universität, Carl-Zeiss-Straße 3,
07743 Jena, (0 36 41) 94 22 15, Fax (0 36 41) 94 20 02,
E-Mail: m.haedrich@recht.uni-jena.de
159. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor,
Müseliweg 1, CH-8049 Zürich, (00 41-1) 56 84 60
160. *Hafner*, Dr. Felix, Professor,
Hirzbrunnenschanze 67, CH-4058 Basel, (00 41) 61-6 91 40 64;
Titularprofessor f. öffentl. Recht, insbes. Kirchenrecht
der Universität Basel, Justizdepartement des Kantons Basel-Stadt,
CH-4001 Basel, (00 41) 6 12 67 81 19, Fax (00 41) 6 12 67 81 37,
E-Mail: Felix.Hafner@unibas.ch

161. *Hahn*, Dr. Dr. h.c. Hugo J., LL.M.(Harvard), o. Professor,
Frankenstr. 63, 97078 Würzburg, (09 31) 28 42 86;
Universität Würzburg, (09 31) 31 23 10, Fax (09 31) 31 23 17
162. *Hailbronner*, Dr. Kay, o. Professor,
Toggenbühl, CH-8559 Fruthwilen, (00 41) 71-6 64 19 46;
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 22 47,
E-Mail: webmaster.migration@uni-konstanz.de
163. *Hain*, Dr. Karl-E., Privatdozent,
Burgstr. 4, 37073 Göttingen, (05 51) 5 82 23;
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen, (05 51) 39 21 22,
E-Mail: khain@gwdg.de
164. *Haller*, Dr. Herbert, Universitätsprofessor
Felix-Mottl-Str. 48, Haus 2, A-1190 Wien, (00 43-1) 3 42 93 82;
Wirtschafts-Universität Wien, (00 43-1) 3 13 36-46 68,
E-Mail: herbert.haller@wu-wien.ac.at
165. *Haller*, Dr. Walter, o. Professor,
Burgstr. 264, CH-8706 Meilen, (00 41-1) 9 23 10 14;
Universität Zürich, Institut f. Völkerrecht u. ausländ.
Verfassungsrecht, Hirschengraben 40, CH-8001 Zürich,
(00 41-1) 6 34-20 52, Fax (00 41-1) 6 34-49 93
E-Mail: haller@ivr.unizh.ch
166. *Hammer*, Dr. Felix, Privatdozent,
Im Kleinen Feldle 18, 72072 Tübingen,
(0 70 71) 79 22 57, Fax (0 70 71) 79 22 58,
Eberhard-Karls-Universität Tübingen,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Kirchenrecht,
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen
167. *Hangartner*, Dr. Yvo, o. Professor,
Am Gozenberg 2, CH-9202 Gossau, (00 41) 71-85 15 11;
Hochschule St. Gallen
168. *Hänni*, Dr. Peter, o. Professor,
Stadtgraben 6, CH-3280 Murten, (00 41) 26-6 70 58 15;
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität
Fribourg, Les Portes de Fribourg, Route d'Englisberg 7,
CH-1763 Granges-Paccot, (00 41) 26-3 00 81 29,
Fax (00 41) 26-3 00 97 24,
E-Mail: Peter.Haenni@unifr.ch

169. *Hase*, Dr. Friedhelm, Professor,
Ewald-Rübsamen-Weg 7, 57076 Siegen, (02 71) 2 50 65 47;
Universität Siegen,
Fachbereich 5, Wirtschaftswissenschaften,
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen,
(02 71) 7 40-32 19 oder 7 40-32 08, Fax (02 71) 7 40-24 77,
E-Mail: hase@recht.wiwi.uni-siegen.de
170. *Hatje*, Dr. Armin, Professor,
Sauerbruchstr. 36, 32049 Herford,
Tel./Fax (0 52 21) 27 03 10;
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06 44 12, Fax (05 21) 1 06 60 37,
E-Mail: armin.hatje@uni-bielefeld.de
171. *Haverkate*, Dr. Görg, Universitätsprofessor,
Klingenweg 26, 69118 Heidelberg, (0 62 21) 80 05 81;
Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 3,
69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 77 23
172. *Heckel*, Dr. iur. Dr. theol. h.c. Martin, o. Universitätsprofessor,
Lieschingstr. 3, 72076 Tübingen, (0 70 71) 6 14 27
173. *Heckmann*, Dr. Dirk, Universitätsprofessor,
Am Wimhof 33, 94034 Passau, (08 51) 75 38 83;
Universität Passau, Innstraße 40, 94032 Passau,
(08 51) 5 09-22 90, Fax (08 51) 5 09-22 92,
E-Mail: Heckmann@uni-passau.de
174. *Heintschel von Heinegg*, Dr. Wolff, Professor,
Hegelstr. 22, 45219 Essen-Kettwig,
(0 20 54) 47 77, Fax (0 20 54) 1 67 82;
Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder,
Lehrstuhl für Öffentl. Recht,
August-Bebel-Str. 12, 15234 Frankfurt/Oder,
(03 35) 55 34-9 16, Fax (03 35) 55 34-9 15,
E-Mail: Heinegg@euv-frankfurt-o.de
175. *Heintzen*, Dr. Markus, Professor,
Freie Universität Berlin, FB Rechtswissenschaft,
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(0 30) 8 38-5 24 79, Fax (0 30) 8 38-5 21 05

176. *Heitsch*, Dr. Christian, Privatdozent,
Zurmaiener Straße 18, 54292 Trier,
(06 51) 9 91 62 08;
FB Rechtswissenschaft, Universität Trier,
Universitätsring 15, 54268 Trier,
(06 51) 2 01-25 57, Fax (06 51) 2 01-39 03,
E-Mail: Heitsch@uni-trier.de
177. *Hellermann*, Dr. Johannes, Universitätsprofessor,
Am Pappelkrug 3, 33619 Bielefeld, (05 21) 16 00 38;
Universität Bielefeld,
Fakultät für Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,
(05 21) 1 06-44 22, Fax (05 21) 1 06-60 48,
E-Mail: Johannes.Hellermann@uni-bielefeld.de
178. *Hendler*, Dr. Reinhard, Universitätsprofessor,
Laurentius-Zeller-Str. 12, 54294 Trier, (06 51) 9 37 29 44;
Universität Trier, FB Rechtswissenschaft,
Universitätsring 15, 54286 Trier,
(06 51) 2 01-25 56 oder 25 58, Fax (06 51) 2 01-39 03,
E-Mail: Hendler@uni-trier.de
179. *Hengstschläger*, Dr. Johann, o. Universitätsprofessor,
Steinfeldgasse 7, A-1190 Wien, (00 43) 1 32-8 17 27;
Johannes-Kepler-Universität, Altenbergerstr. 69, A-4040 Linz,
(00 43) 7 32-24 68-4 01, Fax (00 43) 7 32-2 46 43,
E-Mail: johannes.hengstschlaeger@jku.at
180. *Herdegen*, Dr. Matthias, Professor,
Friedrich-Wilhelm-Str. 35, 53113 Bonn;
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,
Universität Bonn, Adenauerallee 44, 53113 Bonn,
(02 28) 73 55 70/-80, Fax (02 28) 73 79 01,
E-Mail: Herdegen@uni-bonn.de
181. *Hermes*, Dr. Georg, Professor,
Egenolffstr. 21, 60316 Frankfurt a.M.,
(0 69) 43 05 77 50, Fax (0 69) 49 08 40 58;
Universität Frankfurt, FB Rechtswissenschaft,
Postfach 11 19 31, 60054 Frankfurt a.M.,
(0 69) 79 82 38 63, Fax (0 69) 79 82 87 50,
E-Mail: G.Hermes@jur.uni-frankfurt.de

182. *Herrmann*, Dr. Günter, Professor,
Wankweg 13, 87642 Buching/Allgäu, (0 83 68) 16 96;
Universität München, Professor-Huber-Platz 2,
80539 München
183. *Herzog*, Dr. Roman, Professor, Bundespräsident a.D.,
Postfach 86 04 45, 81631 München
184. *Hesse*, Dr. Dr. h.c. mult. Konrad, o. Professor,
Schloßweg 29, 79249 Merzhausen, (07 61) 40 38 11;
Universität Freiburg, 79085 Freiburg,
(07 61) 2 03 35 14
185. *Heun*, Dr. Werner, Professor,
Bürgerstraße 5, 37073 Göttingen, (05 51) 70 62 48;
Universität Göttingen, Institut für Allgemeine Staatslehre
und Politische Wissenschaften, Goßlerstraße 11,
37073 Göttingen, (05 51) 39-46 93, Fax (05 51) 39-22 39,
E-Mail: staatsl@gwdg.de
186. *Hey*, Dr. Johanna, Privatdozentin,
Wiethasestraße 73, 50933 Köln, (02 21) 4 91 17 38,
Fax (02 21) 4 91 17 34,
E-Mail: johanna.hey@uni-koeln.de
187. *Heyen*, Dr. iur. lic. phil. Erk Volkmar, Universitätsprofessor,
Arndtstraße 22, 17489 Greifswald, (0 38 34) 50 27 16;
Ernst Moritz Arndt-Universität,
Domstr. 20, 17489 Greifswald,
(0 38 34) 86-21 08, Fax (0 38 34) 86-20 02,
E-Mail: lsheyen@uni-greifswald.de
188. *Hidien*, Dr. Jürgen W., Professor,
Königsstr. 37, 48143 Münster,
(02 51) 4 78 77
189. *Hilf*, Dr. Meinhard, Universitätsprofessor,
Schelpsheide 12, 33613 Bielefeld,
(05 21) 88 92 82, Fax (05 21) 88 92 10;
Universität Hamburg, Seminar für Öffentliches Recht
und Staatslehre,
Rothenbaumchaussee 41, 20148 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-45 64, Fax (0 40) 4 28 38-68 58,
E-Mail: Hilf@uni-hamburg.de

190. *Hill*, Dr. Hermann, Professor,
Habichtstr. 15, 67373 Dudenhofen;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften,
Postfach 14 09, 67324 Speyer, (0 62 32) 6 54-3 28,
E-Mail: Hill@dhv-speyer.de
191. *Hillgruber*, Dr. Christian, Professor,
Weide 8, 96047 Bamberg;
Universität Erlangen-Nürnberg, Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Rechtsphilosophie,
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen, (0 91 31) 8 52 22 60,
E-Mail: christian.hillgruber@jura.uni-erlangen.de
192. *Hobe*, Dr. Stephan, LL.M., Universitätsprofessor,
Heideweg 40, 53229 Bonn, (02 28) 9 48 93 00;
Universität zu Köln, Institut für Luft- und Weltraumrecht
und Lehrstuhl für Völker- und Europarecht, europäisches
und internationales Wirtschaftsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, (02 21) 4 70 23 37,
E-Mail: Stephan.Hobe@uni-koeln.de
193. *Hoffmann*, Dr. Dr. h.c. Gerhard, o. Professor,
Ernst-Lemmer-Str. 10, 35041 Marburg, 0 64 21 – 8 16 45;
Universität Marburg, 35037 Marburg
194. *Hoffmann-Riem*, Dr. Wolfgang, Professor,
Bundesverfassungsrichter,
Bundesverfassungsgericht, Postfach 17 71, 76131 Karlsruhe
195. *Höfling*, Dr. Wolfram, Professor, M.A.,
Bruchweg 2, 52441 Linnich, (0 24 62) 36 16;
Universität zu Köln, Institut für Staatsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70 33 95, Fax (02 21) 4 70-50 75,
E-Mail: Sekretariat@institut-staatsrecht.de
196. *Hofmann*, Dr. Dr. Rainer, Universitätsprofessor,
Bergstr. 83, 69121 Heidelberg, (0 62 21) 40 10 04;
Direktor des Walther-Schücking-Instituts für Internat.
Recht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,
Olshausenstr. 40, 24098 Kiel,
(04 31) 8 80-21 89 oder -17 33, Fax (04 31) 8 80-16 19
E-Mail: Hofmann-thies@internat-recht.uni-kiel.de

197. *Hofmann*, Dr. Dr. h.c. Hasso, o. Professor,
Christoph-Mayer-Weg 5, 97082 Würzburg, (09 31) 8 73 88,
oder Torstr. 176, 10115 Berlin, (0 30) 2 81 30 75;
Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6,
10099 Berlin, (0 30) 20 93-35 53,
E-Mail: Hasso.Hofmann@rewi.hu-berlin.de
198. *Hohmann*, Dr. Harald, Privatdozent,
Furthwiese 10, 63654 Büdingen,
(0 60 49) 95 29 47, Fax (0 60 49) 95 29 48,
E-Mail: Harald.Hohmann@t-online.de
199. *Hollerbach*, Dr. Alexander, o. Professor,
Runzstraße 86, 79102 Freiburg i.Br., (07 61) 2 17 14 13;
Universität Freiburg, Europaplatz, 79085 Freiburg,
(07 61) 2 03 22 58, Fax (07 61) 2 03 22 97
200. *Holoubek*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Zehenthofgasse 36/8, A-1090 Wien, (00 43-1) 3 17 73 72;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Wirtschaftsuniversität Wien, Althanstraße 39–45,
A-1090 Wien, (00 43-1) 3 13 36/46 60,
Fax (00 43-1) 3 13 36/7 13,
E-Mail: michael.holoubek@wu-wien.ac.at
201. *Hölscheidt*, Dr. Sven, Ministerialrat, Privatdozent,
Westfälische Straße 45, 10711 Berlin, (0 30) 89 06 09 78;
Deutscher Bundestag, Sekretariat des Europa-
ausschusses, Platz der Republik 1, 11011 Berlin,
(0 30) 2 27-5 11 76, Fax (0 30) 2 27-5 61 77,
E-Mail: sven.hoelscheidt@bundestag.de
202. *Holzinger*, Dr. Gerhart, Sektionschef, Universitätsdozent,
Mitglied des Verfassungsgerichtshofs,
Judenplatz 11, A-1010 Wien,
(00 43-1) 02 22-5 31-22/4 12, Fax (00 43-1) 02 22-5 31-22-5 18
203. *Holznagel*, Dr. Bernd, LL.M., Professor,
Ahrensburger Weg 129 B, 22359 Hamburg,
(0 40) 6 09 57 35, Fax (0 40) 60 91 16 47;
Inst. für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
(ITM), FB Rechtswissenschaften, Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(02 51) 83-2 84 11, Fax (02 51) 83-2 18 30,
E-Mail: Holznagel@uni-muenster.de

204. *Hoppe*, Dr. Werner, o. Professor,
Erphostr. 36, 48145 Münster,
(02 51) 39 18 99, Fax (02 51) 39 24 71;
c/o RAe Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch & Partner, Stuttgart,
(07 11) 8 99 73 29, Fax (07 11) 85 50 96
205. *Horn*, Dr. Hans-Detlef, Professor,
Oberölschnitz Nr. 2b, 95517 Emtmannsberg,
(0 92 09) 14 38;
Friedrichstr. 26, 35037 Marburg;
Philipps-Universität Marburg, FB Rechtswissenschaften,
Institut für Öffentliches Recht,
Universitätsstr. 6, 35032 Marburg,
(0 64 21) 2 82 38 10 oder 2 82 31 26,
Fax: (0 64 21) 2 82 38 39,
E-Mail: Hornh@mail.uni-marburg.de
206. *Hösch*, Dr. Ulrich, Privatdozent,
Gerokstr. 13A, 70184 Stuttgart
(07 11) 2 48 57 70, Fax (07 11) 2 48 57 70
Kleiner Rechtsanwälte,
Silberburgstr. 187, 70178 Stuttgart,
(07 11) 60 17 08 32, Fax (07 11) 60 17 08 86
E-Mail: uhoesch@kleiner-law.com
Internet: <http://www.kleiner-law.com>
207. *Hotz*, Dr. Reinhold, Professor,
Rötelistr. 12, CH-9000 St. Gallen,
(00 41 71) 24 67 77;
dienstl., (00 41 71) 22 03 03
208. *Huber*, Dr. Peter M., o. Professor,
An der Osterwiese 12, 07749 Jena,
(0 36 41) 36 33 80;
Universität München, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Staatsphilosophie,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-35 76, Fax (0 89) 21 80-50 63
209. *Hufeld*, Dr. Ulrich, o. Privatdozent,
Karlsruher Str. 64, 69126 Heidelberg;
Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 75 01, Fax (0 62 21) 54 77 91,
E-Mail: Ulrich.Hufeld@urz.uni-heidelberg.de

210. *Hufen*, Dr. Friedhelm, o. Professor,
Backhaushohl 62, 55128 Mainz,
(0 61 31) 3 44 44; Fax (0 61 31) 36 14 49;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
55099 Mainz, (0 61 31) 39-2 23 54 oder -2 30 45,
Fax (0 61 31) 39-2 42 47,
E-Mail: Hufen@mail.jura.uni-mainz.de
211. *Huster*, Dr. Stefan, Privatdozent,
Juristisches Seminar der Universität Heidelberg,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg;
(0 62 21) 54 77 23/4,
E-Mail: huster.hoefer@t-online.de
212. *Ibler*, Dr. Martin, Professor,
Lindauer Straße 3, 78464 Konstanz,
Universität Konstanz, FB Rechtswissenschaften,
Postfach D 106, Universitätsstraße 10, 78457 Konstanz,
(0 75 31) 88-24 80/-23 28,
E-Mail: Martin.Ibler@uni-konstanz.de
213. *Ipsen*, Dr. Jörn, o. Professor,
Luisenstr. 41, 49565 Bramsche,
(0 54 61) 44 96, Fax (0 54 61) 6 34 62;
Institut für Kommunalrecht, Universität Osnabrück,
49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69-61 69 oder -61 58, Fax (05 41) 9 69-61 70,
E-Mail: instkr@uos.de
214. *Ipsen*, Dr. Dr. h.c. mult. Knut, o. Professor,
Nevelstr. 59, 44795 Bochum, (02 34) 43 12 66;
Deutsches Rotes Kreuz (DRK),
Königswinterer Str. 29, 53227 Bonn
215. *Isensee*, Dr. Dr. h.c. Josef, o. Professor,
Meckenheimer Allee 150, 53115 Bonn, (02 28) 69 34 69;
Universität Bonn, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73 58 50, Fax (02 28) 73 48 69,
E-Mail: isensee@uni-bonn.de
216. *Jaag*, Dr. Tobias, o. Professor,
Bahnhofstr. 22, CH-8022 Zürich, (00 41-1) 2 11 25 50;
Universität, (00 41-1) 2 57 31 70,
E-Mail: Jaag@umbricht.ch

217. *Jachmann*, Dr. Monika, Universitätsprofessorin,
Meichelbeckstr. 5, 85356 Freising;
(0 81 61) 6 92 71, Fax (0 81 61) 6 92 73;
Universität Hamburg, Seminar für Finanz- und Steuerrecht,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-30 27/30 26, Fax (0 40) 4 28 38-30 28,
E-Mail: Monika.Jachmann@jura.uni-hamburg.de
218. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor,
Waldstr. 13, 69181 Leimen, (0 62 24) 7 25 71;
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt a.M.
219. *Jakob*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Wilhelmstr. 25, 80801 München, (0 89) 39 05 06;
Universität Augsburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht
und Steuerrecht, Juristische Fakultät, Haus 86159,
Universitätsstr. 2, 86159 Augsburg,
(08 21) 5 98 45 40 oder 45 41, Fax: (08 21) 5 98 45 42,
E-Mail: wolfgang.jakob@jura.uni-augsburg.de
220. *Janssen*, Dr. Albert, apl. Professor, Landtagsdirektor
Langelinienwall 16, 31134 Hildesheim, (0 51 21) 13 11 12;
Niedersächsischer Landtag, Hinrich Wilhelm Kopf-Platz 1,
30159 Hannover, (05 11) 30 30-20 61
221. *Jarass*, Dr. Hans D., LL.M. (Harvard), o. Professor,
Baumhofstr. 37 d, 44799 Bochum, (02 34) 77 20 25;
Institut für Umwelt- und Planungsrecht, Universität Münster,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(02 51) 8 32 97 93, Fax (02 51) 8 32 92 97,
E-Mail: jarass@uni-muenster.de
222. *Jestaedt*, Dr. Matthias, Professor,
Röntgenstraße 12a, 91080 Uttenreuth, (0 91 31) 40 19 72;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Friedrich-Alexander-Universität,
Schillerstraße 1, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 8 52 63 81, Fax (02 28) 73 48 68,
E-Mail: Matthias.Jestaedt@jura.uni-erlangen.de
223. *Kadelbach*, Dr. Stefan, LL.M., Professor,
Universität Münster, Lehrstuhl für Öffentliches Recht einschl.
Völker- und Europarecht, Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(02 51) 83-2 20 21, Fax (02 51) 83-2 20 43,
E-Mail: Kadelba@uni-muenster.de

224. *Kägi-Diener*, Dr. Regula, Titularprofessorin,
Berghaldenplatz 7, Postfach 73, CH-9010 St. Gallen,
(00 41) 71-2 44 45 50, Fax (00 41) 71-2 44 45 51,
E-Mail: <mailto:kaegi-diener@swissonline.ch>
225. *Kahl*, Dr. iur. Wolfgang, Universitätsprofessor,
Robert-Schuman-Straße 38, 35423 Lich,
Tel./Fax (0 64 04) 66 86 12;
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Professur für Öffentliches Recht II,
Hein-Heckroth-Str. 5, 35390 Gießen
(06 41) 99-2 10 90, Fax (06 41) 99-2 10 99,
E-Mail: Wolfgang.Kahl@recht.uni-giessen.de
226. *Kämmerer*, Dr. Jörn Axel, Professor,
Hudtwalckertwiete 10, 22299 Hamburg,
(0 40) 48 09 22 23;
Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft,
Jungiusstraße 6, 20335 Hamburg,
(0 40) 3 07 06-1 90,
Fax (0 40) 3 07 06-1 95,
E-Mail: axel.kaemmerer@law-school.de
227. *Karpen*, Dr. Ulrich, Professor,
Ringstr. 181, 22145 Hamburg,
(0 40) 6 77 83 98;
Universität Hamburg, Schlüterstr. 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-30 23 oder -45 14 od. -45 55,
E-Mail: U-Karpen@jura.uni-hamburg.de
228. *Kästner*, Dr. Karl-Hermann, o. Professor,
Alt-Rathausstr. 5, 72511 Bingen, (0 75 71) 32 23,
Fax (0 75 71) 32 12;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstraße 7, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 29 71, Fax (0 70 71) 29 50 96,
E-Mail: Kaestner@jura.uni-tuebingen.de
229. *Kaufmann*, Dr. Marcel, Privatdozent,
Kleine Hamburger Straße 25A, 10115 Berlin,
(0 30) 28 09 37 37,
E-Mail: mkaufma@gwdg.de

230. *Kempen*, Dr. Bernhard, Universitätsprofessor,
Am Kreuter 1, 53117 Bonn (Bad Godesberg),
(02 28) 3 50 38 97, Fax (02 28) 3 50 38 98,
E-Mail: Bernhard.Kempen@t-online.de,
Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht,
Universität Köln,
Gottfried-Keller-Straße 2, 50931 Köln,
(02 21) 4 70 23 64, Fax (02 21) 4 70 51 46,
E-Mail: Bernhard.Kempen@uni-koeln.de
231. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsprofessor,
Cuviergasse 23, A-1130 Wien, (00 43-1) 84 15 73;
dienstl. (00 43-1) 4 01 10-44 00
232. *Kilian*, Dr. Michael, Professor,
Am Burgwall 15, 06198 Brachwitz;
Juristische Fakultät, Universität Halle-Wittenberg,
Universitätsplatz 3–5, Juridicum, 06099 Halle (Saale),
(03 45) 2 31 70, Fax (03 45) 2 72 69,
E-Mail: Kilian@jura.uni-halle.de
233. *Kingreen*, Dr. Thorsten, Professor,
Leostr. 6, 48153 Münster;
(02 51) 52 62 04;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht unter besonderer
Berücksichtigung des Bildungsrechts, Universität Bielefeld,
Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld,
(05 21) 1 06 43 89/-69 57,
E-Mail: thorsten.kingreen@uni-bielefeld.de
234. *Kirchhof*, Dr. Ferdinand, o. Professor,
Walther-Rathenau-Str. 28, 72766 Reutlingen,
(0 71 21) 49 02 81, Fax (0 71 21) 47 94 47;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstr.7, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97-25 61 oder -81 18, Fax (0 70 71) 2 97 43 58,
E-Mail: Kirchhof@uni-tuebingen.de
235. *Kirchhof*, Dr. Paul, o. Professor,
Am Pferchelhang 33/1, 69118 Heidelberg,
(0 62 21) 80 14 47;
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 74 57,
E-Mail: Kirchhofp@jurs.uni-heidelberg.de

236. *Kirn*, Dr. Michael, o. Professor,
Rummelsburgerstr. 3, 22147 Hamburg, (0 40) 6 47 38 43;
Universität der Bundeswehr, Institut für Öffentliches Recht,
Postfach 70 08 22, 22043 Hamburg,
(0 40) 65 41-27 82 oder (0 40) 65 41-25 90
237. *Kischel*, Dr. Uwe, LL.M. (Yale), attorney-at-law (New York),
Privatdozent,
S4, 23, 68161 Mannheim, (06 21) 1 56 56 55;
Universität Mannheim. Fakultät für
Rechtswissenschaften, Schloß/Westflügel, 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-14 20, Fax (06 21) 1 81-14 19
E-Mail: uwe.kischel@jura.uni-mannheim.de
238. *Kisker*, Dr. Gunter, Universitätsprofessor,
Waldstr. 74, 35440 Linden, (0 64 03) 6 10 30;
Universität Gießen, 35394 Gießen, (06 41) 7 02 50 25
239. *Klein*, Dr. Eckart, Universitätsprofessor,
Heideweg 45, 14482 Potsdam, (03 31) 70 58 47;
Lehrstuhl für Staatsrecht, Völkerrecht und Europarecht,
Universität Potsdam, Postfach 90 03 27, 14439 Potsdam,
(03 31) 9 77-35 16, oder -35 11, Fax (03 31) 9 77-32 24,
E-Mail: Klein@rz.uni-potsdam.de
240. *Klein*, Dr. Hans Hugo, o. Professor,
Heilbrunnstr. 4, 76327 Pfinztal-Söllingen, (0 72 40) 73 00;
Universität Göttingen (05 51) 39 46 35,
E-Mail: hh.klein@jura.uni-goettingen.de
241. *Kley*, Dr. Andreas, Professor,
Institut für Öffentliches Recht,
Hochschulstr. 4, CH-3012 Bern,
(00 41) 31-6 31 88 96, Fax (00 41) 31-6 31 38 83
242. *Kloepfer*, Dr. Michael, o. Professor,
Davoser Str. 13 a, 14199 Berlin,
(0 30) 8 25 24 90, Fax (0 30) 8 25 26 90;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Humboldt-Universität zu Berlin,
Unter den Linden 9–11 (Palais), 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-33 40 oder -33 31, Fax (0 30) 20 93-34 38,
E-Mail: Michael.Kloepfer@rewi.hu-berlin.de

243. *Kluth*, Dr. Winfried, Professor,
Blumenstr. 17, 06108 Halle (Saale) (03 45) 2 90 85 10;
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische Fakultät,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht Universitätsplatz 10 a,
06099 Halle (Saale) (03 45) 5 52 32 22, Fax (03 45) 5 52 72 65,
E-Mail: kluth@jura.uni-halle.de
244. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,
Unterdürrbacher Str. 353, 97080 Würzburg, (09 31) 9 61 18;
Universität Würzburg, 97070 Würzburg,
(09 31) 31 28 99, Fax (09 31) 31 23 17
E-Mail: aseubert@jura.uni-wuerzburg.de
245. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor,
Am Botanischen Garten 5, 66123 Saarbrücken, (06 81) 39 98 88;
Universität Saarbrücken, Postfach 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02 31 58, Fax (06 81) 3 02-31 98,
E-Mail: rw35wk@rz.uni-sb.de
246. *Knöpfle*, Dr. Franz, em. Professor,
Höhenweg 22, 86391 Stadtbergen;
Universität Augsburg, Universitätsstr. 2,
86135 Augsburg, (08 21) 5 98-45 45
247. *Koch*, Dr. Hans-Joachim, Professor,
Wendlohrstr. 80, 22459 Hamburg, Tel./Fax (0 40) 5 51 88 04;
Universität Hamburg, FB Rechtswissenschaft II,
Edmund-Siemers-Allee 1, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-39 77 oder -54 43, Fax (0 40) 4 28 38-62 80,
E-Mail: hj-koch@jura.uni-hamburg.de
248. *Koch*, Dr. Thorsten, Privatdozent,
Emanuel-Geibel-Straße 4, 49143 Bissendorf,
(0 54 02) 77 74,
E-Mail: tkoch@uos.de
249. *Köck*, Dr. Wolfgang, Professor,
UFZ-Umweltforschungszentrum Leipzig-Halle GmbH,
Permoserstraße 15, 04318 Leipzig,
Universität Leipzig, Juristenfakultät,
Burgstraße 27, 04109 Leipzig,
(03 41) 2 35-31 40, Fax (03 41) 2 35-28 25,
E-Mail: Koeck@alok.ufz.de

250. *Koenig*, Dr. Christian, LL.M. (London), Universitätsprofessor,
Zentrum für Europäische Integrationsforschung,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität,
Walter-Flex-Str. 3, 53113 Bonn,
(02 28) 73-18-91/-92/-95, Fax (02 28) 73-18 93,
E-Mail: sekretariat.zeia@uni-bonn.de
Internet: <http://www.zei.de>
251. *Kokott*, Dr. Dr. Juliane, LL.M. (Am. Un.),
S.J.D. (Harvard), Universitätsprofessorin,
Mönchhofstr. 42, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 45 16-16;
Lehrstuhl für Völkerrecht, Internationales Wirtschaftsrecht
und Europarecht, Forschungsgemeinschaft für
Rechtswissenschaften,
Tigerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen,
(00 41) 71-2 24-21 61, (0 62 21) 45 16 17, (00 41) 71-2 24-21 60 (Sokr.)
Fax: (00 41) 71-2 24-21 62, (0 62 21) 46 16 18,
E-Mail: Juliane.Kokott@unisg.ch
252. *König*, Dr. Doris, Professorin,
Bucerius Law School
Hochschule für Rechtswissenschaft
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg
(0 40) 3 07 06-2 01 Fax (0 40) 3 07 06-1 90
E-Mail: doris.koenig@law-school.de
253. *König*, Dr. Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Albrecht-Dürer-Str. 20, 67346 Speyer, (0 62 32) 29 02 16;
Hochschule f. Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 69 oder -3 50 oder -3 55,
E-Mail: k.koenig@dhv-speyer.de
254. *Kopetzki*, DDr. Christian, Universitätsdozent,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien,
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien
255. *Korinek*, Dr. Karl, o. Professor,
Präsident des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs,
Auhofstr. 225-227, A-1130 Wien, (00 43-1) 8 76 48 76;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien,
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 42 77-3 54 42, Fax (00 43-1) 42 77-3 54 49

256. *Korioth, Dr. Stefan, Professor,*
Institut für Politik und Öffentliches Recht der Universität München
Professor-Huber-Platz 2/III, 80539 München,
(0 89) 21 80 27 37, Fax (0 89) 21 80-39 90,
E-Mail: Korioth@jura.uni-muenchen.de
257. *Kotulla, Dr. Michael, Professor, M.A.*
Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06-25 00, Fax (05 21) 1 06-80 91,
E-Mail: Michael.Kotulla@uni-bielefeld.de
258. *Kotzur, Dr. Markus, LL.M., Privatdozent,*
Richard-Wagner-Str. 34b, 95444 Bayreuth,
(09 21) 7 57 78 14;
c/o Lehrstuhl für öffentliches Recht I,
Universität Bayreuth, Postfach 94440 Bayreuth,
(09 21) 55 29 44,
E-Mail: markus.kotzur@uni-bayreuth.de
259. *Krause, Dr. Peter, o. Professor,*
Weinbergstr. 12, 54317 Korlingen, (0 65 88) 73 33;
Universität Trier, 54286 Trier,
(06 51) 2 01-25 87, Fax (06 51) 2 01-38 03,
E-Mail: Krausepe@uni-trier.de
260. *Krawietz, Dr. Werner, o. Professor,*
Nienbergweg 29, 48161 Münster, (02 51) 86 14 51;
Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Universität Münster,
Bispinghof 24-25, 48143 Münster, (02 51) 83 25 91,
E-Mail: Krawiet@uni-muenster.de
261. *Krebs, Dr. Walter, Professor,*
Kaulbachstraße 33-35, 12247 Berlin, Tel/Fax (0 30) 83 85 59 21;
Freie Universität Berlin, Boltzmannstr. 4, 14195 Berlin,
(0 30) 8 38-59 21, Fax (0 30) 8 38-59 22,
E-Mail: Erckert@zedat.fu-berlin.de
262. *Kreßel, Dr. Eckhard, Professor,*
Körschtalstr. 21, 73760 Ostfildern, (09 31) 3 13 05;
Juristische Fakultät der Universität Würzburg
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
E-Mail: Eckhard-Kressel@daimlerchrysler.com

263. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor,
Dorf 11, A-6900 Möggers, (00 43) 55 73-8 37 72,
Fax (00 43) 55 73-8 37 72;
Universität Köln, Albertus-Magnus-Platz 1,
50923 Köln,
(02 21) 4 70-22 30, Fax (02 21) 4 70-50 10
264. *Kröger*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Hölderlinweg 14, 35396 Gießen, (06 41) 5 22 40;
Universität Gießen, 35394 Gießen,
(06 41) 99 23-1 30, Fax (06 41) 99 23-0 59
265. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Universitätsprofessor,
Dachsleite 65, 48157 Münster, (02 51) 24 72 71;
Universität Münster, 44780 Münster,
(02 51) 83-27 06 oder 27 05
266. *Kugelman*, Dr. Dieter, Privatdozent,
Eschenweg 13, 55128 Mainz, (0 61 31) 36 91 89;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
55099 Mainz,
(0 61 31) 3 92-34 57, Fax (0 61 31) 3 92-54 39,
E-Mail: Kugelman@mail.jura.uni-mainz.de
267. *Kühne*, Dr. Jörg-Detlef, Professor,
Münchhausenstr. 2, 30625 Hannover, (05 11) 55 65 63;
Universität Hannover, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-82 25 oder 82 26, Fax (05 11) 7 62-82 28,
E-Mail: Kuehne@oera.uni-hannover.de
268. *Kunig*, Dr. Philip, Professor,
FU Berlin, Institut für Staatslehre,
Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin,
(0 30) 83 85 30-10, Fax (0 30) 83 85 30-11,
E-Mail: Kunig@zedat.fu-berlin.de
269. *Ladeur*, Dr. Karl-Heinz, Professor,
Universität Hamburg, FB Rechtswissenschaft,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-57 52, Fax (0 40) 4 28 38-26 35,
E-Mail: kh-ladeur@jura.uni-hamburg.de

270. *Lange*, Dr. Klaus, Universitätsprofessor,
Lilienweg 22, 35423 Lich, (0 64 04) 56 81;
Universität Gießen, FB Rechtswissenschaften,
Hein-Heckroth-Straße 5, 35390 Gießen,
(06 41) 9 92 11-80 oder -81, Fax (06 41) 9 92 11-89,
E-Mail: Klaus.Lange@recht.uni-giessen.de
271. *Langenfeld*, Dr. Christine, Professor,
Irisweg 2, 61381 Friedrichsdorf,
(0 61 72) 73 75 78, Fax (0 61 72) 73 75 80,
E-Mail: dr.langenfeld@nikocity.de;
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-47 23, Fax (05 51) 39-79 78,
E-Mail: enomiko@gwdg.de
272. *Laubinger*, Dr. Hans-Werner, M.C.L., Professor,
Philipp-Wasserburg-Str. 45, 55122 Mainz, (0 61 31) 4 31 91;
Universität Mainz, 55099 Mainz, (0 61 31) 39 59 42,
E-Mail: Laubinger@mail.jura.uni-mainz.de
273. *Laurer*, DDr. Hans René, a.o. Universitätsprofessor,
Scheffergasse 27a, A-2340 Mödling, (00 43-26 36) 2 04 02;
Wirtschafts-Universität, Augasse 2-6, A-1190 Wien,
(00 43-1) 3 13 36 oder 46 69 oder 41 58
274. *Lecheler*, Dr. Helmut, o. Professor,
FU Berlin, Institut für Völkerrecht, Europarecht
und 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
275. *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,
E-Mail: jlege@jura.tu-dresden.de
276. *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

277. *Leisner*, Dr. Anna, Universitätsprofessorin,
Herderstraße 4, 07743 Jena, 0 17 33 92 41 45;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht,
Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiss-Straße 3,
07743 Jena, (0 36 41) 94 22 51, Fax (0 36 41) 94 22 52,
E-Mail: A.Leisner@recht.uni-jena.de
278. *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
279. *Lepsius*, Dr. Oliver, LL.M. (Chicago), Professor,
Eckenheimer Landstraße 11, 60318 Frankfurt a.M.,
(0 69) 95 15 69 35;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Allgemeine und Vergleichende
Staatslehre, Universität Bayreuth,
95440 Bayreuth, (09 21) 55 29 47
280. *Lerche*, Dr. Dr. h.c. 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
281. *Lienbacher*, Dr. Georg, Universitätsprofessor,
Slavi-Soucek-Straße 20/3, A-5026 Salzburg;
Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht,
Kapitelstraße 5–7, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62-80 44 36 32, Fax (00 43) 6 62-8 04 43 03,
E-Mail: Georg.Lienbacher@sbg.ac.at
282. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, em. Professor,
Rühlstraße 35, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 20 93 35, Fax (0 91 31) 53 45 66;
Hans-Lierrmann-Institut für Kirchenrecht, Hindenburgstr. 34,
91054 Erlangen, (0 91 31) 8 52 28 25,
Fax (0 91 31) 8 52 40 64
283. *Lipphardt*, Dr. Hanns-Rudolf, apl. Professor,
Auf der Weide 7, 69126 Heidelberg, (0 62 21) 38 23 12;
Universität Heidelberg, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 41 11 98, Fax (0 62 21) 40 06 75

284. *Listl*, Dr. Joseph, o. Professor,
Universitätsstr. 10, 86159 Augsburg, (08 21) 5 98 27 20 oder -30;
dienstl. (stets für die Post benutzen!):
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands,
Lennéstr. 15, 53113 Bonn
285. *Lorenz*, Dr. Dieter, o. Professor,
Bohlstr. 21, 78465 Konstanz, (0 75 33) 68 22;
Universität Konstanz, Postfach 55 60 D 100,
78434 Konstanz, (0 75 31) 88 25 30,
E-Mail: Dieter.Lorenz@uni-konstanz.de
286. *Lorz*, Dr. Ralph Alexander, LL.M. (Harvard),
Attorney-at-Law (New York), Universitätsprofessor,
Paderborner Straße 7, 40468 Düsseldorf;
Universität Düsseldorf, Lehrstuhl für deutsches und
ausländisches öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Juristische Fakultät, Universitätsstraße 1, 40225 Düsseldorf,
(02 11) 8 11-14 35, Fax (02 11) 8 11-14 56,
E-Mail: Lorz@uni-duesseldorf.de
287. *Losch*, Dr. Dr. Bernhard, Professor,
Dürerstr. 9, 42119 Wuppertal, (02 02) 42 35 25;
Bergische Universität – Gesamthochschule Wuppertal, FB 1,
Gesellschaftswissenschaften, Gaußstr. 20, 42097 Wuppertal,
(02 02) 4 39-22 85/-81, Fax (02 02) 4 39-29 27
E-Mail: Losch@mailgate.uni-wuppertal.de
288. *Loschelder*, Dr. Wolfgang, Professor,
Sonnenlandstr. 5, 14471 Potsdam,
(03 31) 97 36 80; Fax (03 31) 9 51 19 95;
Universität Potsdam, Postfach 90037,
August-Bebel-Str. 89, 14439 Potsdam, (03 31) 9 77-34 12
289. *Löwer*, Dr. Wolfgang, Professor,
Hobsweg 15, 53125 Bonn, (02 28) 25 06 92, Fax (02 28) 25 04 14;
Universität Bonn, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn,
(02 28) 73 92 78/73 92 80, Fax (02 28) 73 39 57,
E-Mail: w.loewer@uni-bonn.de
290. *Lübbe-Wolff*, Dr. Gertrude, Professorin,
Universität Bielefeld, Fakultät Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 25, Postfach 10 01 31, 33615 Bielefeld,
(05 21) 1 06-43 86, Fax (05 21) 1 06-80 85,
E-Mail: Gertrude.Luebbe-Wolff@uni-bielefeld.de

291. *Luchterhandt*, Dr. Otto, Professor,
Im Wendischen Dorfe 28, 21335 Lüneburg
Tel./Fax (0 41 31) 23 29 65;
Seminarabteilung für Ostrechtsforschung,
Universität Hamburg, Moorweidenstr. 7, 20148 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-26 30/-39 86
292. *Mächler*, Dr. iur. August, Privatdozent,
Schindellegistrasse 15, CH-8808 Pfäffikon,
(00 41) 5 54 10 43 20;
Justizdepartment des Kt. Schwyz, Postfach 1200, 6431
Schwyz, (00 41) 4 18 19 20 02, Fax (00 41) 4 18 19 20 19,
E-Mail: august.maechler@sz.ch
293. *Mager*, Dr. Ute, o. Privatdozentin,
Kadettenweg 24, 12205 Berlin,
(0 30) 39 79 13 73,
E-Mail: ute.mager@web.de
294. *Magiera*, Dr. Siegfried, o. Professor,
Feuerbachstr. 1, 67354 Römerberg, (0 62 32) 8 48 98;
Verwaltungshochschule Speyer, Freiherr-vom-Stein-Str. 2-6,
67324 Speyer, (0 62 32) 65 43 48 oder -31,
Fax (0 62 32) 65 42 08,
E-Mail: s.magiera@dhv-speyer.de
295. *Majer*, Dr. Diemut, Professorin,
Welfenstr. 35, 76137 Karlsruhe, (07 21) 81 65 50 oder -41 12;
Fachhochschule für Öff. Verwaltung, Bundeswehrverwaltung,
Seckenheimer Landstr. 8-10, 68163 Mannheim,
(06 21) 41 80 91
296. *Mann*, Dr. Thomas, Professor,
Im Torfveen 19, 46147 Oberhausen, (02 28) 67 54 98;
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-47 23, Fax (05 51) 39-79 78,
E-Mail: Prof.Mann@jura.uni-goettingen.de
297. *Mangoldt*, Dr. Hans v., Professor,
Goetheweg 1, 72147 Nehren, (0 74 73) 79 08;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen, (0 70 71) 2 97 33 02

298. *Manssen*, Dr. Gerrit, Universitätsprofessor,
Konrad-Adenauer-Allee 15, 93051 Regensburg, (09 41) 9 28 45;
Juristische Fakultät, Universität Regensburg,
93040 Regensburg, (09 41) 9 43-32 55, Fax (09 41) 9 43-32 57,
E-Mail: Gerrit.Manssen@jura.uni-regensburg.de
299. *Mantl*, Dr. Wolfgang, o. Universitätsprofessor,
Wiener Str. 256/XI/33, A-8051 Graz XIII,
(00 43) 3 16-68 13 06;
Institut für österreichisches, europäisches und vergleichendes
Recht, Karl-Franzens-Universität,
Universitätsstr. 15/ C3, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-3 80-33 70
E-Mail: wolfgang.mantl@kfunigraz.ac.at
300. *Marauhn*, Dr. Thilo, Professor, M.Phil.,
An der Fels 20, 35435 Wettenberg,
(06 41) 8 77 32 75, Fax (06 41) 8 77 32 75;
Professur für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht
Justus-Liebig-Universität Gießen,
Licher Straße 76, 35394 Gießen,
(06 41) 9 92 11 50/51, Fax (06 41) 9 92 11 59,
E-Mail: intlaw@recht.uni-giessen.de
301. *Marti*, Dr. Arnold, Privatdozent,
Fernsichtstraße 5, CH-8200 Schaffhausen, (00 41) 52-6 24 18 10,
E-Mail: a.g.marti@swissonline.ch,
Obergericht des Kantons Schaffhausen,
Herrenackerstraße 26, CH-8200 Schaffhausen,
(00 41) 52-6 32 74 24, Fax (00 41) 52-6 32 78 36,
E-Mail: Obergericht@kfsh.ch
302. *Marti*, Dr. iur. Hans, Professor,
Schauplatzgasse 9, Postfach, CH-3001 Bern,
(00 41) 31-3 11 16 83, Fax (00 41) 31-3 11 24 31
303. *Marko*, Dr. Joseph, Universitätsdozent,
Kasernstr. 35, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-46 22 38
304. *März*, Dr. Wolfgang, Professor,
Bismarckstr. 54, 70197 Stuttgart, (07 11) 6 36 25 32 oder 33;
Juristische Fakultät der Universität Rostock, Lehrstuhl für
Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte,
Möllner Str. 10, 18109 Rostock,
(03 81) 4 98 37 90, Fax (03 81) 4 98 37 70,
E-Mail: mailto:wolfgang.maerz@jurfak.uni-rostock.de

305. *Masing*, Dr. Johannes, Professor,
Puccinistraße 15c, 86199 Augsburg
(08 21) 9 98 43 09, Fax (08 21) 9 98 43 08;
Juristische Fakultät der Universität Augsburg,
86135 Augsburg,
(08 21) 5 98-45 45, Fax (08 21) 5 98-45 47,
E-Mail: Johannes.Masing@jura.uni-augsburg.de
306. *Maurer*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Säntisblick 10, 78465 Konstanz, (0 75 33) 13 12;
Universität Konstanz, (0 75 31) 88 36 57,
Fax (0 75 31) 88 31 96
307. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Professor,
Am Seeberg 11, 86938 Schondorf, (0 81 92) 86 68;
Universität München, Professor-Huber-Platz 2,
80539 München,
(0 89) 21 80-30 20 oder -30 21, Fax (0 89) 21 80-30 22
308. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Professor,
Am Horn 55, 99425 Weimar,
(0 36 43) 40 28 60, Fax (0 36 43) 40 28 61;
Jean-Monnet-Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht,
Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena,
(0 36 41) 94 22 60 oder -61, Fax (0 36 41) 94 22 62
309. *Meissner*, Dr. Dr. h.c. Boris, o. Professor,
Kleine Budengasse 1, Haus „Im Römer“, 50667 Köln,
(02 21) 2 58 09 35, Fax (02 21) 2 57 05 16
310. *Meng*, Dr. Werner, Universitätsprofessor,
Preussenstr. 42, 66111 Saarbrücken,
(06 81) 6 85 26 74;
Direktor des Europa-Instituts, Universität des Saarlandes,
Postfach 15 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02 66 60, Fax (06 81) 3 02 66 62,
E-Mail: W.Meng@mx.uni-saarland.de
311. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,
Bohlweg 3, 48147 Münster,
(02 51) 4 82 84 36;
Universität Münster, (02 51) 83 27 41

312. *Merli*, Dr. Franz, Universitätsprofessor,
Helmholtzstr. 1, 01069 Dresden, (03 51) 4 77 60 91;
Jean-Monnet-Lehrstuhl für das Recht der Europäischen Integration
und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät, TU Dresden,
Mommsenstr. 13, 01062 Dresden,
(03 51) 4 63-73 74, Fax (03 51) 4 63-77 98,
E-Mail: Merli@jura.tu-dresden.de
313. *Merten*, Dr. Dr. Detlef, o. Professor,
Von-Dalberg-Str. 8, 67487 St. Martin, (0 63 23) 18 75;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 49; oder -3 30,
E-Mail: Merten@dhv-speyer.de
314. *Meßerschmidt*, Dr. Klaus, Privatdozent,
Hynspergstr. 29, 60322 Frankfurt a.M.,
(0 69) 55 45 87;
University of Latvia, EuroFaculty,
Raina bulv. 19, LV-1586 Riga/Lettland,
(0 03 71) 7 82 02 78, Fax (0 03 71) 7 82 02 60,
E-Mail: Messerschmidt@eurofaculty.lv
315. *Meyer*, Dr. Dr. h.c. Hans, Professor,
Georg-Speyer-Str. 28, 60487 Frankfurt a.M.
(0 69) 77 01 29 26, Fax (0 69) 77 01 29 27;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93 35 28 (Schr.) oder -33 47, Fax (0 30) 20 93 27 29,
E-Mail: Hans.Meyer@rewi.hu-berlin.de
316. *Meyn*, Dr. Karl-Ulrich, Professor,
Leyer Str. 36, 49076 Osnabrück, (05 41) 12 64 82;
Universität Jena, Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena,
(0 36 41) 94 22 10 oder -11, Fax (0 36 41) 94 22 12,
E-Mail: karl-ulrich.meyn@recht.uni-jena.de
317. *Michael*, Dr. Lothar, Privatdozent,
Stuckbergstraße 1, 95448 Bayreuth;
Universität Bayreuth, Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftliche Fakultät, 95440 Bayreuth,
(09 21) 55 28 65,
E-Mail: Lothar.Michael@uni-bayreuth.de

318. *Morgenthaler*, Dr. Gerd, Professor,
Hauptstraße 19, 74858 Aglasterhausen
Universität Siegen, Fachbereich 5,
Hölderlinstr. 3, 57068 Siegen
(02 71) 7 40 24 02,
E-Mail: morgenthaler@recht.wiwi.uni-siegen.de
319. *Morlok*, Dr. Martin, Professor,
Poßbergweg 51, 40629 Düsseldorf, (02 11) 28 68 68;
Heinrich-Heine-Universität, Juristische Fakultät,
Universitätsstr. 1, Gebäude 24.91, 40225 Düsseldorf,
(02 11) 8 11 53 51, Fax (02 11) 81 14 60,
E-Mail: ls.morlok@uni-duesseldorf.de
320. *Morscher*, Dr. Siegbert, o. Universitätsprofessor,
Tschigglyfreyst. 11a, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-28 62 10;
Leopold-Franzens-Universität, Institut für Öffentliches Recht
und Politikwissenschaft, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-5 07 82 10 oder -11, Fax (00 43) 5 12-5 07-28 28
321. *Mössner*, Dr. Jörg Manfred, Professor,
Uhlandstr. 53, 49134 Wallenhorst,
(0 54 07) 45 09, Fax (0 54 07) 82 26 71;
Universität Osnabrück, FB 10, Rechtswissenschaften,
Martinistr. 10, 49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69-61 61/-68, Fax (05 41) 9 69-61 67,
E-Mail: moessner@uos.de
322. *Mörtl*, Dr. Markus, Privatdozent,
Aidenbachstr. 194, 81479 München,
(0 89) 71 73 13;
Institut für Politik und öffentliches Recht,
Ludwig-Maximilians-Universität München,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80 32 93,
E-Mail: Markus.Moestl@jura.uni-muenchen.de
323. *Muckel*, Dr. Stefan, Universitätsprofessor,
Ringstraße 122, 42929 Wermelskirchen,
(0 21 93) 53 10 74;
Universität zu Köln, Institut für Kirchenrecht, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-37 77 oder 4 70-26 79,
E-Mail: sekretariat@institut-kirchenrecht.de

324. *Müller*, Dr. Georg, o. Professor,
Sugenreben 10, CH-5018 Erlinsbach,
(00 41-62) 8 44 38 73, Fax (00 41-62) 8 44 42 04;
Universität Zürich, Wilfriedstr. 6, CH-8032 Zürich,
(00 41-1) 6 34 44 41, Fax (00 41-1) 6 34 49 38,
E-Mail: georg.mueller@rwi.unizh.ch
325. *Müller*, Dr. Jörg Paul, o. Professor,
Kappelenring 42a, CH-3032 Hinterkappelen,
(00 41 31) 9 01 05 70;
Seminar für Öffentliches Recht, Hochschulstraße 4,
CH-3012 Bern, (00 41 31) 6 31 88 94 oder -99,
Fax (00 41 31) 6 31 38 83
326. *Müller-Volbehr*, Dr. Jörg, Universitätsprofessor,
Waxensteinstr. 16, 82194 Gröbenzell b. München,
(0 81 42) 79 73;
Universität Marburg, Universitätsstr. 6, 35037 Marburg
327. *Münch*, Dr. Dr. h.c. Ingo v., Professor,
Hochrad 9, 22605 Hamburg,
(0 40) 82 96 24 Fax (0 40) 82 34 49
328. *Murswiek*, Dr. Dietrich, Universitätsprofessor,
Institut für Öffentliches Recht, Universität Freiburg,
79085 Freiburg,
(07 61) 2 03-22 37 oder -41, Fax (07 61) 2 03-22 40,
E-Mail: Dietrich.Murswiek@jura.uni-freiburg.de
329. *Mußgnug*, Dr. Reinhard, o. Professor,
Keplerstr. 40, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 43 62 22, Fax (0 62 21) 40 83 09;
Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 74 66, Fax (0 62 21) 54 76 54,
E-Mail: Reinhard.Mussnug@urz.uni-heidelberg.de
330. *Mutius*, Dr. Albert v., o. Professor,
Drachenbahn 20, 24159 Kiel-Schilksee, (04 31) 37 11 04;
Geschäftsführender Vorstand des Lorenz-von-Stein-
Institutes für Verwaltungswissenschaften an der
Universität Kiel, 24098 Kiel, (04 31) 8 80 -45 40 oder -15 05
E-Mail: institut@lvstein.uni-kiel.de

331. *Nettesheim*, Dr. Martin, Professor,
Haußerstr. 48, 72074 Tübingen, (0 70 71) 25 46 04;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,
72074 Tübingen, (0 70 71) 29-7 25 60, Fax (0 70 71) 29-58 47,
E-Mail: Nettesheim@jura.uni-tuebingen.de
332. *Neumann*, Dr. Volker, Professor,
Juristische Fakultät, Universität Rostock,
Möllner Str. 10, 18109 Rostock,
(03 81) 4 98 37 95, Fax (03 81) 4 98 37 70
333. *Nicolaysen*, Dr. Gert, Professor,
Bockhorst 68a, 22589 Hamburg, (0 40) 8 70 17 47;
Universität Hamburg, Seminar für Öffentliches Recht
und Staatslehre, Abteilung Europarecht,
Schlüterstraße 28, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-45 68, Fax (0 40) 4 28 38-62 52,
E-Mail: G-Nicolaysen@jura.uni-hamburg.de
334. *Niedobitek*, Dr. Matthias, Universitätsprofessor,
Lauergasse 23, 67349 Speyer, (0 62 32) 7 28 51;
Lehrstuhl für Europäische Integration mit Schwerpunkt
Europäische Verwaltung,
Technische Universität Chemnitz,
Reichenhainer Str. 39, 09126 Chemnitz,
(03 71) 5 31-37 81,
E-Mail: matthias.niedobitek@phil.tu-chemnitz.de
335. *Nierhaus*, Dr. Michael, Professor,
Am Moosberg 1 c, 50997 Köln, (0 22 36) 6 36 29;
Universität Potsdam, Juristische Fakultät,
Postfach 90 03 27, 14439 Potsdam,
(03 31) 9 77-32 84, oder -35 19, Fax (03 31) 9 77-35 35,
Geschäftsführender Direktor des Kommunalwissenschaftlichen
Instituts der Universität Potsdam,
(03 31) 9 77-32 52 oder -32 15, Fax (03 31) 9 77-45 31,
E-Mail: Nierhaus@rz.uni-potsdam.de
336. *Nolte*, Dr. Georg, Professor,
Lotzestr. 38, 37083 Göttingen, Tel./Fax: (05 51) 7 70 66 92;
Institut für Völkerrecht der Georg-August-Universität,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
Tel.: (05 51) 39 47 51, Fax: (05 51) 39 47 67,
E-Mail: G.Nolte@jur.uni-goettingen.de

337. *Novak*, Dr. Richard, o. Professor,
Thadd. Stammel-Str. 8, A-8020 Graz, (00 43) 3 16-5 35 16;
Universität, (00 43) 3 16-3 80-33 71
338. *Oebbecke*, Dr. Janbernd, Universitätsprofessor,
Kronacher Weg 36, 40627 Düsseldorf, (02 11) 27 48 34;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre,
Universität Münster, Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
(02 51) 83-2 18 06, Fax (02 51) 83-2 18 33,
E-Mail: Oebbecke@uni-muenster.de
339. *Oeter*, Dr. Stefan, Professor,
Langenwiesen 26, 22359 Hamburg, (0 40) 60 95 19 57;
Universität Hamburg, Institut für Internationale Angelegenheiten,
Rothenbaumchaussee 19, 20148 Hamburg,
(0 40) 4 28 38 45 65, Fax (0 40) 4 28 38 62 62,
E-Mail: iaa@jura.uni-hamburg.de
340. *Öhlinger*, Dr. Theo, o. Universitätsprofessor,
Tolstojgasse 5/6, A-1130 Wien, (00 43-1) 8 77 12 60;
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 42 77-3 54 62, Fax (00 43-1) 42 77-3 54 69,
E-Mail: theodor.oelinger@univie.ac.at
341. *Oldiges*, Dr. Martin, Universitätsprofessor,
Am Voßberge 6, 33615 Bielefeld, (05 21) 12 18 32;
Universität Leipzig, Juristenfakultät, Otto-Schill-Str. 2,
Postfach 10 09 20, 04009 Leipzig,
(03 41) 9 73 51 31, Fax (03 41) 9 73 51 39,
E-Mail: Oldiges@uni-leipzig.de
342. *Oppermann*, Dr. Dr. h.c. Thomas, o. Professor,
Burgholzweg 122, 72070 Tübingen,
(0 70 71) 4 95 33, Fax (0 70 71) 4 47 02,
E-Mail: oppermannprof@aol.com;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,
72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 25 58 oder 2 97 81 01, Fax (0 70 71) 29 58 47,
E-Mail: Thomas.Oppermann@uni-tuebingen.de
343. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, Professor,
Im Wingert 12, 53340 Meckenheim, (0 22 25) 1 74 82;
Universität Bonn, 53113 Bonn, (02 28) 73 55-72 oder -73

344. *Osterloh*, Dr. Lerke, Professorin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts,
Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe,
(07 21) 91 01-0, Fax (07 21) 91 01-3 82,
Institut für Öffentliches Recht, Universität Frankfurt,
Postfach 11 19 32, 60054 Frankfurt a.M.,
(0 69) 79 82 27 11 oder 2 86 11, Fax (0 69) 79 82 25 62,
E-Mail: Osterloh@jur.uni-frankfurt.de
345. *Pache*, Dr. Eckhard, Professor,
Bayerische Julius-Maximilians-Universität Würzburg,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31 23 09, Fax (09 31) 31 23 19
E-Mail: pache@jura.uni-wuerzburg.de
346. *Papier*, Dr. Hans-Jürgen, o. Professor,
Präsident des Bundesverfassungsgerichts,
Mitterfeld 5 a, 82327 Tutzing,
(0 81 58) 99 32 40/41, Fax (0 81 58) 96 94;
Institut für Politik und Öffentliches Recht,
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-62 94 oder -62 95, Fax (0 89) 21 80 31 99,
E-Mail: LS.Papier@jura.uni-muenchen.de
347. *Pauger*, Dr. Dietmar, Universitätsprofessor,
Engelgasse 51, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-3 17 97;
Universität Graz, Universitätsstr. 15/3, A-8010 Graz,
(00 43) 3 16-3 80-33 75 oder -33 64, Fax (00 43) 3 16-38 40 94 50,
E-Mail: Dietmar.Pauger@kfunigraz.ac.at
348. *Pauly*, Dr. Walter, o. Professor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechts- und
Verfassungsgeschichte, Rechtsphilosophie,
Universität Jena, Carl-Zeiss-Str. 3, 07740 Jena,
(0 36 41) 94 22 30 oder -31, Fax (0 36 41) 94 22 32,
E-Mail: W.Pauly@recht.uni-jena.de
349. *Pechstein*, Dr. Matthias, Universitätsprofessor,
Lindenallee 40, 14050 Berlin, (0 30) 3 01 94 17, Fax (0 30) 3 01 94 17;
Jean-Monnet-Institut für Öffentliches Recht und Europarecht,
Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder,
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt/Oder,
(03 35) 5 53 47 60,
E-Mail: Pechstein@euv-frankfurt-o.de

350. *Peine*, Dr. Franz-Joseph, Professor,
Kurpromenade 71 b, 14089 Berlin, (0 30) 3 65 61 93;
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder),
Große Scharrnstr. 59, 15230 Frankfurt (Oder),
(03 35) 5 53 45-28, Fax (03 35) 5 53 45-69,
E-Mail: fjpeine@euv-frankfurt-o.de
351. *Pernice*, Dr. Ingolf, Universitätsprofessor,
Laehrstraße 17a, 14165 Berlin,
(0 30) 84 50 91 60, Fax (0 30) 84 50 91 62;
LSt. für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Humboldt-Universität Berlin, Unter den Linden 6,
10099 Berlin, (0 30) 20 93-34 40, Fax (0 30) 20 93-34 49,
E-Mail: ingolf.pernice@rz.hu-berlin.de
352. *Pernthaler*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor,
Philippine-Welser-Str. 27, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-41 82 84;
Universität Innsbruck, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 51 25 07 26 70
353. *Pesendorfer*, Dr. Wolfgang, Universitätsprofessor,
Vizepräsident des Verwaltungsgerichtshofs Wien,
Judenplatz 11, A-1014 Wien 1, (00 43-1) 0 22 25 31 11-2 54,
Fax (00 43-1) 0 22 25 32 89 21,
E-Mail: Wolfgang.Pesendorfer@vwgh.gv.at
354. *Pestalozza*, Dr. Christian Graf v., o. Professor,
FU Berlin, Dienstanschrift: Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin,
Postanschrift: Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(0 30) 83 85 30 14, Fax (0 30) 83 85 30 12,
E-Mail: Pestaloz@zedat.fu-berlin.de
355. *Peters*, Dr. Anne, Professorin, LL.M.
Bollwerkstr. 134, CH-4102 Binningen;
Lehrstuhl für Völker- und Staatsrecht, Universität Basel,
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,
(00 41) 61-2 67-25-65, Fax (00 41) 61-2 67-25-71,
E-Mail: Anne.Peters@unibas.ch
356. *Petersmann*, Dr. Ernst-Ulrich, o. Professor,
35, Chemin des Voisons, CH-1246 Coppet,
(00 41) 22-7 76 57 30

357. *Pielow*, Dr. Johann-Christian, Privatdozent,
Stiepeler Str. 96, 44801 Bochum (02 34) 7 46 33;
Institut für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum,
Universitätsstr. 150, 44780 Bochum,
(02 34) 3 22 73 33, Fax (02 34) 3 21 42 12,
E-Mail: Christian.Pielow@ruhr-uni-bochum.de
358. *Pieper*, Dr. Stefan Ulrich, Privatdozent,
Bundesministerium des Innern, Referat V 1b,
Alt Moabit 101 D, 10559 Berlin,
(0 18 88 – 6 81 23 55),
E-Mail: StefanUlrich.Pieper@bmi.bund.de
359. *Pieroth*, Dr. Bodo, Professor,
Gluckweg 19, 48147 Münster,
(02 51) 23 32 91, Fax (02 51) 23 32 94;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Universität Münster,
Wilmergasse 28, 48143 Münster, (02 51) 51 04 90,
Fax (02 51) 5 10 49 19,
E-Mail: pieroth@uni-muenster.de
360. *Pietzcker*, Dr. Jost, Professor,
Hausdorffstr. 95, 53129 Bonn, (02 28) 23 39 54;
Universität Bonn, 53113 Bonn, (02 28) 73 91 77,
E-Mail: Pietzcker@jura.uni-bonn.de
361. *Pirson*, Dr. Dr. Dietrich, o. Professor,
Brunnenanger 15, 82418 Seehausen, (0 88 41) 4 78 68;
Universität München, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-27 15
362. *Pitschas*, Dr. Rainer, o. Universitätsprofessor,
Hermann-Jürgens-Str. 8, 76829 Landau-Godramstein,
(0 63 41) 96 93 81, Fax (0 63 41) 96 93 82;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer,
(0 62 32) 65 43 38, Fax (0 62 32) 6 54-2 08,
E-Mail: rpitschas@dhv-speyer.de
363. *Poscher*, Dr. Ralf, Privatdozent,
Crellestr. 45, 10827 Berlin, (0 30) 6 92 53 98;
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-34 60, Fax (0 30) 20 93-34 52
E-Mail: ralf.poscher@rewi.hu-berlin.de

364. *Potacs*, Dr. Michael, Professor,
Hartäckerstr. 25–27/3, A-1090 Wien,
(00 43-1) 3 24 66 23;
Universität Klagenfurt, Universitätsstr. 65–67, A-9020 Klagenfurt
(00 43) 4 63-27 00-8 79; Fax (00 43) 4 63-27 00-8 68,
E-Mail: michael.potacs@uni-klu.ac.at
365. *Preuß*, Dr. Ulrich K., Professor,
Friedbergstraße 47, 14057 Berlin
(0 30) 30 81 94 33;
Freie Universität Berlin, FB Politische Wissenschaft,
Innstraße 22, 14195 Berlin,
(0 30) 8 38-47 22 oder -49 48, Fax (0 30) 8 38-50 96,
E-Mail: ukpreuss@zedat.fu-berlin.de
366. *Puhl*, Dr. Thomas, o. Professor,
In der Aue 26a, 69118 Heidelberg,
(0 62 21) 80 36 64, Fax (0 62 21) 80 36 69,
Universität Mannheim, Schloß W 226, 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81 13-54/-55/-57/-58, Fax (06 21) 1 81 13 61,
E-Mail: puhl@rumms.uni-mannheim.de
367. *Pünder*, Dr. Hermann, LL.M (Iowa), Universitätsprofessor
Goebenstr. 17, 48151 Münster (02 51) 52 77 72;
Bucerius Law School,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Rechtsvergleichung und Verwaltungswissenschaft,
Postfach 30 10 30, 20304 Hamburg,
(0 40) 3 07 06-0, Fax (0 40) 3 07 06-1 05,
E-Mail: hermann.puender@uni-muenster.de
368. *Puttler*, Dr. Adelheid, LL.M. (University of Chicago),
diplômée de l'E.N.A., Universitätsprofessorin,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europarecht,
Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht,
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät, 44780 Bochum,
(02 34) 3 22 28 20, Fax (02 34) 3 21 41 39,
E-Mail: L.S.Puttler@jura.ruhr-uni-bochum.de

369. *Püttner*, Dr. Dr. h.c. Günter. o. Professor, (0 62 32) 7 19 97;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstraße 7, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 52-62 oder -63, Fax (0 70 71) 29 50 64
370. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor,
Otterstadter Weg 139, 67346 Speyer, (0 62 32) 6 31 81;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6, 67346 Speyer,
(0 62 32) 6 54-2 89, Fax (0 62 32) 6 54-3 05
371. *Rack*, Dr. Reinhard, a.o. Universitätsprofessor,
Obere Teichstr. 19, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-43 88 42;
Universität Graz, (00 43) 3 16-3 80-33 73,
E-Mail: rrack@europarl.eu.int
372. *Ramsauer*, Dr. Ulrich, Professor,
Wiesenstraße 5, 20255 Hamburg,
(0 40) 43 18 12 53/52;
Universität Hamburg, FB Rechtswissenschaft,
Öffentliches Recht, Edmund-Siemers-Allee 1, 20146 Hamburg,
E-Mail: u-ramsauer@jura-uni-hamburg.de
373. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, o. Professor,
Wulffstr. 12, 12165 Berlin, (0 30) 7 92 60 85;
FU Berlin, Ehrenbergstr. 17, 14195 Berlin
374. *Raschauer*, Dr. Bernhard, o. Universitätsprofessor,
Pfeilgasse 7/2/6, A-1080 Wien, (00 43-1) 4 08 33 53;
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 42 77-3 53 52, Fax (00 43-1) 42 77-3 54 59
375. *Rasenack*, Dr. Christian A.L., LL.M., Professor,
Taunusstr. 8, 12309 Berlin, (0 30) 7 45 25 43;
TU Berlin, Institut für Rechtswissenschaft, H 81,
Straße des 17. Juni 135, 10623 Berlin,
(0 30) 31 42-58 74 oder -58 75, Fax (0 30) 7 45 25 43
376. *Rauschning*, Dr. Dr. h.c. Dietrich, o. Professor,
Rodetal 1, 37120 Bovenden,
(0 55 94) 9 31 74, Fax (0 55 94) 9 31 75;
Institut für Völkerrecht, Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen,
E-Mail: drausch@gwdg.de

377. *Reinhardt*, Dr. Michael, LL.M. (Cantab.), Professor,
Auf dem Stumpelrott 9, 50999 Köln, (02 21) 35 17 30;
Universität Trier, FB V, 54286 Trier, (06 51) 2 01-25 78,
Fax (06 51) 2 01 25 80,
E-Mail: reinhardm@uni-trier.de
378. *Remmert*, Dr. Barbara, Privatdozentin,
Braunschweiger Str. 52, 12055 Berlin, (0 30) 6 85 68 96;
Freie Universität Berlin, FB Rechtswissenschaft,
Boltzmannstr. 4, 14195 Berlin, (0 30) 83 85 59 24,
E-Mail: remmert@zedat.fu-berlin.de
379. *Rengeling*, Dr. Hans-Werner, Universitätsprofessor,
Langeworth 143, 48159 Münster,
(02 51) 21 20 38, Fax (02 51) 21 20 44;
Institut für Europarecht der Universität Osnabrück,
Martinistr. 8, 49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69-45 05 oder -45 04, Fax (05 41) 9 69-45 09,
E-Mail: hrengeli@uos.de
380. *Ress*, Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. iur. h.c. mult., Georg,
Universitätsprofessor,
6, rue Mozart, F-67000 Strasbourg, (00 33) 3 88 61 04 32;
Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völkerrecht u. Europarecht,
Universität des Saarlandes, Europa-Institut, Postfach 15 11 50,
66041 Saarbrücken, (06 81) 3 02-25 03, Fax (06 81) 3 02-46 36,
Cour Européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe,
F-67075 Strasbourg Cedex, Tel. (0 03 33 90) 21 44 91,
E-Mail: Georg.Ress@echr.coe.int
381. *Rhinow*, Dr. René, o. Professor,
Jurastr. 48, CH-4411 Seltisberg, (00 41) 61-9 11 99 35,
Fax (00 41) 61-9 11 82 88;
stets für Post benutzen: Juristische Fakultät Universität Basel,
Maiengasse 51, CH-4056 Basel,
(00 41) 61-2 67-25 67, Fax (00 41) 61-2 67-25 68,
E-Mail: R.Rhinow@unibas.ch
382. *Richter*, Dr. Dagmar, Privatdozentin,
Hugenottenstr. 6, 68229 Mannheim;
MPI für ausländisches öffentliches Recht und
Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535,
69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 25 08,
E-Mail: drichter@mpiv-hd.mpg.de

383. *Riedel*, Dr. Eibe H., Universitätsprofessor,
Haagwiesenweg 19, 67434 Neustadt, (0 63 21) 8 48 19;
Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Öffentliches Recht,
Völkerrecht und Europarecht, Universität Mannheim,
Schloß/Westflügel, 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-14 17 oder 14 18 oder 14 20-22, Fax (06 21) 1 81-14 19,
E-Mail: Riedel@jura.uni-mannheim.de
384. *Rill*, Dr. Heinz Peter, Universitätsprofessor,
Peter-Jordan-Str. 145, A-1180 Wien, (00 43-1) 4 79-86 74;
Forschungsinstitut für Europafragen, Wirtschaftsuniversität Wien,
Althanstraße 39-45, A-1090 Wien,
(00 43-1) 3 13 36 46-65 oder -66
385. *Rinken*, Dr. Alfred, Professor,
Treseburger Str. 37, 28205 Bremen, (04 21) 44 07 62;
Universität Bremen, Bibliothekstr. 1, 28359 Bremen,
(04 21) 2 18-21 36,
E-Mail: rrinken@uni-bremen.de
386. *Robbers*, Dr. Gerhard, Universitätsprofessor,
Dagobertstr. 17, 54292 Trier, (06 51) 5 37 10;
Universität Trier, Postfach 38 25, 54286 Trier,
(06 51) 2 01-25 42, Fax (06 51) 2 01-39 05,
E-Mail: Robbers@uni-trier.de
387. *Rodi*, Dr. Michael, M.A., Universitätsprofessor,
Marienstr. 42, 17489 Greifswald, (0 38 34) 89 75 65;
Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald,
LSt. für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht,
17487 Greifswald, (0 38 34) 86 21 00,
E-Mail: mrodi@uni-greifswald.de
388. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor,
Kreuzackerstr. 8, 76228 Karlsruhe, (07 21) 49 17 39;
Universität Mannheim, 68131 Mannheim,
(06 21) 2 92 51 86
389. *Röger*, Dr. Ralf, Privatdozent,
Nidegger Straße 17, 50937 Köln,
(02 21) 9 41 72 60, Fax (02 21) 9 41 72 61;
Universität zu Köln, LSt. für Allgemeine Staatslehre,
Staats- und Verwaltungsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln (Lindenthal),
(02 21) 4 70-44 53

390. *Röhl*, Dr. Hans Christian, Privatdozent,
Gaisbergstr. 6/1, 69115 Heidelberg, (0 62 21) 2 67 92;
Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht,
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10, 69117 Heidelberg,
(0 62 21) 54 74 60, Fax (0 62 21) 54 77 43,
E-Mail: roehl@uni-hd.de
391. *Ronellenfitsch*, Dr. Michael, o. Professor,
Augusta-Anlage 15, 68165 Mannheim, (06 21) 41 23 34;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 21 09, Fax (0 70 71) 2 97 49 05,
E-Mail: ronellenfitsch@jura.uni-tuebingen.de
392. *Rossen-Stadtfield*, Dr. Helge, Professor,
Kirschenstr. 86, 82024 Taufkirchen, (0 89) 74 42 79 29;
Fakultät für Wirtschafts- und Organisationswissenschaften,
Universität der Bundeswehr München, 85577 Neubiberg,
(0 89) 60 04-46 04, Fax (0 89) 6 01-46 93,
E-Mail: Helge.Rossen-Stadtfield@UniBw-Muenchen.de
393. *Roth*, Dr. Wolfgang, Privatdozent, LL.M. (Michigan),
An der Elisabethkirche 48, 53113 Bonn,
(02 28) 9 12 52 73;
RAe Redeker Sellner Dahs & Widmaier,
Mozartstraße 4–10, 53115 Bonn, (02 28) 7 26 25- 5 42,
E-Mail: roth@bonn.redeker.de
394. *Rozek*, Dr. Jochen, Universitätsprofessor,
Friedrich-Hegel-Str. 16, 01187 Dresden;
LSt. für Öffentliches Recht unter besonderer
Berücksichtigung von Verwaltungsrecht,
Juristische Fakultät, TU Dresden
01062 Dresden, (03 51) 4 63-73 39, Fax (03 51) 4 63-72 14,
E-Mail: rozek@jura.tu-dresden.de
395. *Ruch*, Dr. Alexander, o. Professor,
Gartenstr. 85, CH-4052 Basel, (00 41) 61-2 72 36 22;
ETH Zentrum, D-REOK, Rämistr. 101, CH-8092 Zürich,
(00 41-1) 6 32 60 01
396. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor,
Rubensallee 55a, 55127 Mainz, (0 61 31) 7 19 42;
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Universität Mainz,
55099 Mainz, (0 61 31) 39-24 12, Fax (0 61 31) 39-54 39

397. *Ruffert*, Dr. Matthias, Privatdozent,
Georg-Schäffer-Straße 37, 54295 Trier,
(06 51) 3 08 95 45;
Universität Trier, FB Rechtswissenschaft,
54286 Trier, (06 51) 2 01-25 84,
E-Mail: Ruffert@uni-trier.de
398. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, Professor,
Hagebuttenstr. 26, 53340 Meckenheim, (0 22 25) 71 07;
E-Mail: Ruefner@aol.com,
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands,
Lennéstr. 15, 53113 Bonn,
(02 28) 22 32 33, Fax (02 28) 22 04 43
399. *Rühl*, Dr. Ulli F.H., Professor,
Hermann-Allmers-Str. 34, 28209 Bremen, (04 21) 3 46 74 84;
Universität Bremen, FB 6 Rechtswissenschaft,
Universitätsallee, GW 1, Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,
(04 21) 2 18-46 06, Sekretariat: (04 21) 2 18-21 27,
E-Mail: uruehl@uni-bremen.de
400. *Ruland*, Dr. Franz, Professor,
Im Langenfeld 17a, 61350 Bad Homburg, (0 61 72) 3 11 09;
Verband der Deutschen Rentenversicherungsträger,
Eyseneckstr. 55, 60322 Frankfurt am Main, (0 69) 1 52 22 00
401. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor,
Am Marienpfad 29, 55128 Mainz, (0 61 31) 3 45 88
402. *Ruthig*, Dr. Josef, Privatdozent,
C8 1, 68159 Mannheim;
Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaft,
Schloß-Westflügel (W 123), 68131 Mannheim,
(06 21) 1 81-14 08, Fax (06 21) 1 81-14 11,
E-Mail: Ruthig@uni-mannheim.de
403. *Sachs*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Dattenfelder Str. 7, 51109 Köln,
(02 21) 84 46 57, Fax (02 21) 84 06 70;
Universität zu Köln, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-44 54, Fax (02 21) 4 70-51 35,
E-Mail: Staats-Verwaltungsrecht@uni-koeln.de

404. *Sacksofsky*, Dr. Ute, Professorin
Bundenweg 16, 60320 Frankfurt a.M.,
(0 69) 95 62 20 51, Fax (0 69) 95 62 20 52;
Goethe-Universität, FB Rechtswissenschaft,
Senckenberganlage 31, 60054 Frankfurt a.M.
Postfach 11 19 32, 60325 Frankfurt a.M.,
(0 69) 79 82 86 54 oder 2 26 54,
E-Mail: Sacksofsky@jur.uni-frankfurt.de
405. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor,
Siebengebirgsstr. 86, 53229 Bonn,
(02 28) 48 17 10;
c/o RAe Norton, Rose, Vieregge, Köln,
(02 21) 77 16-2 16, Fax (02 21) 77 16-1 10
406. *Sattler*, Dr. Andreas, Professor,
Ludwig-Beck-Str. 17, 37075 Göttingen,
(05 51) 2 23 40
407. *Saxer*, Dr. Urs, Privatdozent,
Zollikerstr. 187, CH-8008 Zürich,
(00 41-1) 4 22 40 42;
Büro: Hüsey von Graffenried & Partner,
Bellerivestr. 10, Postfach 525,
CH-8034 Zürich, (00 41-1) 3 83 87 34,
E-Mail: Saxer@dplanet.ch
408. *Schachtschneider*, Dr. Karl Albrecht, o. Professor,
Hubertusstraße 6, 94091 Nürnberg, (09 11) 59 94 36;
Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät,
Universität Erlangen-Nürnberg, Lange Gasse 20,
90403 Nürnberg,
(09 11) 53 02-3 29 oder 3 11, Fax (09 11) 53 02-2 97,
E-Mail: else.hirschmann@wiso.uni-erlangen.de
409. *Schäffer*, Dr. Heinz, o. Universitätsprofessor,
Große Neugasse 6/14, A-1040 Wien,
(00 43-1) 5 81 17 21;
Universität Salzburg, Kapitelgasse 5-7, A-5020 Salzburg,
(00 43) 6 62-80 44 36 31, Fax (00 43) 6 62-80 44-3 03
410. *Schambeck*, Dr. Dr. h.c. mult. Herbert, o. Universitätsprofessor,
Hofzeile 21, A-1190 Wien, (00 43-1) 36 34 94;
Universität Linz, (00 43) 7 32-24 68/-4 24

411. *Schefer*, Dr. Markus, Professor
Gartenstadt 18, CH-4142 Münchenstein/BL, Schweiz,
(00 41) 6 14 11 36 28;
Universität Basel Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Staats-
und Verwaltungsrecht,
Maiengasse 51, CH-4056 Basel, (00 41) 6 12 67 25 13,
E-Mail: markus.schefer@unibas.ch
412. *Schefold*, Dr. Dian, Universitätsprofessor,
Mathildenstraße 93, 28203 Bremen, (04 21) 7 25 76;
FB Rechtswissenschaft der Universität Bremen,
Universitätsallee, GW 1, Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,
(04 21) 2 18-21 66, Fax (04 21) 2 18-34 94,
E-Mail: schefold@uni-bremen.de
413. *Schenke*, Dr. Wolf-Rüdiger, o. Professor,
Beim Hochwald 30, 68305 Mannheim, (06 21) 74 42 00;
Universität Mannheim, 68131 Mannheim, (06 21) 1 81 14 10,
E-Mail: Schenke@jura.uni-mannheim.de
414. *Scherer*, Dr. Joachim, LL.M., apl. Prof.,
Privatweg 9, 64342 Seeheim-Jugenheim, (0 62 57) 90 37 39;
RAe Baker & McKenzie, Bethmannstr. 50–54, 60311 Frankfurt a.M.,
(0 69) 29 90 81 89, Fax (0 69) 29 90 81 08,
E-Mail: Joachim.Scherer@Bakernet.com
415. *Scherzberg*, Dr. Arno, Professor,
Wartburgstr. 34, 99094 Erfurt;
Universität Erfurt, Staatswissenschaftliche Fakultät,
Postfach 900 221, 99105 Erfurt;
(03 61) 7 37-47 61, (03 61) 7 37-47 60 (Sokr.),
Fax (03 61) 7 37-47 09,
E-Mail: Arno.Scherzberg@uni-erfurt.de
416. *Scheuing*, Dr. Dieter H., o. Professor,
Finkenstr. 17, 97204 Höchberg, (09 31) 4 83 31, Fax (09 31) 40 81 98;
Universität Würzburg, 97070 Würzburg,
(09 31) 31 23 24, Fax (09 31) 31 27 92,
E-Mail: Scheuing@jura.uni-wuerzburg.de
417. *Schiedermaier*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Wittelsbacher Str. 7, 53173 Bonn – Bad Godesberg;
Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht,
Universität Köln, Gottfried-Keller-Str. 2, 50931 Köln,
(02 21) 4 70 23 64

418. *Schilling*, Dr. Theodor, Privatdozent,
13, rue de Moutfort, L-5355 Oetrange, (0 03 52) 35 85 76;
Gerichtshof der EG, L-2925 Luxemburg, (0 03 52) 43 03-34 13
419. *Schindler*, Dr. Dr. h.c. Dietrich, Professor,
Lenzenwiesstr. 8, CH-8702 Zollikon;
Universität Zürich, (00 41-1) 3 91-71 18 oder 41 40,
Fax (00 41-1) 3 91-71 18
420. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor,
Wolkenburgstr. 2, 53757 St. Augustin, (0 22 41) 33 75 09;
Universität Bonn, (02 28) 73 91 25
421. *Schlette*, Dr. Volker, Privatdozent,
Hirberg 4, 37170 Uslar, (0 55 73) 99 98 68;
Universität Göttingen, Juristisches Seminar,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(05 51) 39 44 13, Fax (05 51) 39 74 14
422. *Schlieffen*, Dr. Katharina Gräfin v., Universitätsprofessorin,
FernUniversität Hagen, FB Rechtswissenschaft,
Universitätsstr. 21, 58084 Hagen,
(0 23 31) 9 87 28 78, Fax (0 23 31) 9 87-3 95,
E-Mail: LG.vonSchlieffen@fernuni-hagen.de
423. *Schlink*, Dr. Bernhard, Professor,
Endenicher Allee 16, 53115 Bonn, (02 28) 65 23 58;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6,
10099 Berlin, (0 30) 20 93-34 54 oder -34 72, Fax (0 30) 20 93-34 52,
E-Mail: Schlink@rewi.hu-berlin.de
424. *Schmid*, Dr. Gerhard, Professor,
Hochwaldstr. 24, CH-4059 Basel, (00 41) 6 13 31 84 25;
c/o Wenger Plattner, Aeschenvorstadt 55,
CH-4010 Basel, (00 41) 61-2 79-70 00, Fax (00 41) 61-2 79-70 01,
E-Mail: gerhard.schmid@unibas.ch
425. *Schmid*, Dr. Viola, Universitätsprofessorin,
Kirchenweg 3, 91126 Schwabach,
(0 91 22) 7 73 82, Fax (0 91 22) 6 23 45,
E-Mail: dr.viola.schmid@t-online.de;
Technische Universität Darmstadt, Fachgebiet
Öffentliches Recht, Hochschulstr. 1,
64289 Darmstadt

426. *Schmidt, Dr. Reiner*, o. Professor,
Bachwiesenstr. 5, 86459 Gessertshausen,
(0 82 38) 41 11, Fax (0 82 38) 49 37;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht
und Umweltrecht, Universität Augsburg, Universitätsstr. 2,
86135 Augsburg, (08 21) 5 98-45 50, Fax (08 21) 5 98-45 52,
E-Mail: Reiner.Schmidt@jura.uni-augsburg.de
427. *Schmidt, Dr. Walter*, Universitätsprofessor,
Brüder-Knauß-Str. 86, 64285 Darmstadt, (0 61 51) 6 47 10;
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt a.M.,
(0 69) 79 82 21 89
428. *Schmidt-Aßmann, Dr. Dr. h.c. Eberhard*, o. Professor,
Höhenstr. 30, 69118 Heidelberg, (0 62 21) 80 08 03;
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 74 28
E-Mail: schmidt-assmann@uni-hd.de
429. *Schmidt-De Caluwe, Reimund*, Universitätsprofessor,
Unterer Hardthof 17 B, 35398 Gießen,
(06 41) 3 45 66, Fax (06 41) 9 60 99 66;
Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Universitätsplatz 3–5, 06099 Halle (Saale),
(03 45) 55-2 31 38 oder -39
E-Mail: Schmidtdecaluwe@jura.uni-halle.de
430. *Schmidt-Jortzig, Dr. Edzard*, o. Professor,
Graf-Spee-Straße 18 a, 24105 Kiel, (04 31) 8 95 01 95;
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht
Universität Kiel, 24118 Kiel, (04 31) 8 80-35 45,
Fax (04 31) 8 80-34 90,
E-Mail: office.sj@law.unikiel.de
431. *Schmidt-Preuß, Dr. Matthias*, o. Professor,
Am Römerlager 23, 53117 Bonn, (02 28) 67 80 91;
Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,
Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn
Schillerstr. 1, 91054 Erlangen,
(02 28) 73 65 02, Fax (02 28) 73 65 07,
E-Mail: schmidt-preuß@jura.uni-bonn.de
432. *Schmitt Glaeser, Dr. Dr. h.c. Walter*, o. Professor,
Rübezahlweg 9 A, 95447 Bayreuth,
(09 21) 3 20 70; Fax (09 21) 7 56 38 66
E-Mail: walter.schmitt-glaeser@uni-bayreuth.de

433. *Schmitt-Kammler*, Dr. Arnulf, Universitätsprofessor,
Renthof 33, 35037 Marburg/Lahn, (0 64 21) 6 49 02;
Universität zu Köln, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70-40 66 oder -40 67
434. *Schmitz*, Dr. Thomas, Privatdozent,
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(05 51) 39 46 37, Fax (05 51) 39 74 14,
E-Mail: tschmitt@gwdg.de
435. *Schnapp*, Dr. Friedrich E., o. Professor,
Efeuweg 22, 44869 Bochum, (0 23 27) 7 42 13;
Universität Bochum, 44780 Bochum,
(02 34) 3 22 22 39 Fax (02 34) 3 21 42 71,
E-Mail: oeffelbn@ruhr-uni-bochum.de
436. *Schneider*, Dr. Dr. h.c. Hans-Peter, o. Professor,
Rominteweg 1, 30559 Hannover,
(05 11) 51 10 50, Fax (05 11) 51 10 50;
FB Rechtswissenschaften, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-81 85 oder 81 86
437. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor,
Ludolf-Krehl-Str. 44, 69120 Heidelberg, (0 62 21) 48 03 81;
Universität Heidelberg, 69117 Heidelberg, (0 62 21) 54 74 46
438. *Schneider*, Dr. Jens-Peter, Professor,
Uhlenfluchtweg 7, 49078 Osnabrück,
(05 41) 6 68 82 08, Fax (05 41) 6 68 82 07;
Universität Osnabrück, FB Rechtswissenschaften,
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heger-Tor-Wall 14, 49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69-61 75/-61 77, Fax (05 41) 9 69-61 87,
E-Mail: JP-Schneider@uni-osnabrueck.de
439. *Schöbener*, Dr. Burkhard, Professor,
Am Glösberg 27, 97342 Obernbreit, (0 93 32) 50 00 04;
Universität zu Köln, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Professur für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht
Gottfried-Keller-Str. 2, 50931 Köln,
(02 21) 4 70 38 34 oder - 38 75
E-mail: schoebener@freenet.de

440. *Schoch*, Dr. Friedrich, o. Professor,
Kastelbergstr. 19, 79189 Bad Krozingen,
(0 76 33) 94 81 04, Fax (0 76 33) 94 81 05;
Institut für Öffentliches Recht, Universität Freiburg,
Postfach, 79085 Freiburg,
(07 61) 2 03-22 57 oder 22 58, Fax (07 61) 2 03-22 97,
E-Mail: ioeffr5@uni-freiburg.de
441. *Scholler*, Dr. Heinrich, Professor,
Zwengauerweg 5, 81479 München,
(0 89) 79 64 24;
Universität München, Institut für Politik und
Öffentliches Recht, Ludwigstr. 28/RG, 80539 München,
(0 89) 21 80-27 24
442. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor,
Königsallee 71a, 14193 Berlin;
Universität München, Institut für Politik und
Öffentliches Recht, Ludwigstr. 28/RG,
80539 München, (0 89) 21 80 21 13
E-Mail: rupert.scholz@jura.uni-muenchen.de
443. *Schröder*, Dr. Meinhard, o. Professor,
Zum Wingert 2, 54318 Mertesdorf,
(06 51) 5 78 87;
Universität Trier, 54286 Trier, (06 51) 2 01 25 86,
E-Mail: schroederm@uni-trier.de
444. *Schroeder*, Dr. Werner, Professor, LL.M.;
Universität Innsbruck Institut für Völkerrecht,
Europarecht und Internationale Beziehungen,
Innrain 52, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-5 07-83 20, Fax (00 43) 5 12-5 07-26 51,
E-Mail: Werner.Schroeder@uibk.ac.at
445. *Schulte*, Dr. Martin, Professor,
Neuostra Nr. 15, 01219 Dresden,
(03 51) 4 72 25 50;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht,
Juristische Fakultät, TU Dresden, von-Gerber-Bau,
Bergstr. 53, 01069 Dresden,
(03 51) 46 33-73 62, Fax (03 51) 46 33-72 20
E-Mail: schulte@jura.tu-dresden.de

446. *Schulze-Fielitz*, Dr. Helmuth, Professor,
Klara-Löwe-Str. 5, 97082 Würzburg,
(09 31) 7 84 10 25, Fax (09 31) 7 84 10 34;
LSt. für Öffentliches Recht, Umweltrecht und
Verwaltungswissenschaften, Universität Würzburg,
Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31 23 31/2, Fax (09 31) 31 26 17,
E-Mail: L-Schulze-Fielitz@jura.uni-wuerzburg.de
447. *Schuppert*, Dr. Gunnar Folke, Professor,
Kaiserdamm 28, 14057 Berlin,
(0 30) 30 61 21 68;
Humboldt-Universität, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 02, Fax (0 30) 20 93-33 44,
E-Mail: Gunnar.Folke.Schuppert@rewi.hu-berlin.de
448. *Schwabe*, Dr. Jürgen, Professor,
Erlenweg 1, 21614 Buxtehude,
(0 41 61) 8 71 41, Fax (0 41 61) 72 26 00;
Universität Hamburg, 20146 Hamburg, (0 40) 4 28 38-44 54
449. *Schwarz*, Dr. Kyrill-A., Privatdozent,
Goßlerstraße 3, 37073 Göttingen;
Juristische Fakultät,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(05 51) 39 73 93,
E-Mail: kyrillschwarz@web.de
450. *Schwarze*, Dr. Jürgen, Professor,
Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht Abt. I,
Platz der Alten Synagoge 1, 79098 Freiburg,
(07 61) 2 03-22 38, oder -51, Fax (07 61) 2 03-22 34,
E-Mail: juergen.schwarze@jura.uni-freiburg.de
451. *Schwarzer*, Mag., Dr. Stephan, Universitätsdozent,
Rodlergasse 7/10, A-1190 Wien, (00 43-1) 3 69 17 46;
Bundeshofkammer, Wiedner Hauptstr. 63,
A-1045 Wien, (00 43-1) 5 01 05-41 95
452. *Schweitzer*, Dr. Michael, Professor,
Göttweiger Str. 135, 94032 Passau, (08 51) 3 45 33;
Universität Passau, 94032 Passau,
(08 51) 5 09-23 30, Fax (08 51) 5 09-23 32,
E-Mail: Schweitzer@uni-passau.de

453. *Schweizer*, Dr. Rainer J., o. Professor,
Webergasse 8, CH-9000 St. Gallen, (00 41) 71-2 23 56 24;
Hochschule St. Gallen, Forschungsgemeinschaft für
Rechtswissenschaften, Tigerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen,
(00 41) 71-22 42-8 36, Fax (00 41) 71-22 42-1 62,
E-Mail: Rainer.Schweizer@unisg.ch
454. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, Universitätsprofessor,
Hülsebrinkstr. 23, 30974 Wennigsen/Deister, (0 51 03) 13 11;
FB Rechtswissenschaften, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover, (05 11) 7 62-82 80
455. *Seer*, Dr. Roman, Universitätsprofessor,
Ruhr-Universität Bochum, Lehrstuhl für Steuerrecht,
Gebäude GC 8/137, Universitätstr. 150,
(02 34) 3 22 82 69, Fax (02 34) 3 21 46 14,
E-Mail: LS.seer@jura.ruhr-uni-bochum.de
456. *Seewald*, Dr. Otfried, o. Professor,
Schärdingerstraße 21 A, 94032 Passau,
Tel/Fax (08 51) 3 51 45;
Universität Passau, Innstr. 40, Postfach 25 40, 94030 Passau,
(08 51) 5 09-23 40 oder -41, Fax (08 51) 5 09-23 42,
E-Mail: otfried.seewald@uni-passau.de
457. *Seidel*, Dr. Gerd, Professor,
Donizettistraße 102, 12623 Berlin,
(0 30) 56 59 95 56;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-35 17/-12, Fax (0 30) 20 93-33 84,
E-Mail: Gerd.Seidel@rewi.hu-berlin.de
458. *Selmer*, Dr. Peter, Professor,
Akazienweg 9, 22587 Hamburg, (0 40) 86 47 43;
Universität Hamburg, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-45 76, Fax (0 40) 4 28 38-30 28
459. *Sieckmann*, Dr. Jan-Reinhard, Professor,
Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
Otto-Friedrich-Universität Bamberg, Feldkirchenstr. 21,
96051 Bamberg, (09 51) 8 63-27 40, Fax (09 51) 8 63-57 40,
E-Mail: Jan.Sieckmann@sowi.uni-bamberg.de

460. *Siedentopf*, Dr. Dr. h.c. Heinrich, o. Professor,
Hauptstr. 170, 76829 Landau, (0 63 41) 6 07 57;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2–6, 67324 Speyer,
(0 62 32) 6 54-3 65 oder -3 58,
E-Mail: siedentopf@dhv-speyer.de
461. *Siekmann*, Dr. Helmut, Professor,
Hustadtring 143, 44801 Bochum;
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,
44780 Bochum, (02 34) 3 22 52 52,
E-Mail: LS.Siekmann@jura.ruhr-uni-bochum.de
462. *Silagi*, Dr. Dr. Michael, Privatdozent,
Institut für Völkerrecht, Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen, (05 51) 39-47 34
463. *Skouris*, Dr. Wassilios, Professor,
Nikolaou Manou 18, GR-54643 Thessaloniki,
(00 30-31) 83 14 44;
Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften,
Palais de la Cour de Justice, L-2925 Luxembourg,
(0 03 52) 43 03 22 09, Fax (0 03 52) 43 03 27 36
464. *Sodan*, Dr. Helge, Universitätsprofessor,
Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Staats- und
Verwaltungsrecht, Öffentl. Wirtschaftsrecht, Sozialrecht,
Freie Universität Berlin, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin,
(0 30) 8 38-5 39 72 oder -7 39 73, Fax (0 30) 8 38-5 44 44,
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin,
Elßholzstr. 30–33, 10781 Berlin,
(0 30) 90 15-26 50, Fax (0 30) 90 15-26 66
465. *Söhn*, Dr. Hartmut, o. Professor,
Eppanerstr. 9, 94036 Passau, (08 51) 5 85 20;
Universität Passau, Lehrstuhl für Staats- u. Verwaltungsrecht
insbesondere Finanz- und Steuerrecht, 94032 Passau,
(08 51) 5 09-23 50, Fax (08 51) 5 09-23 52,
E-Mail: Soehn01@pers.uni-passau.de
466. *Somek*, Dr. Alexander, Professor,
Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie,
Juridicum, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 4 27 73 58 03, Fax: (00 43-1) 42 77 93 58,
E-Mail: Alexander.Somek@univie.ac.at

467. *Sommermann*, Dr. Karl-Peter, Universitätsprofessor,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatslehre und
Rechtsvergleichung,
Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Postfach 14 09,
67346 Speyer, (0 62 32) 6 54-3 44,
Fax (0 62 32) 6 54-3 05,
E-Mail: Sommermann@dhv-speyer.de
468. *Spannowsky*, Dr. Willy, Universitätsprofessor,
Auf dem Kleeberg 17, 67706 Krickbach,
(0 63 07) 99 39 63, Fax (0 63 07) 99 39 49;
Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Postfach 30 49, 67653 Kaiserslautern,
(06 31) 2 05-39 75, Fax (06 31) 2 05-39 77
469. *Staff*, Dr. Ilse, Universitätsprofessorin,
Am Forum 4, 65779 Kelkheim, (0 61 95) 33 08;
Universität Frankfurt, 60054 Frankfurt a.M.
470. *Starck*, Dr. Christian, o. Professor,
Schlegelweg 10, 37075 Göttingen, (05 51) 5 54 54;
Universität Göttingen, Juristisches Seminar,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
(05 51) 39-74 12 oder -13, Fax (05 51) 39-74 14,
E-Mail: C.Starck@jura.uni-goettingen.de
471. *Steiger*, Dr. Heinhard, Universitätsprofessor,
Oberhof 16, 35440 Linden, (06 41) 2 32 52;
Universität Gießen, 35394 Gießen,
(06 41) 9 92 11-50 oder -51, Fax (06 41) 9 92 11-59
472. *Stein*, Dr. Ekkehart, o. Professor,
Magdebergstr. 16 b, 78224 Singen, (0 77 31) 94 85 71;
Universität Konstanz, Postfach 55 60 D 104,
78434 Konstanz, (0 75 31) 88 23-29 oder -28
473. *Stein*, Dr. Torsten, Universitätsprofessor,
Ludolf-Krehl-Str. 1 b, 69120 Heidelberg,
Tel/Fax (0 62 21) 48 04 38;
Universität des Saarlandes, Europa-Institut,
Am Stadtwald, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-45 67 oder -36 95, Fax (06 81) 3 02-48 79,
E-Mail: t.stein@mx.uni-saarland.de

474. *Steinberg*, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,
Wingertstr. 2a, 65719 Hofheim;
Präsident der Goethe-Universität Frankfurt, Senckenberganlage 31,
60054 Frankfurt a.M., (0 69) 79 82 22 31, Fax (0 69) 7 98-2 87 93,
E-Mail: Steinberg@pvw.uni-frankfurt.de
475. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor,
Saphirweg 13, 69181 Leimen;
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 oder 55, Fax (0 62 21) 54-77 44,
E-Mail: t18@ix.urz.uni-heidelberg.de
476. *Steiner*, Dr. Udo, o. Professor,
Richter des Bundesverfassungsgerichts,
Am Katzenbühl 5, 93055 Regensburg, (09 41) 70 09 13;
Universität Regensburg, 93040 Regensburg,
(09 41) 9 43-26 66 oder -26 67, Fax (09 41) 9 43-49 93,
oder Karlsruhe (07 21) 91 01-2 17, Fax (07 21) 91 01-3 82,
E-Mail: udo.steiner@jura.uni-regensburg.de
477. *Stelzer*, Dr. Manfred, Universitätsprofessor,
Anton-Wildgansgasse 12/4, A-2380 Perchtoldsdorf,
(00 43-6 64) 2 12 56 18;
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 42 77-3 54 31 oder -32,
E-Mail: Manfred.Stelzer@univie.ac.at
478. *Stern*, Dr. Dr. h.c. mult. Klaus, o. Professor,
Am Stockberger Busch 10, 51515 Kürten, (0 22 68) 61 67;
Universität Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln,
(02 21) 4 70 22 89
479. *Stettner*, Dr. Rupert, Professor,
Alpenstr. 11 a, 85221 Dachau, (0 81 31) 27 89 96,
Tel./Fax (0 81 31) 27 89 98;
Institut für Staatswissenschaften, Universität der
Bundeswehr München, Werner-Heisenberg-Weg 39,
85579 Neubiberg, (0 89) 60 04-38 64 oder -37 02
oder -20 43, Fax (0 89) 60 04-28 41,
E-Mail: Rupert.Stettner@unibw-muenchen.de

480. *Stober*, Dr. Dr. h.c. Rolf, Professor,
Am Blüthenhain 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,
(0 40) 4 28 38-46 37, Fax (0 40) 4 28 38-64 58,
E-Mail: Stober@mba.uni-hamburg.de

481. *Stock*, Dr. Martin, Professor,
Lina-Oetker-Str. 22, 33615 Bielefeld, (05 21) 12 19 95;
Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Bielefeld,
Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld,
(05 21) 1 06 43 90, Fax (05 21) 1 06 80 55,
E-Mail: martin.stock@uni-bielefeld.de

482. *Stoll*, Dr. Peter-Tobias, Professor,
Institut für Völkerrecht, Abteilung für Internationales
Wirtschaftsrecht,
Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 5,
37073 Göttingen, (05 51) 39 46 61,
E-Mail: pt.stoll@jur.uni-goettingen.de

483. *Stolleis*, Dr. Michael, Universitätsprofessor,
Waldstr. 15, 61476 Kronberg, (0 61 73) 6 56 51;
Universität Frankfurt, MPI für europäische Rechtsgeschichte,
Hausener Weg 120, 60489 Frankfurt a.M.,
(0 69) 7 89 78-2 22, Fax (0 69) 7 89 78-1 69,
E-Mail: Stolleis@mpier.uni-frankfurt.de

484. *Stolzlechner*, Dr. Harald, o. Universitätsprofessor,
Gneiser Straße 57, A-5020 Salzburg, (00 43) 6 62-82 39 35;
Universität Salzburg, (00 43) 6 62-80 44 36 01,
E-Mail: Harald.Stolzlechner@sbo.ac.at

485. *Storr*, Dr. Stefan, Privatdozent,
Lassallestraße 12, 07743 Jena, (0 36 41) 82 80 62;
Friedrich-Schiller-Universität Jena,
Rechtswissenschaftliche Fakultät, 07740 Jena,
(0 36 41) 94-22 03, Fax (0 36 41) 94-22 02

486. *Streinz*, Dr. Rudolf, o. Professor,
Waldsteinring 26, 95448 Bayreuth, (09 21) 9 47 30;
Rechts- und Wirtschaftswiss. Fakultät, Universität Bayreuth,
95440 Bayreuth, (09 21) 55 35 20, Fax (09 21) 55 28 97,
E-Mail: Rudolf.Streinz@uni-bayreuth.de

487. *Stumpf*, Dr. Christoph, Privatdozent,
Hagener Allee 4, 22926 Ahrensburg, (0 41 02) 45 51 30;
Wilhelm-Ziegler-Weg 14. 91541 Rotenburg o.d.T.,
(0 98 61) 74 11,
E-Mail: Christoph.Stumpf@chch.ox.ac.uk
488. *Suerbaum*, Dr. Joachim, Privatdozent,
Hattinger Str. 574, 44879 Bochum, (02 34) 47 26 26;
Ruhr-Universität Bochum, Juristische Fakultät,
44780 Bochum,
(02 34) 3 22 28 09,
E-Mail: Joachim.Suerbaum@t-online.de
489. *Talmon*, D. Phil. (Oxon.) Stefan, LL.M. (Cantab.), Privatdozent,
Schwarzlocher Str. 78, 72070 Tübingen, (0 70 71) 40 08 97,
Fax (0 70 71) 40 08 97;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät,
Wilhelmstr. 7, 72074 Tübingen,
(0 70 71) 2 97 81 37, Fax (0 70 71) 2 97 81 37,
E-Mail: Stefan.Talmon@jura.uni-tuebingen.de
490. *Tettinger*, Dr. Peter J., o. Professor,
Bergstr. 30, 50999 Köln, (0 22 36) 6 68 56;
Institut für öffentliches Recht und Verwaltungslehre der
Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50931 Köln,
(02 21) 4 70 22 89, Fax (02 21) 4 70 51 26
491. *Thieme*, Dr. Werner, Professor,
Berggartenstraße 14, 29223 Celle,
(0 51 41) 3 73 69, Fax (0 51 41) 93 13 73;
Universität Hamburg, 20146 Hamburg, (0 40) 4 28 38-45 69
492. *Thienel*, Dr. Rudolf, Universitätsprofessor,
Pfeilgasse 31/10, A-1080 Wien;
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 4 01 03-32 60, Fax (00 43-1) 5 33 40 99
493. *Thürer*, Dr. Dr. h.c. Daniel, LL.M., o. Professor,
Abeggweg 20, CH-8057 Zürich, (00 41-1) 3 62 65 47;
Universität Zürich, Institut für Völkerrecht und
Ausländisches Verfassungsrecht,
Hirschgraben 40, CH-8001 Zürich,
(00 41-1) 6 34-20 31, Fax (00 41-1) 6 34-49 92,
E-Mail: thuerer@ivr.unizh.ch

494. *Tietje*, Dr. Christian, Professor,
Hegelstraße 14, 06144 Halle (Saale), (03 45) 5 48 39 13;
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg,
Juristische Fakultät, Juridicum,
Universitätsplatz 5, 06108 Halle (Saale),
(03 45) 5 52-31 80, Fax (03 45) 5 52-72 01,
E-Mail: Tietje@jura.uni-halle.de
495. *Tomuschat*, Dr. Christian, Professor,
Odilostraße 25a, 13467 Berlin,
(0 30) 40 54 14 86, Fax (0 30) 40 54 14 88;
Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für
Völker- und Europarecht, Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-33 35 oder 05 oder -22, Fax (0 30) 20 93 33 65,
E-Mail: Christian.Tomuschat@rewi.hu-berlin.de
496. *Trute*, Dr. Hans-Heinrich, Universitätsprofessor,
Wettplatz 3, 01896 Pulsnitz, (03 59 55) 4 53 01;
Universität Hamburg, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Edmund-Siemers-Allee 1, 20146 Hamburg,
(0 40) 4 28 38-57 21 oder -56 25, Fax (0 40) 4 28 38-27 00,
E-Mail: Hans-Heinrich.Trute@jura.uni-hamburg.de und
ceri@jura.uni-hamburg.de
497. *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,
E-Mail: rauch@mail.jura.uni-mainz.de
498. *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
499. *Über*, Dr. Giesbert, o. Professor,
Roseneck 5, 48165 Münster, (02 51) 31 59;
Universität Münster, (02 51) 83 27 01,
E-Mail: uber@uni-muenster.de
500. *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 oder 26 59, Fax (09 41) 9 43-19 73,
E-Mail: Robert.Uerpmann@jura.uni-regensburg.de

501. *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
502. *Unruh*, Dr. Peter, Privatdozent,
Juristisches Seminar der Georg-August-Universität Göttingen,
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen,
E-Mail: punruh@gwdg.de
503. *Unruh*, Dr. Georg-Christoph v., o. Professor,
Steenkamp 2, 24226 Heikendorf,
(04 31) 23 14 59;
Universität Kiel, Lorenz vom Stein-Institut, 24106 Kiel,
(04 31) 8 80 35-22 oder -29
504. *Vallender*, Dr. Klaus A., Professor,
Unterbach 4, CH-9043 Trogen, (00 41 71) 94 27 69;
Universität St. Gallen, Bodanstr. 4, CH-9000 St. Gallen,
(00 41 71) 2 24 25 19
505. *Vedder*, Dr. Christoph, Professor,
Söllner 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.uniaugsburg.de
506. *Vesting*, Dr. Thomas, Universitätsprofessor,
Habsburgerstr. 3, 80801 München, (0 89) 39 21 44;
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Johann Wolfgang Goethe-Universität,
Senckenberganlage 31-33, 60054 Frankfurt am Main,
(0 69) 79 82 85 09, Fax (0 69) 79 82 80 73,
E-Mail: T.Vesting@jur.uni-frankfurt.de
507. *Vitzthum*, Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf, o. Professor,
Im Rotbad 19, 72076 Tübingen,
(0 70 71) 6 38 44, Fax (0 70 71) 6 38 88;
Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7,
72074 Tübingen, (0 70 71) 2 97 52 66, Fax (0 70 71) 2 97 49 05,
E-Mail: wolfgang-graf.vitzthum@uni-tuebingen.de

508. *Vogel*, Dr. Dr. h.c. Klaus, o. Professor,
Konradstraße 9 Rgb., 80801 München,
(0 89) 38 86 92 03, Fax (0 89) 38 86 92 04;
Institut für Politik und Öffentliches Recht,
Professor-Huber-Platz 2, 80539 München,
(0 89) 21 80-27 18, Fax (0 89) 34 14 40,
E-Mail: Klaus.Vogel@jura.uni-muenchen.de
509. *Volkmann*, Dr. Uwe, Professor,
Am Bonifatiusbrunnen 231, 60439 Frankfurt a.M.,
(0 69) 51 86 73;
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
FB Rechts- und Wirtschaftswissenschaften,
Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht,
55099 Mainz, (0 61 31) 39-2 34 53, Fax (0 61 31) 39-2 30 90,
E-Mail: Volkmann@mail.jura.uni-mainz.de
510. *Voßkuhle*, Dr. Andreas, Professor,
Sternwaldstr. 7, 79102 Freiburg, (Tel./Fax: (07 61) 7 07 52 11);
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für
Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Postfach,
79085 Freiburg i. Br., (07 61) 2 03-22 09,
Fax (07 61) 2 03-91 93
E-Mail: andreas.vosskuhle@jura.uni-freiburg.de
511. *Waechter*, Dr. Kay, Professor,
Ceciliengärten 12, 12159 Berlin;
FB Rechtswissenschaft, Universität Hannover,
Königsworther Platz 1, 30167 Hannover,
(05 11) 7 62-82 27,
E-Mail: K.Waechter@rechtb.uni-hannover.de
512. *Wahl*, Dr. Rainer, o. Professor,
Hagenmattenstr. 6, 79117 Freiburg, (07 61) 6 59 60;
Universität Freiburg, Institut für Öffentliches Recht VI,
Wilhelmstr. 26, 79085 Freiburg,
(07 61) 2 03-22 52 oder -53, Fax (07 61) 2 03 22 93,
E-Mail: oerecht6@uni-freiburg.de
513. *Waldhoff*, Dr. Christian, Privatdozent,
Lorettostraße 10, 79100 Freiburg,
(07 61) 2 08 59 33,
E-Mail: Christian.Waldhoff@jura.uni-muenchen.de

514. *Wallerath*, Dr. Maximilian, Universitätsprofessor,
Gudenuer Weg 86, 53127 Bonn, (02 28) 28 32 02;
Universität Greifswald, Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
17487 Greifswald,
(0 38 34) 86 21 44 Fax (0 38 34) 8 68 00 77,
E-Mail: Wallerat@uni-greifswald.de
515. *Weber*, Dr. Albrecht, Professor,
Weidenweg 20, 49143 Bissendorf, (0 54 02) 39 07;
Universität Osnabrück, 49069 Osnabrück,
(05 41) 9 69-61 88,
E-Mail: aweber@uos.de
516. *Weber*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor,
Noldinstr. 14, A-6020 Innsbruck, (00 43) 5 12-57 45 37;
Universität Innsbruck, Innrain 80, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-5 07-26 87
517. *Weber-Dürler*, Dr. Beatrice, o. Professorin,
Ackermannstr. 24, CH-8044 Zürich, (00 41-1) 2 62 04 20;
Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Seminar,
Wilfriedstraße 6, CH-8032 Zürich, (00 41-1) 6 34 44 40,
E-Mail: Beatrice.Weber-Duerler@rwi.unizh.ch
518. *Wegener*, Dr. Bernhard W., Privatdozent,
Luisenstr. 18a., 33602 Bielefeld,
(05 21) 1 06 43 84 od. (01 79) 4 66 18 32;
Westfälische-Wilhelms-Universität Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster,
Sek. (02 51) 8 32 20 21 oder Durchwahl 2 19 02,
Fax (02 51) 8 32 19 01,
E-Mail: wegener.bernhard@uni-bielefeld.de
519. *Weiß*, Dr. Wolfgang, Privatdozent,
Universität Bayreuth,
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät,
95440 Bayreuth, (09 21) 55-35 32,
E-Mail: Wolfgang.Weiss@uni-bayreuth.de
520. *Wendt*, Dr. Rudolf, o. Professor,
Schulstr. 45, 66386 St. Ingbert-Hassel, (0 68 94) 5 32 87;
Universität des Saarlandes, Institut für Finanz-
und Steuerrecht, Postfach 11 50, 66041 Saarbrücken,
(06 81) 3 02-31 04 oder -21 04

521. *Wiederin*, Dr. Ewald, Universitätsprofessor,
Universität Salzburg,
Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht,
Kapitalgasse 5–7, A-5020 Salzburg, (00 43) 6 62-63 89 36 11,
Fax (00 43) 5 52-80 44-36 11,
E-Mail: ewald.wiederin@sbg.ac.at
522. *Wieland*, Dr. Joachim LL.M., Universitätsprofessor,
Georg-Mendel-Straße 13, 53115 Bonn,
(02 28) 6 19 59 98, Fax (02 28) 3 49 48 98;
FB Rechtswissenschaften,
Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht,
Johann-Wolfgang-von-Goethe Universität, 60325 Frankfurt a.M.,
(0 69) 7 98-2 27 11, Fax (0 69) 7 98-2 25 62,
E-Mail: Joachim.Wieland@jur.uni-frankfurt.de
523. *Wielinger*, Dr. Gerhard, Universitätsdozent,
Bergmannsgasse 22, A-8010 Graz, (00 43) 3 16-31 87 14;
dienstl. (00 43) 3 16-70 31 24 28
524. *Wieser*, DDr. Bernd, a.o. Universitätsprofessor,
Wittenbauerstr. 76, A-8010 Graz;
Institut für Öffentliches Recht, Politikwissenschaft
und Verwaltungslehre, Karl-Franzens-Universität Graz,
Universitätsstr. 15/C3, A-8010 Graz,
(00 43) 3 16-3 80-33 81 oder -83, Fax (00 43) 3 16-3 80-94 50,
E-Mail: bernd.wieser@uni-graz.de
525. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor,
Auf der Wacht 21, CH-4104 Oberwil, (00 41 61) 4 01 25 21;
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Europarat,
F-67075 Strasbourg Cedex, (00 33-3 88) 41 23 91
526. *Will*, Dr. Rosemarie, Professorin,
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93 33 00/36 82, Fax (0 30) 20 93 34 53,
E-Mail: Rosemarie.Will@rewi.hu-berlin.de
527. *Wilke*, Dr. Dieter, Präsident des OVG Berlin a.D.,
Universitätsprofessor a.D.,
apl. Professor an der Freien Universität Berlin,
Schweinfurthstr.10; 14195 Berlin

528. *Wilms*, Dr. Heinrich, o. Professor
Donaueschinger Straße 27, 78183 Hüfingen,
(07 71) 8 96 97 00, Fax (07 71) 8 96 97 01;
Juristische Fakultät, Universität Konstanz, Fach D 110,
78457 Konstanz, (0 75 31) 88-26 73 oder -41 43,
Fax (0 75 31) 88-40 08
E-Mail: prof.wilms@t-online.de
529. *Wimmer*, Dr. Norbert, o. Universitätsprofessor,
Heiliggeiststr. 16, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-58 61 44;
Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht und
Politikwissenschaften, Innrain 80/82, A-6020 Innsbruck,
(00 43) 5 12-82 00 oder 82 01,
E-Mail: Veronika.Obojes@uibk.ac.at
Internet: <http://www.uibk.ac.at/c/c3/c309>
530. *Winkler*, Dr. DDr. h.c. Günther, o. Universitätsprofessor,
Reisnerstr. 22/5/11, A-1030 Wien,
(00 43-1) 7 13 44 15;
Universität Wien, Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien,
(00 43-1) 4 01 03-31 31
531. *Winter*, Dr. Gerd, Professor,
FB 6: Rechtswissenschaft, Universität Bremen,
Postfach 33 04 40, 28334 Bremen,
(04 21) 2 18-28 40, Fax (04 21) 2 18-34 94,
E-Mail: gwinter@uni-bremen.de
532. *Wittmann*, Dr. Heinz, a.o. Universitätsprofessor,
Steinböckengasse 4/14, A-1140 Wien,
(00 43-1) 9 14 31 75;
Verlag Medien und Recht GmbH,
Danhausergasse 6, A-1040 Wien,
(00 43-1) 5 05 27 66, Fax (00 43-1) 5 05 27 66-15
533. *Wolf*, Dr. Joachim, Professor,
Am Schrebergarten 8, 44625 Herne,
(0 23 23) 45 96 25;
Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum,
Umweltrecht, Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre,
Gebäude GC, Universitätsstr. 150, 44789 Bochum,
(02 34) 3 22-52 52, Fax (02 34) 3 21 44 21
E-Mail: LS.Wolf@jura.ruhr-uni-bochum.de

534. *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,
(0 89) 21 80 23 62 und (0 30) 48 09 79 48
E-Mail: Heinrich.Wolff@jura.uni-muenchen.de
535. *Wolfrum*, Dr. Dr. h.c. Rüdiger, o. Professor,
Mühlthalstr. 129 b, 69121 Heidelberg, (0 62 21) 47 52 36;
MPI für Ausl. Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg,
(0 62 21) 48 22-55 oder -56, Fax (0 62 21) 48 22 88,
E-Mail: Wolfrum@mpiv-hd.mpg.de
536. *Wollenschläger*, Dr. Michael, Professor,
An den Forstäckern 15, 97204 Höchberg, (09 31) 4 91 96;
Universität Würzburg, Domerschulstr. 16, 97070 Würzburg,
(09 31) 31 23 05, Fax (09 31) 31 23 17,
E-Mail: Wollenschlaeger@jura.uni-wuerzburg.de
537. *Wolter*, Dr. Henner, Privatdozent,
Kanzlei, Joachimtaler Straße 15,
10719 Berlin, (0 30) 88 61 43 63;
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht,
Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10099 Berlin,
(0 30) 20 93-34 72, Fax (0 30) 20 93-34 52
538. *Würtenberger*, Dr. Thomas, o. Professor,
Beethovenstr. 9, 79100 Freiburg, (07 61) 7 86 23;
Universität Freiburg, Postfach, 79085 Freiburg
(07 61) 2 03 22 46 oder -22 49
E-Mail: Thomas.Wuertenberger@jura.uni-freiburg.de
539. *Wyduckel*, Dr. Dieter, Professor,
Juristische Fakultät, TU Dresden, 01062 Dresden,
(03 51) 4 63-73 21, Fax (03 51) 4 63-72 09
E-Mail: wyduckel@jura.tu-dresden.de
540. *Wyss*, Dr. iur. Martin, Privatdozent,
Stellvertretender Leiter der Abteilung 2 für Rechtsetzung,
Bundesamt für Justiz, Bundeshaus West CH-3003 Bern,
(0 31) 3 22 75 75,
E-Mail: martin.wyss@bj.admin.ch

541. *Zacher*, Dr. Dr. h.c. mult. Hans F., o. Professor,
Starnberger Weg 7, 82343 Pöcking, (0 81 57) 13 84;
MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht
Amalienstr. 33, 80799 München, Postfach 34 01 21,
80098 München,
(0 89) 3 86 02-5 02, Fax (0 89) 3 86 02-5 90
542. *Zeh*, Dr. Wolfgang, Professor, Ministerialdirektor,
Brunhildstr. 9, 10829 Berlin, (0 30) 78 70 75 63;
Deutscher Bundestag, Platz der Republik, 11011 Berlin,
(0 30) 2 27-3 21 01 und 2 27-3 22 01, Fax (0 30) 2 27-3 60 38
543. *Zeßschwitz*, Dr. Friedrich v., Universitätsprofessor,
Petersweiher 47, 35394 Gießen, (06 41) 4 51 52;
Universität Gießen, 35390 Gießen, (06 41) 7 02 50 20,
E-Mail: Friedrich.v.Zeßschwitz@recht.uni-giessen.de
544. *Ziekow*, Dr. Jan, Universitätsprofessor,
Gartenstraße 3, 67361 Freisbach,
(0 63 44) 59 02, Fax (0 63 44) 59 02;
Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Postfach 14 09, 67324 Speyer, (0 62 32) 6 54-0,
E-Mail: ziekow@dhv-speyer.de
545. *Zimmer*, Dr. Gerhard, Professor,
Waldschützpfad 9, 12589 Berlin, (0 30) 6 48 95 90;
Universität der Bundeswehr, 22043 Hamburg,
(0 40) 65 41 27 71
546. *Zimmermann*, Dr. Andreas, Professor,
Walther-Schücking-Institut für internationales Recht,
Universität Kiel,
Olshausener Straße 40, 24098 Kiel,
(04 31) 8 80-21 49 oder 8 80 21 52, Fax (04 31) 8 80 16 19,
E-Mail: Azimmermann@internat-recht.uni-kiel.de
547. *Zippelius*, Dr. Dr. h.c. Reinhold, o. Professor,
Niendorfstr. 5, 91054 Erlangen, (0 91 31) 5 57 26;
Universität Erlangen-Nürnberg, 91054 Erlangen,
(0 91 31) 85 28 20
548. *Zitzelsberger*, Dr. Heribert, Privatdozent,
Willi-Stammer-Str. 9, 82031 Grünwald, (0 89) 6 41 27 85;
Bayer AG / K-KF Steuern, Bayerwerk Leverkusen,
51373 Leverkusen, (02 14) 3 08 10 28

549. *Zuleeg*, Dr. Manfred, Professor,
Kaiser-Sigmund-Str. 32, 60320 Frankfurt a.M.,
(0 69) 56 43 93;
FB Rechtswissenschaft, Institut für Öffentl. Recht,
Völker- und Europarecht, Universität Frankfurt,
Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt a.M.,
(0 69) 79 82 23 82, Fax (0 69) 79 82 87 50,
E-Mail: M.Zuleeg@jur.uni-frankfurt.de

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951,
14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960,
5. Oktober 1962, 1. Oktober 1971, 6. Oktober 1976,
3. Oktober 1979 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 hat¹ und
- b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität² 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 aufgenommen:

„Universität im Sinne dieser Vorschrift ist eine wissenschaftliche Hochschule, die das Habilitationsrecht in den Fächern des öffentlichen Rechts und die Promotionsbefugnis zum Doctor iuris besitzt und an der Juristen durch einen Lehrkörper herkömmlicher Besetzung ausgebildet werden.“

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 Ort 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.

§ 4³

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.

³ § 4 in der Fassung des Beschlusses der Mitgliederversammlung in Heidelberg vom 6. 10. 1999; in Kraft getreten am 1. 10. 2001.

§ 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.

