

ARMIN VON BOGDANDY

Gubernative Rechtsetzung

Jus Publicum

48

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 48



Armin von Bogdandy

Gubernative Rechtsetzung

Eine Neubestimmung der Rechtsetzung
und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz
in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik

Mohr Siebeck

Armin von Bogdandy, Geboren 1960; Studium der Rechtswissenschaft und der Philosophie in Freiburg, Rom und Berlin; 1984 bis 1986 Promotionsstipendiat; 1986 bis 1989 Referendariat am Kammergericht; 1989 bis 1992 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der FU Berlin; 1993 bis 1995 DFG-Stipendiat; 1996 Jean-Monnet-Fellow am Europäischen Hochschulinstitut; 1996/97 Vertreter von Professor Dr. Hasso Hofmann an der Humboldt-Universität zu Berlin; seit dem Wintersemester 1997 o. Professor für Öffentliches Recht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt/M.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Bogdandy, Armin von:

Gubernative Rechtsetzung : eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik / Armin von Bogdandy. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2000

(Jus publicum ; Bd. 48)

ISBN 3-16-147171-7

978-3-16-158075-8 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 2000 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

Vorwort

Die Idee zu dieser Studie stammt aus Zustimmung und Widerspruch zu *Hans Peter Ipsens* Beitrag über die Exekutiv-Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, den er mir 1992 zur Vorbereitung meines Vortrags auf der Assistententagung in Bonn zusandte. Die nunmehr vorgelegte Untersuchung zielt auf eine Neubestimmung zweier Teilbereiche des deutschen öffentlichen Rechts: den Lehren von den Rechtssatzformen und der Regierungsform. Zugleich sucht sie die Klärung von Grundlagen, auf denen die analogen Problemkreise in der Europäischen Union behandelt werden können.

Diese Arbeit entstand im wesentlichen in den Jahren 1993 bis 1995, gefördert durch ein Stipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die auch diese Publikation finanziell ermöglichte. Dank schulde ich insbesondere drei Berliner Professoren: Professor *Eberhard Grabitz*, unter dessen Betreuung mit der Arbeit begonnen wurde, Professor *Albrecht Randelzhofer*, der die Betreuung nach dessen Tod übernahm und mir umsichtig durch einen schwierigen Abschnitt half, und Professor *Helmut Lecheler* für das kurzfristig gefertigte Zweitgutachten. Beiden Gutachten verdanke ich wichtige Anregungen, die in der Endfassung verarbeitet werden konnten. Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin nahm sie als Habilitationsschrift im Juni 1996 an.

Der Verfasser genoß die Gastfreundschaft inspirierender Institutionen. Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität erlaubte großzügig die Nutzung sämtlicher Einrichtungen und war die sichere Basis der Studie. Viele Stunden der Lektüre und Diskussion schenkten mir dort *Eva Drewes*, *Ute Mager*, *Martin Nettesheim* und *Robert Uerpmann*. *Emilio Lledò* vermittelte und *Jaime Nicolás Muñiz* organisierte einen Aufenthalt am Madrider Centro de Estudios Constitucionales, das mir als leuchtendes Vorbild interdisziplinärer wissenschaftlicher Diskussion stets vor Augen stehen wird. Der britische Teil ist wesentlich der aufgeschlossenen Atmosphäre zu verdanken, die Chairman *Mike McConville* mir an der School of Law der University of Warwick zugänglich machte. *Sabino Cassese* und *Giacinto della Cananea* ermöglichten am Istituto di Diritto Pubblico der Römischen Universität La Sapienza einen Aufenthalt zu einer Zeit, als die Themen dieser Arbeit Tagespolitik und Stoff täglicher Zeitungslektüre waren. Die erste Endfassung entstand am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, das in zahlreichen Diskussionszusammenhängen eine Kontrolle und Präzisierung der Thesen des Buches erlaubte. Ein französisches Institut hat sich leider nicht finden lassen.

Einigen Autoren ist diese Arbeit weit mehr verpflichtet, als die Fußnoten zum Ausdruck bringen. *P.S. Atiyah* und *Robert Summers* machten mir die gestalterische Vorgabe, indem sie zeigten, daß man politische Theorie und historische Anekdote, Rechtsvergleichung und Dogmatik zu einem Ganzen formen kann. In den Studien zur Reform des Verwaltungsrechts unter der Leitung von *Wolfgang Hoffmann-Riem* und *Eberhard Schmidt-Aßmann* las ich, wie juristische Ideen, politische Theorie und staatswissenschaftliche Erkenntnisse zu einer Innovation in der Dogmatik des öffentlichen Rechts genutzt werden können, ohne Bewährtes aufzugeben. Die Studien von *Martin Loughlin* und *Robert Baldwin* erschlossen mir wichtige theoretische Horizonte. Das breit angelegte empirische Forschungsprojekt von *Ugo de Siervo* gab den detailliertesten Einblick in die konkrete Problematik gubernativer Rechtsetzung. *Luis López Guerra* führte mir wie kein anderer die Verknüpfung gubernamentaler Hegemonie und demokratischer Verfaßtheit im ausgehenden 20. Jahrhundert vor Augen.

Die Verarbeitung der deutschen Entwicklung schließt mit dem Jahr 1998 ab. Die Darstellung der ausländischen Rechtsordnungen ist bezogen auf das Jahr 1995. Nur punktuell konnten spätere Entwicklungen eingearbeitet werden. Die in dieser Arbeit genannten Rechtsakte der vier ausländischen Rechtsordnungen sind den folgenden Textsammlungen entnommen; auf weitere Spezifizierung der Fundstelle wurde verzichtet: J. de Esteban/P.J. González Trevijano, *Normas políticas de España*, 5. Aufl., Madrid (Tecnos) 1993; M. Bassani/V. Italia/C.E. Traverso, *Leggi fondamentali del diritto pubblico e costituzionale*, 18. Aufl., Mailand (Giuffrè) 1994; *Code Administratif*, 23. Aufl., Paris (Daloz) 1994; *Blackstone's statutes on public law*, 5th ed. London (Blackstone Press) 1995. Bei der Zitierweise der ausländischen Gerichtsurteile wurde der übliche Modus weitgehend beibehalten, was zu einer gewissen Unterschiedlichkeit in den Nachweisen führt.

Frankfurt, im April 1999

Armin von Bogdandy

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
<i>Einleitung</i>	1
§1 Problemaufriß	1
§2 Die gemeineuropäische Perspektive	11
§3 Modellorientierte Rechtswissenschaft	19
<i>1. Teil: Ein neues Modell der Rechtsetzung</i>	23
I. Staatswissenschaftliche und rechtsphilosophische Grundlagen	24
§4 Die leitenden Prinzipien	24
§5 Zur Notwendigkeit eines neuen Verständnisses der Rechtsetzung ...	39
§6 Wert und Problematik detaillierter Rechtsetzung	47
§7 Die Akteure der Rechtsetzung	55
§8 Statt einer Zusammenfassung: Modell, Demokratietheorie und Staatspraxis	102
II. Der verfassungsrechtliche Ort der Gubernative	107
§9 Gubernative statt Exekutive	107
§10 Die Gestalt des Organs	116
§11 Regierungsfunktion, Rechtsetzung und Gesetzgebung	136
§12 Zusammenfassung	150
<i>2. Teil: Allgemeine Lehren der Rechtssatzformen</i>	153
I. Die Herrschaft des Gesetzes – Grundlagen und Grenzen	156
§13 Begriffliches: Rechtsquelle, Handlungs- und Rechtssatzform	156
§14 Parlamentarisches und gubernatives Gesetz	160
§15 Dimensionen der Herrschaft des Gesetzes	166
§16 Einzelne Konzeptionen und ihr gemeinsamer Gehalt	178
§17 Funktionen gesetzlicher und gesetzesakzessorischer Rechtssatz- formen	198
§18 Zusammenfassung	215

II. Der strukturelle Aspekt: Die Ordnung der Vielfalt	217
§ 19 Die Ordnung der Rechtssatzformen als offenes System	217
§ 20 Ordnungskonstituierende Kriterien	226
§ 21 Typen Gesetzesakzessorischer Rechtsetzungsgewalt	251
§ 22 Zusammenfassung	256
3. Teil: Die gubernativen Rechtssatzformen	259
I. Autonome Rechtsetzungsgewalt: Reste gubernativer Herrlichkeit	261
§ 23 Der gubernative Vorbehaltsbereich	261
§ 24 Der Bereich des Gesetzesvorbehalts	269
§ 25 Die autonome Verordnung	284
II. Gesetzesakzessorische Gesetzgebung: Delegierte Gesetze	295
§ 26 Die delegierte Gesetzgebung in Italien und Spanien	295
§ 27 Die Zwitterstellung der französischen Ordinanz	300
§ 28 Zusammenfassung und Vorschau in tabellarischer Form	302
III. Die Gesetzesakzessorische Verordnung: Der Regelfall	304
§ 29 Die Kompetenz	306
§ 30 Das materielle Rechtsregime	310
§ 31 Das formelle Rechtsregime	380
§ 32 Statt einer Zusammenfassung: Die Brüche der Legitimationsstrategien	443
IV. Die Verwaltungsvorschrift	449
§ 33 Gubernative Rechtsetzung jenseits von Gesetz und (Ver-)Ordnung	449
§ 34 Grundlagen einer Neubestimmung	459
§ 35 Das Rechtsregime	477
§ 36 Zusammenfassung	486
<i>Schlußbetrachtung</i>	489
Literaturverzeichnis	497
Register	541

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
§ 1 <i>Problemaufriß</i>	1
1. Der Wandel der Regierungsform	1
2. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung	5
§ 2 <i>Die gemeineuropäische Perspektive</i>	11
1. Funktion und Relevanz	11
2. Prämissen und Methode	14
§ 3 <i>Modellorientierte Rechtswissenschaft</i>	19
1. Teil: Ein neues Modell der Rechtsetzung	23
I. Staatswissenschaftliche und rechtsphilosophische Grundlagen .	24
§ 4 <i>Die leitenden Prinzipien</i>	24
1. Das demokratische Prinzip	28
2. Das rechtsstaatliche Prinzip	33
3. Das funktionale Prinzip	35
§ 5 <i>Zur Notwendigkeit eines neuen Verständnisses der Recht-</i> <i>setzung</i>	39
1. Die Krise der traditionellen Lehre der Staatsfunktionen und Gewaltenteilung	39
2. Das parlamentarische Modell und seine Krise	41
§ 6 <i>Wert und Problematik detaillierter Rechtsetzung</i>	47
1. Rechtsetzung und Staatsaufgaben	47
2. Detaillierte Regulierung als Freiheitsgefährdung?	50
3. Nutzen und Kosten detaillierter Regelung	53

§ 7 Die Akteure der Rechtsetzung	55
1. Die Regierung	56
a. Regierung und Regierungsapparat: Über die Verfügbarkeit der Machtbasis	57
b. Gubernative Hegemonie: Eine Bewertung im Lichte der Prinzipien	59
2. Bürger und Interessengruppen	64
a. Staatswissenschaftliche Erkenntnisse	64
b. Die Beteiligung im Lichte der leitenden Prinzipien	67
c. Einige staatsrechtliche Konsequenzen	74
d. Gemeinwohlverträgliche Beteiligungsformen	80
3. Parlament und Parlamentarier	87
a. Das Parlament als zentraler Ort allgemeinpolitischer Auseinandersetzung	91
b. Das Parlament als Ort individueller Abgeordnetenaktivität ...	96
4. Gerichte und weitere staatliche Organe	100
§ 8 Statt einer Zusammenfassung: Modell, Demokratietheorie und Staatspraxis	102
II. Der verfassungsrechtliche Ort der Gubernative	107
§ 9 Gubernative statt Exekutive	107
1. Eine begriffsgeschichtliche Einführung	108
2. Die Trennung von Regierung und Verwaltung	112
§ 10 Die Gestalt des Organs	116
1. Die Konstituierung der Regierung	122
2. Autonomisierung und Stabilisierung	127
3. Regierung und Regierungschef	129
4. Die Regierung – ein Repräsentationsorgan?	134
§ 11 Regierungsfunktion, Rechtsetzung und Gesetzgebung	136
1. Staatswissenschaftliche Erkenntnisse	137
2. Die Kompetenzen der Regierung im Gesetzgebungsprozeß	140
3. Leitung der Gesetzgebung als Regierungsfunktion	143
§ 12 Zusammenfassung	150
2. Teil: Allgemeine Lehren der Rechtssatzformen	153
I. Die Herrschaft des Gesetzes – Grundlagen und Grenzen	156
§ 13 Begriffliches: Rechtsquelle, Handlungs- und Rechtssatzform	156
§ 14 Parlamentarisches und gubernatives Gesetz	160

1. Der Begriff »Gesetz«	161
2. »Parlament vs. Regierung« oder »politisches vs. administratives System«?	164
§ 15 <i>Dimensionen der Herrschaft des Gesetzes</i>	166
1. Negative Legalität: Der Vorrang	166
2. Positive Legalität I: Der Gesetzesvorbehalt	167
a. Der Eingriffsvorbehalt	168
b. Leistungen, Organisation und Staatsleitung	172
3. Positive Legalität II: Die Regelungsdichte des Gesetzes	175
§ 16 <i>Einzelne Konzeptionen und ihr gemeinsamer Gehalt</i>	178
1. Absoluter und relativer Vorbehalt – der italienische Ansatz	178
2. Entwickeln, regeln, verordnen – der spanische Ansatz	180
3. Die deutsche Wesentlichkeitstheorie	183
a. Die Gelenk- und die Legitimationsverstärkungsfunktion	184
b. Strategien der Konkretisierung	187
4. Die Bestimmtheit von Normen und die Unvermeidlichkeit der Abwägung	190
§ 17 <i>Funktionen gesetzlicher und gesetzesakzessorischer Rechtsatzformen</i>	198
1. Das Leistungsprofil des Gesetzes	199
2. Das Leistungsprofil der gesetzesakzessorischen Handlungsformen	208
§ 18 <i>Zusammenfassung</i>	215
II. Der strukturelle Aspekt: Die Ordnung der Vielfalt	217
§ 19 <i>Die Ordnung der Rechtsatzformen als offenes System</i>	217
1. Offenheit als Verfassungsentscheidung	217
2. Normative Verfassung und Rechtsatzform: Die Entlastung der Rechtsatzformen- durch die Maßstabslehre	223
§ 20 <i>Ordnungskonstituierende Kriterien</i>	226
1. Die Ordnung der Handlungsformen im Lichte gemein-europäischer Vergleichbarkeit	227
a. Der gemeinsame Begriffsrahmen	227
b. Die gesetzesändernde Verordnung als Bestätigung der Regel ..	233
2. Der Begriff der Verordnung	234
a. Notwendige und hinreichende Zuordnungskriterien	236
b. Regelungsmodus und Handlungsform – die Verordnung und das Allgemeinheitspostulat	241
c. Rechtsverordnung und andere Handlungsformen	243
(1) Rechtsverordnung und andere Verordnungen	244

(2) Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift	245
(3) Rechtsverordnung und Verwaltungsakt	245
3. Verordnungstypen, insbesondere die Gesetzesakzessorische Verordnung	249
§ 21 <i>Typen Gesetzesakzessorischer Rechtsetzungsgewalt</i>	251
1. Gesetzliche und verfassungsunmittelbare Begründung	251
2. Von der parlamentarischen zur gubernativen Kompetenz	253
§ 22 <i>Zusammenfassung</i>	256
3. Teil: Die gubernativen Rechtssatzformen	259
I. Autonome Rechtsetzungsgewalt: Reste gubernativer Herrlichkeit	261
§ 23 <i>Der gubernative Vorbehaltsbereich</i>	261
1. Die Permanenz des Gesetzes in Frankreich – die verhinderte Revolution	262
2. Die europäische Regel	266
§ 24 <i>Der Bereich des Gesetzesvorbehalts</i>	269
1. Gubernatives Gesetz und gesetzesvertretende Verordnung als Ausnahmen	272
a. Die britische Rechtslage	272
b. Die französische Rechtslage	272
c. Die deutsche Rechtslage	274
2. Die Ausnahme als Normalfall: Das dekretierte Gesetz	275
a. Der Regelungsanlaß	278
b. Verbotene Regelungsgegenstände	280
c. Die Rolle des Parlaments	281
§ 25 <i>Die autonome Verordnung</i>	284
1. Die Kompetenz in Frankreich, im Vereinigten Königreich und in Italien	284
a. Die französische Rechtslage	284
b. Die britische Rechtslage	285
c. Die italienische Rechtslage: Die gesetzliche Einführung einer autonomen Verordnungskompetenz	285
2. Die autonome Verordnung als Rechtsfortbildung?	286
a. Textbefund und Relevanz	286
b. Dogmatische Begründungsansätze und Anwendungsbereich	289

II. Gesetzesakzessorische Gesetzgebung: Delegierte Gesetze	295
§ 26 <i>Die delegierte Gesetzgebung in Italien und Spanien</i>	295
1. Stellung im System der Handlungsformen	295
2. Das Rechtsregime	297
§ 27 <i>Die Zwitterstellung der französischen Ordinanzen</i>	300
§ 28 <i>Zusammenfassung und Vorschau in tabellarischer Form</i>	302
III. Die Gesetzesakzessorische Verordnung: Der Regelfall	304
§ 29 <i>Die Kompetenz</i>	306
1. Gesetzliche versus verfassungsrechtliche Begründung	306
2. Verpflichtung zum Normerlaß	309
§ 30 <i>Das materielle Rechtsregime</i>	310
1. Gesetzlich vermittelte Einbindung	313
a. Ein Rechtsregime aufruhend auf der Bestimmtheitstrias	315
(1) Verordnunggebung als Normanwendung	317
(2) Verordnunggebung als Politik	321
b. Ein Rechtsregime aufruhend auf der Wesentlichkeits-	
dogmatik	325
(1) Regelungsgegenstand und Handlungsform	326
(2) Die gesetzlichen Vorgaben der Rechtsverordnung	332
c. Die Ein- und die Zweischrankenlehre	338
2. Einbindung über Verordnungstypen: Das italienische Gesetz	
400/1988	342
3. Einbindung durch die Ermessenslehre	346
a. Strukturierung des Ermessens und die Rolle der Gerichte	347
b. Die Rechtsbehelfe im Vergleich	354
c. Gesetzeszweck und Ermessenslehre	358
d. Die wichtigsten Grundsätze im Vergleich	360
e. Zur gerichtlichen Kontrolldichte	365
4. Interdisziplinäre Ansätze zur Einbindung	371
a. Entscheidungstheorie	371
b. Kosten-Nutzen-Analyse	373
5. Statt einer Zusammenfassung: Ein Vorschlag zum Gehalt	
des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG	376
§ 31 <i>Das formelle Rechtsregime</i>	380
1. Das regierunginterne Verfahren	385
2. Beteiligung von Bürgern und Interessengruppen	391
a. Rechtsdogmatische Gründe rechtswissenschaftlichen	
Unbehagens	394
b. Mitwirkung als Grundrecht oder einfaches Recht?	396
c. Vor- und Nachteile rechtlicher Verdichtung der Mitwirkung	399

d. Öffentlichkeit und Zugang	403
e. Die Mitwirkungsmöglichkeiten	410
3. Parlamentarische Beteiligung	415
a. Typen und Effizienz der Beteiligung	416
b. Verfassungsrechtliche Grenzen parlamentarischer Beteiligung	422
c. Relevanz für die Delegationsbefugnis	431
4. Beteiligung weiterer staatlicher Stellen	434
a. Politische Kontrolle	434
b. Präventive Kontrolle durch gerichtliche und bürokratische Organe	438
5. Verkündung und Begründung	440
§ 32 <i>Statt einer Zusammenfassung: Die Brüche der Legitimations-</i> <i>strategien</i>	443
IV. Die Verwaltungsvorschrift	449
§ 33 <i>Gubernative Rechtsetzung jenseits von Gesetz und (Ver-)</i> <i>Ordnung</i>	449
1. Bestandsaufnahme	449
2. Die Brüchigkeit der traditionellen Dogmatik	453
§ 34 <i>Grundlagen einer Neubestimmung</i>	459
1. Gubernative Hegemonie in der Rechtsetzung	461
2. Bewertung im Lichte der leitenden Prinzipien	462
3. »Flexibilität« als Ausgangspunkt	464
4. Der Regelungsmodus der Verwaltungsvorschrift	466
a. Grundsätzliches	466
b. Einzelfallgerechtigkeit als Tatbestandsmerkmal	469
c. Die französische Rechtslage	473
d. Die Rechtslage im Vereinigten Königreich	475
§ 35 <i>Das Rechtsregime</i>	477
1. Die Kompetenz	477
2. Das materielle Rechtsregime	480
3. Das formelle Rechtsregime	483
§ 36 <i>Zusammenfassung</i>	486
Schlußbetrachtung	489
Literaturverzeichnis	497
Register	541

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
a.E.	am Ende
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases (Law reports)
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AGVwGO	Gesetz zur Ausführung der VwGO
AK	Alternativkommentar
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ASOG	Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz (Berlin)
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AtomG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AuslG	Ausländergesetz
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWV	Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes
AZG	Allgemeines Zuständigkeitsgesetz (Berlin)
BÄO	Bundesärzteordnung
BauGB	Baugesetzbuch
BauO	Bauordnung
BayVBl.	Bayrische Verwaltungsblätter
BBankG	Gesetz über die deutsche Bundesbank
BBG	Bundesbeamtenengesetz
Bd.	Band
bes.	besonders
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGSG	Bundesgrenzschutzgesetz
BhV	Beihilfevorschriften
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BSchVG	Gesetz über den gewerblichen Binnenschiffverkehr
BSG	Bundessozialgericht

BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWV	Bundeswehrverwaltung
CE	Constitucion Española
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CF	Constitution française
ChemG	Chemikaliengesetz
CI	Costituzione italiana
CUP	Cambridge University Press
DC	Democrazia Cristiana
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
DIN	Deutsches Institut für Normung
dir. cost.	diritto costituzionale
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DOE	Department of Energy
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EC	European Community
EEC	European Economic Community
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
ESTG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuR	Europarecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
ex p.	ex parte
f./ff.	folgende/fortfolgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GenTG	Gentechnikgesetz

GerSiG	Gerätesicherheitsgesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GGK	Grundgesetzkommentar
GGO I	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (Allgemeiner Teil)
GGO II	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (Besonderer Teil)
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GK-BImSchG	Gemeinschaftskommentar zum Bundesimmissionsschutzgesetz
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt der Bundesministerien
GO BReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
HC	High Court of Justice
HessStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
HUP	Harvard University Press
insbes.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jg.	Jahrgang
JöR N.F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Neue Folge)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
krit.	kritisch
KrWG-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
LAP	Ley de Régimen de las Administraciones Públicas
lit.	Buchstabe
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
Ltd.	Limited
mwN.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OUP	Oxford University Press
OVG	Oberverwaltungsgericht
PCI	Partito comunista italiano
PflSchG	Pflanzenschutzgesetz
PLI	Partito liberale italiano
PostVwG	Gesetz über die Verwaltung der Deutschen Bundespost

PSI	Partito socialista italiano
PUF	Presses Universitaires de France
PVS	Politische Vierteljahresschrift
QB	Queen's Bench
Quad. cost.	Quaderni costituzionali
R.	Regina, Rex
Rdnr.	Randnummer(n)
Reg. Entw.	Regierungsentwurf
rev.	revidiert
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rs.	Rechtssache
RVO	Rechtsverordnung
SGB	Sozialgesetzbuch
SI	Statutory Instrument
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVollZG	Strafvollzugsgesetz
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung
StWG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
TA-Luft	Technische Anleitung Luft
TC	tribunal constitucional
TLR	Times Law Review
Tz.	Textzahl
UAbs.	Unterabsatz
UGB-AT-E	Entwurf zum Allgemeinen Teil eines Umweltgesetzbuchs
UIG	Umweltinformationsgesetz
US	United States
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
UVPG	Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz
v.	von, vom
vs.	versus
v.a.	vor allem
VA	Verwaltungsakt
Verf.	Verfasser
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz

WLR	Weekly Law Review
WoGG	Wohngeldgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WiuR	Wirtschaft und Recht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfRSoz.	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
zit.	zitiert
ZParl.	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

§ 1 Problemaufriß

1. Der Wandel der Regierungsform

Das Grundgesetz steht gemeinsam mit den anderen westeuropäischen Verfassungsordnungen in der Tradition der parlamentarisch-demokratischen Regierungsform¹. Den Schlüssel zum Verständnis dieser Regierungsform birgt ihr Lösungsentwurf zum Legitimitätsproblem: Das aus allgemeinen, freien und gleichen Wahlen hervorgegangene Parlament bildet den Angelpunkt der Legitimation staatlichen Handelns. Eine wichtige, wahrscheinlich sogar die herrschende Lesart des demokratischen Parlamentarismus versteht dies so, daß eine Hegemonie des Parlaments im Staatsaufbau zu verwirklichen sei: Die Ordnung des Gemeinwesens, von Staat und Gesellschaft, solle ein parlamentarisches Werk sein. Anders diese Untersuchung.

Die Fremd- und Selbstbeschreibung der geltenden politischen Ordnung, das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland sei parlamentarisch-demokratisch, ist zutreffend, soweit damit die weiterhin gewichtige Rolle des Parlaments bei der Legitimation staatlichen Handelns und die grundsätzliche parlamentarische Abhängigkeit der Regierung gemeint ist². Sie führt jedoch irre, sofern sie suggeriert, daß das nationale Parlament weiterhin das dominante staatliche Organ sei oder es zumindest nach dem geltenden Recht sein müsse³. Die politische *und* rechtliche Entwicklung des deutschen Regierungssystems läßt sich –

¹ BVerfGE 5, S. 89, 197.

² In diesem Sinne *Herzog*, Parlamentarisches Regierungssystem, Spalte 2428; *Hesse/Ellwein*, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, S. 220; *Lijphart*, Democracies, S. 68; *Schmidt*, Demokratietheorien, S. 217.

³ So aber die überwiegende Meinung in der Rechtswissenschaft, vgl. etwa *Burmeister*, Institutioneller Gesetzesvorbehalt, S. 88: »Vorrangstellung«, S. 333: »höchstes Staatsorgan«; *Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 581, 587f.; *Hofmann*, Verfassungsrechtliche Perspektiven, S. 129: »parlamentarische Monopolisierung der Rechtsetzung«, S. 173f.: »Gravitationszentrum des Verfassungsstaats«; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 99f., 171ff.; *Rausch*, Bundestag und Bundesregierung, S. 75: Parlament als »das zentrale Organ demokratisch-legitimierter Gesamtleitung und Willensbildung«; *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, S. 985: »Der Bundestag als Forum und zentraler Ort der politischen Willensbildung«; selbst *H. Dreier*, dessen Ergebnisse diese Untersuchung in vielen Hinsichten teilt, spricht von der »Dominanz des Gesetzgebers«, in: Hierarchische Verwaltung, S. 160.

im Einklang mit anderen westeuropäischen Regierungssystemen – anders besser fassen: Danach kommt gubernativen Organen⁴ sowohl auf der traditionellen nationalstaatlichen wie auf der supranationalen Ebene bei der Rechtsetzung eine Rolle zu, die hier zu heuristischen Zwecken zuspitzend, vielleicht überspitzend, als *hegemonial* bezeichnet sei⁵.

Hegemonie ist nicht Autokratie. Im verfassungsrechtlichen Zusammenhang sei sie als eine in Rechtsnormen vorgesehene Tätigkeit eines Organs begriffen, das Ziele setzt und eigenständig fördert, gleichwohl zu deren Verwirklichung konsultiert und verhandelt, und das in dieser Tätigkeit über gewichtige Ressourcen verfügt, das Handeln der anderen Organe und weiterer Akteure zu lenken und in seine Zielsetzungen einzubinden⁶. Die hegemoniale Stellung gubernativer Organe nach dem geltenden Recht bedeutet daher nicht, daß sie ihren Willen ohne alle Rücksichtnahmen durchsetzen, vollständige Kontrolle oder gar unumschränkte Herrschaft ausüben könnten. So gewiß das öffentliche Recht der Regierung eine hegemoniale Position eröffnet, so gewiß ist, daß diese Macht dem öffentlichen Recht kein Selbstzweck ist; es bezweckt vielmehr, hierdurch die leitenden Legitimationsprinzipien der Verfassung – Demokratie, Rechtsstaat und Funktionalität – zu verwirklichen.

Wohlgermerkt, diese Untersuchung behauptet nicht, daß diese Stellung der Bundesregierung – insbesondere mit Blick auf die Rechtsetzung – vom Grundgesetz zwingend vorgeschrieben sei und für andere Ausgestaltungen kein Platz verbleibe. Sie beruht jedoch auf der Überzeugung, daß die Regierung sich zu dieser Position aufgrund mannigfaltiger Umstände in der Staatspraxis entwickelt hat, diese Praxis verfassungsrechtlich zulässig ist und es gerade einer auch prinzipienorientierten Rechtswissenschaft gut ansteht, dieses faktisch gegebene und verfas-

Dieses Verständnis leuchtet auch in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* immer wieder auf, vgl. etwa BVerfGE 33, S. 125, 159: »Vielmehr ist in einem Staatswesen, in dem das Volk die Staatsgewalt am unmittelbarsten durch das von ihm gewählte Parlament ausübt, vor allem dieses Parlament dazu berufen, im öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen über die von der Verfassung offengelassenen Fragen des Zusammenlebens zu entscheiden«; ähnlich BVerfGE 34, S. 52, 59.

⁴ Gubernative Organe sind, zunächst formal bestimmt, solche, die die Verfassungsordnungen als Regierung oder als deren Teile bezeichnen oder aber sich aus Vertretern derselben zusammensetzen.

⁵ So in der Sache *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 272: »Übermacht«; *Schmidt*, Demokratietheorien, S. 221: »Kanzlerhegemonie«; dem entspricht die Regierungspraxis in der Bundesrepublik, vgl. nur *Niclaß*, Kanzlerdemokratie, S. 7 und passim; noch weiter gehen die Thesen von *de Jouvenel*, Über das Prinzipat, S. 354ff.

⁶ Vgl. *Schuppert*, Regierung und Verwaltung, S. 1508; *Ellwein*, Regierung als politische Führung, S. 46ff.; *Hesse*, Aufgaben einer Staatslehre heute, S. 55. Zum Begriff *Brockhaus/Wabrig*, Deutsches Wörterbuch, Stichwort: Hegemonie. Der problematische Gebrauch dieses Begriffs in der Völkerrechtslehre des Dritten Reiches (vgl. *Triepel*, Die Hegemonie: Ein Buch von führenden Staaten, 1943), ändert nichts an seinem Nutzen in unserem Zusammenhang. Es geht dieser Untersuchung nicht darum, den Begriff der Hegemonie zu einem normativen Begriff aufzubauen, ihm kommt allein eine heuristische Funktion zu.

sungsrechtlich zulässige Verhältnis zum Ausgangspunkt einer Untersuchung zu nehmen, die der Verwirklichung der leitenden Verfassungsprinzipien in dem Recht der Handlungsformen, so wie sie sich heute zeigen, nachspürt. Es wird sich im Verlauf dieser Untersuchung erweisen müssen, wie leistungsfähig diese neue Perspektive bei der wissenschaftlichen Ordnung und Durchdringung des Rechtsstoffes und seiner Zubereitung für konkrete Streitentscheidungen ist. Ebensovienig behauptet diese Untersuchung, daß die hegemoniale Stellung der Regierung gesamtgesellschaftlich zu denken sei, sie ist allein auf den institutionellen Kern des politisch-administrativen Systems bezogen. Eine weitergehende Behauptung der Hegemonie wäre soziologisch unhaltbar⁷.

Der Wandel von der parlamentarisch zur gubernativ zentrierten Regierungsform vollzog sich auf nationaler Ebene im Zuge gesellschaftlicher Differenzierung bei zunehmendem Eigensinn der Teile, der Erstarkung pluralistischer Strukturen und des Ausbaus subjektiver Rechtspositionen. Während manche diese Entwicklungen als das Ende staatlicher Herrschaft begreifen⁸, versteht diese Studie das geltende Recht und die Verfassungswirklichkeit so, daß diese Phänomene – gesellschaftliche Differenzierung, entwickelter gesellschaftlicher Pluralismus, umfangreiche subjektive Rechtspositionen und gubernative Hegemonie – Hand in Hand gehen. Die Regierung ist von der Rechtsordnung als Hegemonialgewalt ermöglicht, und zugleich ist sie in ein kompliziertes Netz rechtlicher, politischer und gesellschaftlicher Abhängigkeiten und Kontrollen eingebunden und einem kaum überschaubaren Feld weiterer politischer und gesellschaftlicher Machtzentren ausgesetzt. Unter der aktuellen Rechtsordnung verfügt kein anderes staatliches Organ, keine gesellschaftliche Kraft wie sie über die Möglichkeit, im Prozeß der Rechtsetzung gestalterischen Willen gegenüber anderen durchzusetzen und in die Entwicklung des Gemeinwesens steuernd einzugreifen. Gerade angesichts der unbestreitbaren Pluralisierung des staatlichen Systems⁹ wird die Rechtsetzung als die vornehmste staatliche Funktion im Zentrum und dort – als Ausdruck auch des Primats der Politik gegenüber der Verwaltung – unter der Hegemonie der Regierung zusammengehalten.

In dieser Rolle wird die Regierung allgemein wahrgenommen, wie der tägliche Blick in die Presse beweist. Aber diese Wahrnehmung hat zwei Seiten: Was immer passiert, was immer es zu tun gilt, die Forderungen und Erwartungen richten sich zumeist an dieses staatliche Organ. Die Regierung ist in dieser Wahrnehmung Garant der Ordnung, Motor der gesellschaftlichen Transformation oder zumindest das wichtigste Verfassungsorgan bei der institutionellen Anpassung an den

⁷ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 152; ders., Rechtssoziologie, S. 245.

⁸ Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 11 ff. und passim. Ähnlich im Ergebnis die Systemtheorie, nach der die Vorstellung hierarchischer Gesellschaftssteuerung hoffnungslos antiquiert ist, Willke, Ironie des Staates, S. 107 ff., 143.

⁹ Loeser, Die Bundesverwaltung in der Bundesrepublik, Bd. 1, insbes. S. 16 ff.; Dreier, Hierarchische Verwaltung, S. 296 und passim.

gesellschaftlichen Wandel. Zugleich jedoch verbreitet sie als Hegemonialmacht Furcht. Der Staat ist ein abstraktes Wesen. Der Leviathan ist die Regierung mit dem ihr unterstehenden Machtapparat.¹⁰

Die Hegemonie gubernativer Organe beruht nicht allein auf der Stellung der Regierung im staatlichen Gefüge. Die staatlich-nationalen Herrschaftsordnungen ergänzt ein weiteres, verschiedenen Staaten gemeinsames Regierungssystem, die Europäische Union. In diesem Regierungssystem handeln weitere Organe auf der Grundlage einer zusätzlichen Rechtsordnung; sie haben zahlreiche hoheitliche Funktionen und namentlich diejenige der Rechtsetzung übernommen. Diese Rechtsetzung erfolgt in einer so engen Verknüpfung mit den nationalen Rechtsordnungen, daß sich ein neues, einheitliches System abzeichnet, das vom Geltungsgrund her dual, funktional jedoch integriert erscheint. Die Verbindungen zwischen der nationalen und der supranationalen Ebene sind mit Blick auf die gesellschaftliche Steuerung derart eng, daß eine Isolierung der nationalen Ebene bei der Klärung der Frage der tatsächlich ausgeübten Regierungsform als bloßes Fragment erscheint¹¹. Gleichwohl sei an dieser Stelle diese Isolierung vorgenommen, um die Grundlagen für eine integrierte Betrachtung zu legen. Die gemeinsame, vorrangige Regelungsebene ist in einem noch weiteren Umfang gubernativ geprägt, als es die nationalen Regierungssysteme sind¹².

Zusammenfassend ist zu vermerken, daß die Geschichte denen recht gegeben hat, die der Leistungsfähigkeit des überkommenen Paradigmas parlamentarisch-demokratischer Verfaßtheit skeptisch gegenüberstanden¹³. Denn wenn die Verfassungen Europas sich als die überzeugendste Grundlage vernünftiger, konsensfähiger Herrschaftsausübung erwiesen haben, so nur aufgrund tiefgreifender Modifikationen des ursprünglichen Modells und insbesondere der Aufwertung des gubernativen Moments. Die Geschichte hat jedoch noch viel grundsätzlicher jene widerlegt, die meinten, die Schwächen des überkommenen Paradigmas infizierten die gesamte Konzeption und ihre zugrundeliegenden Prinzipien¹⁴. Nicht die radikalen Alternativentwürfe, sondern vielmehr die Fortentwicklung des überkommenen Ansatzes obsiegte in diesem Jahrhundert, der vielleicht unwahrscheinlichste Ausgang, zumindest in dem Urteil zahlreicher Geistesgrößen seiner ersten siebzig Jahre¹⁵. Gerade durch den angedeuteten Wandel der westeuropäi-

¹⁰ Vgl. *Denninger*, Der gebändigte Leviathan, insbes. S. 375ff. und S. 408ff.

¹¹ *Ausf. v. Bogdandy*, Supranationaler Föderalismus, insbes. S. 12ff.

¹² *Ipsen*, Zur Exekutiv-Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 425.

¹³ *Mill*, Considerations on Representative Government (1861), S. 161ff., 172: »Instead of the function of governing, for which it is radically unfit, the proper office of a representative assembly is to watch and control the government.«

¹⁴ Statt aller *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 10ff. und passim; *ders.*, Legalität und Legitimität, S. 62ff.

¹⁵ Zu ihnen *Friedrich*, Der Methoden- und Richtungsstreit, S. 161ff.; *Graf v. Krockow*, Zur Analyse autoritärer Parlamentarismuskritik, S. 39ff.; *Oppermann*, Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes, S. 10ff.

schen Verfassungen steht das westliche liberaldemokratische Modell theoretisch und praktisch ohne glaubwürdige Alternativen da. Dies sollte jedoch nicht zum selbstgefälligen Verweilen einladen: Die gründliche Erkenntnis und behutsame, umsichtige, aber entschlossene und konsequente Weiterentwicklung ist für die Fortdauer der Attraktivität der westeuropäischen Regierungsform unverzichtbar.

2. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung

Der Rechtswissenschaft kommt unter diesem Aspekt eine doppelte Rolle bei der Durchdringung und Weiterentwicklung der westeuropäischen Regierungsform zu¹⁶. Sie muß die Transformation in die einzelnen Elemente des dogmatischen Systems einarbeiten, im Lichte der dabei gewonnenen Erkenntnisse die allgemeinen Aussagen und Paradigmen überprüfen und Vorschläge zur Lösung von Spannungen entwerfen, die im Zuge dieses Wandels zwischen den konkreten Rechtsformen und den leitenden Rechtsprinzipien entstehen. Dies ist keineswegs vollständig geschehen, so insbesondere beim spezifischen Gegenstand dieser Arbeit: der Dogmatik derjenigen Handlungsformen, welche eine ebenso anschauliche wie unpräzise Metapher als Rechtsquellen bezeichnet¹⁷. Die *Rechtsquellenlehre* ist mitsamt der von ihr umfaßten *Kompetenzlehre* der klassische Beitrag der Rechtswissenschaft bei der nur interdisziplinär zu leistenden Durchdringung und Weiterentwicklung der Regierungsform.

Viele der dogmatischen Bearbeitungen der Rechtsquellen, des Rechts der Rechtsetzung, erwähnt seien nur Art. 80 GG, Gesetzes- und Parlamentsvorbe-

¹⁶ Auch letztere ist keineswegs allein Aufgabe der Politik, näher *Hesse*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, S. 11ff.; v. *Kirchmann*, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848), S. 42: »Dagegen sucht man vergeblich nach einer Hilfe, nach einer Leistung der Wissenschaft an den Orten, wo es wahrhaftig not tut, bei der Fortbildung des Rechtes im allgemeinen.«

¹⁷ Eine Bestimmung der Handlungsformenlehre und eine Diskussion der wichtigsten Kritiker eines handlungsformorientierten Ansatzes bei *Schmidt-Aßmann*, *Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, S. 533ff. mwN., welcher auch einen »Entwicklungsrückstand« dieser Lehre beklagt; den historischen Hintergrund entfaltet *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, S. 405ff., 410ff.

Damit untersucht diese Studie ein einseitiges hoheitliches Instrument gubernativen Handelns und folgt damit dem traditionellen rechtswissenschaftlichen Interesse. Ob und in welchem Umfang andere Handlungsformen oder -typen, insbesondere Information, finanzielle Anreize, eigenständiges staatliches Handeln oder das neuerdings besonders beliebte sogenannte »informale Verwaltungshandeln« (hierzu etwa *Baldwin*, *Rules and Government*, S. 291ff.; *Brohm*, *Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen*, S. 1025; *Kirchhof*, *Mittel staatlichen Handelns*, S. 121ff.; *Dreier*, *Informales Verwaltungshandeln*, S. 647ff.) eine gangbare Alternative bieten, wird nicht verfolgt, da die Wahl normativ nicht anzuleiten ist. Gleichwohl sei betont, daß viele der Schwierigkeiten im Umgang mit Regeln darauf hinweisen, das Potential anderer Handlungsformen zur Erreichung politischer Zwecke gründlich zu erwägen. Auf jeden Fall kann der Verfassung kein allgemeiner Vorrang der Steuerung durch Regeln entnommen werden.

halt, die sog. Wesentlichkeitstheorie, die Dogmatik der Verwaltungsvorschriften, orientieren sich in der durchgängigen Betonung des Parlaments als des prinzipalen Organs der Rechtsetzung und des Gesetzes als der zentralen Handlungsform in einer nach geltendem Recht unnötig ausgeprägten Weise am überkommenen Paradigma des Parlamentarismus. Die wissenschaftliche Aufarbeitung des Rechtsmaterials erfolgt nicht selten auf der Grundlage von Annahmen, die eher auf das ausgehende 19. denn auf das ausgehende 20. Jahrhundert passen. Die skizzierte Neubestimmung von Parlament und Regierung führt zu einem erheblichen Anpassungsbedarf der tradierten öffentlichrechtlichen, dem traditionellen Gewaltenteilungsschema verhafteten Dogmatik¹⁸.

Weder die Rechtsetzungspraxis noch ihr rechtlicher Rahmen fügen sich dem überkommenen Paradigma. Beharrt man dennoch auf ihm, so verbleiben nur zwei gleichermaßen mißliche Lösungen. Entweder halten die Studien das überkommene Paradigma mittels einer entsprechenden Interpretation der einschlägigen Verfassungsbestimmungen der Entwicklung entgegen und fordern in seinem Namen die Rückkehr zur Orthodoxie¹⁹. Dieser Lösung entspricht es, die Aufwertung der Regierung und gubernativer Handlungsformen als Krisenerscheinungen zu verstehen. »Krise des Parlamentarismus« auf der allgemeinen Ebene der Regierungsform, »Krise des Gesetzes« auf der Ebene der Handlungsformen²⁰ sind die geläufigen abwehrenden Schlagworte, die diese Entwicklung thematisieren. Die mißliche Konsequenz dieser Konzeption besteht unter anderem darin, daß die Rechtswissenschaft den Bogen des Normativen überspannt, damit erheblich an Potential einbüßt die Praxis anzuleiten, und so einer zentralen Aufgabe kaum mehr gerecht werden kann.

¹⁸ Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 15; Ipsen, Staatsrecht I, insb. Rdnr. 782; Stern, Staatsrecht I, S. 535: »nicht als Schema, wohl aber als Grundsatz«; aus der politischen Theorie jüngst mit Nachdruck Habermas, Faktizität und Geltung, S. 430; vgl. van Gerven, Toward a coherent constitutional system within the European Union, S. 9, 33f. Seiler, Gewaltenteilung, S. 65, 146ff., konstatiert sogar ein »nicht gelöstes Spannungsverhältnis« zwischen der parlamentarischen und exekutiven Ausrichtung in der deutschen Verfassungslehre: »Gesamthaft betrachtet windet sich das deutsche Verfassungsrecht im unmöglichen Versuch, das amerikanische und das neukantianische Modell der Gewaltenteilung zu kombinieren.« (S. 152).

¹⁹ Besonders ausgeprägt war die Kritik in den sechziger und siebziger Jahren, als die gubernativen Rechtssetzungskompetenzen ausgedehnt wurden, Hasskarl, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, S. 102ff.; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 214ff.; Neumeyer, Die verfassungsmäßig notwendige Begrenzung der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen, S. 155ff.; Wilke, in: v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 80, Anm. VI 2; Winkelmann, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 80 Grundgesetz, S. 961ff.

²⁰ Schon klassisch Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, S. 98ff., 105; Stern, Staatsrecht I, S. 1006f.; Schick, Gesetz, Gesetzgebung, Spalte 1118; Caretti, Tendenze evolutive, S. 17ff.; García Pelayo, Derecho constitucional comparado, S. 184ff.; Modugno/Nocilla, Crisi della legge e sistema delle fonti, S. 411ff.; vgl. weiter den Schlußbericht der Enquête Kommission Verfassungsreform, in dem von der »Verteidigung« und »Rückeroberung der zentralen Position« des Parlaments gesprochen wird, BT-Drucks. 7/5924, S. 89.

Die zweite Lösung, und dies ist heute die Lösung der herrschenden Meinung²¹, akzeptiert die erfolgten Entwicklungen und schreibt die Interpretation der einschlägigen Bestimmungen in diesem Sinne fort. Damit wird jedoch die Rückbindung an die allgemeine Dogmatik und das leitende Paradigma brüchig. Dies birgt verschiedene Nachteile: Ohne ein starkes Band zwischen der Bearbeitung konkreter Bestimmungen und einem leitenden wissenschaftlichen Paradigma ist die der Rechtswissenschaft essentielle Aufgabe der dogmatischen Konstruktion kaum zu erfüllen; ihr bleibt dann allein die Funktion schlichter Beschreibung. Damit aber verliert sie an kritischer Potenz gegenüber der Rechtsentwicklung, ein integrales Moment des Selbstverständnisses dieser Wissenschaft²². Das Festhalten an dem überkommenen Paradigma beeinträchtigt auch in erheblichem Maße die angemessene Wahrnehmung wichtiger Entwicklungen im Recht. So treten neben die parlamentarische Legitimation gubernativer Maßnahmen zunehmend weitere rechtliche Legitimationsstrategien, die jedoch wegen der dominanten Ausrichtung am traditionellen Paradigma eine nur unzureichende Beachtung finden.

Vor diesem Hintergrund sei das erste Ziel der Arbeit formuliert: Sie bezweckt, anhand des Normenmaterials die neue Gestalt der Rechtsetzung zu erarbeiten. Die einschlägigen rechtlichen Innovationen haben die überbrachten Rechtsregime der einzelnen Rechtsquellen zutiefst, wenn auch recht ungleichmäßig beeinflusst. Die entsprechenden positiven Bestimmungen, Judikate und dogmatischen Konzeptionen sind Gegenstand dieser Arbeit, deren Schwerpunkt die spezifisch gubernativen Rechtsquellen bilden. Die dogmatische Erarbeitung setzt, ob der zentralen, hegemonialen Stellung der Regierung, bei ihr an, untersucht ihre Bildung, Legitimation und innere Ordnung (1. Teil, §§ 9–12). Nur in wenigen Fällen handelt die Regierung jedoch allein, ist Rechtsetzung ein autokratisches Handeln. In sehr viel mehr Fällen sind andere staatliche Organe, private Organisationen oder einzelne Bürger in den Prozeß miteinbezogen. Mehr noch: In einer unbefangenen, sich von der klassischen Dichotomie *Gesetz - Verordnung* sowie der Fixierung auf die formelle Entscheidung lösenden und sämtliche Normebenen einbeziehenden Betrachtung zeigt sich, daß Rechtsetzung in einer fast bestürzenden Vielzahl von Verfahren unter recht unterschiedlichen Rechtsregimen erfolgt. Es war eine Epoche klassischer Schlichtheit, als unter den Rechtsbegriffen *Gesetz* und *Verordnung* die normative Problematik erschöpfend erörtert werden konn-

²¹ Zu Varianten der herrschenden Auffassung vgl. *Nierhaus*, in: Bonner Kommentar, Art. 80 Abs. 1, Rdnr. 70ff., 262ff., 457ff.; *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), GGK, Art. 80, Rdnr. 11ff.; *Bleckmann*, Staatsrecht I, S. 786f.; *Ipsen*, Staatsrecht I, Rdnr. 793ff.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 80, Rdnr. 11ff.; *Leibholz/Rinck/Hesselberger*, GGK, Art. 80, Rdnr. 136f.; *Maunz*, in: ders./Dürrig, GG, Art. 80, Rdnr. 2; *Maunz/Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, S. 337f.; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GGK III, Art. 80, Rdnr. 20ff.; *Ramsauer*, AK-GG, Art. 80, Rdnr. 57; *Lücke*, in: Sachs (Hrsg.), GGK, Art. 80, Rdnr. 3, 21ff.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 80, Rdnr. 7ff., 44ff.; *Stern*, Staatsrecht II, S. 670f.

²² *Schmidt-Aßmann*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 13.

te. Die Zeiten dieses klassischen Gegensatzes sind lange vorüber. Die Differenzierungskriterien zwischen den verschiedenen Formen erarbeitet der 2. Teil, die Darstellung der Kernaussagen der verschiedenen Rechtsregime obliegt dem 3. Teil²³. Rechtsetzung ist eine hoch ausdifferenzierte, zudem regelmäßig kooperative Funktion unter gubernativer Hegemonie, deren aufwendigste Form in der Rechtsetzung zwischen zwei Rechtsordnungen – der supranationalen und staatlichen – allerdings einer eigenen Studie vorbehalten bleibt.

Kurzum, diese Untersuchung wird den Leser zu überzeugen suchen, daß das Rechtsregime der Rechtsetzung eine andere als die überkommene Gestalt hat und angemessener und vor allem auch einfacher²⁴ rechtswissenschaftlich formuliert werden kann, wenn vier Eckpunkte der überkommenen Dogmatik aufgegeben und durch vier neue ersetzt werden:

(1) Die Fortentwicklung oder Änderung der Rechtsordnung außerhalb der Gerichte ist nicht vom Organ Parlament, sondern vom Organ Regierung aus zu begreifen, d.h. nicht das Parlament, sondern die Regierung ist hierbei in Übereinstimmung mit den Rechtsordnungen das zentrale Organ.

(2) Das Recht der Rechtsetzung ist nicht in der Dichotomie Gesetz – Verordnung zu konzipieren, sondern als ein System unterschiedlich komplexer und aufeinander arbeitsteilig bezogener Regime. Diese sollen als Typen in heuristischer Hinsicht verdichtet, nicht aber als normativ oder gar verfassungsrechtlich geforderte Typen gegeneinander abgeschottet werden.

(3) Rechtsetzung ist nicht allein als einseitiger Hoheitsakt, sondern auch als Ergebnis umfänglicher kooperativer Prozesse unter Einbeziehung einer Vielzahl von Beteiligten dogmatisch zu formulieren.

(4) Grundrechte und Staatsorganisationsrecht bilden keine getrennten Normkomplexe, vielmehr leitet die Dogmatik der Grundrechte auch das Staatsorganisationsrecht an. Das Recht der Differenzierung zwischen den verschiedenen Rechtsquellen ist vor dem Hintergrund der Grundrechte zu konstruieren.

Diese Thesen verlangen zwei klärende Bemerkungen. Die Entscheidung, das Recht der Rechtsetzung nicht vom Parlament, sondern von der Regierung aus aufzuarbeiten, geht von dem Faktum aus, daß dieses Verfassungsorgan bei den Rechtsetzungsvorhaben unter den verschiedenen Normprojekten die maßgebliche Selektion betreibt, bzw. daß sie dasjenige Verfassungsorgan ist, dem die Selektionsleistung, die in der Ministerialbürokratie erfolgt, politisch und verfassungsrechtlich zugeschrieben wird²⁵. Des weiteren wird eine Hegemonie bei der poli-

²³ Dabei ist das Recht differenzierter Regelung gesellschaftlicher Prozesse, insbesondere das öffentliche Wirtschafts- und Umweltrecht, das wichtigste Referenzgebiet für die allgemeinen Ausführungen; zur Bedeutung dieser Bereiche bei der Bestimmung allgemeiner Institute des öffentlichen Rechts *Schmidt-Aßmann*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 16ff.

²⁴ Zur Notwendigkeit einer Vereinfachung *Stolleis*, Entwicklungslinien der verwaltungsrechtlichen Dogmatik im industriellen Zeitalter, S. 152, 156.

²⁵ Empirisch sind die Entstehungsursachen sehr vielfältig, die staatliche Entscheidung kann in

tisch inspirierten Änderung der Rechtsordnung behauptet, in keiner Weise aber eine führende Stellung in der Weiterentwicklung oder Anwendung der Rechtsordnung, die zu einem erheblichen Teil durch die Gerichte erfolgt. Die behauptete Hegemonie der Regierung bezieht sich auf den politischen Prozeß innerhalb der Organe des Bundes. Sie besagt keineswegs, daß das Rechtssystem zu ihrer Disposition steht, stellen sich doch die durch politische Aktion veranlaßten Rechtsänderungen oft marginal dar²⁶, bedenkt man die Masse des geltenden Rechts und den Eigensinn, in dem das geltende Recht durch die Operateure des Rechtssystems, namentlich die Gerichte, fortentwickelt wird²⁷.

Die Studie bemüht sich nicht um den Entwurf einer neuen Gestalt, welche die gubernativen Rechtsquellen schlicht aufwertet. Eine jede Gestalt der Rechtsetzung kann im Lichte leitender Prinzipien *gedeutet* werden, in der liberaldemokratischen Tradition im Lichte von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Funktionalität. Die überkommene Konzeption des Parlamentarismus sieht diese Prinzipien durch die Zentralität des Parlaments im Rechtsetzungsprozeß, dieser prominentesten staatlichen Funktion, gewährleistet. Das Parlament gestalte die Rechtsordnung und sichere hierdurch Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Funktionalität zugleich. Die heutigen westeuropäischen Parlamente haben diese gestaltende Funktion weitgehend verloren: Sie verantworten als Gesetzgeber nur noch einen Bruchteil der Normen, und selbst im Bereich der Gesetzgebung ist ihr materialer Einfluß in der Regel gering, wobei Umfang und Bedeutung der Ausnahmen gewiß erheblich schwanken. Diese tatsächliche Entwicklung hat zu Innovationen in dem Recht der Rechtsetzung geführt, die als Strategien zur Wahrung des Legitimitätsniveaus im Lichte der Prinzipien gedeutet werden können. So spürt diese Studie den rechtlichen Formen nach, in denen die leitenden Prinzipien der Rechtsetzung in der gewandelten Regierungsform verwirklicht werden. Zu diesem Zweck untersucht sie die unterschiedlichen Anforderungen der diversen Rechtsregime nicht nur mit dem Ziel, die Realisierung der neuen Konzeption

dieser Hinsicht nicht die erklärende Ursache des gesetzten Norminhaltes sein. Die Funktion des Normgebers liegt nicht in der Schöpfung, sondern in der Selektion. *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 208: »Das gibt keinen vollständigen Aufschluß über Kausalität, über die Vorbehandlung und Auswahl der zu entscheidenden Möglichkeiten und erst recht nicht über die faktischen Machtverhältnisse; wohl aber darüber, an wen Vorwürfe, politische Sanktionen und Änderungswünsche zu adressieren sind. Das Bemerkenswerte, strukturell Bedeutsame daran ist, daß, wie immer die Stränge der Kausalität verwoben sind, die Geltung des Rechts auf einen variablen Faktor bezogen wird: auf eine Entscheidung.«

²⁶ *Luhmann*, Rechtssoziologie, S. 295; *Schulze-Fielitz*, Zeitoffene Gesetzgebung, S. 139, 151.

²⁷ Entsprechend liegt das Augenmerk der Rechtswissenschaft weniger auf den klassischen Rechtsquellen denn auf gerichtlichen Urteilen. Besonders eindrücklich demontiert *Luhmann* die Vorstellung einer Überordnung des politischen Systems gegenüber dem Rechtssystem, indem er den Gerichten die zentrale Stellung zuweist und die politisch inspirierte Rechtsetzung an der Peripherie des Rechtssystems anordnet. Entsprechend ist nicht mehr die Norm, sondern die konkrete Kommunikation über einzelne Fälle das zentrale Element des Rechtssystems, *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 100ff., 320ff.

im Recht der Rechtsetzung (rechtstheoretisch: den Normerzeugungsregeln²⁸) nachzuweisen, sondern interessiert sich weiter für die Frage, inwieweit und in welchen Formen in den diversen Rechtsregimen die verfassungsrechtlichen Partizipations-, Schutz- und Bewirkungsaufträge und damit das demokratische, das rechtsstaatliche und das funktionale Prinzip ihre Verwirklichung finden. Denn worin liegt der übergeordnete Sinn rechtlicher Kriterien zur Differenzierung der Handlungsformen? Letztlich nur darin, staatliches Handeln und gesellschaftliche Legitimitätserwartungen in Deckung zu bringen.

Diese Untersuchung trifft sich in vielen ihrer Anliegen mit Arbeiten, die zu meist dem Kontext der Diskussion über eine Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts zugehören²⁹. Sucht man eine Verortung in längeren Traditionslinien, so besteht eine Verpflichtung gegenüber Konzeptionen, welche aufbauend auf *G. W. F. Hegel*³⁰, *Max Weber*³¹ oder *Georg Jellinek*³² den Staat als einen weitgehend autonomen Apparat begreifen, bestehend im wesentlichen aus Regierung, Bürokratie und Recht³³, in denen sich der Staat in erheblichem Maße über seine Organisationsleistung begründet³⁴. Diese Traditionslinie wird jedoch durch andere ergänzt und substantiell modifiziert, insbesondere durch die Einbeziehung partizipatorischer und pluralistischer Demokratiekonzeptionen. Insofern geht die Aufwertung des gubernativen Moments einher mit einer Aufwertung nicht-parlamentarisch vermittelter Formen politischer Beteiligung. Aber auch die hier vertretene Konzeption des Parlaments legt die Staatsleitung keineswegs allein in die Hände der Regierung und beschränkt die parlamentarische Funktion auf eine bloße Bändigung der Regierung oder die Verhinderung einer Diktatur³⁵. Das Parlament ist Ort politischer Meinungsbildung gerade auch im politischen Tagesgeschäft und hat dies nach der Verfassung auch zu sein. Eine substantielle Rolle des

²⁸ Weinberger, Rechtslogik, S. 245, 261.

²⁹ Vgl. v. a. die Beiträge in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts (1993); *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns (1994); *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht (1998); *Stolleis*, Entwicklungslinien der verwaltungsrechtlichen Dogmatik im industriellen Zeitalter, S. 152ff.; *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung (1995); *Frankenberger*, Umweltschutz durch Rechtsverordnung (1998).

³⁰ Rechtsphilosophie, §§ 276, 278, 441f.; juristisch übersetzt und fortentwickelt von *W. Albrecht*, *R. Maurenbrecher* und *C. F. Gerber*.

³¹ *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), S. 815ff.

³² *Allgemeine Staatslehre*, S. 169ff., 182f., 612.

³³ *Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, S. 121ff.; so warf *W. Weber* dem GG eine problematische Entmachtung der Exekutive vor, *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, S. 26f., 29; kritisch etwa *Graf Vitzthum/Geddert-Steinacher*, *Standortgefährdung*, S. 46: »das für Deutschland fast schon traditionelle antiparlamentarische, progouvernementale Denken«.

³⁴ Mancher mag versucht sein, in dieser Konzeption Anklänge an die »Neue Rechte« zu finden. Zur dort geforderten Aufwertung der Gubernative *Altmann*, *Vorüberlegungen zum Ernstfall*, S. 11ff.

³⁵ In diesem Sinne *Peters*, *Der Kampf um den Verwaltungsstaat*, S. 19ff.; *v. Mangoldt*, *Das Verhältnis von Staatschef und Regierung*, S. 62ff., 66f.

Parlaments ist mit einer Konzeption gubernativer Hegemonie in den Verfahren der staatlichen Rechtsetzung durchaus vereinbar. Die an diesen Grundgedanken orientierte Konzeption, die versucht, unterschiedliche Theoriestränge zusammenzuführen, findet im 1. Teil nähere Entfaltung.

§ 2 Die gemeineuropäische Perspektive

1. Funktion und Relevanz

Die Ausbildung der tatsächlichen und rechtlichen Strukturen, die die Neubestimmung der Rechtsetzung nahelegen, ist alles andere als ein auf die Bundesrepublik Deutschland beschränktes Phänomen. In zahlreichen anderen Staaten sind ähnliche, oft sogar parallele Entwicklungen zu verzeichnen. Es steht zu erwarten, daß deren Rechtsordnungen und die sie bearbeitenden Wissenschaften interessante Aussagen zum Thema aufweisen, die diese Untersuchung nutzen will. Sie bearbeitet daher die aufgeworfenen Fragen nicht allein anhand der deutschen Rechtsordnung, sondern bezieht vier weitere Rechtsordnungen ein. Sie verspricht sich davon wissenschaftliche Ergebnisse in drei Hinsichten: in erster Linie eine bessere Durchdringung des deutschen Rechts, darüber hinaus die Entwicklung von Ansätzen eines gemeineuropäischen dogmatischen Systems und, darauf aufbauend, Anregungen für die Fortentwicklung des supranationalen Rechts der Europäischen Union.

(1) Die Berücksichtigung des britischen³⁶, französischen, italienischen und spanischen öffentlichen Rechts weist ein erhebliches Erkenntnispotential für die Durchdringung und Entwicklung der einschlägigen Bestimmungen des deutschen öffentlichen Rechts auf. Die im nächsten Abschnitt näher begründete Strukturähnlichkeit der Rechtsordnungen in dem untersuchten Punkt läßt erwarten, daß die dort anzutreffenden Fragestellungen und Lösungen auch im Kontext der deutschen Rechtsordnung gewinnbringend eingebracht werden können. Rechtsvergleichung ist gerade angesichts der Vagheit der einschlägigen Bestimmungen hilfreich. Diese Vagheit begründet die Prominenz der sog. objektiv-teleologischen Methode im zeitgenössischen Verfassungsrecht. Diese Methode erfordert eine Evaluierung und Abwägung verschiedener Möglichkeiten und ist damit in ihrem Innersten vergleichend³⁷. Bei entsprechenden Operationen

³⁶ Das Staatsrecht des Vereinigten Königreichs heißt allgemein britisches Staatsrecht, vgl. *Turpin*, *British Government and the Constitution*, S. 4 und passim.

³⁷ *Koch/Rußmann*, *Juristische Begründungslehre*, S. 221 ff. Rechtsvergleichung hat nicht zuletzt die einzige explizite Verfassungsnorm zum zulässigen Umfang gubernativer Rechtsetzung entscheidend geprägt: Der hier maßgebliche Bundesverfassungsrichter *Bernhard Wolff* schöpfte ausdrücklich aus der amerikanischen Rechtsordnung, in: Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz (1952/53), S. 197. Auch hier sind wichtige Fortentwicklungen zugunsten der Handlungsform der Rechtsverordnung zu verzeichnen, die jedoch

kommt die Rolle des Richters nicht selten der Rolle des Gesetzgebers nahe; der zeitgenössische Gesetzgeber aber berücksichtigt häufig andere Rechtsordnungen³⁸. Die Einbeziehung weiterer, verwandter Rechtsordnungen verspricht somit einen ersten Nutzen für die Bearbeitung des nationalen Rechts, als sie bislang wenig beachtete Aspekte eines Rechtsinstitutes aufzudecken hilft, tradierte Verständnisse in ein neues Licht stellt, damit eine vollständige wissenschaftliche Durchdringung erleichtert und Anregungen für die Konkretisierung und Weiterentwicklung vermittelt³⁹.

(2) Doch geht es nicht nur um das deutsche Recht. Seit geraumer Zeit steht auf der Agenda des öffentlichen Rechts die Aufforderung zur Entwicklung einer gemeineuropäischen Wissenschaft oder, bescheidener und aussichtsreicher formuliert: die Überwindung der nationalstaatlichen Fixierung und Etablierung eines rechtsordnungsübergreifenden, primär europäischen Diskurses mit dem Ziel der Bestimmung gemeinsamer rechtlicher Prinzipien, Rechtsinstitute und Regelungsmodelle⁴⁰. Nicht wenige Wissenschaftler zählen dies zum Beruf unserer Zeit⁴¹. Im Rahmen der Europäischen Union⁴² hat dieses Programm eine besondere Bedeutung, da die Mitgliedstaaten in einem gemeinsamen Herrschaftsverbund

aufgearbeitet sind, vgl. *Nolte*, Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung, S. 378ff.; *Pünder*, Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland. Zur ähnlich interessanten Rechtslage in Kanada, *Frankenberger*, Umweltschutz durch Rechtsverordnung: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Beteiligung an der Umweltschutz-Verordnungsgebung in Deutschland und Kanada.

³⁸ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 17f.; vgl. nur die ausführliche Darstellung der ausländischen Notstandsrechte in der BT-Drucks. V/1879, S. 8ff.; aus der Rechtsprechung BVerfGE 95, S. 335, 347.

Bisweilen wird die Rechtsvergleichung sogar als »fünfte« Auslegungsmethode bezeichnet, vgl. *Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, S. 913, 916ff.; *Schmidt-Aßmann*, Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 513, 519. Dies ist mit der Einschränkung zutreffend, daß sie nur ein mit einer anderen Methode entwickeltes Ergebnis bestätigen kann, *Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, S. 193ff., 201ff.; weiter *Bernhardt*, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, S. 443; *Sacco*, Introduzione al diritto comparato, S. 155ff.

³⁹ *Pizzorusso*, La comparazione e il diritto pubblico, S. 62ff.

⁴⁰ Zur Entwicklung einer einheitlichen Rechtswissenschaft unter der Bedingung unterschiedlicher Rechtsordnungen in Deutschland *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 49ff.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, S. 84f., 96ff.; in den Vereinigten Staaten *Atiyah/Summers*, Form and Substance, S. 384ff.

⁴¹ *Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, S. 236; *Coing*, Europäisierung der Rechtswissenschaft, S. 973ff.; *Häberle*, Europäische Rechtskultur, S. 21ff.; *Hesse*, Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 21ff.; *Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, S. 1021, 1026ff. mwN; zur Entwicklung *Stolleis*, Nationalität und Internationalität, S. 18ff.

⁴² Diese Untersuchung verwendet für das unter dem EG-, EGKS-, EAG- und EU-Vertrag entstandene Recht den Terminus des Unionsrechts und geht davon aus, daß die drei früheren Gemeinschaften als Organisationen und Rechtspersonen durch den EU-Vertrag, so wie er seit November 1993 angewandt wird, in der Union verschmolzen sind, zu den Gründen vgl. *v. Bogdandy*, Die Europäische Union als einheitlicher Verband, S. 165ff.

agieren: Die Regierung Italiens hat ein Stück supranational vermittelter Herrschaftsmacht auch in Deutschland.

Die Überlegungen zur Brauchbarkeit rechtsvergleichender Erkenntnisse gelten *mutatis mutandis* auch in diesem Zusammenhang: Die Entwicklung einer gemeineuropäischen Dogmatik, welche aus den verschiedenen Rechtsordnungen allgemeine dogmatische Figuren und theoretische Argumente entwickelt, ist möglich und sinnvoll. Gewiß kann und darf eine solche Dogmatik nicht dazu dienen, die Vielfalt der Verfassungen ignorierend, gegen Text, System und Geschichte einheitliche Lösungen zu oktroyieren und die bunte Vielfalt der europäischen Verfassungsordnungen in einer uniformen und eintönigen Verfassungsdogmatik zu ersticken⁴³. Dies würde allzu leicht zu einer Versteinerung führen und zukünftige Lernprozesse verhindern, eine Einsicht, die auch im bundesdeutschen Föderalismus langsam Platz greift. Jedoch gibt es Gemeinsamkeiten, die eine die Rechtsordnungen übergreifende Rechtswissenschaft ermöglichen, welche als Reservoir von Problemlösungsgesichtspunkten und -potentialen ein wichtiges Element bei der Entwicklung sachgerechter Entscheidungen sein kann. Es ist nicht einzusehen, warum die Rechtswissenschaft an den Grenzen halt machen soll, die historische, die ökonomische, die philosophische, die politische und die soziologische Wissenschaft hingegen ihre Gegenstände im internationalen Gespräch erarbeiten. Gewiß ist das Rechtssystem ein nationales⁴⁴, jedoch nicht mehr oder weniger als das politische System.

(3) Dieses Forschungsprogramm ist von Bedeutung für die Interpretation und Entwicklung des Rechtskorpus der Europäischen Union, ungeachtet der fortbestehenden normativen Eigenständigkeit der supranationalen und der nationalen Rechtsordnungen. Der bisherige Umgang der supranationalen Organe, insbesondere des Gerichtshofs, mit den »gemeinsamen Grundsätzen des Rechts der Mitgliedstaaten«⁴⁵ ist durch wenig Mühe ums Detail gekennzeichnet. Hinweise sind zumeist pauschal und wenig erhellend. Eine verdichtete gemeineuropäische Wissenschaft öffentlichrechtlicher Institute wird auf die Dauer der supranationalen Rechtsentwicklung Begründungszwänge auferlegen, die zu ihrer Rationalisierung beitragen könnten.

Darüber hinaus mögen die Erkenntnisse einer gemeineuropäischen Wissenschaft für die allgemeine Verfassungsdiskussion innerhalb der Europäischen Union von Interesse sein. Die aktuelle primärrechtliche Struktur im allgemeinen und das System der Rechtsquellen im besonderen weisen erhebliche Defizite auf. So besagt die 16. Erklärung zum Vertrag über die Europäische Union, betreffend die Rangordnung der Rechtsakte, daß in der Revisionskonferenz nach Art. N Abs. 2 EUV über eine »angemessene Rangordnung« der Handlungsformen ent-

⁴³ *Frankenberg*, *Stranger than Paradise*, S. 262ff.

⁴⁴ a. A. *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 571ff.

⁴⁵ Hierzu *Lecheler*, *Der EuGH und die allgemeinen Rechtsgrundsätze*, S. 39ff., 178ff.

chieden werden solle, eine Forderung, die der Amsterdamer Vertrag nicht genügt und die somit fortgilt. Ihrer Erfüllung werden die Erkenntnisse einer gemeineuropäischen Wissenschaft vom öffentlichen Recht dienlich sein. Sicherlich kann die Verfassung der Union nicht die Blaupause derjenigen der Nationalstaaten sein, denn die Union ist kein Staat⁴⁶ und eine Staatswerdung, zumindest im Rahmen der ganz überwiegenden Staatskonzeptionen, deutet sich auch nicht an. Dennoch wird diese Rationalisierung der Rechtsquellen sich auch an den staatlichen Rechtsquellen orientieren. Der Verfassungsentwurf des Europäischen Parlaments von 1984⁴⁷ sowie der Entwurf seines institutionellen Ausschusses von 1994⁴⁸ zeigen deutlich eine entsprechende Ausrichtung; die Problematik der dort vorgelegten Mischung hätten vorbereitende rechtswissenschaftliche Untersuchungen vielleicht vermeiden können.

2. Prämissen und Methode

Eine gemeineuropäische Wissenschaft des öffentlichen Rechts beruht auf einer Reihe von Prämissen, die einleitend in gebündelter Form dargelegt seien. Diese Prämissen bilden diejenigen Faktoren, welche Nähe und Vergleichbarkeit der Rechtsordnungen in den hier thematisierten Hinsichten begründen. Die vielleicht wichtigsten Gemeinsamkeiten liegen darin, daß die Rechtsordnungen alleamt dem – im Grundsatz einheitlichen – normativen Erbe der europäischen Moderne verpflichtet sind, in dem Prinzip der Menschenwürde ihren letzten Legitimationsgrund finden und ein universalistisches Rationalitätskonzept vertreten. Doch es gibt nicht nur ein gemeinsames theoretisches, sondern auch ein gemeinsames historisches Erbe: So stark die spezifisch nationale Einfärbung der Geschichte auch immer sein mag, die großen historischen Ereignisse, regelmäßig von unmittelbarer verfassungspolitischer Bedeutung, sind europäische Ereignisse.⁴⁹ Die fünf Verfassungsordnungen ruhen auf einem zumindest partiell gemeinsamen Fundus historischer Erfahrungen. Dazu treten dogmatische Gemeinsamkeiten: Die Rechtsordnungen schöpfen aus einem gemeinsamen Bestand rechtlicher und argumentativer Figuren. Die Lektüre der einschlägigen rechtswissenschaftlichen Werke ergibt alsbald, daß die Juristen in den fünf Rechtsordnungen oft mit denselben staats- und demokratietheoretischen Argumenten operieren, die, zumal angesichts häufiger Vagheit der Verfassungen, bei juristischen Zweifelsfragen erhebliche Bedeutung erlangen. Nicht zu unterschätzen ist weiter, daß sie ähnli-

⁴⁶ BVerfGE 89, S. 155, 188.

⁴⁷ Europäisches Parlament, Entwurf zum Vertrag über die Verfassung der Europäischen Union, ABl. EG 1984, Nr. C 77, S. 33.

⁴⁸ Zweiter Bericht des Institutionellen Ausschusses über die Verfassung der Europäischen Union v. 09.02. 1994 (PE/203.601/endg.).

⁴⁹ *Habermas*, Die Einbeziehung des Anderen, S. 182f.

che, mit Bezug auf die europäische Integration sogar weitgehend identische Probleme zu bewältigen haben. Die Möglichkeit wie Nützlichkeit rechtsvergleichender Erkenntnisse erscheinen gerade in einem so zentralen Regelungskomplex des öffentlichen Rechts wie dem Verhältnis parlamentarischer und gubernativer Rechtsetzungsmacht besonders ausgeprägt. Das öffentliche Recht ist in diesem Punkt in besonderer Weise an tendenziell universellen Kategorien ausgerichtet, mehr als etwa die Ausgestaltung des Rechtswegs oder die Regelung verwaltungsrechtlicher Verträge.

Gewiß begegnet dieser tendenzielle Universalismus Einwänden. Er wird immer auf die Kritik derer treffen, die staatsrechtliche Institutionen in letztlich inkompatiblen nationalen Kulturen verorten⁵⁰ oder aber Recht und Sprache eng verknüpfen⁵¹. Das Projekt einer universalistischen Wissenschaft erscheint diesen Auffassungen als spätes Opfer verblendender Aufklärungsideologie⁵². Sie bestreiten, daß Begriffe erarbeitet werden können, die den räumlichen und zeitlichen Kontext ihres Entstehens transzendieren. Die Rechtsregeln seien den konkreten raum-zeitlich bestimmten Praktiken inhärent, und verlören ihren Sinn, wenn sie aus ihnen herausgelöst werden⁵³: Fördert eine an Prinzipien und Regeln orientierte Untersuchung Gemeinsames zu Tage, so sei dieses nur scheinbar Gemeinsames. Eine angemessene Diskussion dieser und ähnlicher Einwände gegen den hier vorgetragenen Ansatz würde allein ein Buch füllen. Sie stellte eine metatheoretische Übung dar, die allein mit aufwendigen rechts-, geschichts-, politik- und kulturtheoretischen Begriffen durchgeführt werden könnte. Den Autor dieser Untersuchung vermochte die einschlägige Lektüre nicht in der Überzeugung zu erschüttern, daß – ungeachtet der offensichtlichen und unbestreitbaren Gefahr von Mißverständnissen und Mißübersetzungen – zumindest die eng verflochtenen Ordnungen der fünf untersuchten Staaten die beabsichtigte Betrachtung und die Abfassung eines Buches erlauben, aus dem der Leser Gewinn ziehen mag.

Der gemeineuropäische Ansatz ist aber auch vor dem Hintergrund neuerer politikwissenschaftlicher Forschungen rechtfertigungsbedürftig, welche die Vielfalt institutioneller Arrangements und Funktionslogiken gegenüber pauschalierenden verallgemeinernden Aussagen eindrücklich nachgewiesen haben. Von besonderer Bedeutung sind hier die Untersuchungen von *Arend Lijphart*⁵⁴, welcher es

⁵⁰ *Willms*, Die Deutsche Nation, S. 56ff.; *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 3ff., 228ff.

⁵¹ Zu diesen Fragen ausführlich *Cassese*, Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?, S. 471ff.

⁵² Hierzu *Prakash Sinha*, Non-Universality of Law, S. 185ff.

⁵³ *Oakeshott*, Rationalism in Politics, S. 14ff., 31; vgl. weiter *ders.*, The Vocabulary of a Modern European State, S. 319ff.; in diese Richtung weist auch ein institutionelles Rechtsdenken, dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 283ff. unter Verweis auf *Maurice Hauriou*, sowie das sog. »konkrete Ordnungsdenken«, *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 13ff.

⁵⁴ Vgl. insbesondere *Lijphart*, Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries (1984); zur Bedeutung *Schmidt*, Demokratietheorien, S. 240ff.

unternimmt, die Strukturen politischer Willensbildung in westlichen Industriestaaten zu vergleichen. Er ordnet die untersuchten politischen Systeme auf einer Skala an, deren Extrempunkte auf der einen Seite das Westminster- oder Mehrheitsdemokratiemodell, auf der anderen Seite das Konsensus- oder Verhandlungsdemokratiemodell sind. Gleichwohl können die Ergebnisse seiner Untersuchungen so verstanden werden, daß sie das Projekt dieser Arbeit bestätigen. Bereits der Umstand, daß ein einheitliches Analysemuster zur systematischen Erfassung der verschiedenen politischen Systeme entwickelt werden kann, bestätigt die Möglichkeit der systematisierenden Rechtsvergleichung, sind doch zahlreiche Analyse Kriterien – etwa das Verhältnis von Regierung und Parlament, der Grad der Föderalisierung oder der Umfang verfassungsgerichtlicher Kontrolle – rechtlich unterfangen. Darüber hinaus ergibt die Anwendung der erarbeiteten Kriterien mit Blick auf die grundsätzliche Einordnung des zentralen politischen Systems für Deutschland, Frankreich und Spanien denselben leichten Ausschlag zugunsten des mehrheitsdemokratischen Modells, während dieser Ausschlag im Vereinigten Königreich extrem und Italien noch stark auf der Seite der Verhandlungsdemokratie angeordnet ist⁵⁵, was den Ergebnissen dieser Untersuchung entspricht⁵⁶.

Neben der grundsätzlichen Infragestellung tendenzieller Universalität der westeuropäischen Rechtsordnungen sowie der unbestreitbaren Vielfalt rechtlicher Regelungen und staatlicher Praktiken sieht sich der hier verfolgte Ansatz einem weiteren Einwand ausgesetzt, dessen spezifisches Gewicht der Umstand begründet, daß er auf einer völlig unstrittigen Grundlage beruht: dem Systemcharakter der Rechtsordnung. Diese Arbeit ist bemüht, die Erkenntnisse verschiedener Rechtsordnungen zur Klärung und Entwicklung des Rechtsregimes gubernativer Rechtsetzung zu verwenden. Es geht somit um *Teilbereiche* von Rechtsordnungen. Eine Rechtsordnung ist in juristisch-dogmatischer Perspektive, so die wohl herrschende Auffassung, eine Gesamtheit von Rechtsnormen⁵⁷, die zumeist als sprachliche Propositionen erscheinen, im einzelnen vor allem in Rechtsquellen niedergelegte Bestimmungen, gerichtliche Urteile mit Präzedenzwirkung sowie Prinzipien (auch: Werte oder Grundentscheidungen)⁵⁸. Diese Gesamtheit

⁵⁵ Schmidt, *Demokratiethorien*, S. 244. Dieselbe Untersuchung gibt auch interessante Einblicke in die politischen Systeme der anderen EU-Mitgliedstaaten.

⁵⁶ Bemerkte sei, daß A. Lijphart vor diesem Hintergrund zu einer recht positiven Einschätzung des deutschen Regierungssystems gelangt, Lijphart, *Constitutional Choices for new Democracies*, S. 72ff.; ders., *Democracies, form, performance and constitutional engineering*, S. 1ff.; eine Globaleinschätzung auch bei Schmidt, *Demokratiethorien*, S. 356f.

⁵⁷ Krawietz, *Recht als Regelsystem*, S. 60ff.

⁵⁸ Die neuere Rechtstheorie bevorzugt die Terminologie »Prinzip« statt »Wert« oder »Gut«, weil dies den Normcharakter klar zum Ausdruck bringe und aufgrund des handlungsleitenden Charakters von Normen unmittelbar die Notwendigkeit der Auflösung von Prinzipienkollisionen zeige, während dies bei Kollisionen von Werten nicht so deutlich sei, Sieckmann, *Abwägen von Rechten*, S. 172.

von Normen kennzeichnet, daß sie eine gegliederte, dynamische, selbstregulierte, offene und plurale Gesamtheit interaktiver Elemente ist und in diesem – recht anspruchslosen – Sinne ein System bildet⁵⁹. Dieses Charakteristikum der Systematik hat verschiedene Aspekte: Der in diesem Zusammenhang problematische besagt, daß sich die inhaltliche Aussage einer jeden Norm letztlich aus dem Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung ergibt⁶⁰. Evident ist insbesondere der Systemunterschied, der aus der föderalen Verfaßtheit der Bundesrepublik und insbesondere der prominenten Rolle des Bundesrats bei der Rechtsetzung des Bundes herrührt. Kein Organ der anderen untersuchten Verfassungsordnungen ist ihm nach Zusammensetzung, Funktionslogik und Kompetenz vergleichbar. Diesem Einwand muß sich der zuvor skizzierte Ansatz dogmatischer Arbeit stellen, denn es ist nicht möglich, die gesamten Verfassungssysteme, ja noch nicht einmal alle näheren Regelungskomplexe darzustellen.

So zutreffend die theoretische Grundlage des Einwands auch ist, das Anliegen der Studie bleibt durchführbar. Die systematische Einheit des Rechts ist in hochgradig ausdifferenzierten Rechtsordnungen nicht so zu verstehen, daß sich eine isolierte Diskussion bestimmter Sachkomplexe verbietet. Dies bestätigt, jenseits aller Theorie der Differenzierung, die Praxis rechtswissenschaftlicher Argumentation. Die meisten Rechtsfragen werden in einem recht engen Bezugsfeld diskutiert. Nur in seltenen Fällen findet eine allgemeine Reflexion statt, und die dann verwandten Argumentationsstränge sind oft rechtsordnungstranszendierender Natur. Es lassen sich zu den angesprochenen Fragekreisen sinnvoll isolierbare Argumentationen finden⁶¹.

⁵⁹ Sie bildet eine gegliederte Einheit, da das System Normen über das Verhältnis der Normen enthält und so keine unstrukturierte Masse ist. Es ist eine plurale Einheit, da sich interne Subsysteme gebildet haben, etwa das Bürgerliche und das Strafrecht, eine selbstregulierende Einheit, weil die Ordnung des Rechtssystems nur von seinen eigenen Elementen, sprich Normen, abhängt, eine offene Einheit, da es als soziales Subsystem mit den anderen sozialen Subsystemen in Verbindung steht, von diesen Einflüsse aufnehmen kann.

⁶⁰ Speziell zum öffentlichen Recht *Torchia*, I modelli di procedimento amministrativo, S. 43f. Dieses Charakteristikum bedeutet weiter, daß sich die Geltung einer Norm und damit ihre Qualität als Rechtsnorm nicht aus sich selbst heraus bestimmen läßt, sondern nur aus dem Zusammenhang der Rechtsordnung und insbesondere unter Rückgriff auf die Normen, welche die Bildung und den Wandel der Rechtsordnung regeln; diese Regeln über die Produktion von Normen bilden den wichtigsten Gegenstand dieser Arbeit.

⁶¹ Dieser Gesichtspunkt läßt die Studie auch unter der Berücksichtigung der Tatsache als sinnvoll erscheinen, daß die Steuerungskraft des Rechts im Bezug auf den politischen Prozeß unterschiedlich ist. Dies macht zugleich deutlich: Diese Studie erlaubt keine Einschätzung der tatsächlichen Qualitäten der verschiedenen Regierungssysteme, sondern liefert nur ein Element der Bewertung. Sie wäre – wollte sie eine Aussage hierzu wagen – um eine Darstellung der politischen Kulturen zu ergänzen. »Heil und Unheil liegen nicht in den verfassungsrechtlichen Institutionen, sondern darin, wie das Volk von ihnen Gebrauch macht«, *Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, S. 13. Dem entspricht die politikwissenschaftliche Erkenntnis, daß es keine direkte Verknüpfung zwischen der verfassungsrechtlichen Ordnung und politischer Stabilität gibt, *Troper*, *Quel potere alla francese*, S. 11.

Die Analyse der Rechtsordnungen folgt nicht der funktionalen Methode der herrschenden zivilrechtlichen Komparatistik. Deren Vorgehen legt ein Regelungsbedürfnis im Sinne eines tatsächlichen Interessenkonfliktes zugrunde, der nach einer rechtlichen Lösung ruft und dem Vergleich als Bezugspunkt dient⁶². Dieser Ansatz ist für öffentlich-rechtliche Studien zu eng⁶³. Untersucht wird vielmehr die rechtliche Strukturierung eines Sachbereichs⁶⁴. Es geht – auf der abstraktesten Ebene formuliert – um den Umgang der Rechtsordnungen mit dem Problem, den Rechtsetzungserfordernissen unter den Zeichen hoher gesellschaftlicher Differenzierung, transnationaler Verbundenheit und erheblichen Legitimitätsforderungen zu genügen. Thema sind die Mechanismen, welche die Legitimität gubernativer Rechtsakte sichern und ihre Einpassung in das System staatlicher Handlungsformen gewährleisten sollen. Nicht immer sind es dabei rechtliche Normen, welche die entsprechende Funktion erfüllen. Im Vereinigten Königreich üben Gebräuche, die nicht rechtlich stabilisiert sind, die Funktion aus, welche in anderen Rechtsordnungen Verfassungsbestimmungen erfüllen.

Eine rechtsvergleichende Studie unternimmt in der Regel eine nach Rechtsordnungen gegliederte Darstellung ihres Gegenstandes. Diese Untersuchung wählt dieses Vorgehen nicht, zumal entsprechende Bücher, zumeist als Sammelwerke von Autoren, die den jeweiligen Rechtskreisen entstammen, zu fast allen Teilen dieser Arbeit vorliegen⁶⁵. Sie ist bemüht, in einem theoretisch angeleiteten Unternehmen Punkt für Punkt die untersuchten Rechtsordnungen gemeinsam zu erarbeiten. Dabei erörtert diese Studie jedoch nicht immer alle Rechtsordnungen, dies hätte die Kapazitäten des Autors und den Rahmen des Buches gänzlich gesprengt, sondern beschränkt sich bei den fremden Rechtsordnungen auf die Darstellung der grundlegenden Aussagen und geht vor allem dann darüber hinaus, wenn dies für die deutsche Rechtsordnung oder die zugrundegelegte Konzeption der Rechtsetzung weiterführend ist. Es geht um die gubernative Rechtsetzung unter dem Grundgesetz in der bloßen Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik und nicht um eine Analyse des Grundgesetzes vom Standpunkt gemeineuropäischer Wissenschaft.

⁶² Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 34ff.

⁶³ Ausführlich Frankenberg, *Stranger than Paradise*, S. 262ff.; ders., *Critical Comparison*, S. 411ff.; Rose, *Comparing Forms of Comparative Analysis*, S. 445ff.

⁶⁴ Näher Bernhardt, *Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, S. 431ff.; Constantinesco, *Rechtsvergleichung*, Bd. 2, S. 252ff.

⁶⁵ Die einschlägigen Studien sind im Literaturverzeichnis aufgeführt. Besonders hervorgehoben sei die Veröffentlichung des Runden Tisches vom 21./22. 10. 1994 in Aix en Provence zur gubernativen Rechtsetzung; Rödig (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1976; Pizzorusso (Hrsg.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, 1988; Cottier (Hrsg.), *Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften*, 1991; Winter (Hrsg.), *Sources and Categories of European Union Law*, 1996.

§ 3 Modellorientierte Rechtswissenschaft

Ein weiteres Charakteristikum des argumentativen Aufbaus dieser Studie ist ihre explizite Modellorientierung. Diese Arbeit verfährt nicht so, daß sie die verschiedenen Rechtsordnungen durchstreift und dabei schlicht die normativen Bestandteile der Rechtsregime gubernativer Rechtsquellen mit dem Ziel größtmöglicher Vollständigkeit sammelt. Ihr geht es – vornehmlich im 1. Kapitel des 1. Teils – um die Entwicklung einer Konzeption der Rechtsetzung als ein kooperatives staatliches Regelungsverfahren unter gubernativer Hegemonie und dann in den weiteren Teilen um den Nachweis, daß diese Konzeption den Schlüssel zu einer überzeugenden Interpretation des geltenden Rechts enthält.

Die Untersuchung verfolgt ein offenes Konzept juristisch-dogmatischer Wissenschaft. Dabei steht ihr wenig ferner als zu leugnen, daß die üblichen juristischen Argumente – namentlich der Wortlaut, die systematische Einheit des Rechts, historische Erwägungen des Gesetzgebers, die verfolgten Zwecke – ein eigenes Gewicht haben und nicht selten Fragen, deren Entscheidung an das Recht herangetragen werden, in überzeugender Weise lösen können. Jedoch reichen die überkommenen juristischen Argumente nicht aus, insbesondere nicht im Rahmen einer grundsätzlichen Reflexion. Gerade im Verfassungsrecht sind die Tatbestandsmerkmale regelmäßig derart vage, daß ihnen eine Aussage nicht einfach entnommen werden kann, sondern aufgrund komplizierter Operationen zugewiesen werden muß. Diese Zuweisung erfolgt in einem aufwendigen Argumentationsverfahren, das eine Reihe von Gesichtspunkten zu beachten hat, um überzeugend zu sein. Es sind in vielen öffentlich-rechtlichen Erörterungen normative Prämissen vonnöten, die die traditionellen juristischen Argumente allein in Verbindung mit empirischen oder politisch-ethischen Argumenten begründen können⁶⁶.

So sind staatswissenschaftliche, also empirische Erkenntnisse über die Art und Weise, wie die Rechtsetzung tatsächlich erfolgt, und Prinzipien in allgemeiner staatsphilosophischer Perspektive, welche die Geschehnisse in eine allgemeine normative Dimension stellen, integrale Bestandteile rechtswissenschaftlicher Untersuchung⁶⁷. Gewiß: Sollen und Sein, Norm und Fakt sind – insbesondere in

⁶⁶ Daß dies den deduktiven Argumentationstypus, Kern der spezifischen juristischen Argumentation, nicht behindert, weisen *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 31ff., 112ff., nach.

⁶⁷ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 349ff.; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 346ff.; *Loughlin*, Public Law, S. 35, 241 und passim; *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 121. Sicherlich verlangt dies, stets zwischen den verschiedenen Argumentationsebenen zu trennen und nicht über gleichlautende Termini unkontrolliert Bedeutungen zwischen den Ebenen zu transportieren: Die juristisch-normative Dimension ist regelmäßig zuweisend, die empirische Dimension hingegen informativ-beschreibend, was erhebliche Bedeutungsunterschiede implizieren kann; zur Differenz zwischen juristischer und empirischer Terminologie *Morris*, Segni, linguaggio e comportamento, S. 131ff. Kritisch gegenüber dieser Einbeziehung *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 338ff.

der Perspektive des Rechts – zu trennende Bereiche⁶⁸, der »naturalistische Fehlschluß« ist zu vermeiden⁶⁹. Gleichwohl ist jede normative Konstruktion, die praxisleitend sein will, gut beraten, die staatswissenschaftlichen Erkenntnisse hinsichtlich der tatsächlichen Rolle der verschiedenen Akteure des Rechtsetzungsprozesses als mehr zu sehen denn als etwas, was mit den Ergebnissen rechtlicher Auslegung konform oder inkonform ist. Unter der Prämisse, daß die Rechtswissenschaft eine praktische Wissenschaft ist, sollte sie zu Ergebnissen kommen, die wirklichkeitsgerecht sind. Die politische Philosophie hingegen orientiert. Dem im Rahmen vager gesetzlicher Bestimmungen Orientierung Suchenden können die Erkenntnisse staatswissenschaftlicher Arbeiten die Landkarte stellen, die das Gelände erfaßt, in dem er zu handeln, also zu argumentieren, hat: die Landkarte beschreibt ihm das Gelände, also den Rahmen sinnvollen Handelns. Rechtsphilosophische⁷⁰ Arbeiten, die sich um die Bestimmung des *Richtigen* und *Vernünftigen* bemühen, können hingegen als Kompaß dienen⁷¹.

Dieser modellorientierte Ansatz zielt nicht darauf ab, die Vielfalt möglicher Politikzyklen in ein enges Schema zu pressen. Variationen nach Zeitpunkt, Politikfeld, Maßnahmetypus, Akteuren und Parteikonstellationen sind selbstverständlich. Wohl aber wird behauptet, daß das Modell die regelmäßigen Prozesse und damit den »Normalfall« einfängt und eine verfassungsrechtliche Analyse auf dem Normalfall staatlicher Rechtsetzungspraxis aufbauen sollte: Der Ausnahmefall ist vom Normalfall und nicht der Normalfall vom Ausnahmefall her zu erarbeiten. Der Modellbegriff selbst ist bescheiden: Er bedeutet ein normative und empirische Komponenten umfassendes System, ein geordnetes Beisammensein von Begriffen und empirisch überprüfbareren Aussagen, das zur Ordnung und

Implizit verfährt Rechtswissenschaft stets in einer Modell- oder Theorieorientierung, wie gerade das Thema gubernativer Rechtsetzung zeigt. Sämtliche rechtswissenschaftlichen Beiträge interpretieren die einschlägigen Rechtsnormen vor dem Hintergrund einer allgemeinen, rechtsordnungsübergreifenden Theorie politischer Herrschaft, zumeist allerdings dem klassischen Parlamentarismus in Verbindung mit der traditionellen Gewaltenteilungslehre. Diese Orientierung ist von zentraler Bedeutung: Die Schwierigkeiten in der Dogmatik der Rechtsquellen beruhen, so eine These dieser Arbeit, zu einem nicht unwesentlichen Teil darauf, daß sie auf der Grundlage eines überlebten, nämlich des traditionellen parlamentarischen Modells, operieren. Nicht nur die tatsächlichen Machtverhältnisse, sondern auch ihr normativer Rahmen lassen sich in den traditionellen interpretatorischen Bahnen nicht mehr fruchtbar bearbeiten.

⁶⁸ Klassisch *Hume*, A Treatise of Human Nature (Book III, Part I, Section I), S. 245f.; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 501 ff.

⁶⁹ *Moore*, Principia Ethica, S. 40f. et passim.

⁷⁰ Die entsprechenden Theorieangebote firmieren nicht allein unter »Rechtsphilosophie«, sondern auch als »politische Philosophie« oder »Ethik«, entsprechend der jeweiligen Konzeption des Umfangs der Autonomie des rechtlichen Bereichs. Für die Zwecke dieser Studie sind sie gleichermaßen nutzbar.

⁷¹ Vgl. *Taylor*, Social Theory as Practice, S. 110; *MacIntyre*, The indispensability of political theory, S. 32. Diese Nutzung rechtsphilosophischer Theorieangebote bedeutet, wie im folgenden zu zeigen ist, nicht, daß ein vernunftrechtliches Programm verfolgt wird.

Klärung von Sachverhalten genutzt werden kann⁷². Es muß zum einen facettenreich genug sein, um der Komplexität der Wirklichkeit gerecht zu werden, zugleich aber hinreichend einfach strukturiert sein, um einen Beitrag zur Reduktion der realen Komplexität zu leisten. Darüber hinaus soll es eine normative Perspektive der fortbildenden Interpretation und politischen Weiterentwicklung erschließen. Das unterbreitete Modell rechtfertigt sich aus der gegenseitigen Stützung vieler Erwägungen – insofern sei der Leser um Geduld ersucht – und sieht sich bestätigt, wenn es eine bessere Erfassung des Rechts der Rechtsetzung ermöglicht und zugleich eine begrifflich angeleitete Kritik erlaubt.

Angesichts des zentralen Stellenwerts modelltheoretischer Überlegungen sei ihre Natur und konkrete Bedeutung im Argumentationsstrang noch näher umrissen. Das Modell selbst ist abstrakt und ein Hilfsmittel zur Ordnung der Wirklichkeit. Die Arbeit verfällt nicht dem Irrglauben, aus den Elementen des Modells Rechtsregeln ableiten zu können. Spätestens *Kant* entzog der Entwicklung normativer Modelle *more geometrico* die wissenschaftliche Grundlage. Das Verhältnis von Modell und Recht als normativer Wirklichkeit ist nach *Hegels* Vorbild konzipiert⁷³, eine Argumentationsform, die oft »dialektische Methode« heißt. Der begriffliche Rahmen ist allgemein und eine Konstruktion. Seine Konkretisierung kann nicht mittels einer »Deduktion« konkreter Regeln aus den allgemeinen Prinzipien erfolgen; es war diese Erkenntnis, die dem klassischen Naturrecht die Grundlage entzogen hat. Nach der hier gewählten Methode erfolgt die Vermittlung vielmehr durch die begrifflich kontrollierte Anreicherung der allgemeinen Begriffe mit historisch gegebenem Material, das heißt in unserem Fall: mit dem geltenden Recht. Sie ist also innerhalb des breiten vorgegebenen Rahmens induktiv. Der dialektische Ansatz ist pragmatisch, als er die Rechtsfiguren nicht aus Prinzipien entwickelt, sondern induktiv aufnimmt und nach ihren praktischen Konsequenzen im Lichte der Prinzipien beurteilt⁷⁴. So geht es darum, die konkreten Gestalten nachzuweisen, in denen die Rechtsetzung erfolgt, und dabei zu untersuchen, wie in ihnen die Prinzipien der Rechtsetzungsverfahren verwirklicht werden. Für den Korpus der Studie haben Gesetzgebung, Urteile und wissenschaftliches Schrifttum die konstitutive Funktion der Anreicherung und der Kontrolle.

Das Erfordernis ausdrücklicher Modellorientierung wird durch den gemeineuropäischen Ansatz weiter verstärkt. Es wäre ein aussichtsloses Unterfangen, wollte man ein gemeineuropäisches Recht so angehen, daß man über den schon kaum noch zur Einheit zu synthetisierenden Gehalt des positiven Rechts der verschiedenen Rechtsordnungen eine weitere dogmatische Schicht legte; eine so

⁷² Vgl. *Mittelstraß*, Die Möglichkeit von Wissenschaft, S. 56ff., 199ff.; *Schmidt*, Demokratietheorien, S. 17; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, S. 1 f.

⁷³ Hierzu insbesondere *Fulda*, Zum Theorietypus der Hegelschen Rechtsphilosophie, S. 393ff.; *Henrich*, Logische Form und reale Totalität, S. 428ff.

⁷⁴ *Loughlin*, Public Law, S. 126.

konzipierte Schicht wäre geprägt von extremen Abstraktionen und kaum mehr in der Lage, Inhalte zu transportieren. Anders gesagt: In der Tiefe, nicht aber in der gesamten Breite kann Gemeinsames der fünf Rechtsordnungen nachgewiesen werden. Der hier verfolgte Ansatz untersucht die Rechtsordnungen zwecks Beleg und Anreicherung einer These. Zugleich muß dieser wie jeder Versuch, allgemeine rechtswissenschaftliche Aussagen über staatliche Handlungsformen aufzustellen, die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit deutlich machen. Das Recht und damit die Handlungsformen wie die sie erfassende Rechtswissenschaft haben sich in einem hohen Maße auf die Eigenlogik, Sachgesetzmäßigkeiten, Rechtsgüterkonstellationen und Interessenlagen der jeweiligen Regelungsbereiche eingelassen⁷⁵. Strikt einheitliche Lösungen für sämtliche unter eine Handlungsform subsumierten Maßnahmen werden nur noch in wenigen Fragen vertreten⁷⁶. Diese Untersuchung muß sich in zahlreichen Punkten darauf bescheiden, Grundlagen und maßgebliche Gesichtspunkte für die eigentliche rechtliche Lösung zu unterbreiten. Deshalb geht es auch nicht darum, das einschlägige positive Recht, wie es am 31. Oktober 1995 für die ausländischen, am 31. Oktober 1998 für die deutsche Rechtsordnung stand, in seiner gesamten Breite einschließlich sämtlicher Dispute darzustellen. Der verfolgte Ansatz ist vielmehr bemüht, eine neue Konzeption der Rechtsetzung im geltenden Recht und ihre Interpretation im Lichte der leitenden Rechtsprinzipien nachzuweisen. Die Absicht ist, gemeinsame normative Gehalte aufzuzeigen, anerkannte dogmatische Figuren darzustellen und fortzuentwickeln, Ansätze der Realisierung abstrakter Ideen gegenüberzustellen und offene Fragen herauszufinden.

⁷⁵ Dies wird besonders deutlich bei der Frage hinreichender Bestimmtheit einer Rechtsverordnungsmächtigung (vgl. unten, 3. Teil, § 30 1), aber kaum weniger bei der differenzierten Ausgestaltung des Erlaßverfahrens bei Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften.

⁷⁶ So etwa bei der Zuordnung einer Maßnahme zu einer Handlungsform, unten, 2. Teil, § 16.

1. Teil

Ein neues Modell der Rechtsetzung

I. Staatswissenschaftliche und rechtsphilosophische Grundlagen

Dieser Teil unternimmt die Entwicklung eines zugleich normativ ausgerichteten und empirisch gehaltvollen Modells der Rechtsetzung, an dem sich die Interpretation der die Rechtsetzung regelnden verfassungsrechtlichen Bestimmungen in Zweifelsfragen orientieren kann. Zu diesem Zweck werden zunächst (§4) die maßgeblichen normativen Perspektiven unabhängig von den Strategien ihrer institutionellen Realisierung entwickelt, so daß sie als Maßstab unterschiedlicher Strategien dienen können. In einem zweiten Schritt (§5) wird dargelegt, warum das überkommene Modell der Rechtsetzung, welches bei der Interpretation von Zweifelsfragen zumeist unausgesprochen zugrundegelegt wird, unzulänglich ist. Da der verfolgte Ansatz normativ überhaupt nur dann Sinn macht, wenn detaillierte Rechtsetzung nicht prinzipiell normativ bedenklich ist, kommt es in einem dritten Schritt (§6) zu einer grundsätzlichen Bewertung dichter normativer Regelung. Im vierten Schritt (§7) werden dann die typischen Rollen, welche die verschiedenen Akteure nach den Erkenntnissen der Staatswissenschaft bzw. politischen Wissenschaft im Rechtsetzungsprozeß ausüben, geschildert und im Lichte der leitenden Prinzipien gewürdigt, wodurch das Realisierungs-, aber auch das Gefährdungspotential der gegenwärtigen Staatspraxis – auf einem hohen Abstraktionsniveau formuliert – deutlich werden soll. Mittels dieser Beschreibungen und Bewertungen soll das hier unterbreitete Modell der Rechtsetzung plastisch werden.

§ 4 Die leitenden Prinzipien

Herrschen ist in den westeuropäischen Gesellschaften ein schwieriges Geschäft. Sie sind zu komplex, als daß die staatliche Sanktionsandrohung genügte, Rechtsgemäßheit zu sichern. Herrschaft ist nur aussichtsreich, wenn sie den gesellschaftlichen Legitimitätserwartungen entgegenkommt. Selbige sind hoch: Die Bevölkerung ist zu selbstbewußt, als daß die bloße Staatlichkeit eines Aktes Legitimation stiften könnte. Es wird verlangt, daß die Akte demokratisch begründet sind, eine Reihe subjektiver Positionen respektieren und zudem »gutes«, d.h. sachadäquates Recht setzen. Diese Erwartungen, in den Verfassungen als Rechtsprinzipien aufgenommen, liegen nicht selten in Konflikt, ein weiteres, gewichtiges Er-

schwernis. Das Recht der Rechtsetzung kann als das aufwendige Unterfangen der Rechtsordnung gelesen werden, die Effizienz ihrer Normen durch anspruchsvolle Rechtsregime zu sichern, welche eine Reihe formeller und materieller Anforderungen an den Normerlaß stellen.

Diese Rechtsregime sind Teil der Konstitutions- und Verfahrensregeln des politischen Systems und als solche Thema dieser Untersuchung. Ihre soziale Bedeutung wird deutlicher, verortet man sie im Gesamtzusammenhang des Gemeinwesens. Hilfreich ist zu diesem Zweck dessen analytische Gliederung in drei Ebenen¹. Die erste Ebene des politischen Gemeinwesens konstituiert sich um die grundlegenden Werte und Zwecke. Dabei gilt: je ausgeprägter die Integration einer politischen Gemeinschaft um gemeinsame Werte und Zwecke, desto stabiler das auf ihr aufbauende Gemeinwesen und desto leichter die Rechtsetzung. Diese Grundlage ist wegen der Differenziertheit der Lebensformen und Überzeugungen in den westeuropäischen Gesellschaften dünn². Um so wichtiger sind daher die der zweiten Ebene zugeordneten Normenkomplexe, welche die Gegenstände dieser Studie umfassen. Wenn über die wünschenswerten Inhalte der Rechtsordnung Uneinigkeit besteht, so kann die Legitimität der gesetzten Normen mittels der Übereinstimmung über diese Regeln erzeugt werden. Eine Korrelation ist hier wahrscheinlich: Je unterschiedlicher und vielfältiger die Positionen, die in den Prozeß der Rechtsetzung einzugehen haben, desto aufwendiger und komplizierter das Recht der Rechtsetzung. Die dritte Ebene bildet das Verhalten der Operateure des politischen Systems, insbesondere das Verhalten der zur Entscheidung aufgerufenen Herrschaftsträger. Sie interessiert diese Studie nur im Rahmen einer Folgenbetrachtung, wenn die Steuerungskraft und sozialen Auswirkungen der Regeln der zweiten Ebene thematisiert werden.

Zur genaueren Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes ist es hilfreich, auf der zweiten Ebene, also bei den Konstitutions- und Verfahrensregeln des politischen Systems, drei Regelungskomplexe zu unterscheiden, die zwar zusammenwirken, in ihrer Ausgestaltung und Dynamik jedoch über eine erhebliche gegenseitige Autonomie verfügen³. Der erste Komplex besteht aus dem Parteien- und dem Wahlsystem, mittels deren über die personelle Besetzung der zentralen politischen Organe entschieden wird. Der zweite Komplex umfaßt die Ordnung des zentralen Regierungssystems, vor allem in dem Verhältnis von Parlament und Regierung als dem institutionellen Kern des Staates sowie von Regierung und Regierungschef⁴. Der dritte Komplex regelt das Verhältnis von staatlichem Zentrum und Peripherie, betrifft also die zentralisierte oder föderalisierte Struktur der Organisation hoheitlicher Gewalt.

¹ Easton, A Systems Analysis of Political Life, S. 191 ff.

² Zu diesem Thema Hesse, Aufgaben einer Staatslehre heute, S. 70; ausführlich Vesting, Politische Einheitsbildung und technische Realisation, S. 211 ff.

³ In Anlehnung an Fabbrini, Quale democrazia, S. 1 ff. und passim.

⁴ Hesse/Ellwein, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, S. 220.

Diese Arbeit erörtert mit ihrem Interesse an den Rechtsetzungsverfahren die Frage, wie die Rechtsordnung die Konstitutions- und Verfahrensregeln des politischen Systems gestaltet, damit die tatsächlichen Entscheidungen der politischen Handlungsträger in Übereinstimmung mit den Grundentscheidungen der Verfassung und den Legitimitätserwartungen der Bevölkerung erfolgen. In dieser Absicht seien zunächst die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen thematisiert: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Funktionalität. Sie transzendieren die Gestalt der einzelnen Rechtsetzungsverfahren und Handlungsformen, bilden den allgemeinen Rahmen und liefern die Kriterien, anhand derer die begrifflichen Differenzierungen der Rechtswissenschaft geprüft werden können⁵. Auf diese Weise können die institutionellen Formen des parlamentarischen Regierungssystems als eine Kristallisationsform allgemeiner Prinzipien dargestellt werden, so daß über andere, funktional adäquate Formen nachgedacht werden kann.

Die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen weisen über den rechtlichen Kontext hinaus, sind sie doch in erster Linie ethische Prinzipien, die erst in einem langen und schwierigen Prozeß zu Rechtsprinzipien wurden⁶. Diese Arbeit beruht auf der Annahme, daß diese allgemein anerkannten ethischen Prinzipien den Kern des Rechts in den untersuchten Rechtsordnungen bilden, zumindest in Bezug auf die Rechtsetzung⁷. Diese Prinzipien stehen ihrerseits in der Perspektive des leitenden Prinzips der Menschenwürde⁸.

Vor der näheren Erörterung der leitenden Prinzipien seien einige Probleme dieses Ansatzes diskutiert.⁹ Recht einfach kann dem Einwand begegnet werden, daß eine prinzipienorientierte Darstellung der Vielfalt der verschiedenen Rechtsordnungen Gewalt antue. Dieser Einwand träfe allein zu, wenn aus diesen Prinzipien das konkret regelnde Recht oder gar die Streitentscheidung deduziert werden sollte. Dies bezweckt diese Untersuchung jedoch – wie oben dargestellt – ge-

⁵ Zur verfassungsrechtlichen Funktion solcher Prinzipien näher *Schuppert*, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, S. 51f.

⁶ *R. Dreier*, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, S. 124.

⁷ Über die Prinzipien des Rechts bestehen gewiß mannigfache Ansichten. *Dworkin* rekonstruiert die Rechtsordnung von anderen Prinzipien: »propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practices« (*Dworkin*, *Law's Empire*, S. 225). Es geht im folgenden nicht um die Bestimmung richtigen Rechts auf dieser allgemeinsten Ebene.

⁸ *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 1 I, Rdnr. 4ff. Es mag auf Bedenken stoßen, das Staatsorganisationsrecht aus dieser Perspektive, der Perspektive der Menschenwürde, zu rekonstruieren. An späterer Stelle wird die Arbeit jedoch nachweisen, daß der Kern der Wesentlichkeitstheorie gerade in der Verknüpfung von Grundrechtsdogmatik und Staatsorganisationsrecht besteht. Dies erscheint eine folgerichtige Entwicklung, die auch in der britischen Diskussion über die Verbürgung von Menschenrechten und der Schaffung einer geschriebenen formellen Verfassung eine Rolle spielen. So weist *Turpin* darauf hin, daß jede rechtliche Sicherung der Menschenrechte auf die Staatsorganisation und das Verhältnis zwischen den Gewalten Auswirkungen haben muß; *Turpin*, *British Government*, S. 122.

⁹ Zur Rechtfertigung eines prinzipienorientierten Ansatzes näher *Hofmann*, Rechtsphilosophie, S. 118, 119, 123; *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 51ff.

rade nicht. Sie interessiert sich für die Prinzipien, soweit sie Gehalte für das leitende Modell liefern; im übrigen sind sie viel zu vage, als daß sie dem Erkenntnisinteresse dieser Studie genügen könnten. Im Zentrum stehen vielmehr die konkreten rechtlichen Formen, welche die Prinzipien verwirklichen.

Dieser an Prinzipien orientierte Ansatz steht in der Tradition der klassischen europäischen Staatsphilosophie¹⁰. Indem er die wissenschaftliche Erörterung der Rechtsetzungsverfahren an spezifisch ethischen Rechtsprinzipien ausrichtet, verpflichtet er sich einer aufklärerischen Sichtweise, zumal er impliziert, daß »Verbesserung« möglich ist. Dieses Unterfangen ist mannigfacher Kritik ausgesetzt. Insbesondere in einer marxistischen Sichtweise ist die Ausrichtung von Institutionen an Prinzipien ein sinnloses, sogar gefährliches Unterfangen: Institutionen seien aus Machtverhältnissen, nicht aus Prinzipien zu begreifen¹¹. Auch Autoren anderer Traditionslinien halten eine Lesart des Rechts und staatlicher Institutionen im Lichte von Prinzipien, namentlich der Demokratie, für schlichtweg irreführend¹². Unübertroffen bringt *Friedrich Nietzsche* das Credo in Form: »Staat heißt das kälteste aller kalten Ungeheuer. Kalt lügt es auch; und diese Lüge kriecht aus seinem Munde: ›Ich, der Staat, bin das Volk‹«¹³. Vergleichbare Ansätze im verfassungswissenschaftlichen Schrifttum zielen darauf ab, das in rechtlichen Formen kondensierte Erbe der Aufklärung als bloße Herrschaftsformen darzustellen, in denen das demokratische Verfahren nur eine Maske ist. Recht und Staat seien verselbständigte bürokratische Apparate. Selbst die in ihnen operierenden Menschen hätten kaum einen Einfluß auf die Operationsweise dieser Apparate. Recht ist für sie »coextensive with bureaucratic practice and institutional inertia«¹⁴.

Sicherlich haben rechtliche Institutionen nicht nur normative, sondern auch strategische Dimensionen. Sie haben gewiß auch die Funktion, den Machtinteressen derjenigen zu dienen, welche aus mannigfachen Gründen Einfluß auf ihre Gestalt nehmen können. Es wäre naiv, die bestehenden verfassungsrechtlichen Formen als den Versuch reiner Verwirklichung eines Sets ethisch wertvoller Prinzipien begreifen zu wollen. Gleichwohl kann mit dem prinzipienorientierten Ansatz gearbeitet werden, denn bei jeglicher Argumentation im normativen Zusammenhang zählt das schlichte Machtinteresse der Machtinhaber nicht. In verfassungsrechtlichen wie -politischen Auseinandersetzungen ist der Hinweis auf bestehende Machtpositionen kein normativ-begründendes Argument; gerade der

¹⁰ Nach *Richard Rorty* ist sie zur Zeit von drei Ansätzen dominiert: dem kantianischen, dem hegelianischen und einem hegelianischen, der liberale Institutionen bewahren will; insbesondere letzterem ist diese Studie verpflichtet, *Rorty*, Postmodernist Bourgeois Liberalism, S. 383 ff.

¹¹ Dazu *Rückert*, Zur Erkenntnisproblematik materialistischer Positionen in der rechtshistorischen Methodendiskussion, S. 257 ff.

¹² *Murphy*, The Habermas Effect, S. 135 ff.

¹³ Also sprach Zarathustra, S. 41.

¹⁴ *Schlag*, Normative and Nowhere to Go, S. 186. Ähnlich *Frug*, The Ideology of Bureaucracy in American Law, S. 1279 ff.

Inhaber der Macht wird sich anderer Argumente bedienen, unter ihnen sind Demokratie, Funktionalität und Rechtsstaatlichkeit die wichtigsten¹⁵. Die Darstellung des Rechts von Rechtsprinzipien her behauptet allein, daß die normativen Argumente eine logische Autonomie und ein eigenes Gewicht haben, nicht bloße »Ideologie« sind.

Ein weiterer Einwand gegenüber diesem Ansatz mag so formuliert werden, daß die Orientierung an materiellen Prinzipien den eigentlichen Geltungsgrund des Rechts übersehe oder gar wissentlich beiseite schiebe. Der Gesichtspunkt staatlicher Autorität, zentraler Begriff des traditionellen öffentlich-rechtlichen Denkens, finde keine eigenständige Berücksichtigung¹⁶. Staatliche Autorität, die Legitimität eines Aktes aus dem Umstand, daß er staatlich ist, ist für nicht wenige Staatsrechtler die erste und wichtigste Voraussetzung eines funktionierenden Gemeinwesens. Autorität heißt, daß der Bürger dem Recht gehorchen muß, wenn es in einem bestimmten Verfahren gesetzt ist. Auf die Zustimmung des einzelnen kommt es nicht an; die Autorität ist vielmehr jeder Staatsgewalt inhärent, die es historisch vermochte, sich als solche durchzusetzen. Diese Arbeit wird die vielfältigen Fragen dieses Begriffs der Autorität und des Gehorsams nicht diskutieren. Ihr Verhältnis zu den hier thematisierten Prinzipien wird unter der wohl allgemein geteilten Annahme offen gelassen, daß Verwirklichung der thematisierten Prinzipien staatlicher Autorität und bürgerlichem Gehorsam dienlich ist.

1. Das demokratische Prinzip

Der Begriff der Demokratie ist zum einen ein Gemeinplatz, zum anderen ein Kampfbegriff. Er ist ein Gemeinplatz, als er fast ein Synonym für »gute Ordnung«, für das »bonum commune« ist und damit gerechte von ungerechten Regimen trennt. Die Verknüpfung ist so eng, daß keines der aktuellen politischen Systeme auf die Selbstbeschreibung als demokratisches verzichtet, erscheint doch die demokratische Verfaßtheit dem zeitgenössischen Verständnis als die einzig legitime Staatsform¹⁷. Zum anderen bleibt er ein Kampfbegriff, und zwar nicht nur zwischen konkurrierenden politischen Gruppen, sondern auch bei seiner nähe-

¹⁵ Das schlichte Machtargument ist dem utopischen Terrorstaat vorbehalten, vgl. O'Briens Eloge der Macht in *Orwell*, *Nineteen Eighty-Four*, S. 279f.

¹⁶ Vgl. etwa *Doebring*, *Der Autoritätsverlust des Rechts*, S. 103ff.; Loughlin, *Public Law*, S. 63, 72f., 157.

¹⁷ Gleichwohl begegnet die demokratische Staatsform in der Rechtslehre bisweilen noch einem tiefen Mißtrauen, dessen Gründe bei *Walker* vollendeten Ausdruck finden: »The major defects of democracy are the incapacity of the majority of citizens to understand the extremely difficult and complicated issues of social and economic policy involved in modern government, the constant danger of their being deluded by popular leaders to support courses which are attractive and easy, the low intelligence of the great mass of voters and their liability to be influenced by motives of greed, jealousy, and selfishness«, *Walker*, Stichwort: *Democracy*, S. 350.

ren Konkretisierung. Dies sollte nicht verwundern: Der Begriff der Demokratie gehört zu den »essentially contested concepts«¹⁸. Vor diesem Hintergrund gilt es zunächst einmal, die Intention des Begriffs zu erforschen und dabei die sicheren rechtswissenschaftlichen Gehalte zu identifizieren und ihre rechtswissenschaftlich problematischen herauszustellen.

Diese Untersuchung ist bemüht, einen Demokratiebegriff zu formulieren, der zum einen eine möglichst breite Grundlage in den nach allgemeiner Auffassung einschlägigen rechtlichen Bestimmungen findet, zum anderen aber eine über diesen allgemein anerkannten Bestand hinausweisende und auch in unsicheren Bereichen orientierende Funktion hat. Einen Beitrag hierzu liefert eine Aufgliederung des Begriffs in diejenigen Bedeutungsgehalte, nach denen er ein *klassifikatorischer* Begriff, und in diejenigen, nach denen er ein *komparativer* Begriff ist¹⁹. Diese Trennung erscheint aus zwei Gründen sinnvoll. Zum einen baut der komparative auf dem klassifikatorischen auf: Die zweite Dimension des Begriffs wird überhaupt erst erreicht, wenn die Voraussetzungen der ersten Dimension vollständig erfüllt sind. Zum anderen herrscht hinsichtlich der Bedeutungsgehalte, die den Begriff als klassifikatorischen konstituieren, weitgehende Einmütigkeit, während bei den Bedeutungsgehalten der komparativen Dimension erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen.

Zur klassifikatorischen Dimension: nach ihr ist ein hoheitlicher Herrschaftsverband²⁰ demokratisch oder undemokratisch, ohne Abstufungen und Alternative. Für die erste Dimension finden sich in den untersuchten Rechtsordnungen klarste Hinweise und eine ausdrückliche Abstützung in Art. 3 des Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Allgemein formuliert verlangt sie, daß das Personal der politische Herrschaft ausübenden Organe aus allgemeinen, freien, gleichen, konkurrenzbezogenen und periodischen Wahlen durch die Staatsbürger²¹ hervorgeht oder zumindest durch sie vermittelt sein muß. Die demokratische Staatsform in ihrer klassifikatorischen Bedeutung legt der Herrschaftsausübung im übrigen Schranken zur Wahrung der Möglichkeit des Machtwechsels auf. Demokratie als klassifikatorischer Begriff ist, hier stehen wir auf sicherem Grund, die durch die Verfassung im allgemeinen

¹⁸ Hierzu grundsätzlich *Gallie, Essentially Contested Concepts*, S. 167ff.; weiter *Orwell, Politics and the English Language*, S. 149.

¹⁹ »Klassifikatorische Begriffe erlauben die Einteilung eines Gegenstandsbereichs in Klassen, nämlich in die Klasse der Gegenstände, die die durch den Begriff ausgedrückte Eigenschaft haben [und] die Klasse der Gegenstände, die diese Eigenschaft nicht aufweisen (...). Demgegenüber gestatten komparative Begriffe die Ordnung von Gegenständen danach, ob sie eine ihnen gemeinsame Eigenschaft in höherem, geringerem oder gleichem Maße aufweisen als andere Gegenstände.«; *Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre*, S. 76 mwN.

²⁰ Die Frage nach der Erstreckung des Demokratieprinzips auf den gesellschaftlichen Bereich bedarf hier keiner Erörterung, klassisch und einflußreich *Bernstein, Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie* (1899), S. 170f. und passim.

²¹ BVerfGE 44, S. 125, 140.

und Minderheitsrechte im besonderen beschränkte Herrschaft derjenigen Staatsorgane, deren personelle Besetzung auf der periodischen Wahlentscheidung der Mehrheit der Wahlbürger beruht²².

Nach manchen Konzeptionen beschränkt sich das demokratische Prinzip auf das Erfordernis, daß der Wahlkörper mittels Wahlen die Mitglieder des Parlaments und mittelbar der Regierung ersetzen kann²³. Definiert man den verfassungsrechtlichen Begriff der Demokratie allein über die zuvor genannten Elemente, so hat dies zur Folge, daß unter dem Grundgesetz der Bundestag die gesamte Last demokratischer Legitimation des Bundes tragen muß. Gegen eine derart abschließende Definition spricht, daß eine Verfassung, die in die Zukunft hin angelegt ist, ihre Prinzipien nicht abschließend definiert. Die konkreten Regeln, welche dem Prinzip der Demokratie in der Verfassung zugeordnet sind, bieten nur partielle Definitionen und Konkretisierungen. Dies eröffnet die Perspektive, weitere Verwirklichungsformen des demokratischen Prinzips zusätzlich zu denjenigen Formen zu konzipieren, die auf diesem Wahlmodus personell vermittelter Legitimation fußen.

Diese Überlegungen erschließen die zweite Dimension des Demokratiebegriffs. In dieser zweiten Dimension, und nur in Regimen, die nach der klassifikatorischen Dimension des Demokratiebegriffs demokratisch sind²⁴, ist Demokratie ein komparativer Begriff²⁵. Ein demokratisches Regime kann danach mehr oder weniger demokratisch sein – eine zunächst paradox erscheinende Formulierung, die jedoch aufgrund der verschiedenen Dimensionen des Begriffs nicht nur möglich, sondern angesichts seiner aktuellen Verwendungen sogar die Grundlage einer angemessenen Aufarbeitung ist. Die Berechtigung dieser zweiten Dimension und des komparativen Verständnisses ergibt sich zwingend aus der ganz unbestrittenen Annahme eines verfassungsrechtlichen Prinzips »Demokratie«. Das Prinzip transzendiert die konkreten Regeln über die Konstituierung der politischen Organe und impliziert »Optimierung«, beinhaltet eine »Verwirklichungstendenz, nach oben hin offen, aber aus sich selbst ohne Maß«²⁶.

Während zur Bestimmung des Gehalts der Demokratie als klassifikatorischer Begriff ein klarer Korpus von Regeln zur Verfügung steht, sind die Leitlinien zur Füllung der komparativen Dimension recht vager Natur. Es wird nicht verwun-

²² *Maihofer*, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, S. 428f.; *Sartori*, Demokratietheorie, S. 33, 40ff.

²³ Diese Konzeption ist insbesondere in der britischen Rechtswissenschaft noch recht weit verbreitet vgl. *Atiyah/Summers*, Form and Substance, S. 226. Die wichtigste theoretische Formulierung findet dieses Verständnis im Werk *Schumpeters*, vgl. *Capitalism, Socialism and Democracy*, S. 284f. und passim.

²⁴ Es geht also nicht um die Ersetzung, sondern um die Ergänzung der parlamentarischen Demokratie, so BVerfGE 33, S. 125, 159f.

²⁵ Vgl. etwa *Pizzorusso*, Sistema istituzionale, S. 386f.

²⁶ So zu den Grundrechten *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75ff.; *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, S. 13, 21f.

dern, daß sich hier die wesentlichen Auseinandersetzungen um dieses »essentially contested concept« abspielen. Eine der Bedeutung der Frage und Tiefe der Beiträge angemessene Diskussion der unterschiedlichen Standpunkte soll hier, in Anbetracht guter Zusammenstellungen²⁷, nicht unternommen werden. Vielmehr beschränken sich die folgenden Gedanken auf die Darstellung der in dieser Studie zugrundegelegten Konzeption und ihrer verfassungsrechtlichen Begründung.

Die Demokratiekonzeption dieser Arbeit beruht auf der Menschenwürde des einzelnen; sie und nicht der Volksbegriff bietet den letzten Fluchtpunkt einer staatsphilosophischen wie verfassungsrechtlichen Begründung des demokratischen Prinzips²⁸. In der Staatsphilosophie sind es die wohl wichtigsten Traditionen, welche die Menschenwürde in den Mittelpunkt der demokratietheoretischen Konzeption stellen; genannt sei nur das Vermächtnis des kantianischen Gedankens und des Pragmatismus²⁹. Wichtiger noch erscheint in juristischer Perspektive die positivrechtliche Verankerung dieses Fluchtpunkts. Nicht das Volk als Personengesamtheit, sondern die Menschenwürde des einzelnen prägt das Grundgesetz; die Demokratie ist die ihr entsprechende Staats- und Regierungsform, weil sie die größte Selbstbestimmung des Individuums ermöglicht³⁰. Demokratie ist in ihrer grundlegenden Dimension aus der Perspektive der von hoheitlichen Entscheidungen konkret Betroffenen zu verstehen, nicht nur als Verfahren und auch nicht als die Verwirklichung des Willens eines Makrosubjekts³¹. So versteht der 1. Senat des *Bundesverfassungsgerichts* das demokratische Prinzip vor dem Hintergrund moralischer Autonomie als »freie Selbstbestimmung al-

²⁷ Vgl. etwa *Held*, *Models of Democracy*, S. 143ff.; *Schmidt*, *Demokratietheorien*, S. 19ff.

²⁸ Gewiß ist die anthropologische Grundlage der Menschenwürde, das in sich ruhende Subjekt, nach zeitgenössischen psychologischen, soziologischen und philosophischen Studien problematisch geworden; diesen Fragen kann hier nicht nachgegangen werden.

²⁹ *Hofmann*, *Rechtsphilosophie*, S. 126 mwN. So vor allem *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 1ff., 166ff.; zu dessen Bedeutung für das Denken über Recht und Staat *Kersting*, *Wohlgeordnete Freiheit*, S. 11ff.; *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1, S. 325ff.; vgl. weiter *Dewey*, *The Ethics of Democracy*, S. 248 und passim. Problematisch ist das hegelianische Erbe; hierzu Erhellendes bei *Braun*, *Die Lehre von der Opposition bei Hegel und Gans*, S. 345ff. Sicherlich widerspricht es dem Grundgesetz als Ordnung eines pluralistischen Gemeinwesens, es auf eine spezifische Demokratietheorie hin zu interpretieren, *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Rdnr. 127f.; *Stern*, *Staatsrecht I*, S. 599. Die Tradition, an die hier angeknüpft wird, ist jedoch derartig breit und einflußreich, daß sie diese Annäherung nicht trifft. Auch das französische politische Denken der Gegenwart findet nach Strukturalismus und Poststrukturalismus wieder zu dieser Tradition zurück, hierzu *Höhn*, *Die französische Philosophie der Gegenwart*, S. 20ff., mit Quellenverzeichnis.

³⁰ *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20, II, Rdnr. 13; *Meyer*, *Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes*, S. 75f.; *Steinberger*, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, S. 23; *Hofmann*, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, S. 172; *Zuleeg*, *Demokratie in den Europäischen Gemeinschaft*, S. 1069, 1071f.

³¹ *Pizzorosso*, *Sistema istituzionale*, S. 35, 377f.; deutlich auch der Begründer des britischen Verfassungsrechts *A. V. Dicey*: »the true political sovereign of the State [ist, der Verfasser] the majority of electors or (to use popular though not quite accurate language) the nation«, *Law of the Constitution*, S. 424 [Hervorhebung vom Verfasser].

ler«³². Im weiteren gibt es hier zwei dominierende Lesarten dieses Selbstbestimmungsgedankens. Die erste, hier vertretene und der liberalen Tradition der Demokratietheorie zugehörige Lesart begreift diesen Ausgangspunkt so, daß der Staat auf die Bedürfnisse und Präferenzen der einzelnen verpflichtet wird und diese Bedürfnisse und Präferenzen in den staatlichen Verfahren prozessiert werden. Die zweite, emphatische Lesart begreift die Beteiligung als Eigenwert zur menschlichen Emanzipation³³.

Der 1. Senat des *Bundesverfassungsgerichts* hat die menschenrechtliche Grundlage der Demokratie stets betont, während der 2. Senat das Volksmoment in den Vordergrund stellt, dem nach der hier vertretenen Auffassung keine tragende Bedeutung zukommt³⁴; allzu schwach erscheint dieser Studie ihre begriffliche Grundlage³⁵. Das menschenrechtliche Verständnis des demokratischen Prinzips begreift es als Optimierungsgebot, welches neben dem unstreitigen Aspekt der personalen Legitimation der Entscheidungsorgane eine rechtliche Ausgestaltung des hoheitlichen Entscheidungssystems dergestalt verlangt, daß die Bürger an den hoheitlichen Entscheidungen partizipieren bzw. Forderungen, Bewegungen und Werte aus der Gesellschaft einbringen können³⁶. In dieser Perspektive erscheint es durchaus möglich, daß Partizipationsformen neben den Wahlen, also jenseits der Organschaft als Wahlkörper, unter noch zu bestimmenden Voraussetzungen Verwirklichungsformen des Demokratieprinzips sein können. Die konkretisierenden Begriffe dieser Dimension des Demokratiebegriffs können etwa »Beteiligung der Bürger«, »Zugänglichkeit der Regierenden und der Verwaltung«, »Rechenschaftspflichtigkeit der Regierenden« und ihre »Responsivität gegenüber

³² BVerfGE 44, S. 125, 142ff. Diese menschenrechtliche, partizipationsorientierte Konzeption des demokratischen Prinzips findet sich ebenfalls in den anderen Rechtsordnungen, wie in den Ausführungen über die Beteiligungsformen näher darzustellen sein wird. Diese Demokratiekonzeption leuchtet auch in völkerrechtlichen Akten auf. So besagt die 2. Begründungserwägung des Pakts über bürgerliche und politische Rechte v. 19. 12. 1966, »daß sich diese [die bürgerlichen und politischen, *der Verfasser*] Rechte aus der dem Menschen innewohnenden Würde herleiten«.

³³ *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik, S. 148f. und passim; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 532f. und passim; *Offe/Preuß*, Democratic Institutions and Moral Resources, S. 143ff.

³⁴ BVerfGE 89, S. 155, 186; E 83, S. 37, 50ff.; E 83, S. 60, 71ff.; aus der Literatur v. a. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 893ff.; zur Diskussion dieser Auffassung *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 305ff.; *Uerpmann*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht im demokratischen Staat, S. 3ff.

³⁵ So unterscheidet *Fraenkel* in dieser Hinsicht vier gänzlich unterschiedliche Demokratiekonzeptionen, Deutschland und die westlichen Demokratien, S. 344ff.

³⁶ Dies bedeutet nicht, daß das Prinzip aus sich heraus ohne weiteres Partizipationsrechte oder Gesetzgebungsaufträge generieren könnte. Sicher ist, daß Rechtsprinzipien in juristischen Begründungen einen eigenständigen normativen Wert haben und die wissenschaftliche Konstruktion des Rechtssystems ausrichten. Als erste Prämisse einer juristischen Entscheidung können sie jedoch nur in seltenen Fällen dienen. Die Zulässigkeit einer entsprechenden Entscheidung beurteilt sich nach den allgemeinen Gesichtspunkten der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung, hierzu *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 97ff., 100, 346ff. mwN.

Präferenzen der Bürger« sein³⁷, wobei gewiß stets im Auge zu behalten ist, daß die Ausweitung der Beteiligungschancen die Verarbeitungskapazität des politischen Systems überfordern kann.

In der Tat können die untersuchten Rechtsordnungen, die Bevölkerungen zwischen 55 und 80 Millionen Menschen erfassen, diesen Anforderungen nur mit einem äußerst aufwendigen System von Institutionen nachkommen, soll das Prinzip auf eine auch nur ansatzweise überzeugende Weise verwirklicht werden. Unter den gegenwärtigen Bedingungen gesellschaftlicher Differenziertheit und angesichts der Komplexität der meisten der zu entscheidenden Fragen wäre es naiv, wenn nicht gar subversiv zu vertreten, mit simplen Formen wie Referenden oder der Eröffnung undifferenzierter Partizipation in den hoheitlichen Entscheidungsverfahren das demokratische Prinzip besser verwirklichen zu können: Es bestünde vielmehr die Gefahr, daß kleine, aber gut organisierte Gruppen die Entscheidungsverfahren okkupieren oder zumindest blockieren und damit die Demokratie als *Entscheidungssystem* sowie die politische Gleichheit der Bürger, wesentliche Komponente des Demokratiebegriffs³⁸, in nicht akzeptabler Weise beeinträchtigen. Referenden mögen in Einzelpunkten und -fragen wünschenswert und praktikabel sein; der überwältigende Teil der staatlichen Willensbildung ist in anderen Verfahren besser aufgehoben. Es ist ein ständiges Thema dieser Studie zu zeigen, daß die partielle Autonomisierung der hoheitlichen Organe nicht nur zur Verwirklichung des rechtsstaatlichen und des funktionalen Prinzips, sondern auch des demokratischen Prinzips von zentraler Bedeutung ist. Die politische Theorie erreicht zumeist nur die pauschale Forderung der Aufwertung von Partizipationsverfahren³⁹; sie sehen über die eigentlichen Probleme hinweg. Diese Studie wird an späterer Stelle den vorsichtigeren und reflektierteren Umgang der Rechtsordnungen mit dieser dornigen Frage nachweisen. Doch gerade zu diesem Zweck ist es von entscheidender Bedeutung, mit dem Prinzip der Menschenwürde eine klare Richtung in der Interpretation der einschlägigen Bestimmungen zu haben.

2. Das rechtsstaatliche Prinzip

In den Verfassungskämpfen der europäischen Moderne spielt die Auseinandersetzung um die Beteiligung an der politischen Macht, um die Verwirklichung des demokratischen Prinzips, die größte Rolle. Doch stützt sich die Legitimität ho-

³⁷ Näher *Schmitter*, *Democratic Theory and Neocorporatist Practice*, S. 507ff.

³⁸ Den Ansatzpunkt in der Menschenwürde in der politischen Gleichheit stützt die politische Lesart des allgemeinen Gleichheitssatzes; *Pizzorusso*, *Sistema istituzionale*, S. 433f.

³⁹ Enttäuschend in dieser Hinsicht *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 415ff. Zur mangelnden Berücksichtigung der Führungsstäbe in der Demokratietheorie *Schmidt*, *Demokratietheorien*, S. 134.

heitlicher Entscheidung keineswegs allein auf die Institutionen, welche diesem Prinzip dienen. Neben der demokratischen Legitimation, welche auf direkter oder indirekter Beteiligung an der Entscheidung gründet, steht ein Legitimationsmodus aus dem spezifischen Schutz bestimmter wichtiger Interessen. Legitimation folgt auch aus der Garantie, daß der staatlichen Entscheidung gewisse Regelungsmodi entzogen sind, welche diejenigen Interessen des einzelnen, die Grundrechte schützen, in qualifizierter Weise beeinträchtigen. Sämtliche Rechtsordnungen kennen eine Reihe von Rechtsinstituten, welche Interessen des einzelnen gegen hoheitliche Beeinträchtigungen schützen, sei es, daß sie sie ganz hoheitlicher Beeinträchtigung entziehen, oder aber, so üblicherweise, ihre Beeinträchtigung nur unter qualifizierten Voraussetzungen gestatten und gerichtliche Verfahren bereitstellen, in denen die geschützten Positionen geltend gemacht werden können.

Die Identifizierung der allgemeinen Gehalte einer rechtsstaatlichen Ausgestaltung von Rechtsetzungsverfahren erscheint weniger kontrovers als beim demokratischen Prinzip. Verlangt ist zum einen, daß das Vorgehen hoheitlicher Organe dem einzelnen ermöglicht, sein Verhalten auf die Maßnahmen einzustellen⁴⁰. Rechtsstaatlichkeit bei der Rechtsetzung bedeutet zum anderen, daß die hoheitlichen Organe einen – im Detail zu bestimmenden, historisch jedoch recht deutlich vorgegebenen – Bestand an Rechtspositionen des einzelnen anerkennen, der nur unter qualifizierten Voraussetzungen beeinträchtigt und nur in gewissen Weisen gestaltet werden kann. Es handelt sich im Kern um identische Rechtsinstitute; die Rechtsvergleichung hat in dieser Hinsicht einen beachtlichen Korpus zu Tage gefördert⁴¹. Im übrigen gewährt die Europäische Menschenrechtskonvention mit ihren verschiedenen Ergänzungen einen durchgängigen Mindeststandard rechtlichen Schutzes. Diese Rechtsinstitute werden häufig, insbesondere in der deutschen, italienischen⁴² und der spanischen Rechtsordnung als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips verstanden⁴³. Im Vereinigten Königreich ist es die *rule of law*, die diese Positionen bezeichnet⁴⁴. Dieser Normenkomplex wird im folgenden als »Rechtsstaatsprinzip« oder als »garantistisches Prinzip« behandelt.

⁴⁰ Hierzu die Nachweise bei *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 15ff.

⁴¹ Vgl. hierzu etwa die Beiträge in *Grabitz* (Hrsg.), Grundrechte in Europa und USA (1986); *Kimmel*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen: Grundrechte, Staatszielbestimmungen und Verfassungsstrukturen, S. 24ff.; *de Vergottini*, Diritto costituzionale comparato, S. 209ff. mwN.

⁴² *de Vergottini*, Diritto costituzionale comparato, S. 217; die italienische Dogmatik behandelt diesen Komplex bisweilen auch unter der Bezeichnung der Fundamentalprinzipien (*principi fondamentali*), so *Pizzorosso*, Sistema istituzionale, S. 369f.

⁴³ In Spanien ist dies ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 CE niedergelegt (*Estado social y democrático de Derecho*), hierzu *Rubio Llorente*, La forma del poder, S. 69f.

⁴⁴ *MacCormick*, Der Rechtsstaat und die rule of law, S. 65ff.; *Loughlin*, Public Law, S. 150ff.

Dem rechtsstaatlichen Prinzip kommt eine überragende Rolle bei der Bewertung rechtswissenschaftlicher Konstruktionen zu. Rechtswissenschaftliche Konstruktionen und damit begriffliche Differenzierungen sind kein Selbstzweck, sondern unterliegen einem Begründungszwang. Sie rechtfertigen sich in aller Regel mit Blick auf die dem rechtsstaatlichen Prinzip immanente Forderung nach Rechtssicherheit. Eine feinere begriffliche Ausdifferenzierung erlaubt, so der Grundgedanke, höhere Systematisierungsleistungen und gewährleistet damit eine sichere Zuordnung neuer Streitfälle und überkommener Streitlösungen. Dies bedeutet zugleich, daß dann, wenn eine begriffliche Differenzierung entsprechende Leistungen nicht mehr erbringt, sie als tendenziell kontraproduktiv aufgegeben werden sollte. Diese Untersuchung wird zeigen, daß einige Differenzierungen im Recht der Handlungsformen vor diesem Hintergrund aufgegeben werden sollten⁴⁵.

3. Das funktionale Prinzip

»Der Staat ist um des Menschen willen da«⁴⁶, kein Selbstzweck, sondern eine Institution im Dienste der Bürger. Hoheitliche Gewalt ist nur legitim, wenn sie ihre Ordnungs- und Steuerungsaufgaben, sprich ihre gesamtgesellschaftlichen Funktionen erfüllt. Damit ist heute nicht nur die Sicherung der Existenzbedingungen und der fundamentalen Rechtspositionen verlangt, sondern darüber hinaus die Sicherstellung einer gewissen Lebensqualität, was in einem relevanten, zunehmend streitigen Umfang eine Verantwortung für die Produktion gesellschaftlichen Reichtums und seine Verteilung einschließt. Kommt die hoheitliche Gewalt diesen Funktionen nicht nach, dann verliert sie an Legitimität, und sei sie noch so demokratisch und rechtsstaatlich verfaßt. Es geht an dieser Stelle nicht um ein modifiziertes Sozialstaatsprinzip, sondern um ein diesem vorausliegendes Erfordernis: Das gesellschaftliche Subsystem »Staat« kann nur dann seine herausgehobene Stellung – man denke nur an das Gewaltmonopol, die einseitige Regelungs- und Zwangsbefugnis, die Abgabehoheit, die Einziehung fast der Hälfte des gesellschaftlichen erwirtschafteten Reichtums – rechtfertigen, wenn es gegenüber

Der Nachweis der rechtlichen Verankerung rechtsstaatlicher Prinzipien bereitet im Vereinigten Königreich unter dem Dogma der »Souveränität des Parlaments« gewiß größere Schwierigkeiten als in den Rechtsordnungen, die über eine normative Verfassung verfügen. Die *rule of law* als Prinzip rechtlich beschränkter Herrschaftsgewalt einschließlich individueller Abwehrrechte ist mit der Souveränität der klassischen und weiterhin herrschenden Konzeption *Diceys* deshalb vereinbar, weil die politische Rechtsetzung in Selbstbeschränkung verfährt, das *common law* also der maßgebliche Regelungskorpus ist, und das Parlament als Gericht, als welches es ursprünglich entstanden war, dies respektiert und fördert.

⁴⁵ Vgl. unten, 2. Teil, § 21; 3. Teil, § 30 I c

⁴⁶ *Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen* (Hrsg.), Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee (1948), S. 61.

dem Rest der Gesellschaft erhebliche Leistungen erbringt⁴⁷. Dieser Aspekt, normativ gefaßt, sei als das *funktionale Prinzip* bezeichnet⁴⁸.

Man kann diesen Aspekt als Teil des demokratischen Prinzips begreifen, insbesondere als das, was in der Politikwissenschaft als der »out-put«-Aspekt der Demokratie gefaßt wird⁴⁹: Wenn die Demokratie eine Herrschaftsform ist, so muß sie auch *Herrschaft*, d.h. Steuerungsleistungen erbringen⁵⁰. Gleichwohl erscheint in einer rechtswissenschaftlichen Perspektive die Aufwertung dieses Aspektes zu einem eigenständigen Prinzip sinnvoll. Zunächst ist das rechtswissenschaftliche Verständnis der Demokratie vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 2, Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG stark »in-put«-orientiert. Wichtiger noch ist der Gesichtspunkt, daß der Aspekt politischer Beteiligung (»in-put«) mit dem Aspekt der Steuerungsleistungen (»out-put«) durchaus in Konflikt stehen kann: Mehr Beteiligung kann zu geringerer Steuerungsleistung führen. So entstehen Probleme, die rechtswissenschaftlich am besten als Optimierungsaufgabe zwischen unterschiedlichen Prinzipien abgebildet werden können. Es dient dem rechtlichen Rationalitätsniveau, daß die Begriffsbildung Konflikte abzeichnet und nicht aufhebt. Dies führt zur Annahme eines eigenen funktionalen Prinzips.

Das funktionale Prinzip verlangt mit Blick auf die Rechtssetzung, daß die Rechtsproduktion dem gesellschaftlichen Regelungsbedarf nachkommt, also eine hinreichende Dichte normativer Regelungen in einem vertretbaren Zeitrahmen leistet und diese Regeln dem Regelungsbedarf entsprechen. Rechtssetzungsverfahren, die derart ausgestaltet sind, daß sie den Regelungsbedürfnissen nur ungenügend nachkommen, sind mangelhaft. Als politisches Postulat ist der Gesichtspunkt der Funktionalität für die Strukturierung der Rechtssetzungsprozesse durchgehend anerkannt⁵¹; einige Verfassungen erheben es zudem zum Verfas-

⁴⁷ Anders wohl *Leisner*: »Der Abschied vom Effizienzstaat gibt aber auch dem Kaiser, was des Kaisers ist: Der Staat muß sich nicht bestätigen. Er ist nicht, weil er wirkt, er wirkt, weil er ist.«, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 60.

⁴⁸ Dieser Gedanke wird nicht selten auch als *Effizienz* bezeichnet, *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 6 mwN., mit überaus skeptischen Folgerungen, S. 58ff. Da dieser Terminus jedoch stark wirtschaftswissenschaftlich geprägt ist und damit eine Berechenbarkeit impliziert, die in diesem Zusammenhang nicht möglich ist, wird er hier nicht genutzt, vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 21; *Böhret*, Funktionaler Staat – Ein Konzept für die Jahrhundertwende? (1993); *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, S. 364ff.; *Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, S. 82ff., 237ff.; *Czybulka*, Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, S. 65f.; *Lubmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 229; sowie die Beiträge in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht (1998).

⁴⁹ *Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, S. 21ff.: »Zwei demokratische Perspektiven«.

⁵⁰ Vgl. bereits oben, 1. Teil, § 4 1.

⁵¹ Allgemein hierzu *García Pelayo*, Las transformaciones del Estado contemporaneo, S. 1597ff.; *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 50 und passim; *Grabitz*, Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft, S. 786, 791; *Graf Kielmansegg*, Legitimität als analytische Kategorie, S. 367, 391ff.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee,