

Ein Mangel der besonders groben Art offenbart sich aber in der Zusammenschau von § 6 Abs. 1 AO (in besagter Fassung) einerseits sowie § 6 Abs. 1a und 1b AO andererseits. Während Abs. 1 mitteilt, dass eine »Behörde [...] jede öffentliche Stelle [ist]«, lassen Abs. 1a und 1b wissen, dass »[ö]ffentliche Stellen [...] die Behörden [sind]«. Dass hier zirkuläre, nach Maßstäben der Logik fehlerhafte Definitionen geschaffen wurden, ist offenkundig. Mit dieser sprachlichen Gestalt vermag ohne eine korrigierende Interpretation des Rechtsanwenders überhaupt nichts erreicht zu werden. Kraft dieser »Regelung« erhält die Gesetzessprache eine ganz neue Qualität – oder

erreicht sie der Letzteren vollständige Überwindung. Noch einmal darf ein Wort von Thomas Mann bemüht werden: »denn die Leidenschaft [es darf konkretisiert werden: des Steuergesetzgebers, auch jeden Kleinstaspekt mit einer Regelung zu bedenken] lähmt den wählerischen Sinn und läßt sich allen Ernstes mit Reizen ein, welche die Nüchternheit humoristisch aufnehmen oder unwillig ablehnen würde.«⁵

5 Die Erzählungen, 2005, S. 498 (Der Tod in Venedig).

Berichte

Kontexte der Demokratie – Fragmentierung im Öffentlichen Recht

77. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler in Saarbrücken

von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück

Die 77. Jahrestagung der Vereinigung der Staatsrechtslehrer in Saarbrücken behandelte mit den Themen »Kontexte der Demokratie« und »Fragmentierungen im Öffentlichen Recht« vom 04. bis 06.10.2017 unter der Leitung des Vorsitzenden der Vereinigung Prof. Dr. Martin Morlok (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf) übergreifende Gemeinsamkeiten und Unterschiede der verschiedenen Rechtsebenen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Der Beitrag berichtet über die Referate und den Verlauf der Diskussion.

Vom österreichischen Linz gestärkt mit einer Linzer Torte, deren Rezept als das älteste bekannte Tortenrezept der Welt gilt, aufgebrochen (Stüer, DVBl 2017, 1580), war die Karawane der Staatsrechtslehrer in diesem Jahr in der unionsrechtlich geprägten saarländisch-lothringischen Grenzregion mit ihrer Landeshauptstadt Saarbrücken angekommen, wo sie vom Vorsitzenden der Staatsrechtslehrervereinigung *Martin Morlok* sowie von *Prof. Dr. Manfred J. Schmitt*, dem Präsidenten der Universität des Saarlandes, und dem Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät *Prof. Dr. Roland Michael Beckmann* herzlich begrüßt wurden. Mitten in der saarländischen Campus-Universität berieten etwa 350 Mitglieder über aktuelle Fragen des Staats- und Verwaltungsrechts.

»In diesem Jahr lag der Fokus auf Fragmentierungen der Gesellschaft, ihrer Institutionen und des Rechts«, erläuterte Staatsrechtslehrer *Prof. Dr. Jan Henrik Klement* von der Universität des Saarlandes, der die diesjährige Tagung in Saarbrücken organisiert hatte. Das Phänomen der Zergliederung und der Aufspaltung zieht sich quer durch die

heutige Gesellschaft: der Brexit und seine Folgen für die EU, die Entstehung von Parallelgesellschaften im Zuge der Migration, das Wachsen von Filterblasen der Kommunikation über soziale Netzwerke im Internet, eine sich drastisch verändernde Medienlandschaft, die Zersplitterung der politischen Parteienlandschaft – dies alles sind nur Beispiele. Die Welt wird komplizierter und mit ihr auch das Recht. Eine Fülle an Sonderregelungen macht die einzelnen Bereiche des öffentlichen Rechts zudem mehr und mehr zur Sache für fokussierte Spezialisten.

Mitglieder der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer e.V. sind Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, die das Öffentliche Recht – einschließlich des Völker- und Europarechts – an Universitäten in Deutschland, Österreich und der Schweiz lehren. Aber auch aus anderen Ländern kommen Staatsrechtslehrer zu Besuch. Viele der Teilnehmer sind zugleich als Richter an hohen Gerichten tätig. Mitglieder der Vereinigung sind unter anderem der Präsident und der Vizepräsident des BVerfG, viele weitere amtierende und ehemalige Richter dieses Gerichts, der deutsche Richter am Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und die deutsche Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Gegenwärtig zählt die Vereinigung rund 800 Professorinnen und Professoren. Die Mitglieder treffen sich jährlich einmal an einer Universität in Deutschland, Österreich oder der Schweiz. Bereits 1963 war der Saarbrücker Campus Veranstaltungsort der Jahrestagung. Damals stand unter anderem das Thema »Pressefreiheit, Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft« auf dem Programm.

1. Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen

Fragmentierung ist ein durchaus janusköpfiger Begriff. Er kann als Zerfallen der Einheit in verschiedene nicht mehr zueinander findende, auseinanderdriftende Bruchstücke verstanden werden und ist dann vor dem Hintergrund einheitsanstrebender Vorstellungen eher negativ besetzt. Vor allem in den Medienwissenschaften, der Soziologie und der Parteienforschung wird er vielfach so verstanden. Zugleich werden dem Begriff der Fragmentierung allerdings auch durchaus positive Seiten abgewonnen: als Impulsgeber für die Befassung mit Veränderungen und als ein wichtiger Treiber von Veränderung und Dynamik in der Gesellschaft und im demokratischen System, wie *Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhm* (Johann-Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main) darlegte. So gesehen ist Demokratie auf die Bewältigung von Fragmentierungen und dadurch entstehenden Wandel nicht nur ausgerichtet, sie setzt sie voraus. Demokratie schafft zeitlich begrenzte Legitimation für staatliches Handeln. Was regelmäßig neu bestimmt wird, entsteht aus den vorangegangenen Fragmentierungen im kontinuierlichen Wandel. Demokratie kennt keinen absoluten Wahrheitsanspruch, sie ist vielleicht – wie Planung – offen für die Ersetzung des Zufalls durch den Irrtum und für neue Erkenntnisse und daraus resultierende Veränderungen. Demokratie stellt Institutionen bereit, die Veränderungen begleiten und bewältigen. Die Stabilisierung eines Systems erfolgt auch dadurch, dass es sich einem ständigen Wandel unterwirft. Parteien, Medien und Sozialstrukturen stehen gegenüber der Demokratie in diesem Kontext.

Für die Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Informationsrecht, Umweltrecht und Verwaltungswissenschaft sind es vor allem die Treffräume, in denen unterschiedliche Fragmentierungen ein Forum erhalten, wobei die Digitalisierung die Szene mehr und mehr bestimmt – ein Begriff, der auch in der Diskussion mehrfach aufgegriffen wurde. Daraus ergeben sich allerdings nicht nur Chancen, sondern auch erhebliche Gefahren. Hier gilt es, die veränderten Rahmenbedingungen einer digitalen Welt durch offene, physische, virtuelle und vor allem diskursive Räume zu begleiten, um die Wechselwirkungen zwischen Gesamtsystem und den Subsystemen zu erhalten. Der Einzelne darf dabei nicht unter die Räder geraten, mahnte *Indra Spiecker* und verband dies mit durchaus handfesten Forderungen. Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG sei auf die Informationsmediäre des Internets auszudehnen. Die Trennung von Presse- und Rundfunkfreiheit müsse aufgegeben werden. Die Grundrechte sind verstärkt um Sinne von Demokratie, politischer Teilhabe, Entfaltung von Autonomie und der Bewahrung notwendiger gesellschaftlicher Treffräume zu gewichten. Schule sei der zentrale Treffraum, erläuterte die Mutter in einer Großfamilie. Deshalb müsse ein gleicher bzw. gleichwertiger Bildungsanspruch gewährleistet werden. Für öffentliche Schulen führe dies zu einer aufgewerteten demokratisch-orientierten Schutzpflicht des Staates und zu einem Anspruch auf eine finanzielle, personelle und sachlich vergleichbare Ausstattung. Privatschulen dürfen nicht bessergestellt werden.

Für *Prof. Dr. Stefan Magen* (Ruhr-Universität Bochum) sind es vor allem die negativen Auswüchse, die mit Fragmentierungen verbunden sein können und denen durch eine wach-

same Demokratie begegnet werden muss. Der Populismus in Deutschland sei verfassungsrechtlich im Wesentlichen unproblematisch. Das sei allerdings anders, wenn er ethnisch-religiöse Gruppen in einer Weise herabwürdigte, die verfassungsrechtliche Schutzpflichten auslöse. Es gehe um das friedliche Zusammenleben verschiedener ethnisch-religiöser Gruppen in Zeiten, in denen solche Gruppen weltweit zu einem Hauptproblem der Demokratie werden. Möglichen Herausforderungen von Populismus und Gruppenhass sei vor allem im demokratischen Diskurs und in der Zivilgesellschaft zu begegnen. Allerdings seien diese Möglichkeiten begrenzt, wenn die demokratisch-rechtsstaatlichen Abwehrkräfte an ihre Grenzen geraten würden. Hier müsse ein gruppenbezogener Herabwürdigungsschutz dazu beitragen, solchen Eskalationen mit rechtsstaatlichen und freiheitsschonenden Mitteln entgegenzuwirken. Eine systematische und schwerwiegende Herabwürdigung von identitätsgeprägten Gruppen durch andauernde und öffentliche rassistische Propaganda überschreite die Schwelle zu einer nachhaltigen Verletzung der Menschenwürde ihrer Mitglieder. Sie müsse ebenso wie eine nachhaltige Beeinträchtigung der Wahlfreiheit als ein »darauf ausgehen« i.S.v. Art. 21 GG gewertet werden. Das BVerfG hätte deshalb ein Verbot der NPD aussprechen müssen, fügte der Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsökonomik hinzu. Daran könne auch nichts ändern, dass die Partei gegenwärtig nicht einen regionalen oder gar bundesweiten Einfluss habe.

Prof. Dr. Dieter Dörr (Universität Mainz) unterstützte in der Diskussion die Aussage von *Indra Spiecker*, dass demokratische Prozesse von Fragmentierungen und den darin zum Ausdruck kommenden unterschiedlichen Meinungen leben. Das bringe die Demokratie nach vorn. Demokratie sei allerdings nicht selbstverständlich und müsse deshalb stets gesichert werden. Dabei spiele in der Tat die Schule als Treffraum eine wichtige Rolle.

Nicht nur die Parteien, sondern auch die Mitarbeiter der Abgeordneten müssten sich einer Kontrolle stellen, mahnte *Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim* (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer) (DVBl 2017, 1057). Da die Schere zwischen Arm und Reich immer weiter auseinandergehe, müsse in der Tat verhindert werden, dass Privatschulen eine bessere Ausstattung erhalten, schloss sich *Prof. Dr. Anna Leisner-Egensberger* (Friedrich-Schiller-Universität Jena) den Ausführungen von *Indra Spiecker* an. Gewiss müsse hier auch die Grundrechtsdogmatik einen Beitrag leisten, fügte *Prof. Dr. Ulrich Jan Schröder* (Fachhochschule NRW) hinzu. Ob die Trennung von Presse- und Rundfunkfreiheit tatsächlich eingeebnet werden sollte, wie es *Indra Spiecker* angeregt hatte, zogen *Prof. Dr. Karl-Eberhard Hain* (Universität Köln) und *Prof. Dr. Christian Bickenbach* (Universität Potsdam) durchaus in Zweifel. Vielmehr könne einiges dafür sprechen, diese Unterschiede nicht einfach über Bord zu werfen.

Werde der Individualschutz auf Gruppendiffamierungen erweitert, wie es *Stefan Magen* in der Tendenz gefordert hatte, bestehe durchaus die Gefahr, zur Märtyrerbildung beizutragen, gab *Prof. Dr. Josef Isensee* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) zu bedenken: Die Sonne der Freiheit scheine über Weizen und Unkraut. Wer das Unkraut beseitigen wolle, könne vielfach auch dem Weizen schaden.

Das wurde auch von anderen Teilnehmern (*Prof. Dr. Harald Eberhard*, Wirtschaftsuniversität Wien) so gesehen. In welchem Umfang die Daumenschrauben bei der strafrechtlichen Verfolgung angezogen werden sollten, wie es *Stefan Magen* gefordert hatte, blieb allerdings umstritten. Vielleicht müsse da doch zwischen noch hinzunehmenden Angriffen gegenüber Atheisten und der Leugnung der Gaskammern in Auschwitz unterschieden werden, meinte *Prof. Dr. Tonio Klein* (Hannover).

Umstritten blieb auch, mit welchen Mitteln vor allem der »rechte Rand« politischer Vorstellungen wieder eingefangen werden könne und ob dafür das Strafrecht oder eine schnellere und striktere Abschiebepaxis das richtige Mittel sei (*PD Dr. Andreas Dietz*, VG Augsburg). Neben den Schutzpflichten müsse der Blick auch auf das Mitwirken nicht staatlicher Akteure gerichtet sein, die für die Einhaltung demokratischer Verhaltensweisen Beispiel geben. Dazu könne man allerdings niemanden zwingen, fügte *Prof. Dr. Karsten Nowrot* (Universität Hamburg) hinzu. Daher müsse das Konzept wohl recht breit angelegt sein, unterstrich auch *Prof. Dr. Uwe Volkmann* (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main).

Eine stärkere Begrenzung der Meinungsfreiheit steht allerdings durchaus vor beachtlichen rechtlichen Hürden, erläuterte *Prof. Dr. Frank Fechner* (Technische Universität Ilmenau). Dabei müsse auch die Kompetenzordnung zwischen Bund und Ländern beachtet werden, denn für die Medien seien in erster Linie die Länder zuständig.

2. Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung der Demokratie im Kontext

Die Herrschaftsausübung erfolgt schon seit vielen Jahrhunderten in Arbeitsteilung. Das BVerfG hat dafür im Anschluss an Art. 20 Abs. 2 GG die Theorie der ununterbrochenen Legitimationskette entwickelt, die aus sich berührenden Gliedern einer Kette erfolgt, die im demokratischen Rechtsstaat vom Wahlvolk zu den machtausübenden Staatsorganen reicht. Auch in Kirche und Monarchie basierte die Ausübung von Staatsgewalt auf einer entsprechenden Legitimation, spannte *Prof. Dr. rer. publ. Andreas Kley* einen weiten Bogen vom Gottesgnadentum bis in die Gegenwart. Die Glieder einer Kette berühren sich danach einander, wie im Deckenfresko des Malers *Michelangelo Buonarroti* die Erschaffung Adams in der Sixtinischen Kapelle dargestellt ist, und stellen damit eine Verbindung vom Anfangs- zum Endpunkt her. Der symbolische Akt des Berührens, genauer des Handauflegens zum Zwecke der Weitergabe von Herrschaft, hat tiefe Wurzeln in der europäischen Rechtskultur und einen engen Bezug zum Kirchen- und Feudalrecht, machte der Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich weiterhin klar und fügte hinzu: »Alle prägenden Begriffe der modernen Staatsrechtslehre sind säkularisierte theologische Begriffe«. Wie im Falle des Handauflegens und der apostolischen Sukzession hat das erste Kettenglied, das durch die unmittelbare, geheime und gleiche Wahl vermittelt wird, eine alles überragende Bedeutung. Aber ist das auch heute noch so? Oder sind doch angesichts vielleicht einiger brüchiger Kettenglieder doch mehr und mehr Zweifel angebracht? Wie lassen sich die arbeitsteiligen und unabhängigen Agen-

turen und Regulierungsbehörden rechtfertigen, die vor allem aus unionsrechtlicher Sicht eigenständige, nicht unmittelbar vom Volk legitimierte unabhängige Funktionen wahrnehmen (*Nadja Braun Binder*, Fragmentierungen und grundgesetzliche Gewaltenteilung, DVBl 2017, 1066)?

Und einen kleinen Ausflug in die griechische Mythologie hatte *Andreas Kley* auch gleich parat: Dionysos erfüllte dem König Midas den Wunsch, dass alles, was er berührte, zu Gold verwandelt würde. Das fühlte sich aus der Sicht des Monarchen zunächst auch sehr gut an. Doch da ihm nun auch Essen und Trinken zu Gold wurden, drohte ihm der Tod durch Hunger oder Durst. Deshalb bat er Gott, die Gabe zurückzunehmen. Auf Anraten von Dionysos gelang es Midas, durch ein Bad im Fluss Paktolos die Gnadengabe zu übertragen, wodurch dieser zum goldreichsten Fluss Kleinasiens und Midas von den überbordenden Wunderkräften befreit wurde. Verhält es sich nicht ähnlich mit der ununterbrochenen Legitimationskette? Ist nicht eine zu große Fülle staatsrechtlicher Grundlagen eher ein Nachteil als ein Vorteil, fragte *Andreas Kley* und gab sich die Antwort gleich selbst. Die Formel »Legitimation durch Verfahren« einer sog. »Input Legitimation«, die *Niklas Luhmann* einst geprägt hatte, müsse ergänzt werden durch eine »Output-Legitimität«, die sich vor allem an den Gemeinwohlzwecken orientiert. Namentlich das öffentliche Interesse, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die Bindung an Verfassung, Gesetze und Recht sorgen für eine hinreichende Legitimation aller anderen Behörden. Und *Andreas Kley* fügte hinzu: »Dazu eröffnen die ideellen Grundrechte einen Raum der freien politischen Auseinandersetzung, der seinerseits der errichteten Ordnung in der täglichen Debatte gesellschaftliche Anerkennung verschafft, sie also legitimiert.«

Auch für *Prof. Dr. Stephan Kirste* (Salzburg) ist der Begriff der Fragmentierung der demokratischen Legitimation eher schillernd. Rechtlich differenzierte Verwaltungsorganisationen sind nicht nur Teil des Problems, sondern können zugleich durch eine komplexere Binnendifferenzierung zur hinreichenden Legitimation beitragen. Soziale Fragmentierung begünstigt die Vervielfältigung von Staatsaufgaben und trifft gerade die Verwaltung, die mit Verselbständigung von Organisationen und heterogenen Binnendifferenzierungen reagiert. Zugleich kann Fragmentierung aber auch Steuerungsverluste zur Folge haben. Der Inhaber des Lehrstuhls für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften sprach sich dafür aus, die verwaltungsrechtlichen Grundbegriffe so anzulegen, dass sie einerseits ein hinreichendes Rückgrat haben und sich andererseits interdisziplinären Erkenntnissen öffnen. Dabei müsse zwischen einem ungeordneten Zuviel an Pluralisierung von Verwaltungsorganisationen einerseits und einer unterkomplexen Einheit andererseits vermittelt werden. Nicht nur eine Verselbständigung von Verwaltungsorganisationen, sondern auch deren Binnendifferenzierung kann zu Fragmentierungen, zugleich aber zu der Möglichkeit führen, diese besser zu verarbeiten. Integrationsstrukturen ausdifferenzierter Verwaltungsorganisationen sind etwa autonomes Recht, Partizipationsmöglichkeiten der Mitglieder sowie Kommunikations- und Autoritätsstrukturen. Je stärker Private oder Betroffene in die Verwaltung einbezogen werden, desto mehr ist eine verselbständigte, flach-hierarchisch binnendifferenzierte und kollegial verfasste Organisation erforderlich. Zugleich sind damit die von *Frido Wagener* so bezeichneten

»Einflussknicks« der demokratischen und rechtlichen Steuerung vorgezeichnet.

Traditionell wird die Legitimation staatlicher Organe und Amtswalter durch einen formal verstandenen Wahlakt herbeigeführt. Die Legitimation erfolgt daher durch Verfahren, nicht die inhaltliche Richtigkeit des jeweiligen Ergebnisses im Sinne einer »Output-Legitimität«. Diese kann nach den Worten von *Stephan Kirste* die aus Wahlen hergeleitete Legitimation nicht ersetzen. Autonome Formen von Legitimierung und Legitimität können jedoch ergänzende Funktionen in Bereichen übernehmen, in denen der Gesetzgeber in demokratisch legitimierter Weise Freiräume autonomen Entscheidens geschaffen hat. Hier stellen sie erst die hinreichenden Bedingungen der Legitimation her, fügte *Stephan Kirste* hinzu. Durch ein solches Modell differenzierter Legitimation könne zugleich erreicht werden, dass auch einem gesteigerten Legitimationsbedarf Rechnung getragen und eine Fragmentierung von Herrschaftsausübung verhindert wird. So gesehen ergänzen zusätzliche autonome Elemente die Legitimation und tragen zu deren Verbreiterung bei, ohne sich von den Erfordernissen einer traditionellen auf Verfahren beruhenden Legitimationskette zu verabschieden.

Prof. Dr. Dr. h.c. Christoph Engel (Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn) brach in der *Diskussion* eine Lanze für das Erfordernis einer Legitimationskette und setzte sich für deren Ehrenrettung ein. Es gehe darum, einem Missbrauch souveräner Gewalt zur Verfolgung partikulärer Interessen entgegenzuwirken. Das gelte typischerweise für die Amtswalter, die vielfach partikuläre Interessen wahrnehmen. Die Ergänzung der durch Wahlen bewirkten verfahrensrechtlichen Legitimation durch ergebnisorientierte Output-Legitimität wurde durchaus kritisch gesehen. Zugleich müsse wohl auch der europäische Aspekt berücksichtigt werden, fügte *Prof. Dr. Claudio Franzius* (Universität Bremen) hinzu.

Parlament und Regierung haben durch die entsprechenden Wahlen eine ausreichende Legitimation. Gleichwohl könne es besondere Situationen geben, bei denen die Unabhängigkeit von Institutionen gefordert sei. Diese Fälle einer »Output-Legitimität« müssten allerdings klar umschrieben und begrenzt werden, forderte *Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn). Als Beispiel dafür nannte er etwa den politischen Streit um die Neubesetzung des Postens des Präsidenten der Europäischen Zentralbank.

Eine ununterbrochene Legitimationskette, die bereits in Art. 20 Abs. 2 GG grundgelegt sei, müsse das Grundmodell staatlicher Herrschaftsausübung bleiben, forderte *Prof. Dr. Dieter Murswiek* (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg). Andere Einflussfaktoren müssten jedenfalls von einer gesetzlichen Kontrolle und einer parlamentarischen Willensbildung begleitet sein. Die kirchenrechtliche Herleitung ist auch für *Prof. Dr. Michael Germann* (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) ein Beleg dafür, dass Machtausübung eine in einer Jahrhunderte alten Tradition ordnungsgemäße Übertragung von entsprechenden Befugnissen voraussetzt.

Die Legitimationserfordernisse werden in den Mitgliedstaaten der EU durchaus unterschiedlich beurteilt, erläuterte

Prof. Dr. Jörg Luther (Universität Piemonte Orientale): In Italien etwa ist eine Legitimation durch das Wahlvolk eher auf dem Rückzug: Kreistage und Landtage werden dort nicht mehr direkt gewählt, sondern nur noch indirekt von bereits gewählten Volksvertretern, womit eine Absenkung des Legitimationsniveaus verbunden sein könne.

Eine klare Nachverfolgung der jeweiligen Legitimationsstränge sei heute sehr viel schwieriger als früher. Das gelte vor allem für eine vernetzte Verwaltung, erläuterte *Prof. Dr. Friedrich Schoch* (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg): Als Beispiel benannte der Direktor des Instituts für Öffentliches Recht (Verwaltungsrecht) die innere Sicherheit mit einer Aufteilung der Kompetenzen etwa bei der Wahrnehmung der Polizeiaufgaben zwischen Bund und Ländern. Im europäischen Rahmen komme eine neue Ebene hinzu. Aber auch bei den Kontrollgremien von Funk und Fernsehen stoße das Erfordernis einer ausreichenden Legitimation vor dem Hintergrund der dort zu leistenden Kontrollarbeit an seine Grenzen, wie das Urteil des BVerfG zum ZDF-Staatsvertrag mit der Begrenzung der parteipolitischen Einflussnahme gezeigt habe. Hier stünden sich die Gremienmitglieder einem hochprofessionellen Stab der jeweiligen Intendanten der Fernsehanstalten gegenüber. Für *Prof. Dr. Michael Fehling* (Bucerius Law School, Hamburg) können Mehrebenenstrukturen zu Vermischungen führen, die klare Legitimationsstränge nicht mehr erkennen lassen.

Neben den Legitimationssträngen muss allerdings auch auf entsprechende Verantwortlichkeiten der Organwalter Wert gelegt werden, so *Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärdiz* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn).

Umstritten blieb auch, ob die Landesverfassungsgerichtsbarkeit einen stärkeren Beitrag zur Legitimation werde leisten können, worauf *Prof. Dr. Hinnerk Wißmann* (Westfälische Wilhelms-Universität, Münster) hinwies. Das Kettenargument stehe allerdings nicht isoliert da. Auch Elemente der unmittelbaren Beteiligung, wie sie etwa in der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG angelegt seien, müsse Raum gegeben werden, schloss sich *Ulrich Jan Schröder* den Ausführungen von *Kirste* an. Durch Art. 9 AEUV und Art. 23 GG sei der Blick zudem auf die europäische Ebene erweitert, erläuterte *Prof. Dr. Claus-Dieter Classen* (Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald). Dabei gebe es für das Legitimationserfordernis durchaus unterschiedliche Modelle. In der Schweiz etwa beziehe der Demokratiebegriff die jeweilige Bevölkerungszahl mit ein, erläuterte *Prof. Dr. Axel Tschentscher* (Universität Bern). Auch werde durch Volksabstimmungen eine größere Entscheidungs- und Kontrollmöglichkeit des Volkes gewährleistet.

3. Fragmentierungen im öffentlichen Recht – Diskursvergleich im internationalen Recht und im nationalen Recht

Auf den Ebenen des internationalen und nationalen Rechts werden Fragmentierungen deutlich, deren Gründe vielfach auf den unterschiedlichen Rechtsquellen beruhen (*Thomas Kleinlein*, DVBl 2017, 2071). Zugleich wird hierdurch die Suche nach Vermeidungsstrategien angestoßen, beschrieb *Prof. Dr. Stefan Griller* (Paris-Lodron-Universität Salzburg) den

vorzufindenden Befund. Im Grunde drehe sich das gesamte Thema um die Bemühungen, dauerhafte Fragmentierungen zu vermeiden. Abhängig von der jeweiligen Rolle im Diskurs werden dabei Fragmentierungen entdeckt, zelebriert, verdeckt oder geheilt. Gelegentlich kommt es sogar zu dem Eindruck, es gäbe gar keine Fragmentierungen.

Aber Eindämmungsstrategien seien schon erforderlich, machte *Stefan Griller* deutlich. Es kommen dabei verschiedene Methoden zum Einsatz: klassische juristische Kollisionsregeln, Rechtsvergleichung, Hierachievermeidung, vor allem aber Kooperation und »Öffnungsklauseln«. Letztlich gehe es um einen sachgerechten Kompromiss, der jede der beteiligten Rechtsordnungen harmonisierend einbezieht. Als Beispiel nannte der Europarechtler etwa die Schnittstellen des Völkerrechts mit den nationalen Rechten, des Europarechts und dem nationalen Recht oder das Verhältnis der Rechtsprechung des EuGH zum EGMR. Der jeweilige Vorrang wird dabei aus der Autonomie der Rechtsordnung abgeleitet. Allerdings hat das in einem Rechtsprechungsverbund seine Grenzen, die sich aus dem eigenständigen Kernbestand der jeweiligen Rechtsordnung ergeben.

Verschiedene Rechtskulturen sind nicht selten von unterschiedlichen Vorstellung geprägt, die den Diskurs erschweren. Selbst wenn dieselben Begriffe verwendet werden, bedeutet dies nicht eine inhaltliche Übereinstimmung, weil damit vielfach völlig unterschiedliche Vorstellungswelten verbunden sind, machte *Prof. Dr. Uwe Kischel* (Ernst-Moritz-Arndt-Universität) gleich zu Beginn seines Vortrags klar. Vielfach liegt das Problem weniger im schlichten Nichtverstehen als im Scheinverstehen. Weit unerwarteter, gravierender und störender sind die Unterschiede in der Methodik, weil verschiedene, ja sogar verschieden denkende Kultur- und Rechtskreise aufeinandertreffen. Als besonders ausgeprägtes Beispiel für bestehende Divergenzen benannte der Lehrstuhlinhaber für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung das U.S.-amerikanische Rechtsdenken, das dem kontinentaleuropäischen und vor allem auch dem deutschen Rechtsdenken sehr fremd sei. Dem U.S.-amerikanischen »Legal realism« gehe es im Kern um einen umfassenden Regelskeptizismus, der unter dem Stichwort »formalism« das ablehnt, wofür gerade auch der deutsche Rechtsdiskurs fast idealtypisch stehe. Die U.S.-amerikanische Rechtswissenschaft werde für die Praxis daher geradezu für bedeutungslos gehalten. Der Diskurs vollziehe sich daher auch nicht selten vor völlig verschiedenen Hintergründen.

Auch innerhalb von Rechtsordnungen gebe es verschiedene, vor allem sprachlich getrennte Diskursräume, wie etwa das Beispiel des Unionsrechts zeige. Die Fragmentierung des Unionsrechts sei allerdings kein bedauernswerter Unfall, sondern präge seinen europarechtlichen Charakter. In abgeschwächter Form gelte das auch für das Völkerrecht. Nur mit gewissen Vorbehalten sei daher eine Übertragung von Rechtsnormen und -institutionen möglich.

Vor diesem Hintergrund stellte der Greifswalder Hochschullehrer handfeste Empfehlungen auf: Eine Verbesserung des gegenseitigen Verständnisses zwischen den Rechtsordnungen ließe sich in der Ausbildung am besten durch die Aufnahme der Rechtsvergleichung als Pflichtfach für höhere Semester

erreichen, in deutlich geringerem Maße durch eine stärkere Betonung von Europa- und Völkerrecht oder die Berücksichtigung fremder Ansätze in den dogmatischen Feldern. Keinesfalls dürfe eine solche Internationalisierung aber zu Lasten der umfassenden dogmatischen Ausbildung im deutschen Recht und im Europarecht gehen. Die Förderung von Auslandsaufenthalten sei erheblich sinnvoller als eine schlichte Ausbildung in Fremdsprachen. Englisch als Gerichtssprache für das öffentliche Recht erteilte *Uwe Kischel* allerdings eine Absage. Denn die Sprache könne nicht als beliebig austauschbares Werkzeug verstanden werden, sondern sei ein wirklichkeitskonstituierendes Medium. Der Forderung nach verstärkter Interdisziplinarität gehe es oft gar nicht um eine wirklich weltweite Anschlussfähigkeit, sondern um eine Anpassung an spezifisch U.S.-amerikanische Vorstellungen. Der entsprechende Rechtsdiskurs in den USA aber habe mit seiner fehlenden Praxisnähe selbst ein Anschlussproblem. Das deutsche Recht dürfe sein internationales Ansehen und seine dogmatische Denkweise als Markenkern nicht aufgeben. Die Sichtbarkeit des deutschen Rechtsdiskurses im internationalen Recht müsse nachhaltig ausgebaut werden. Das gelte auch und mit besonderem Nachdruck im Europarecht. Und *Uwe Kischel* fügte hinzu: »Die Unterschiedlichkeit der Diskurse ist Ausdruck unterschiedlicher Kulturen. Sie zwingt uns, fremden Diskursen mit Respekt zu begegnen, und erlaubt gleichzeitig, denselben Respekt auch für unseren eigenen Diskurs zu erwarten.«

Prof. Dr. Dr. h.c. Paul Kirchhof (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) warnte in der *Diskussion* davor, höchst unterschiedliche Kulturen und Werte einzuebrennen. Die Perspektive des Bürgers müsse ausreichend berücksichtigt werden. Er müsse sich in die Rechtsordnung einbringen können und frage mit Recht, was der erkennbare Wandel für ihn bedeute. Das Recht müsse auch weithin vorhersehbar und verlässlich sein. Das alles müsse in die Rechtswirklichkeit transportiert werden. Das BVerfG habe sich stets bemüht, die Rationalität des Sprachlichen und die Verlässlichkeit der Gerichtsentscheidungen zu wahren. Das müsse auch in Bereichen gelten, in denen das nationale Recht sich für das Europarecht und das Völkerrecht öffnet. Als Beispiele benannte der ehemalige Richter des BVerfG etwa das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den USA und Deutschland oder das Erbrecht. Kritisch stand er daher Tendenzen gegenüber, die von dem Leitspruch geprägt sind: »Der Zweck heiligt die Mittel«.

Zwischen den völlig unterschiedlichen Rechtssystemen in den USA und Europa müsse über einen Vorrang entschieden werden, forderte *Prof. Dr. Alexander Somek* (Universität Wien): Der Rechtsrealismus in Amerika und die Ablehnung der Begriffsjurisprudenz stehe in einem recht deutlichen Gegensatz zu europäischen und vor allem deutschen Vorstellungen, die in verstärktem Maße auch auf Dogmatik setzen. *Prof. Dr. Oliver Lepsius* (Westfälische Universität Münster) goss allerdings etwas Wasser in den Wein. Ein Anschluss an Europa werde nur gelingen, wenn zugleich Tendenzen des angelsächsischen Rechts einer pluralistischen Rechtsordnung aufgenommen würden.

Der Analyse von *Uwe Kischel* zur Schwierigkeit einer sachgerechten Übersetzungsarbeit und dem Verständnis

verschiedener Rechtskulturen erteilte *Prof. Dr. Ute Sacksofsky* (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt) ihre uneingeschränkte Zustimmung. Zugleich war sie sich allerdings nicht ganz so sicher, dass die Umsetzung der von *Uwe Kischel* schlussendlich erteilten Ratschläge in allen Teilen sinnvoll sei und wirklich etwas Neues bringe.

Den Diskurs mit anderen Rechtskulturen dürfe man nicht nur den Zivilrechtlern überlassen. Auch die Staatsrechtler müssten sich daran beteiligen, so *Prof. Dr. Franz C. Mayer* (Universität Bielefeld). Dafür sei die Rechtsvergleichung einfach zu wichtig. Auch der französische Staatspräsident *Emmanuel Macron* habe allerdings kürzlich hervorgehoben, dass es im deutsch-französischen Vokabular Unübersetzbarkeiten gebe, die nicht einfach zuge deckt werden könnten. Das werde wohl nur durch eine Sisypchos-Arbeit gelingen, um die allerdings niemand die Rechtsvergleichung beneide.

Man darf nicht nur auf den Buchstaben starren, sondern muss die Hintergründe und Gesamtzusammenhänge sehen, forderte *Prof. Dr. Matthias Mahlmann* (Universität Zürich) die Rechtsinterpreten auf. Vielfach lägen die Probleme nicht in der unterschiedlichen Sprache, sondern in einem nicht übereinstimmenden Hintergrund. Die eigentliche Aussage des Gesetzes dürfe nicht verdeckt werden. Vielfach gehe es auch nur um Machtausübung der Akteure, fügte *Prof. Dr. Markus Kotzur* (Universität Hamburg) hinzu.

Vor allem das Völkerrecht ist traditionell von dem Phänomen erheblicher Fragmentierungen begleitet. Der Einstieg in andere Rechtsordnungen bereitet erfahrungsgemäß erhebliche Schwierigkeiten, berichtete *Prof. Dr. Georg Ress* (Universität des Saarlandes) über seine langjährigen Erfahrungen als Richter am EGMR in Straßburg. Grundvoraussetzung für einen weiterführenden Dialog sei das Verstehen der jeweiligen Sprache. Denn worüber man nicht sprechen könne, darüber solle man wohl lieber schweigen. Die Urteilskraft der Rechtsprechung setze daher das Verstehen der (fremden) Sprache und das Überwinden von Sprachbarrieren voraus.

4. Fragmentierungen im öffentlichen Recht – Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Wie ein roter Faden zog sich auch in weiteren Referaten die Frage nach dem Verhältnis zwischen Fragmentierung und Einheitsbildung im öffentlichen Recht durch die Beratungen (*Bernhard Stüer*, DVBl 2017, 1080). Für *Prof. Dr. Olivier Jouanjan* (Université Panthéon-Assas – Paris III) ist vor allem wichtig, den einheitlichen Rahmen zu definieren, vor dessen Hintergrund sich die Fragmentierung entfalten kann. Auch sprach sich der französische Staatsrechtslehrer dafür aus, die Arbeit am Recht als Defragmentierungsarbeit zu verstehen und juristische Komplexität zu reduzieren. Zugleich machte der Verfassungsrechtler unterschiedliche Verhältnisse in Frankreich und Deutschland deutlich. In Frankreich gibt es keine Lehrstühle und daher undifferenziert nur »Professoren für öffentliches Recht«. Zugleich ist allerdings die Spezialisierung sehr ausgeprägt. Richter sind dort in der Regel keine Professoren und auch keine Juristen, die an der rechtsdogmatischen Diskussion teilnehmen. Die höchsten

Verwaltungsrichter am Conseil d'État sind ausgebildete Verwaltungsrechtler, die in der Regel nicht die juristischen Fakultäten, sondern andere Hochschulen und die ENA besucht haben. Ein beträchtlicher Teil von ihnen spielen im Verwaltungsrechtsdiskurs durch Bücher, Handbücher, Aufsätze oder Rechtsprechungschronologien eine beachtliche Rolle. Neben den allgemeinen Zeitschriften sorgen die spezialisierten Zeitschriften für eine offene Kommunikation zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Insbesondere sind die Zeitschriften für Verwaltungsrecht dem Verfassungsrecht gegenüber offen. Zugleich zeichnet sich das französische Verwaltungsrecht durch Theoriearmut aus.

Die verfassungs- und verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskurse in den Jahren nach der Wiedervereinigung sind – in auffälligem Gegensatz zu denjenigen in vielen anderen Rechtsordnungen – verschränkt, verklammert und amalgamiert, beschrieb *Prof. Dr. Franz Reimer* den rechtswissenschaftlichen Befund in Deutschland. Diese Verklammerung der Diskurse sollte aber wieder gelockert werden. An die Stelle einer Spezialisierung auf Verfassungsrecht oder Verwaltungsrecht sei eine Spezialisierung innerhalb des Öffentlichen Rechts nach gesellschaftlichen und Rechtsbereichen wie etwa auf Sozial-, Schul-, Steuer-, Umwelt- oder Regulierungsrecht getreten. Vielfach werde dies von einer Versäulung im Sinne einer vertikalen Fragmentierung des Öffentlichen Rechts begleitet. Vor diesem Hintergrund sei eine größere Entflechtung das Gebot der Stunde. Das GG dürfe nicht überfrachtet werden, weil durch eine parzellierte, technokratische, entpolitisierte Verfassung deren normative und außernormative Kraft leide. Auch die unkontrollierte Spezialisierung des Verwaltungsrechts dürfe nicht zu zahlreichen Sonderdynamiken und mit Transparenzverlusten sowie Ungleichbehandlungen erkauf werden. Separatistische Entwicklungen müssten mit dem Ziel einer Defragmentierung unter einen besonderen Rechtfertigungsdruck gestellt werden als bisher. Allgemeine Lehren sollten im Verfassungsrecht ausgebaut und im Verwaltungsrecht fortentwickelt werden. Zugleich müsse die Eigendynamik von Differenzierung und Perfektionierung gebremst werden. Auch sei es sinnvoll, die Bedeutung des Landesverfassungsrechts zu stärken und es nicht lediglich als lästiges Anhängsel ohne eigenständige Bedeutungskraft zu begreifen, erläuterte der Professor für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

Prof. Dr. Thomas Groß (Universität Osnabrück) riet in der *Diskussion* zur Vorsicht bei einer verfassungsrechtlichen Überformung des Verwaltungsrechts und dem Bemühen, das Verwaltungsrecht mit einer verfassungsrechtlichen Salbe zu petrifizieren. Wenn etwa Art. 19 Abs. 4 GG eine Rechtsweggarantie enthalte, dann ergebe sich aus dem Prozessrecht des einfachen Rechts, wie dem Rechnung zu tragen sei. Das deutsche Verfassungsrecht dürfe nicht in einem parasitären Verhältnis zum Verwaltungsrecht leben. *Uwe Volkmann* sprach sich zugleich dafür aus, die einzelnen Regelungsbereiche nicht zu vermischen und einer Machtverschiebung entgegenzuwirken.

Es werde wohl auch noch eine längere Zeit dauern, bis sich im internationalen und europäischen Vergleich ein sprachübergreifendes Pfingsterlebnis einstelle. Dazu seien die Unterschiede selbst in der Europäischen Gemeinschaft ein-

fach noch zu groß, erläuterte *Prof. Dr. Christoph Schönberger* (Universität Konstanz) die bestehenden Sprachbarrieren.

Auch RiBVerfG *Prof. Dr. Johannes Masing* (Albrecht-Ludwigs-Universität Freiburg) betonte das unterschiedliche Rechtsverständnis in Frankreich und Deutschland. Eine grundlegende Dogmatik sei dem französischen Recht fremd. Deshalb stehe auch die Defragmentierung der Rechtsordnung durch Dogmatik vor Schwierigkeiten. Jedenfalls sei das vielleicht ein zu großer Begriff, der bei einer Vereinheitlichung zu Nachteilen führen könne.

Der Gesetzgeber hält sich nicht an die Vorgaben der Dogmatik, wie etwa das Beispiel des Energierecht zeige, schilderte *Prof. Dr. Matthias Knauff* (Friedrich-Schiller-Universität Jena) seine Beobachtungen. Das dürfe aber nicht dazu führen, dass sich die Dogmatik aus den notwendigen Diskursen zurückzieht.

Für *Prof. Dr. Andreas Funke* (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg) machen allgemeine Lehren nur dann Sinn, wenn sie die Richtung für konkrete Lösungen aufzeigen. Das setze zugleich der Ausbildung von Sonderdogmatiken Grenzen.

Für *Prof. Dr. Ulrich Stelkens* (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer) sollte die Eigenständigkeit des Landesverfassungs- und -verwaltungsrechts stärker als bisher betont werden. Denn auch das jeweilige Landesrecht sei eine wichtige Quelle der Rechtserkenntnis. Ob die Mahnung wirklich richtig sei, mehr zu lesen als zu schreiben, wie es gelegentlich angeregt worden sei, da war sich der Verwaltungsrechtler nicht ganz so sicher. Umstritten blieb auch, ob die Landesverfassungsbeschwerde ein probates Mittel sei, das BVerfG zu entlasten.

Erwartungsgemäß wurde in der Diskussion kein gregorianischer Choral angestimmt. Das Bemühen der Staatsrechtslehrer, ein entsprechendes überwölbendes Theoriegebäude mit möglichst eleganter Architektur schützend über das öffentliche Recht zu entwerfen, blieb allerdings durchaus erkennbar.

5. Von Saarbrücken nach Bonn

»Dazu fällt einem eigentlich nichts mehr ein«, wird vielleicht der eine oder andere der Staatsrechtslehrer gedacht haben, als er ausgestattet mit den Tagungsmaterialien zu den gewichtigen Themen »Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung« und »Fragmentierungen im Öffentlichen Recht« über die Stufen in den großen, mehr als 800 Plätze umfassenden Versammlungsraum des Audimax der Saarbrücker Campus-Universität herunterging. Und vielleicht schweifte da der Blick im ersten Moment doch eher zu dem reichhaltigen Rahmenprogramm, von dem man sich bleibende Erkenntnisse von den Saarländern und ihrer Universität versprechen konnte. Denn

das Rahmenprogramm am Eröffnungsabend in der Congresshalle Saarbrücken mit dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz sowie der Oberbürgermeisterin der Landeshauptstadt Saarbrücken – beide hochrangig vertreten, mit einem Empfang durch die Ministerpräsidentin des Saarlandes, der luxemburgischen Ministerin für die Großregion und dem Universitätspräsidenten in der Völklinger Hütte und einer Begrüßung durch *Martin Morlok* sowie dem festlichen Abschlussabend im Saarbrücker Schloss, auf dem auch ausgiebig das Tanzbein geschwungen werden konnte, war glänzend. Da konnten es die Tagungsteilnehmer angesichts der mitgebrachten Linzer Köstlichkeiten dem Vernehmen nach sogar verschmerzen, dass sie dem sagenumwobenen »geizigen Bäcker« an der Schlossmauer zu Saarbrücken zwar in Sein, nicht aber leibhaftig begegnet sind.

Wenn man sich mit dem weitläufig und auf den ersten Blick scheinbar etwas sperrig daherkommenden Thema der Staatsrechtslehrerberatungen aber erst einmal etwas angefreundet hatte, dann konnten die glänzenden juristischen Vorträge und Debatten eine mindestens ebenso große Faszination wie das exzellente Rahmenprogramm entwickeln.

Das nächste Treffen der Deutschen Staatsrechtslehrer, zu dem der neu gewählte Vorsitzende *Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Peter Sommermann* (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer) unter Verabschiedung des scheidenden Vorsitzenden *Martin Morlok* und seiner beiden Stellvertreter *Prof. Dr. Matthias Jestaedt* (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) und *Prof. Dr. Franz Merli* (Universität Wien), die auch die zweitägigen Diskussionen geleitet hatten, einlud, wird in der Zeit vom 03. bis 05.10.2018 in der dem Staatsrecht traditionell eng verbundenen Bundesstadt Bonn stattfinden. In den darauffolgenden Jahren sind Marburg (2019) und Mannheim (2020) vorgesehen. Auch Bochum und Bremen haben ihr Interesse bekundet, Jahrestagungen zu organisieren.

Vielleicht wird sich der eine oder andere der Referenten wie der sprichwörtliche Dorfkaplan gefühlt haben, der im Vatikan einen Vortrag über das Wirken des Heiligen Geistes halten soll und vor der nicht leichten Aufgabe steht, das nizäno-konstantinopolitanische Glaubensbekenntnis mit seiner späteren Ergänzung: »credo in spiritum sanctum, qui ex patre filioque procedit« (»ich glaube an den Heiligen Geist, der aus dem Vater und dem Sohne hervorgeht«) in die heutige Zeit mit den immer noch unterschiedlichen Welten einer orthodoxen und katholischen Glaubensgemeinschaft zu übersetzen. Die Bedeutung von Dreifaltigkeit und Papsttum insbesondere der Ostkirche zu vermitteln, ist wohl ähnlich kompliziert, wie wissenschaftliche Erkenntnisse elegant in die Praxis einzubringen. Aber die Staatsrechtslehrer haben schon häufig bewiesen, dass sie dies können und nicht – scheinbar gefangen in einem wissenschaftlichen Elfenbeinturm – an dogmatischen Fallstricken scheitern.