

Vorgaben des humanitären VR, insbesondere die Verbote unterschiedsloser Angriffe oder von Angriffen mit unverhältnismäßigen Kollateralschäden verstoßen« wird (Rdnr. 62). Mit diesen Ausführungen wird das OVG regelrecht verhöhnt:

- Zum einen befasst es sich über weite Strecken des Urteils mit der konkreten Einsatzpraxis von Kampfdrohnen⁴⁹ und zitiert Untersuchungsberichte.⁵⁰
- Zum anderen findet der Drohnenkrieg eben im Geheimen statt: Das OVG stellt resignierend fest, dass es »*offizielle, einen Anspruch auf Vollständigkeit erhebende Angaben der US-Seite*« dazu nicht gebe.⁵¹ Auch das BVerwG gesteht zu, dass entsprechende Feststellungen durch deutsche Behörden und die fehlende Auskunftsbereitschaft der US-Streitkräfte »erschwert« sei.⁵²
- e) Das BVerwG verlangt damit letztlich Feststellungen, von deren grundsätzlicher Nichterreichbarkeit im gerichtlichen Verfahren es erkennbar selbst ausgeht; und schafft damit die Grundlage für das Absehen von der Zurückverweisung und die Entscheidung in der Sache. Das verstößt gegen das Willkürverbot und gegen das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz in Art. 19 Abs. 4 GG.
- f) Vielleicht hatte das BVerwG aber auch Angst davor, dass das OVG angesichts seiner äußerst sorgfältigen Arbeitsweise »Butter bei die Fische« tue. Denn es verweist mit der Begründung nicht zurück, dass »*von den staatlichen Organen grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden ist, wie sie ihre Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des Lebens erfüllen*«. ⁵³ Die Grenzen sind in Ls 4 festgelegt. Diese Grenzen habe die Bundesregierung eingehalten: Es liege »*im außenpolitischen Gestaltungsspielraum der Bundesregierung [...], wie sie auf rechtswidriges oder völkerrechtswidriges Tun anderer Staaten reagieren will*«. ⁵⁴ Aber

das OVG verweist an dieser Stelle richtig darauf, dass es in Bezug auf die völkerrechtliche Bewertung keinen Beurteilungsspielraum gebe.⁵⁵ Das BVerwG vermengt an dieser Stelle die Ebenen: In der Illegalität gibt es eben keinen Beurteilungsspielraum. Die Vorgehensweise der Bundesregierung nach dem Prinzip der Drei Affen – ich sehe nichts, ich höre nichts, ich sage nichts – führt letztlich zur Duldung illegalen Vorgehens der US-Streitkräfte.

3. Bewertung

Das Urteil ist politische Justiz. Die transatlantische Freundschaft verhindert jegliche Kritik am Verhalten der USA. Deshalb die Erfindung von Beurteilungsspielräumen, deshalb die Forderung nach (unmöglicher) weiterer gerichtlicher Aufklärung, deshalb keine Zurückverweisung. Und Art. 19 Abs. 4 GG? Klar: Die Beweislast liegt beim Kläger. Aber: Schon das römische Recht wusste: »*Ultra posse nemo obligatur*.« Die Entscheidung in der Sache basiert daher letztlich auf einem Trick. Das und die Unterwerfung völkerrechtlicher Illegalität unter einen Beurteilungsspielraum mit der Konsequenz, das illegales Handeln der US-Streitkräfte hingenommen wird, müssten zur Aufhebung führen.

49 Rdnr. 429–534.

50 Rdnr. 435, 444, 445, 447, 452; s.a. die abschließende Feststellung in Rdnr. 534.

51 Rdnr. 532; vgl. dazu Becker, DVBl 2018, 619, 623 ff.: Der BT leistete unter dem Druck von Medienberichten mit zahlreichen Kleinen Anfragen Aufklärungsarbeit, die eigentlich der BReg oblag.

52 Rdnr. 65.

53 Rdnr. 67.

54 Rdnr. 79.

55 Dazu oben S. 1547 Ls. 13.

Machtverschiebungen

80. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Mannheim

von Rechtsanwalt FAVerwR Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück*

Die 80. Jahrestagung der Deutschen Staatsrechtslehrer, die am 06. bis 08.10.2021 als Präsenz-Veranstaltung in Mannheim stattfand, war dem Thema »Staatliche Systeme im Umbruch?« gewidmet. Auf Einladung des Vorsitzenden der Vereinigung Ewald Wiederin (Wien) standen auf dem Programm: »Regieren: Staatliche Systeme im Umbruch?« (Angelika Nußberger), »Rückzug von Global Governance« (Philipp Dann), »Die Organisation politischer Willensbildung: Parteien« (Anna-Bettina Kaiser) sowie »Parlamente« (Mehrdad Payandeh), »Neutralität als Verfassungsgebot? Der Staat und religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen« (Markus Müller) sowie »Die Exekutive und der politische Prozess«

(Michael Droege), »Prävention durch Verwaltungsrecht: Klimaschutz« (Claudio Franzius) sowie »Sicherheit« (Heinrich Amadeus Wolff).

Jahr für Jahr treffen sich die Mitglieder der im Jahre 1922 auf Einladung des Berliner Staats- und Völkerrechtlers *Heinrich Triepel* in der damaligen Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin gegründeten und im Jahre 1949 auf Initiative von *Walter Jellinek* neu aufgelegten Vereinigung der Deutschen

* Der Beitrag ist Ministerialdirektor a. D. Prof. Dr. Michael Krautzberger gewidmet, der am 02.10.2021 in Bonn verstorben ist.

Staatsrechtslehrer zu einer wissenschaftlichen Beratung aktueller öffentlich-rechtlicher, vor allem staats- und verfassungsrechtlicher Themen. Die Vereinigung besteht aus Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern, die das Öffentliche Recht – einschließlich des Völker- und Europarechts – an Universitäten in Deutschland, Österreich und der Schweiz lehren. Gegenwärtig zählt die Vereinigung etwa 800 zumeist habilitierte Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer.

Im Gegensatz zur Frühjahrstagung in Wien, die wegen der Corona-Pandemie nur online veranstaltet werden konnte (DVBl 2021, 851), trafen die mehr als 300 Teilnehmer in Mannheim, der ehemaligen Residenzstadt der Kurpfalz, im stadtbildprägenden Barockschloss in Mannheim begrüßt durch die Dekanin *Nadine Klaas*, LL.M., wieder zu einer Präsenztagung zusammen. Trotz der vom Herbst 2020 um ein Jahr verschobenen Beratungen konnten die Ergebnisse wohl auch wegen der glänzenden Vorbereitung durch *Ralf Müller-Terpitz* (Ortsausschuss Universität Mannheim) sowie durch den Vorsitzenden *Ewald Wiederin* sowie seine Stellvertreter *Pascale Cancik* (Osnabrück) und *Christian Walter* (München), die auch die Diskussionen leiteten, und ihren Teams wie gewohnt ihre Strahlkraft für Staatsrecht, Wissenschaft, Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung entwickeln.

In dieser Zeitschrift wurde die Tagung auch durch Aufgreifen des Themas der Wiener Frühjahrstagung zur Corona-Pandemie durch Beiträge von *Jörn Ipsen* »GG und Pandemiebekämpfung«, *Ulrich Jan Schröder* »Verfassungsrechtliche Neutralität«, *Wilfried Erbguth* »Covid 19: Lockdown-Maßnahmen bei Geimpften – Freiheit oder Gleichheit«, *Max-Jürgen Seibert*, »Klimaschutz und Generationengerechtigkeit – Der Jahrhundert-Beschluss des BVerfG« sowie *Achim-R. Börner* »Corona-Pandemie und Eigentumsschutz« begleitet (DVBl 2021, Heft 17). Zu den vorangegangenen Staatsrechtslehrertagungen 2011 in Münster *Stüer*, DVBl 2011, 1530; 2013 in Greifswald: DVBl 2013, 1577; 2014 in Düsseldorf: DVBl 2014, 1573; 2015 in Speyer: DVBl 2016, 28; 2016 in Linz: DVBl 2016, 1580; 2017 in Saarbrücken: DVBl 2017, 1545; 2018 in Bonn: DVBl 2018, 1606; 2019 in Marburg: DVBl 2019, 1522 und 2021 in Wien: DVBl 2021, 851.

1. Regieren: Staatliche Systeme im Umbruch?

Weltweit wird nicht nur die abnehmende Attraktivität und Durchsetzungskraft des demokratischen Modells, sondern auch die Ohnmacht des Verfassungsstaates bei der effektiven Begrenzung und Regelung von Macht diagnostiziert. Ist bei Krisen ein schnelles Reagieren auf besondere Herausforderungen erforderlich und der Erfolg – zumindest vordergründig – in Zahlen messbar? Wird der Wettbewerb zwischen verschiedenen staatlichen Systemen intensiviert? Von dem Umbruch wird auch das Regieren erfasst, beschreibt *Angelika Nußberger* (Universität Köln) die Machtverschiebungen und erläuterte ihre Beobachtungen wie folgt: Fünf sinnstiftende Erzählungen (Narrative) sind für diese Machtverschiebungen in der verfassungsrechtlichen Praxis dominant: Die »entfesselte Exekutive«, ein juristischer Aktivismus der Gerichte (»Gouvernement des Juges«), ein »Populismus«, eine »Expertokratie« – beide gelegentlich auch von Regierungen genutzt – und eine Verlagerung des Regierens von der staatlichen auf die internationale Ebene. Eine Machtverschiebung zugun-

ten einer entfesselten und unkontrollierten Exekutive lässt sich vor allem bei aktuellen Krisen beobachten. Wie weit sich dadurch die gewaltenteilende Balance auf Dauer verschiebt, hängt in jedem staatlichen System von der politischen Kultur der Regierenden und der Regierten, von der Stärke von institutionellen und verfassungsrechtlichen Widerstandkräften, von der Existenz von Vetospielern und von der Führung und Fortsetzung offener Debatten ab. Weltweit treffen Gerichte – oftmals aufeinander Bezug nehmend – grundsätzliche Richtungsentscheidungen bewusst abweichend vom Willen des Gesetzgebers. Das Volk könne im Populismus von den Regierenden als Einheit begriffen und zum Autoritarismus fortentwickelt werden. Gewinne die Expertenberatung die Oberhand, könne die Entscheidungsmacht leicht in die falschen (demokratisch nicht legitimierten) Hände geraten.

Allen Narrativen zu Machtverschiebungen ist nach den Worten der ehemaligen Vizepräsidentin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte die Idee der Marginalisierung im Sinne eines Bedeutungsverlustes des Parlaments gemeinsam – gleich ob es in ein inhaltlich enges verfassungsrechtliches Korsett gezwängt, als zur Entscheidung strukturell ungeeignet angesehen oder aufgrund des unmittelbaren Rückgriffs der Regierenden auf das Volk überspielt wird. Die Zeichen des Wandels sind allerdings uneinheitlich und nicht selten ebenso gegenläufig. Gleichwohl gilt die Erkenntnis: Viele der demokratischen staatlichen Systeme sind gegenwärtig am verfassungsrechtlichen »Kippunkt«. Sie sind zwar gefährdet zu kippen aber noch nicht gekippt.

Die Inhaberin des Lehrstuhls für Verfassungsrecht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung forderte dazu auf, diesen Gefahren entgegenzuwirken. Gutes Regieren beruht nicht nur auf der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben, sondern auch auf den ungeschriebenen Regelungen, die konstitutiv für die demokratische Verfassungsrechtskultur sind. Mit der Infragestellung des die staatlichen Systeme tragenden Grundkonsenses bergen die andauernden Krisen, in denen Schnellregieren mit Effektivität legitimiert, Legalität vernachlässigt und das Parlament marginalisiert wird, ebenso wie die unversöhnliche Spaltung der Gesellschaften und die neue Offenheit für autoritäres Regieren ein großes Risikopotenzial, fügte die auf der Mannheimer Mitgliederversammlung neu gewählte Vorsitzende der Staatsrechtslehrervereinigung hinzu.

2. Regieren: Global Governance auf dem Rückzug?

Der zunächst politikwissenschaftliche Begriff »Globale Governance« bezieht sich auf ein System globalen Regierens, das sich durch zwei Merkmale auszeichnet: Durch inter- und transnationale Institutionen, die durch Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung internationale öffentliche Gewalt gegenüber Staaten und zunehmend auch Privaten ausüben. Das System soll normativ begründet, begrenzt und angeleitet werden durch seine Ausrichtung auf vermeintlich universale, der Weltgemeinschaft gemeinsame, normative Prinzipien. Inhaltlich erleben wir allerdings gegenwärtig das Ende einer ideellen Ära von Globalem Regieren, beschrieb *Philipp Dann* (Humboldt-Universität Berlin) die aktuellen Entwicklungen. Verantwortlich machte der Staatsrechtler dafür, dass vier tragende Säulen der bis-

herigen Global Governance erschüttert sind: Der Eurozentrismus, der Marktliberalismus, das Vertrauen in expertokratisches Recht und den nicht in Frage gestellten Antropozentrismus. Aber eingestürzt seien diese Säulen offenbar nicht. Zu beobachten sei allerdings neben einer Erschütterung eine allmähliche Metamorphose von Global Governance.

Dabei kann das Zusammenspiel von Recht und Diskursen im Sinne eines Erkenntnisgewinns durch kommunikative Rationalität unterschiedlich sein. In den Ebenen Nord-Süd und Markt-Staat liefern Diskurse eher eine rückwärtsgerichtete Klärung und ein kritisches Abbild des Rechts. Auf den Feldern Expertise und Politikökologie dagegen sind in den Diskursen eher prospektive Entwürfe des Rechts zu erkennen. Zugleich warnte *Dann* allerdings vor allzu großen Erwartungen: Wegen der strukturellen Beharrungskräfte des Völkerrechts, eines notwendigen Konsensfordernisses und dem Fehlen starker legislativer wie judikativer Organe dürften diese Diskurse im positiven Recht zeitnah eher erfolglos bleiben. Zugleich machte *Dann* allerdings auch klar: Die Globalisierung unserer Lebenswelten ist unumkehrbar – und globales Regieren unumgänglich. Die Gestaltung dieser Lebenswelten gerade auch durch Recht bleibt daher die Aufgabe unserer Zeit – aber es muss ein plural erarbeitetes und politisch erstrittenes Recht sein, keine einseitige Rechtssetzung.

In der jeweils zwei Referate zusammenfassenden *Diskussion* erhielten die Vorträge 1 und 2 für ihre Einschätzung der Machtverschiebung breite Zustimmung. Daran sei die weltweite Gewichtsverlagerung im Spannungsfeld von USA, Europa, Russland und China nicht unbeteiligt, beschrieb *Anne Peters* (Universität Trier) die Lage. Auch die Klima-Beschlüsse des BVerfG (Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 – DVBl 2021, 808), die RiBVerfG *Andreas Paulus* (Universität Göttingen) ergänzend erläuterte, wurde mehrheitlich als Wegweisung in die richtige Richtung gewertet. Sie würden zwar Leitlinien geben, ließen aber noch genügend Freiraum für den Gesetz- und Verordnungsgeber. Diese Einschätzung wurde von mehreren Teilnehmern geteilt. RiBVerfG a.D. *Paul Kirchhof* (Universität Heidelberg) mahnte allerdings am Beispiel der 2 %-Inflationsgrenze der EZB, nicht sozusagen »auf kaltem Wege« bisherige Ziele mit Worten so umzuinterpretieren, dass auch eine Erhöhung auf vier- und mehr % darunter verstanden werden könne. *Christoph Engel* (GMP Gemeinschaftsgüter Bonn) setzte auf das Vertrauen der Bürger in staatliches Handeln: »Denn man kann nicht neben jeden Müllimer einen Polizisten stellen«. Staatliches Handeln dürfe auch nicht nur vor dem Hintergrund von Krisen betrachtet werden, fügte *Friedrich Schoch* (Universität Freiburg) hinzu und warnte davor, hierdurch eine generelle Machtverschiebung zu rechtfertigen. Die verfassungsrechtliche Einordnung des staatlichen Handelns dürfe nicht nur auf »Krise gebürstet« sein, ergänzte auch *Oliver Lepsius* (WWU Münster).

3. Organisation politischer Willensbildung: Parteien

Seit längerem stellen politikwissenschaftliche Studien einen Verlust der etablierten Parteiensysteme fest. Sie verweisen auf den europaweit zu beobachtenden Verlust von Wählern und Mitgliedern der typischerweise zwei Volksparteien in Deutschland. Der durch die Ausdifferenzierung der Parteienlandschaft

eintretende Pluralismus kommt auf der einen Seite der Wählerschaft zugute. Auf der anderen Seite wird die Regierungsbildung schwieriger. Denn Zweiparteienkoalitionen werden zukünftig eher unwahrscheinlicher und auch Minderheitsregierungen sind nicht mehr ausgeschlossen. Zur Ausdifferenzierung des Parteiensystems tritt eine Machtverschiebung innerhalb der Parteien hinzu: Parteien weiten direktdemokratische Elemente aus. Die innerparteiliche Partizipation verläuft vermehrt digital. Die Grenze zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern wird durchlässiger. Zudem haben die Parteien und die repräsentative Demokratie einen Vertrauensverlust erlitten. Diese und mit ihr zusammenhängende Veränderungen stellen einen zweiten Bereich von Machtverschiebungen dar, den die Sozialwissenschaften als »nachhaltige Krise der Repräsentation« beschreiben. Bei der Suche nach den Ursachen des Vertrauensverlusts sollte die Entmediatisierung durch die sozialen Medien stärker in den Blick genommen werden. Durch Anti-System-Parteien wird die »Krise der Repräsentation« vergrößert, indem nunmehr Parteien unterstützt werden, die sich kollektiv vom System abwenden. Es stellt sich auch aus der Sicht des Staatsrechts die Frage, ob die Parteien noch Sprachrohr des Volkes sind. Vor dem Hintergrund dieses Befundes warnte *Anna-Bettina Kaiser* (HU Berlin) vor einer Überforderung der Parteien und einer Überkonstitutionalisierung des Art. 21 GG. Wichtig sei daher der Abbau der theoretischen Überfrachtung des Art. 21 GG.

Die bestehenden Rechtsinstitute müssten fortentwickelt werden. In seiner derzeitigen Ausgestaltung werde das deutsche Recht der Parteienfinanzierung den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht. Die vom BVerfG geformte Parteienfinanzierung stelle maßgeblich auf die gesellschaftliche Verwurzelung der Parteien durch die Mitglieder und damit auf ein Leitbild ab, das der Realität immer weniger entspreche. Der staatliche Anteil einer künftigen Parteienfinanzierung müsse sich vielmehr an den abgegebenen Wählerstimmen orientieren. Zudem liege in der rechtlichen Trennung von Parteien-, Fraktions- und Parteistiftungsfinanzierung das Hauptproblem. Ein zukünftiges Recht der Parteienfinanzierung müsse diese Bereiche vielmehr gemeinsam regeln. Zugleich müssten Oppositionsrechte in einer ausdifferenzierten Parteienlandschaft gestärkt werden. Dasselbe gelte für eine stärkere innerparteiliche Demokratie. Vor allem gelte es, das Vertrauen in die Parteien zu stärken. Losbasierte Bürgerräte könnten dazu allerdings in aller Regel nur einen geringen Beitrag leisten. Ein zentrales Element zur Rückgewinnung von Vertrauen in die Parteidemokratie sei die rechtliche Einhegung von Hassreden zu Lasten von Politikern und die Eindämmung von medial verbreiteten »Fake News«. Das alles sei nicht einfach. Gleichwohl könne – so die Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Grundlagenrecht – die Rechtswissenschaft nicht nur durch eine Änderung der Parteienfinanzierung auf eine optimale Ausgestaltung hinwirken.

4. Die Organisation politischer Willensbildung: Parlamente

Parlamentarische Willensbildung vollzieht sich im parteienstaatlich geprägten parlamentarischen Regierungssystem entlang politischer Leitlinien und ist geprägt durch die Einteilung der Abgeordneten in Fraktionen und ihre Zuordnung zur Regierungsmehrheit oder Opposition. In der Konzeption der

Parlamentsdogmatik findet sich diese Parlamentswirklichkeit allerdings kaum wieder, erläuterte *Mehrdad Payandeh* (Bucerius Law School Hamburg) den Befund. Die Entwicklung des Parlamentsrechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG heraus ist allerdings weder durch den Text der Norm noch durch das GG im Übrigen vorgezeichnet. Der statusrechtliche Ansatz führt vielmehr zu Diskrepanzen zwischen der dogmatischen Grundkonzeption und der näheren Ausgestaltung durch Parlamentsrecht und Parlamentspraxis.

Der einzelne Abgeordnete kann die Repräsentation nicht allein vollziehen. Er muss vielmehr mit anderen zusammenwirken, um das Volk als Abgeordneter zu vertreten. Einzelne Abgeordnete wirken daher vor allem über die Fraktionen an der Willensbildung und den Entscheidungen des Parlamentes mit. Damit ist ein Schritt weg von den einzelnen Abgeordneten hin zu den politischen Gruppierungen und Strömungen verbunden. Fraktionen erfüllen daher wichtige Funktionen im parlamentarischen System und sind wesentliche Bausteine in der parlamentarischen Demokratie. Wahlrecht und Parlamentsrecht werden daher normativ verschränkt. Es wird dadurch die demokratische Willensbildung fortgesetzt. Das Mehrheitsprinzip ist zwar in Art. 42 Abs. 2 Satz 1 GG verfassungsrechtlich verankert. Zugleich ist aber auch ein Minderheitenschutz verfassungsrechtlich geboten.

Als Einzelner kann der Abgeordnete seine Aufgaben in der parlamentarischen Demokratie allerdings nicht allein erfüllen. Er ist vielmehr für wichtige seiner Aufgabenbereiche auf die Parteien und die Mehrheits- bzw. Oppositionsfraktionen angewiesen, die beide durch die Wahl legitimiert werden und auch dem einzelnen Abgeordneten parlamentarische Kontrollfunktionen eröffnen. Auch ein originäres Rederecht im Parlament oder in einem Ausschuss ist dem einzelnen Abgeordneten nicht unmittelbar zugeordnet, sondern wird durch die Fraktionen vermittelt. Die Ausgestaltung der Binnenorganisation obliegt weitgehend dem Parlament im Rahmen seiner Parlamentsautonomie. Das Parlamentsverfassungsrecht zeigt dabei äußerste Grenzen auf, überlässt aber im Übrigen die organisatorische Ausgestaltung dem demokratischen Prozess und der politischen Kultur. Zugleich machte *Payandeh* aber auch klar: Die Dogmatik des Parlamentsrechts muss der Wirklichkeit des Parlamentarismus ebenso Rechnung tragen wie verfassungsrechtlichen Vorgaben und den organisatorischen Bedingungen parlamentarischer Repräsentation und demokratischer Legitimation. Sie muss sich zudem als offen gegenüber gesellschaftlichen und politischen Veränderungen erweisen.

In der *Diskussion* zu den Vorträgen 3 und 4 machte RiBVerfG a. D. *Dieter Grimm* (HU Berlin) darauf aufmerksam, dass eine Mehrheitsmeinung nicht mit dem Staat als Ganzem verwechselt werden dürfe, sondern auch die Minderheiten schutzbedürftig seien, wie auch *Joachim Lege* (Universität Greifswald) hervorhob. Auch aus der Sicht von *Jochen Frowein* (FU Berlin) ist es sachgerecht, im Rahmen einer Neuordnung der Parteienfinanzierung den Einfluss der parteinahen Stiftungen zu begrenzen. *Hans Peter Bull* (Universität Hamburg) riet dazu, die innerparteiliche Demokratie und die Mitwirkungsmöglichkeiten zu stärken und das Feld nicht nur den vergleichsweise wenigen Berufspolitikern zu überlassen. Dem schloss sich *Martin Morlok* (HHU Düsseldorf) an, warnte aber zugleich auch davor, an die Stelle der unmittelbaren persönlichen Begegnung in großem Umfang digitale Entscheidungsprozesse

treten zu lassen. Auch *Uwe Volkmann* (Universität Frankfurt am Main) riet dazu, auf die Wähler mit entsprechenden Angeboten zuzugehen und das Verfassungsrecht ein Stückweit der Verfassungswirklichkeit anzupassen. Auch das Parlamentsrecht der Länder müsse dabei in den Blick genommen werden, fügte *Sven Hölscheidt* (FU Berlin) hinzu. Die Rechte der fraktionslosen Abgeordneten könnten da etwas aus der Rolle fallen, vermutete *Tonio Klein* (Kommunale Hochschule für Verwaltungswissenschaften Niedersachsen).

5. Neutralität als Verfassungsgebot? Der Staat und religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen

Lehre und Rechtsprechung gehen traditionell von einem Verfassungsgebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität aus. Es gibt allerdings berechtigte Zweifel an dessen Existenzberechtigung. Denn das Gebot lässt sich weder plausibel aus dem geltenden Verfassungsrecht ableiten, noch vermag es sein normatives Programm zu entfalten. Die Neutralität des Staates ist zudem ein leeres Versprechen. Die Idee sollte daher endgültig aufgegeben und durch das Toleranzgebot ersetzt werden, so die Forderung von *Markus Müller* (Universität Bern). Und der Staatsrechtslehrer fügte hinzu: Dazu ist ein klares und entspanntes Bekenntnis zur jüdisch-christlichen Prägung von Gesellschaft und Staat erforderlich. Der Etikettenwechsel vom neutralen zum toleranten Staat ermöglicht ein neues staatliches Selbstbewusstsein. Die Religionsfreiheit verpflichtet ihn zur religiös-weltanschaulichen Toleranz. Entsprechend ist der Staat fortan als tolerant zu etikettieren. Der wesentliche Systemwechsel liegt darin, dass die Neutralität einen eigenen Standpunkt ausschließt, während für die Toleranz ein eigener Standort geradezu bestimmend ist, beschrieb der Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht die Vorteile des aus seiner Sicht eintretenden Paradigmenwechsels.

Schon der französische Aufklärer und Philosoph *Voltaire* habe angenommen, dass Toleranz »Menschlichkeit überhaupt« sei. Die neue Etikette müsse auch mit einer normativen Kraft versehen und möglichst präzise in der Verfassung verankert werden. Dabei sei Toleranz nicht nur als staatliche Handlungsmaxime, sondern auch als individuelle Grundpflicht auszugestalten. Religiöse Konflikte werde es auch in einem religiös-weltanschaulich toleranten Staat geben. Dessen Entscheidungen würden auch nicht zwingend materiell anders ausfallen. Es dürfte ihnen aber – dank authentischer und glaubwürdiger staatlicher Kommunikation – eine höhere Akzeptanz beschieden sein.

6. Neutralität als Verfassungsgebot: Die Exekutive und der politische Prozess

Im Gegensatz zur religiösen Neutralität ist die politische Neutralität des Staates nicht in vergleichbarer Weise ausgeprägt. Und das hat seinen Grund: Staatliches Handeln ist auf dem Felde der Politik nicht in gleicher Weise neutral, sondern in vielfacher Weise mit politischen Akteuren verbunden. Zugleich darf staatliches Handeln nicht in allen Bereichen politisch gesteuert werden, sondern muss vor allem zur Sicherung der Demokratie und der Rechte des Bürgers im Sinne eine Distanzgebotes einen mehr oder weniger großen Abstand zu politischem und insbesondere parteipolitischem Handeln wahren.

Michael Droege (Universität Tübingen) erläuterte auf der Grundlage dieses Befundes die Möglichkeiten aber auch die notwendigen Grenzen des Einwirkens politischer Prozesse auf die Exekutive und erläuterte dies wie folgt: Die vorgefundene Wettbewerbsslage der Politik darf dabei nicht verstellt werden. Demokratie und Rechtsstaat sind vielmehr in vielfältiger Weise aufeinander bezogen. Die Exekutive ist auf eine Bindung an das Gesetz verpflichtet. Neutralität kann daher im Verhältnis von Verfassung und Verfassungswirklichkeit als »Fühlbegriff« beschrieben werden, mit dem das Recht gesellschaftliche Wertungen ertastet und seine Responsivität gegenüber Sozialphänomenen erhöht. Neutralitätsdiskurse reagieren so auf die Wahrnehmung der Verschiebung in Prozesse öffentlicher Willensbildung, der Machtvermehrung nicht majoritärer Institutionen und ungleichen Repräsentationschancen. Das Beamtentum aber auch die Schule gelten dabei traditionell als wichtige Handlungsfelder, die einen angemessenen Abstand zu politischen Einflussnahmen fordern und der als Ausdruck einer entsprechenden Gemeinwohlbindung wohl nur mit entsprechenden Abwägungs- und Abschichtungsvorgängen bewältigt werden kann. Zugleich ist aber auch klar: Eine Neutralität staatlicher Organe entzieht sich einer klaren Eindeutigkeit. Auch Regierung und Ministerialverwaltung sind in einen solchen Abschichtungsprozess eingebunden.

Das Verfassungsgebot der Neutralität soll die Offenheit der Gemeinwohlkonkretisierung um politischen Prozess und der Gemeinwohlbindung der Exekutive sicherstellen. Neutralität akzentuiert eine Grenze demokratischer Mehrheitsherrschaft und fördert demokratische Repräsentanz. Sie ist Ausdruck der Prozeduralität, Reversibilität und Relativität demokratischer Herrschaft als Herrschaft auf Zeit. Vor diesem Hintergrund lässt sich Neutralität übersetzen in sektorale Gleichbehandlungsansprüche und Identifikationsverbote, rechtsstaatliche Sachlichkeits- und Unparteilichkeitsanforderungen, grundrechtliche Freiheitsgewährleistungen und amtsspezifische Mäßigungspflichten. Maß und Möglichkeiten der Exekutive, am politischen Prozess teilzunehmen, sind in diesem weiten Rahmen verfassungsrechtlich nicht vorentschieden, sondern im politischen Prozess demokratisch zu verantworten.

Der Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verwaltungsrecht, Religionsverfassungsrecht und Kirchenrecht sieht hier einen Auftrag an den Gesetzgeber, die Neutralität der Exekutive neu zu regeln. Der Gesetzgeber kann dabei den unterschiedlichen Arenen der politischen Prozesse Rechnung tragen und die weiteren verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen politischer Neutralität bereichsspezifisch konkretisieren. Im Spektrum von formalen Wahlverfahren bis zur öffentlichen Meinungsbildung kann Neutralität ein höheres Maß der Politisierung oder politischer Abstinenz bedeuten. Dabei ist das Vorhaben, Neutralität im politischen Prozess gesetzlich zu formen, ein anspruchsvolles Unterfangen. Es fehlt eine der Wetterscheide der Säkularität vergleichbare Orientierung. Religiöse Neutralität ist etwas anderes als politische Neutralität. Würde der Gesetzgeber das Spannungsfeld von Neutralität der Exekutive und der politischen Prozesse abgrenzen, würde nach den Worten von *Droege* das Wächteramt des BVerfG an Bedeutung verlieren.

In der *Diskussion* zu den Vorträgen 5 und 6 erhielt der von *Müller* vorgeschlagene Paradigmenwechsel von religiöser Neutralität in Toleranz zwar von einigen Zuhörern Zustimmung;

es kamen aber auch eher kritische Stimmen auf. Seine Leitthese, wonach die jüdisch-christliche Prägung von Staat und Gesellschaft als individual- und gesellschaftspsychologisches Phänomen ernst genommen und in normativer Hinsicht mehr beachtet werden sollte, stieß teilweise auf Ablehnung.

Hinnerk Wißmann (WWU Münster) vermutete sogar, dass hier einige methodische Fragwürdigkeiten entstehen könnten. Der Staat müsse von religiösen Einstellungen entsprechende Abstände wahren und es sei auch wenig gewonnen, wenn Neutralität durch eine jüdisch-christliche Weltanschauung ersetzt werde, fügte *Ute Sacksofsky* (Universität Frankfurt am Main) teilweise über die Aussagen des Referates hinausgehend hinzu. Eine Beschränkung auf ein jüdisch-christliches Menschenbild bilde heute wohl auch die Vielfalt der Gesellschaft nicht mehr wieder, wurde angemerkt. Der Gesetzgeber sei in heutiger Zeit auch nicht (mehr) aufgerufen, christliche Symbole etwa gegenüber muslimischen Lebensformen besonders zu bevorzugen. Der Staat habe eine allgemeine Schutzpflicht auch gegenüber anderen Religionen und Glaubensüberzeugungen, ergänzte *Anna Leisner-Egensperger* (Universität Jena). Mit einem Paradigmenwechsel vom neutralen zum toleranten Staat könne am Ende ein »Freund-Feind-Schema« bestärkt werden, in das sich der Staat nicht begeben sollte, ergänzte *Ulrich Jan Schröder* (Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung Duisburg). Für die politische Diskussion sah *Friedhelm Hufen* (Universität Mainz) das Neutralitätsprinzip als »deutsches Missverständnis« und rückte stattdessen Chancengleichheit und Sachlichkeitsgebot in den Mittelpunkt. Nicht wenige Teilnehmer konnten allerdings dem Versuch *Müllers*, an einem alten Dogma zu rütteln, durchaus einiges abgewinnen. *Joachim Lege* (Universität Greifswald) etwa wies mit Blick auf verschiedene kritische Voten auf die Gefahr hin, die Tragweite des Begriffs der jüdisch-christlichen Prägung zu verkennen.

7. Prävention durch Verwaltungsrecht: Klimaschutz

Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen hat dazu geführt, wichtige Teilbereiche des Verwaltungsrechts auf präventives Verwaltungshandeln auszurichten. Im Klimaschutzrecht werden die gesetzlichen Ziele zu Instrumenten des Verwaltungsrechts. Wie aber sieht es mit den Maßnahmen aus? Soll auf Anreize oder Verbote gesetzt werden? Und auf welcher »Ebene« – so fragte *Claudio Franzius* (Universität Bremen) – sind die Entscheidungen zu treffen?

Der Klimaschutz ist primär eine Aufgabe des Verwaltungsrechts, das in seiner Steuerungsfunktion auf hinreichend wirksame Vorgaben zu befragen ist. Es geht nicht darum, das eine gegen das andere Instrument auszuspielen, sondern um eine Optimierung der zu wählenden Maßnahmen im Policy-Mix. Vom Klimaverwaltungsrecht können das allgemeine Verwaltungsrecht und das Verwaltungsprozessrecht lernen. Das gilt vor allem für prozedurale Steuerungsansätze und das Planungsrecht, aber auch für die strategische Prozessführung. Über Rechte, geschützt durch die Gerichte in der Logik des Rechts, kann die Verwaltung angehalten werden, ihrem verfassungsrechtlich gestärkten Auftrag für einen wirksamen Klimaschutz gerecht zu werden. Im Ergebnis erweist sich das Verwaltungsrecht als entwicklungsfähig. Es beschert uns keinen neuen Präventionsstaat. Mit seinen innovativen Ansätzen bietet es einen Einstieg in Antworten auf die neuen Heraus-

forderungen bei der Eindämmung der gefährlichen Folgen des Klimawandels.

Zugleich erteilte der Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht und Umweltrecht und Leiter der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht dem BVerfG einen weitgehenden Persilschein für seine Aussagen in den Klimaschutzbeschlüssen: Wird die Justiz angerufen, um Politik anzustoßen, nicht aber zu ersetzen, lässt sich ein Missbrauch der Dritten Gewalt nicht überzeugend darlegen. Die Nachsteuerung durch die Justiz unter Wahrung von dessen Eigenesetzlichkeiten stellt kein Problem der Gewaltenteilung dar. Gerichte können Impulse für die Anpassung des Rechts an die Herausforderungen des Klimawandels liefern. Das hat das BVerfG mit der intertemporalen Wirkung der Grundrechte getan. Hiermit hat es die Präventionsaufgabe des Staates auf den Punkt gebracht. Die Steuerung durch Recht steht in keinem Gegensatz zum gerichtlichen Rechtsschutz. Vielmehr ist das Prozessrecht unter der Steuerungsperspektive für seine Potenziale zur Durchsetzung des geltenden Rechts zu öffnen. Werden Maßnahmen zur Erreichung des gesetzlichen Budgets angegriffen, gibt es mit den Reduktionszielen einen Kontrollmaßstab, mögen für unzureichend gehaltene Maßnahmen auch nicht ohne genaue Wirkungsanalyse unter diesen Maßstab eingeordnet werden können. Vielleicht sei es sachgerecht, das Klimaschutzrecht in Klimaverwaltungsrecht umzubenennen.

8. Prävention durch Verwaltungsrecht: Sicherheit

Sicherheit ist ein Zustand, bei dem der Urteilende der Auffassung ist, ein näher bestimmtes Rechtsgut sei so ausreichend geschützt, dass ein weiteres Handeln nicht geboten sei. Das sich damit befassende Sicherheitsverwaltungsrecht (SVwR) kann allerdings keinesfalls von sicheren Grundlagen ausgehen, erläuterte *Heinrich Amadeus Wolff* (Universität Bayreuth). Das Rechtsgebiet sei u.a. geprägt von dem mündlichen Verwaltungsakt, wie *Wolff* an einer Anekdote verdeutlichte. Weil eine Familienfeier sich zu lange in die Nacht hineinzog, sei sie von der Polizei beendet worden. Rechtsschutz sei gegen die angeordneten Maßnahmen kaum möglich, jedenfalls sei ein Eilrechtsschutz geradezu ausgeschlossen. Die Verfügung sei auch nur mündlich ergangen und habe sich im konkreten Fall in Luft aufgelöst. Die Polizei habe später vielmehr klar gemacht, sie habe lediglich eine Empfehlung ausgesprochen, ohne eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.

Zugleich räumte der Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, Recht der Umwelt, Technik und Information mit einer Reihe von Mythen, »die im Ergebnis alle nicht zutreffen«, auf. So sind die Vorgaben der konkreten Gefahr nicht immer sicher auszumachen. Der Begriff sollte vor allem Flexibilität ermöglichen. So hat etwa ein Gericht das Fehlen einer Hausnummer an einem Gebäude als konkrete Gefahr gewertet, obwohl das doch keinesfalls auf der Hand liegt, erläuterte der Staatsrechtslehrer. Bei der drohenden oder konkretisierten Gefahr ist der Streit um den Begriff heftiger als um das Ergebnis und zudem abhängig davon, dass der Gesetzgeber nicht eindeutig Stellung nimmt, obgleich dies in sich widersprüchlich geschehen ist. Der konkrete Gefahrenbegriff spiegelt auch nicht eine verfassungsrechtliche Grenze wider. Dem Gesetzgeber steht es unter der Wahrung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes frei, Gefahrenabwehrmaßnahmen

im Vorfeld oder im Nachgang der konkreten Gefahren zu formulieren. Ein gemeinsames deutsches Polizei- und Ordnungsrecht gibt es wohl nur in den Lehrbüchern. Der Rechtsschutz laufe vielfach leer. Das gelte vor allem dann, wenn bei einer unsicheren Lage schnell gehandelt worden sei und vielleicht auch hätte gehandelt werden müssen. Auch gegenüber einer solchen Effizienzdynamik sei ein zeitlich nachfolgender Rechtsschutz häufig nicht effektiv. Es ist wohl auch ein Mythos, das Sicherheitsverwaltungsrecht vor allem als Gefahrenabwehrrecht einzuschätzen.

Insgesamt stellte *Wolff* dem SVwR ein entwicklungsfähiges gutes Zeugnis aus und fügte hinzu: Durch eine ständige Fortentwicklung ist das SVwR auf dem richtigen Weg. Es muss allerdings rechtsstaatlich eingebunden werden. Die Sicherheitsbehörden dürften die Hände einerseits nicht in den Schoß legen. Andererseits müsse allerdings unverhältnismäßiges Handeln vermieden werden. Zugleich seien Defizite im Rechtsschutz zu schließen. Dabei sei vor allem auch der einstweilige Rechtsschutz im SVwR auszubauen. Charakteristische Elemente wie Rechtsetzung durch Gesetz und Verordnungen bei den wesentlichen Leitlinien und sachgerechte Delegationsmöglichkeiten müssten erhalten werden. Auch dürfe die föderale Struktur des SVwR nicht ausgehöhlt werden.

Die positive Einschätzung der BVerfG-Klimaschutzbeschlüsse wurde in der *Diskussion* zu den Vorträgen 7 und 8 mehrheitlich geteilt, wie auch *Charlotte Kreuter-Kirchhof* (HHU Düsseldorf) und *Sabine Schlacke* (WWU Münster/Universität Greifswald) betonten. Durch den Klimawandel seien bereits Schäden eingetreten, sodass es sich nicht nur um Vorgänge im Vorfeld einer Gefahr gehandelt habe, ergänzte *Thomas Groß* (Universität Osnabrück). Es sei allerdings noch nicht ganz klar, wie weit der Rechtsschutz der betroffenen Öffentlichkeit reiche. Die Umsetzung der Zielvorgaben stehe allerdings vor einigen Schwierigkeiten, erläuterte *Michael Fehling* (Bucerius Law School Hamburg). Denn die Bindung des Gesetzgebers etwa durch ein Maßstäbengesetz, wie es im Steuerrecht in Aussicht genommen worden sei (BVerfGE 101, 46), könne auf Schwierigkeiten stoßen. Ein eigenes Klimaschutzverwaltungsrecht, wie es *Franzius* gefordert hatte, brauchen wir allerdings nicht, meinte *Johannes-Christian Pie-low* (Universität Bochum).

Friedrich Schoch rief dazu auf, dem SVwR die verfassungsrechtlichen Spielräume zu belassen und dieses Rechtsbiet nicht ausschließlich als geronnenes Verfassungsrecht zu betrachten.

9. Treffen in Mannheim in gewohnter Präsenz

Das nächste Treffen der Staatsrechtslehrer wird in der Zeit vom 05. bis 08.10.2022 in der traditionsreichen Hansestadt Bremen stattfinden. Dort freuen sich die Teilnehmer schon jetzt darauf, die Beratungen im Kräftefeld des Bremer Roland in persönlichen Begegnungen in vertrauter Runde fortsetzen zu können. Denn auch die Bremer Stadtmusikanten hatten sich ja in Gestalt von Esel, Hund, Katze und Hahn – gegenseitig stützend – trotz aller Untiefen auch in ungewissen Zeiten den räuberischen Wegelagern erfolgreich widersetzt. Warum sollte das nicht auch für die vielleicht in einiger Zeit abklingende Corona-Pandemie gelten?